

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ИДЕНТИТЕТСКИ ПРЕОБРАЖАЈ СРБИЈЕ

ПРИЛОЗИ ПРОЈЕКТУ 2015 –
КОЛЕКТИВНА МОНОГРАФИЈА

ПРИРЕДИЛЕ
РАДМИЛА ВАСИЋ • МИЛЕНА ПОЛОЈАЦ



БЕОГРАД
2016

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ – ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Библиотека
ЗБОРНИЦИ

ИДЕНТИТЕТСКИ ПРЕОБРАЖАЈ СРБИЈЕ

ПРИЛОЗИ ПРОЈЕКТУ 2015 –
КОЛЕКТИВНА МОНОГРАФИЈА

Приредиле
Проф. др Радмила Васић
Проф. др Милена Полојац

Београд 2016.

ИДЕНТИТЕТСКИ ПРЕОБРАЖАЈ СРБИЈЕ
ПРИЛОЗИ ПРОЈЕКТУ 2015 – КОЛЕКТИВНА МОНОГРАФИЈА

Уреднице

Проф. др Радмила Васић
Проф. др Милена Полојац

Рецензенти

Проф. др Сима Аврамовић
Проф. др Добросав Миловановић

Издавач

Универзитет у Београду – Правни факултет
Центар за издаваштво и информисање

За издавача

Проф. др Сима Аврамовић, декан

Уредник библиотеке

Проф. др Драган М. Митровић

*Зборник је резултат истраживања у оквиру реализације пројекта
„Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду*

© Универзитет у Београду – Правни факултет, 2016.

Сва права задржана. Ниједан део ове књиге не може бити репродукован, преснимаван или пре-
ношен било којим средством – електронским, механичким, копирањем, снимањем или на било
који други начин без претходне сагласности аутора и издавача.

www.ius.bg.ac.rs

САДРЖАЈ

ПРЕДГОВОР	7
УВОДНА ТЕМА (<i>Радомила Васић, уредница</i>)	
ЕВРОПСКА УНИЈА И ИДЕЈА ЕВРОПЕ – СРБИЈА ПРЕД „ЗАДАТИМ“ ПРЕОБРАЖАЈЕМ.....	11
РАДОВИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА	
<i>Емилија Вукадин</i>	
ПРОМЕНЕ ЕКОНОМСКЕ ОСНОВЕ ИДЕНТИТЕТА СРБИЈЕ У ПРОЦЕСУ ЕВРОИНТЕГРАЦИЈА.....	31
<i>Милован М. Мийровић</i>	
ФЕНОМЕНОЛОГИЈА И ДИЈАЛЕКТИКА НАЦИОНАЛНОГ ИДЕНТИТЕТА И СРПСКОГ ИДЕНТИТЕТА СРБИЈЕ	47
<i>Љиљана Радуловић</i>	
ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД КАЗНЕ	77
<i>Оливера Вучић</i>	
ЈАВНОСТ РАДА УСТАВНИХ СУДОВА КАО ПОСЛЕДИЦА ПРИРОДЕ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ ИЛИ ПОКУШАЈ ДОПРИНОСА ВАЉАНОМ РАЗУМЕВАЊУ ПРИРОДЕ УСТАВНОГ ПРАВОСУЂА.....	95
<i>Горан П. Илић</i>	
О ПРЕДВИДЉИВОСТИ РЕТРОАКТИВНЕ ПРИМЕНЕ БЛАЖЕГ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА – ОСВРТ НА ОДЛУКУ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА: МИКУЛОВИЋ И ВУЈИСИЋ ПРОТИВ СРБИЈЕ	115
<i>Нађаша Делић</i>	
КРИВИЧНОПРАВНИ ЗНАЧАЈ МРЖЊЕ У СВЕТЛУ ИДЕНТИТЕТСКОГ ПРЕОБРАЖАЈА СРБИЈЕ.....	127
<i>Гордана Павићевић Вукашиновић</i>	
ТРАНЗИЦИЈА И МОДЕРНИЗАЦИЈА: ТЕМЕ И ДИЛЕМЕ.....	155
<i>Рајко Јелић</i>	
ОБЈЕКТИ ЈАВНЕ СВОЈИНЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	173

Ивана Крсћић

ПРАВО РОДИТЕЉА НА ОБРАЗОВАЊЕ ДЕЦЕ КОЈЕ ЈЕ У СКЛАДУ
СА ЊИХОВИМ ВЕРСКИМ И МОРАЛНИМ УВЕРЕЊИМА 185

Најалија Лукић

ПРАЊЕ НОВЦА – УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИСТУП 205

Урош Живковић

ПИТАЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ И КЛАУЗУЛА НАЈПОВЛАШЋЕНИЈЕ
НАЦИЈЕ У ПРАВУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА:
КРИТИКА ЛОГИКЕ СЛУЧАЈА *MAFFEZINI* 227

ИСПРАВКЕ 239

Александар Гајић

О ФРАГМЕНТАЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА
И ПРОЛИФЕРАЦИЈИ МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА . . . 241

ПРЕДГОВОР

Зборник радова Правног факултета Универзитета у Београду за 2015. годину окупио је релевантне радове на тему стратешког пројекта, која је усвојена и одобрена 2014. године.

Тема стратешког пројекта Факултета „Идентитетски преображај Србије“ обухвата научна и стручна разматрања тема које се односе на правне, политичке и економске реформе у Србији, као и аспекте свих грана и области права у процесу конституционализације Србије. Посебно пажљиво су наглашени стандарди и правни услови који се захтевају у тзв. процесу придруживања Европској унији, што, разумљиво, подразумева стручну оцену досадашњих реформских учинака у Србији.

Прошло је готово петнаест година од када се формално „рачуна“ почетак транзицијског периода у Србији. Демократски преображај је имао свој ток, који је, углавном, зависио од политичких групација на власти, а неупоредиво мањим делом су на њега утицали стручни увиди и препоруке. После више од једне деценије, не само да је могуће него је и неопходно испитати, објективно, а то значи према научним критеријумима, учинке донетих и предузетих стратегија, акционих планова и правних реформи у Србији. То, наравно, подразумева анализу упоредних искустава и стандарда Европске уније. Наука, можда пре свих правна, позвана је да формира разуман, непристрасан и аргументован суд о томе докле се „стигло“ на путу демократског преображаја и да ли је у овоме тренутку оправдано већ говорити о консолидацији конституционалне демократије.

То је необично важно не само са становишта правне и сродних наука (социологије, економије, политикологије, правне теорије, правне историје и других), којима би бављење овом темом морао бити превасходни задатак, већ и због постизања оног начина свакодневног живота у реалности друштва који се означава као квалитет правне државе. Уз та два разлога, треба издвојити и процес европских интеграција, који се најчешће у савременом јавном говору изузетно наглашава, а који је један од основних циљева званичне државне политике. Од правне струке свих усмерења очекује се да тај процес осветли са становишта унутрашњих, националних потреба, да европске стандарде покаже као вредности које демократска друштва треба да усвоје због себе самих, па тек онда због задовољавања критеријума на основу којих се процењује испуњеност услова за приступање заједници држава Европске уније.

Због свега тога, тема стратешког пројекта треба да подстакне учеснике да поменута питања, као теме из области којима се баве, континуирано сагледавају, анализирају, оцењују и предлажу решења кад год је то могуће. Тако ће веза између науке и праксе добити додатни, боље рећи прави смисао. То значи да пракса није (више) само предмет науке већ и да научни резултати постају (озбиљан) предмет праксе.

Иако је, како кажу Степан (Stepan) и Линц (Linz), судбина друштвених наука ограничена на то да посвећеност актуелним темама временом постаје само „материјал за историчаре“, догађаји и процеси који се изучавају ипак и увек вреде труда као сведочанство о друштвеним променама које се збивају у одређеним околностима, једном времену и дефинисаним просторима. Али, иако ограничени како је у претходним редовима речено, домети истраживања и закључака у друштвеним наукама увек могу постати ванвременски значајни и могу се укључити у језгро социјалне теорије, само што ће се и тај квалитет показати тек у времену које предстоји.

Са тим уверењем, надамо се да ће овај, први зборник у низу, оправдати сврху и очекивања читалаца.

Београд, март 2016.

УРЕДНИЦЕ

PREFACE

The University of Belgrade Faculty of Law Collection of Papers 2015 has encompassed relevant scholarly articles dealing with the strategic project topic accepted and approved in 2014.

The Faculty's strategic project "Serbia's Identity Transformation" comprises academic and expert research on legal, political and economic reforms in Serbia, involving also all branches and areas of law in Serbia's constitutionalization process. Special attention has been paid to standards and legal requirements in the so-called EU accession process, including expert evaluation of reform effects in Serbia so far.

Almost fifteen years have passed since the transition period formally began in Serbia. Its democratic transformation has been mostly dependent on political groups in power and much less influenced by expert opinions and recommendations. After more than a decade, it became not only possible, but necessary as well to analyse objectively, i.e. in accordance with scholarly and scientific criteria, the effects of adopted and implemented strategies, action plans and legal reforms in Serbia. Naturally, it implies an analysis of comparative experiences, as well as the EU standards. It is up to science, and maybe primarily to legal science, to give a reasonable, unbiased and supported opinion on how far we have come along the road of democratic transformation and whether it would be already justified to talk about a consolidated constitutional democracy.

This is highly important, and not only from the point of view of legal and other related sciences (sociology, economics, politicology, legal theory, legal history etc.), which should be primarily focused on this topic (issue), but also in order to attain such a level of everyday life in a society which is marked as a quality rule of law. Apart from these two reasons, it is important to point out the European integration process, often much stressed in contemporary public discourse, which is also one of principle goals of our official state policy. Legal experts are expected to throw light on this process in view of our internal, national needs, to show the European standards as values that should be adopted by democratic societies for their own sake, and only then in order to meet the EU accession criteria.

Hence, the strategic project topic should incite the contributors to research, analyse and assess these issues within their areas of interest, and to suggest solutions whenever it is possible. This is the way to give the relation between science and practice an additional, or even better – a real sense. It means that practice would no more be just analysed by science, but also that scientific findings would be (seriously) translated into practice.

Although, according to Stepan and Linz, the fate of social science is defined by the fact that studying contemporary topics becomes only "material for historians", events and processes studied are worth it as the evidence of social changes happen-

ing in particular circumstances, period of time and space. In spite of such limitations, the scope of social studies research and findings can always become unlimitedly significant and incorporated in the very heart of social theory, though showing that quality only in the time to come.

We hope that this Collection of papers, the first in a series, will justify its goals and meet our readers' expectations.

EDITORS

ЕВРОПСКА УНИЈА И ИДЕЈА ЕВРОПЕ – СРБИЈА ПРЕД „ЗАДАТИМ“ ПРЕОБРАЖАЈЕМ¹

*„Да ли се полазишће Европе још увек налази у старој Европи?
Треба ли да кренемо ка Европи каква још не постоји?
Можда треба да се вратимо најраи, ка својим изворима,
да пронађемо, обновимо и наградимо ‘искојине Европе’.“*

Дерида

ПРЕТХОДНО О ТРАНЗИЦИЈИ: „ТРАНЗИЦИЈСКИ ПОЈМОВНИК“

Израз „транзиција“ (преображај, трансформација)² освојио је неприкосновени положај у јавном говору свих врста: колоквијалном, политичком и стручном. Њиме се означавају и мере најзначајније социјалне појаве и процеси на крају прошлог и почетком овога века у једном делу света/планете. Он је постао својеврстан, симболички аргумент „за“ и „против“; њиме се вреднује, тврди, објашњава и супротставља. Иако посредује у свим релевантним друштвеним дебатама као комуникацијски међучлан са садржином која се подразумева, утврђивање његовог значења ни из далека није неспорно. Њиме се расправе закључују уместо да се (тек) отварају. Транзиција као изабрани процес држава и друштава, њени циљеви, програми и методи, емпиријски резултати у националном, регионалном и транснационалном обиму и теоријски увиди, истине и заблуде, представљају подстицај и дају разлог да се утврди и представи „транзицијски појмовник“.

Транзицију подржава атрибут „демократска“. Последњи талас *демократске транзиције* односи се на државе и друштва углавном југоисточне Европе³ и подразумева процес укупног социјалног, политичког, економског и

1 „Наслов је увек неки правац. Некакво поглавље“ (Ж. Дерида, *Дрући йравац*, Лапис, Београд 1995, 12). У том наслову и „правац“ и „поглавље“ су основна значења теме која се у тексту развија.

2 „Процес или стадијум промена из једног стања или облика или места у друго; међустање“; „прелазни период након распада социјалистичког система у земљама источне и југоисточне Европе и СССР-а, обележен преласком на тржишну економију и почетком развоја демократије“ (И. Клајн, М. Шипка, *Велики речник сйраних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2007, 1254).

3 Регион југоисточне Европе од 1999. године добија у актима Европске Уније назив Западни Балкан. Њиме су обухваћене државе настале из некадашње СФРЈ – Хрватска, Србија, Македонија, Црна Гора, Федерација Босна и Херцеговина, као и Албанија, али не и Словенија. Тим политичким термином означавају се државе које нису у статусу оних које су већ раније успоставиле односе са Европском Унијом (државе централне и источне Европе), да

правног преображаја из ауторитарних у демократске поретке. Будући да је процес, транзиција има почетак и крај. На почетку су први *вишестраначки слободни и њихови избори* на којима је победила странка која има предзнак „демократски“, односно која има демократски програм и подршку већине („трансформативни догађај“). На крају, као постигнути циљ, демократија се консолидује и од постауторитарне постаје „карактерна“ демократија према прототипској дефиницији демократског политичког поретка. Осим заједничког циља, који је представљен теоријским *концепцијом либералне демократије*, у постауторитарним државама делују и *специфичности контекста*, које условљавају начине, методе, средства и стратегије преображаја. Међутим, без обзира на константе (циљ) и променљиве (услови), у погледу конкретних и непосредних задатака, као и у погледу метода и средстава за њихово остварење, транзиција се одређује као *планирана, вредносно одређена и координирана активност*.

У вези са тим треба отклонити неколико заблуда. Прва је мишљење које се формирало у западној либералној теорији да је довољно само то да се ауторитарни комунистички пореци уклоне па да се либералнодемократски институционални аражмани спонтано успоставе. Друга је да су либерализација и демократизација истоврсни процеси, односно да су либералне и демократске вредности по себи повезане. Трећа је да су слободни избори не само нужан него и довољан услов за постојан ток успостављања и консолидације демократског поретка, односно да су поуздана гаранција транзицијског исхода. Четврта је да либерална садржина програма изградње поретка и демократске процедуре могу компензовати дефицит државности. И пета је да у заједничком либералнодемократском западноевропском идентитетском обрасцу нема места за културно-историјске, националне и традицијске садржаје као самосвојне.

(1) Пратећи на догматски, историјски и упоредни начин праксу западних либералних демократија, теорија је утврдила један *функционалан корџус вредности*, у који спадају опште право гласа, слободни избори, владавина права, грађанске слободе и људска права, које уставни гарантују а судови штите. У обимној ауторитативној литератури наводи се и објашњава да су те „довршене“ демократије очигледан аргумент за тврдњу о важности поменутих вредности. И за државе у транзицији поменути каталог вредности представља се као дефинисани циљ. Владавина права или конституционална демократија нису тек могућност, већ задата тема преображаја постауторитарних држава. Међутим, иако су престижни теоретичари веровали да ће либерална демократија без тешкоћа нићи „на пепелу комунизма“, то се није обистинило.⁴ Као што источноевропски социјализам није био једнозначан, тако ни стратешко

би се учртала јасна разлика међу њима, и које, због специфичних услова у којима су отпочеле свој транзицијски пут и карактеристичних потреба, имају посебан третман, помоћ и динамику у планираном процесу стабилизације и придруживања Европској Унији.

4 Упор. W. Kymlicka, „Етнички односи и западна политичка теорија“, *Хабитус*, март 1999, 17–19.

изграђивање демократских поредака није могло да се одвија према јединственом обрасцу. Историјска, национална и културна различитост, типови државног уређења, наслеђене мировне нагодбе и уговори оставили су дубок траг у укореењеним ауторитарним формама владања. Због тога су се специфичности појединачних националних социјалистичких аранжмана морале превазилазити корак-по-корак, различитим стратегијама и не без исто тако специфичних отпора. Пред либералнодемократску теорију постављени су нови задаци – да те специфичне промене, с једне стране, антиципира, а с друге, објашњава, а затим да их и у структурном и у функционалном смислу интегрише у конституционалнодемократски принцип.

(2) У поменутом каталогу вредности теоријског и практичног модела либералне демократије посткомунистичка друштва имају неупитно дефинисан циљ изградње сопствене, за њих нове, државе. У тој тврђењи акценат је стављен на опозицију „ауторитарни–демократски“, што је за претходни, рани или почетни појам транзиције било не само неопходно него и довољно. Међутим, веза између либерализма и демократије није једноставна, поготово није једнозначна, јер су идеје на којима се темеље по природи различите. Либерализам и демократија су, дакле, по природи, различити концепти. „Либерализам је доктрина о томе шта треба да буде закон, демократија доктрина (...) о начину на који се одређује шта ће бити закон.“⁵ Тачка сусрета, или најмањи заједнички именитељ, јесте то што једнакост пред законом захтева једнако учешће у доношењу закона.⁶ У таквом разумевању, демократија као метод сама не дефинише сврху владавине (државе) већ врши избор између различитих доктрина и програма, међу којима је либерализам тек једна од њих. Из „демократске машине“ може изаћи само оно што се у њу стави.⁷ Демократија, дакле, може бити тоталитарна, а либерална начела могу бити спроведена ауторитарном владавином.⁸ Демократија је „алатка којом се може подједнако добро и кров над главом сазидати и гроб ископати.“⁹ Вољу народа (*volonté de tous*) промотери демократије сматрају квалитетом који од закона *ipso facto* чини добар закон.¹⁰ Либерални теоретичари, међутим, одричу демократској вољи (већине) својство суверености, па тако и вредносни ауторитет већинској одлуци, јер ако је демократија настала са намером да се ограничи арбитрарна власт, ништа се неће променити ако се носилац арбитрарне власти умножи и постане већина. Од злоупотребе власти се не треба бојати више „са стране

5 F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London 1976, 103.

6 Упор. *ibidem*.

7 Б. С. Марковић, *Начела демократије*. У: Б. С. Марковић, М. Ч. Марковић, *Начела демократије*. Правна држава, Издавачка задруга „Политика и друштво“ и Издавачка кућа „Драганић“, Београд 1998, 16.

8 Упор. F. A. Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Routledge and Kegan Paul, London 1967, 161.

9 *Ibidem*.

10 *Ibid.*, 104. Теорија демократије није ни из далека тако једноставна, али симплификован приказ, као и избор навода, овде служе само за показивање односа који је као тема у главном тексту одређен.

каког апсолутног монарха неголи са стране већине, тог краља демократије“, упозоравао је Келзен (Hans Kelsen).¹¹ Сасвим исправно се говори о демократској влади као влади „привремене“ већине, због чега свака власт треба да буде ограничена принципима који неорочено надилазе сваку актуелну већину. То свакако и тим пре важи за разумевање функционисања демократије у друштвима у транзицији која тек уче демократска правила игре. Принцип ограничавања власти је аутентично и изворно либерални принцип и као такав представља постојано начело владавине права.¹² Дакле, либерализација се може планирати и одвијати и у недемократском поретку предузимањем извесних реформских мера, као што су, само примера ради, проширивање слободе медија или допуштање извесне слободе удруживања. Демократизација укључује либерализацију, али је обавезно ставља у контекст широког поља гарантованих слобода и права, политичких пре свих, јер се њима обезбеђује легитимност и ауторитет одлука о циљевима власти.

(3) Институционализација и пракса слободних и поштених вишестраначких избора не гарантују да ће се демократски поредак са владавином права као оквиром уистину успоставити. За супротно уверење Степан (Alfred Stepan) и Линц (Juan Linz) кажу да представља „електоралистичку заблуду“ и да постоје примери „електоралистичке не-транзиције“ који је доказују.¹³ Може се десити да демократски избори буду тек лозинка власти. Овде се не мисли на рестаурацију, у најширем значењу, односно на формални повратак и реуспостављање ауторитарног режима. Мисли се на дефицит сагласности о битним државноправним, политичким и економским питањима и институцијама, због којих се започети процес успорава, па и зауставља. Легитимно освајање моћи често није синхронизовано са стицањем вештине владања, овладавањем знањем о демократији и поседовањем способности за избор стратегија. Колико год је плурализам мишљења и програма пожељан за изборну утакмицу и опредељивање политичких субјеката, тако исто неслагање мишљења и неспособност за постизање компромиса може наудити постизању сагласности у доношењу постизборних одлука. То се управо десило у Србији у погледу савладавања „строгих“ услова за промену, односно доношење „новог“ устава, којим је требало да се формално и садржински објави либералнодемократски основ изградње државноправног поретка и очува његов континуитет.¹⁴ Срећом, та је препрека прекорачена, мада се за начин превладавања не може рећи да је супстантивно и процедурално био у скла-

11 Х. Келзен, *О суштини и вредности демократије*, Службени гласник, Београд 2005, 21.

12 Начело конституционализма уноси „ред“ у односе између идеја изворног либерализма као политичке доктрине о ограниченој власти и демократије као метода за успостављање његових принципа јер уставно ограничавање власти данас подразумева гарантовање индивидуалних и колективних права. Отуда се израз уставна или конституционална демократија сматра боље прилагођеним вредносноограничавајућој идеји коју треба да изрази.

13 Х. Линц, А. Степан, *Демократска транзиција и консолидација – Јужна Европа, Јужна Америка и посткомунистичка Европа*, Филип Вишњић, Београд 1998, 16–17.

14 Вид.: Р. Васић, *Правна држава и транзиција – Теоријски модел и контекстуално условавање*, Досије, Београд 2004, 136–160.

ду са принципима којима је требало да се руководи, али је свакако био свр-сисходан. Дакле, у раној фази по отпочињању преображаја, неслагања међу политичким елитама су могућа, очекивана и готово неизбежна јер у новим околностима није лако – без лутања и конфронтација – установити непосредне задатке, средства и методе за њихово остваривање. Непостојање сагласности о дизајнирању демократских институција, међутим, не би смело да потраје. Партије које су победиле на изборима имају већинско пуномоћје, али и одговорност да креирају политике које се тичу јавног добра, коју ће грађани препознати као прилику да остваре сопствени добар живот у заједници. У противном, ако стање неслагања потраје – ако дуготрајно опстају нејасноће у погледу концепата и стратегија и неопредељеност у погледу врсте и садржине институција, могуће је, најпре и с најмањом мером очекиваности, да се поново успоставе превазиђене форме владања или да се преображај не доврши, односно да консолидација постане недостижна и, најзад, најмање радикално али сасвим сигурно једнако непожељно, да се транзицијски процес успори. Треба узети у обзир чињеницу да је грађанска култура крхка, да постоји страх (од непознатог)¹⁵ као социјална чињеница коју уставни нових демократија признају и савлађују нетипичним уставним гаранцијама¹⁶, да становништво, опредељујући гласове на изборима, истовремено артикулише своја очекивања и поставља захтеве владајућима, која, ако буду изневерена, доводе до отказивања друштвеног уговора. Начин отказивања може бити било какав, али је деконструкција увек извесна последица.

(4) У неким државама централне и источне Европе криза изазвана оспоравањем комунизма показала се тежом и сложенијом зато што се пред њих није поставило само питање опредељивања за политички поредак владавине права већ и истовремени захтев за конституисање државе са свим атрибутима суверености, унутрашњим и међународним. Тај подухват, углавном раздвајања држава, није био лак, нарочито тамо где се одвијао уз оружане сукобе. О томе постоје свежа, добро позната историографска сведочанства. Дакле, ова констатација се односи на чињенице а не на тврдњу која је означена као заблуда и зато у овом контексту није у првом плану. Нешто друго је у питању. Овде треба указати на то да конституисање државе и њено прихватање логички и теоријски, историјски и искуствено претходе прихватању демократије као начина устројства политичког поретка којим се оправдава „непријатан однос“ између владајућих и подвлашћених. Једноставно речено, између процеса формирања *polisa* и *demosa* постоји нужна повезаност у претходно поменутом следу.¹⁷ Јер,

15 Ауторитарне навике, с једне стране, и навикнута покорност, с друге, представљају друштвени модел (вођа-следбеник) који је дуготрајним упражњавањем постао рутина у свакодневном животу и утолико прихватљив. Насупрот томе, слобода у новим политичким аранжманима неминовно рађа страх од непознатог јер грађани постају у правом смислу субјекти – они се питају и одлучују, али и подносе последице за неповољне исходе својих изборних одлука. У прилог томе се може навести Русоово (Rousseau) опажање да није лако бити грађанин јер су грађански закони много тегобнији од тиранових обећања.

16 Упор. Р. Васић (2004), 53–54.

17 Упор. Р. Васић, „Колективна права националних мањина и либерално начело“, *Политичка мисао* 2/2012, 137, 143.

већинско начело може бити делотворно само под претпоставком да је држава као територијална заједница легитимно установљена. Демократија по себи не може да супституише неком делу становништва, групи или колективу неприхватљив ауторитет државе у дефинисаним границама. Треба додати још и то да се држава брине о јавном добру обезбеђујући заједнички живот и да се, и овога пута и у логичком и у практичном смислу, тек у границама дефинисане и консолидоване државе, коју њено становништво препознаје, признаје и прихвата као своју, стичу услови за артикулацију и остваривање социјалних потреба свих врста. У том смислу, за Србију је највеће оптерећење представљало баш конституисање атрибута државности јер је она своју државност етапно стицала „преостајањем“, и то, нажалост, не увек мирно и споразумно, из већих и сложених држава: СФРЈ, СРЈ и Државна Заједница Србије и Црне Горе. Иако је Србија Уставом¹⁸ из 2006. године конституисана као јединствена држава која у свом саставу има две аутономне покрајине, још увек формално неодлучен (?) статус Аутономне Покрајине Косово и Метохија представља виталну препреку у конституционализацији државноправног поретка, што је за последицу имало, и још увек има, успоравање остваривања прокламованих циљева демократске трансформације.¹⁹

(5) Транзиција „од–до“ представља се и као промена идентитета „из–у“. Идентитетске конструкције, појам и термин постали су популарни у новијем теоријском дискурсу, али и у свакодневном говору: њима се утврђују атрибути појединачног и групног статуса који служе за препознавање – поистовећивање и разликовање. Препознавање посебности колективитета одвија се утврђивањем припадања заједништву које је, опет, одређено извесним критеријумом, на пример Србији, Европској Унији, Централној Европи, Западном Балкану, Блискоисточном региону, демократским режимима, Италијанима, хришћанској религији, импресионистима, рокерима, вегетаријанцима, атеистима, феминисткињама, партизановцима...²⁰

Скуп битних квалитета и особина одређује појединце и скупине, па се тако разликују индивидуални и групни или колективни идентитети. Међу тим другима, социјална теорија посебну пажњу усмерава на етнокултурне иден-

18 Службени гласник РС, бр. 98/06.

19 Управо је ових дана (14. децембар 2015. године) објављено, после готово две године од формалног почетка приступних преговора са ЕУ, да ће прве теме преговора о чланству Србије у ЕУ бити, уз поглавље 32, поглавље 35, које се односи на тзв. нормализацију односа између Београда и Приштине. <http://www.srbija.gov.rs/vesti/vest.php?id=254537>; <http://www.021.rs/Info/Srbija/Srbija-danas-otvara-prva-dva-poglavlja-u-pregovorima-sa-EU.html>, 20. децембар 2015. године.

20 Реч идентитет значи „истоветност, потпуна једнакост, подударане“; „скуп обележја по којима се једна особа разликује од свих других“; идентификација значи „поистовећивање, изједначавање (с неким)“; „утврђивање чијег идентитета, препознавање“; идентификовати – „поистовећивати (се), изједначити (се)“ или „одредити ко је у питању, препознати“ (И. Клајн, М. Шипка, *Велики речник сџраних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2007, 483). У Деридином тумачењу идентификација је „по себи излазак изван себе, природна разлика са собом“ (Ж. Дерида 18).

титете, идентитет државе као заједнице или транснационалне заједнице. Колективни идентитет треба да одговори на питање о „ми-сопству“, о постојању скупине (групе) за коју верујемо и осећамо да јој припадамо јер имамо нешто заједничко што вреднујемо као битно своје. Другим речима, колективни идентитет рачуна са одговором на нека кључна питања: „ко смо ми?“ и „зашто смо заједно?“, „шта нам је заједничко са другим колективитетима, у чему смо јединствени а по чему различити од њих?“ и „да ли нас други препознају, прихватају и признају као (такав) колектив утврђен самоидентификацијом?“. Отуда скупине идентитетски различите од других обележава заједништво, које може бити просторно, културно, етничко, религијско, језичко, правно-органizaciono, емотивно и сл., у коме се чланови заједнице међу собом препознају и уважавају по сличности, делећи међу собом исте вредности. Објективно постојање заједничких особина и осећање припадности групи, међутим, нису довољни – потребно је да групу и други препознају и уважавају као засебан ентитет. У идентитетском обрасцу се, дакле, разликују унутрашњи и спољашњи елемент, који, када се поклопе, квалификују појединца или групу (утврђеном) идентитетском ознаком.

У теми која се разматра, релевантни су, по природи ствари, европски идентитет, односно идентитет Европске Уније²¹, и демократски идентитет, који у контексту придруживања Европској Унији држава у статусу транзиције добијају готово исто значење. Европски стандарди, вредности и услови припадају демократској политичкој култури, па је процес транзиције бивших држава са ауторитарним режимима опредељен према моделу демократије заступљеном у државама чланицама Европске Уније. Унификација/уједначавање политичких режима, економских система и гарантованих правних вредности земаља у транзицији са идејним пројектом и реалношћу уједињене Европе чини изгледним (будуће) припадање (будућем) европском идентитету. Иза тог, сада политички примарног плана, постоји и други, који је постојан и неспоран учесник у идентитету држава. Он обухвата историјске, традицијске и културне специфичности, које се не уклапају у генеричке пропозиције било које врсте, које се као самосвојне изузимају из демократсколибералног западноевропског модела заједништва, али не представљају сметњу да се партиципира и у заједничком идентитетском обрасцу. Другим

21 У наслову су појмови Европска Унија и Европа раздвојени, јер предмет анализе јесте баш однос између њихова два „бића“. У даљем тексту они ће се смењивати, понекад супротстављати ради поређења а понекад изједначавати као у језичком исказу на који се реферише. Иако Европска Унија данас „представља“ Европу, Европа је од ње старија, има своју историју, традицију, културу, цивилизацијске успоне, али и посрнућа, прошлост, садашњост и универзалистичке претензије. Европска Унија је данас престоница Европе. Она је одговорна за европску данашњицу, можда и за трансевропску данашњицу. Од ње се очекује да одговара за европски културни идентитет. Грађанске слободе и људска права, институционализоване ограничене моћи држава, мултиетничност и мултикултуралност европског су порекла. Европска Унија је стратешка тачка тог европског духа, који је зато узор свим њеним задацима (упор. Ж. Дерида 27, 28, 33).

речима, „демократско ја“ и „традицијско ја“, „европско ми“ и „национално ми“ не искључују се нужно.²²

ЕВРОПСКА УНИЈА И ЕВРОПСКИ ИДЕНТИТЕТ

Овај поднаслов сугерише расправу која треба да покаже да ли се Европска Унија данас поистовећује са Европом као историјском и културном заједницом, а ако је одговор потврдан, да ли је оправдан. С тим у вези, треба утврдити да ли постоји европски идентитет, а ако постоји, да ли се он може свести, односно да ли се нужно своди на идентитет Европске Уније. Другим речима, умесно је питати се да ли су та два идентитета „идентична“. У питању није игра речима, већ настојање да се покаже да се и Европска Унија преображава и мења (у односу на почетну замисао о томе шта заједница европских народа треба да буде и које циљеве треба да остварује). То настојање има смисла јер је Унија „место“ на коме се потврђује прихватљив степен консолидовања демократија земаља у транзицији, због чега је нужно установити које су то вредности из „европске идеологије“ опстале у њеној реалности као легитиман принцип селекције.²³

Када се прошле године појавила²⁴, књига Мишела Уелбека *Покорвање* изазвала је бурну реакцију у свим читалачким круговима којима је превод

- 22 Устави имају кључну улогу у идентитетском препознавању. У државама у транзицији њихова је улога још и значајнија јер помажу у формирању новог карактера заједнице, објављују формални раскид са прошлошћу и промовишу другачији систем вредности и дизајн институција које се о њиховом остварењу старају. „Заједништво“, „препознавање“ и „приврженост“, којима се колективни идентитет описује, и одредбе ограничавајућег (либералнодемократског) устава, на којима се државна заједница темељи, повезују се у мисаони конструкт уставног патриотизма, који такође представља облик припадања. Мада се патриотизам логички нужно не везује за идентитетско препознавање државе као заједнице којој се припада, овде се чини умесним реферисање на патриотизам – различито разумевање његовог садржаја, легитимност и употребљивост – због скорије историје држава Западног Балкана, исхода и поука. Уставни патриотизам „позван“ је да у поратним друштвима замени етнички идентитет (национализам) као доминантан облик припадања и понуди универзалистички облик демократске политичке припадности. „(...) Није неразумно размишљати о томе да би уставни патриотизам могао бити важан за успостављање демократског уређења у друштвима са све већим разликама међу становништвом које тежи да успостави неку врсту ‘грађанског минимума’ не би ли одредило како хоће да живи заједно – и ко може да припада, а коме ускратити припадност“ (J. W. Muller, *Уставни патриотизам*, Фабрика књига, Београд 2010, 11).
- 23 Карактер Уније није неспоран већ са правописног становишта – у погледу начина на који се пише њено име. Када се име уније пише великим почетним словима обе речи у називу, као што се у овом тексту чини, сугерише се њено својство које је блиско или наликује карактеру федеративног савеза („велика државолика целина“ према Мајеру, 15) према класичној теоријској типологији државних облика. Када се, међутим, друга реч из назива пише малим словом, подразумева се да унија има карактер међународне организације, додуше посебног типа. Друго гледиште је распрострањеније.
- 24 Књига је објављена истог дана, 7. јануара 2015. године, када је извршен напад на редакцију сатиричног часописа *Charlie Hebdo* у Паризу због објављених карикатура пророка Мухамеда, када је убијено дванаест људи.

био доступан. Роман из садашње перспективе слика догађаје и атмосферу у Француској, пишевој домовини, и Европи 2022. године. Он је футуристички, за некога можда и пророчки, и представља пандан Орвеловој 1984, само померен у наредни век. Посвећен је Европи, описује њену скору будућност, пројектујући оно што је она данас – „уморна, истрошена јудео-хришћанска Европа“ која „постаје лак плен најмлађе и најпродорније монотеистичке религије. Ислам уноси нови (...) смисао у живот дојучерашњих либерала и егалитариста (...)“. Један од ликова романа, универзитетски професор, сећа се да се обрео у Бриселу 2013. године, где сазнаје да се његов омиљени бар у хотелу *Метрoйол* затвара и у том часу, каже, када је могући живот окружен лепотом усред престонице Европе нестао, све је схватио: „Европа је већ била извршила самоубиство.“ Враћајући се кући пешице, прошао је поред четврти у којој се налазе зграде европских институција – „та злокобна тврђава, окружена ђумезима“, и сутрадан се, разочаран урушавањем Европе која је некада представљала врхунац људске цивилизације, преобратио у ислам.

Европа више не изгледа исто као на почетку успостављања нових односа између Запада и Истока. Европска Унија је оптерећена бројним и озбиљним проблемима. Само у претходној години Европу су преплавили имигранти у неслућеним размерама. У заједници без хладноратовских подела, зидова и граница, подижу се ограде и постављају препреке. Скорашње искуство је показало да гарантована људска права нису једнака за грађане Европе и оне „друге“. Дерида (Jacques Derrida) подсећа да „име Европа“ обећава „не само да се странац прихвати да би се интегрисао, него да би се прихватила његова другост“.²⁵ Такво, двоструко схватање „гостопримства“ поделило је „нашу европску и нашу националну савест“, због чега је и функционални мултикултурализам посустао, а фанатизам и тероризам запретили и обистинили се.²⁶ Терористички напади у француској престоници у новембру прошле године, планирани, добро организовани и синхронизовани, узбилили су европске званичнике. Можда ће ти догађаји ујединити њихове моћи у заједничку политику другачијих међусобних односа и новог почетка. Ако се томе дода и победа левичарске партије у Грчкој, добија се контекст у коме има смисла упитати се шта се дешава са заједницом европских држава; да ли се она консолидује и развија или се утапа у мору проблема које све теже решава; да ли је „радосно братство“ још увек симбол уједињене Европе. Најкраће речено, има смисла упитати се шта је стварно од идеје Европе (још увек) живо у заједници европских народа.

Идеја о стварању европске заједнице произашла је из чињенице да је европски континент у дугом периоду своје историје био поприште великих ратова и сукоба, чија су разорна дејства на половини прошлог века, додуше, окончана миром, али и хладноратовском поделом. У идеолошки и привредно раздвојеној Европи, постојала је латентна претња новим озбиљним сукобима, који су морали бити спречени да би се Европа развијала и да би се како-тако

25 Ж. Дерида, 38.

26 *Ibid.*

оснажила и уравнотежила са политичком и економском снагом Сједињених Америчких Држава, а потом и Кине. Врло брзо по окончању Другог светског рата, Винстон Черчил (Churchil), као председавајући Конгреса о Европи у Хагу 1948. године, својим ауторитетом се заложиио за интеграцију европских држава, нагласивши да „(...) унија федерација која треба да буде створена мора бити отворена свим европским народима који имају демократске владе и које преузимају обавезе да поштују Декларацију о људским правима“.²⁷ Нестанком блоковске поделе, урушавањем комунистичких или реалсоцијалистичких режима, како год се тај историјски облик ауторитаризма означио, и успостављањем „нових“ демократија, настала је потреба за уједињењем Европе у политичком, економском и културном погледу. Европска Унија је требало да покрене тај процес интеграције, да успостави критеријуме, планира фазе и динамику по којој ће се процес одвијати и да тако обезбеди да се идеја Европе преобликује и институционално уобличи, препозна и интериоризује у заједнички идентитет. Вредности којима се Европска Унија на плану интегрисања руководи јесу трајни мир, (војна) безбедност, демократија и владавина права, политички плурализам, гарантована људска и мањинска права у пуном капацитету, социјална једнакост, јединствено тржиште и заједничко старање о европској културној баштини.

Правни основ за успостављање односа (између Европске Уније, с једне стране, и земаља централне и источне Европе, као и Западног Балкана, с друге) који омогућавају уједињење европских држава у транснационалну европску заједницу представљају (билатерални) европски споразуми.²⁸ Њихов циљ је био да припреме и оспособе земље централне и источне Европе за учествовање у европским интеграцијама и да им на тај начин омогуће „повратак у политички и економски живот Европе“, што се све заједно смешта у згодан и често коришћен израз „политика јачања нове европске архитектуре“.²⁹

После 2004. године, када је Европској Унији приступило десет земаља, Унија, могло би се тако рећи, посустаје у остваривању планираних циљева. И док политика показује замор од проширења, у исто време се обистинују бојазни и сумње теоретичара и аналитичара да ће функционисање заједнице бити отежано због неколико добро уочених разлога, по различитим основама и у специфичним доменима.

Економска криза која је наступила неколико година касније додатно је отежала развојни пут Европске Уније и угрозила остваривање идеала и вредности због којих је Унија формирана.

Најпре, јасно се уочава да је Европа (и даље) подељена, само што су основни поделе изазвани другим разлозима и на другачији начин дефинисани у односу на поделе којих се Европа деведесетих година прошлог века одрекла.

27 *Congress on Europe-Resolution*, Hague 1948, *European Movement*, reprint, London 1988.

28 То је друга генерација споразума о придруживању, који су закључивани у периоду између 1990. и 1996. године, и сви носе исто име – *Europe Agreements*.

29 Упор. Т. Мишчевић, *Придруживање Европској унији*, Службени гласник, Београд 2009, 129.

Центар и периферија, као концентрични кругови који се успостављају у односу, најпре, на три водеће државе Европске Уније, у односу на државе чланице првог реда, централноевропске и балканске државе, север и југ, државе чланице и државе претенденте, постали су легитимне категорије у којима се Европа данас мисли, иако се не мора прихватити Уелбекова цинична тврдња о „тврђави и ћумезима“.

Одговор на питање шта се десило са идејом заједнице европских равноправних народа кратак је и гласи: неолиберални економски програм. Иако та дијагноза неће бити општеприхваћена, штавише већ јесте озбиљно оспорена у круговима неолибералних економиста, она је као тема свакако у средишту пажње аналитичара Уније. У прилог се може навести исправна тврдња Маркса Хоркхајмера (Horkheimer) да ко не жели да говори о неолиберализму треба да ћути и о Европској Унији.³⁰ Економска либерализација је та која рађа периферизацију. Иако се убедљиво говори о разликама између Севера и Југа или између цивилизованих и нецивилованих нација, дисциплинованих и немарних народа, овде је у бити у питању класна подела: европско друштво је подељено на оне који поседују вишак (на северу), који је истовремено дефицит других (на југу).³¹ Саморазумевајућа стратегија за прве је доминација капитала; за друге – социјални програм и гаранције.

Та тврдња изгледа контраиндикована ставовима из раних радова о посткомунистичком преображају којима се либералнодемократски концепт државе поставља као први задатак и последња провера консолидације.³² Међутим, ту нема ничег спорног. У односу на социјалистичку економску политику и систем планске привреде, обрт је морао да се догоди. Прихватање тржишне економије, односно закона тржишта, изазива озбиљне социјалне тегобе (за које се и у теорији и у пракси зна) због чега се у државама у транзицији предвиђају, и уставима гарантују, мере прелазног ублажавања страха од тржишних учинака. То се чини неком врстом социјалних програма тако што се институционализују извесне привилегије и гаранције чију садржину чине социјална права.³³ Прелазак са планске привреде на тржишну економију, из сигурности

30 У: S. Žižek, S. Horvat, *Što Europa želi?*, ALGORITAM STANEK, Zagreb – Mostar 2013, 44.

31 Упор. *ibid.*, 14, 148.

32 Либерализам као идеја, начело, идеологија и теорија није једнозначан, ни у политичкој ни у економској области, али се на овоме месту о томе не расправља. Либерализам као „владајућа политичка сила“ (...) „препознатљив је по низу политичких циљева које су либерали стољећима заступали, по посебним тврдњама о функционисању друштва и господарства, те скупини идеја о темељним начелима политичке моралности. Вјеројатно је тачна тврдња да ниједан политички циљ, ниједна визија друштва и ниједно политичко начело нису уважавали сви либерали било којег даног нараштаја, а камоли тијеком тих (три Р. В.) стољећа. Међутим, либерална традиција показује знатан ступањ јединства и континуитета, што јој је омогућило да постане једна од главних и најразвијенијих струја западне културе“ (Ј. Раз, *Моралношћ слободe*, Крузак, Загреб 2007, 1).

33 Вид. У. Пројс, „Улога правне државе у трансформацији посткомунистичких друштава“. У: *Правна држава – Порекло и будућност једне идеје*, 62, 65–66; Н. Димитријевић, „Уставна демократија, или како спречити владавину народа“, *Хабитус*, бр. 2/2000, 36–37 и даље; Р. Васић (2004), 53.

подаништва у слободу избора с неизвесним исходом, јесте својеврсна „долина суза“, којом се у националним оквирима мора проћи на путу ка новом поретку. Али то исто важи и за Европску Унију, која се по окончању Другог светског рата укључивала у токове глобалне економије.

Изгледа да Европска Унија није озбиљно узела у обзир економску недораслост земаља на југу. Можда то није хтела или је начинила пропуст или је све препустила деловању (заједничког) тржишта, тек економски дефицит није ублажен, већ је продубљен. Штавише, хегемонијска неолиберална идеологија центра и модел тржишне конкуренције проширили су се на све области друштвеног живота, као што су здравство и образовање, на пример, па се давања за социјално осигурање или школарине квалификују као улагање појединца у сопствени (будући) капитал. Осиромашеним појединцима неолиберализам нуди компензацију у кредитима и деоничарским уделитема. Уместо *права* на одговарајућу плату, пензију, стан или образовање, у понуди су кредити којима „слободни“ појединци „својом вољом“ и „под једнаким условима“ одлучују да купе своју садашњост, али истовремено затиру будућност. Јер то је логика финансијског капитала. Када је давање кредита једном уговорено, од дужника се не очекује да га врати. Дуг постаје средство контроле и доминације и над појединцем и над државама.³⁴

У време проширења Уније владао је оптимизам да је идеја Европе (још) жива и плоносна. Економска криза из 2008. године, која се до данас само продубљивала, показала је мрачну страну глобалног капитализма. Дужничка економија је поделила Европу. Португал, Италија, Ирска, Грчка и Шпанија³⁵ претстројили су се у чланице другог реда, презадужене и оптерећене социјалним немирима.³⁶ Штрајковима и протестима изражава се бунт према престоничким одлукама (покорних, условљених и не баш способних влада), директивама, саветима и препорученим економским мерама, углавном штедње, свеопште и немислосрдне.³⁷ Огромна незапосленост, нарочито међу младима, узроковала је разочараност демократијом. Уверљив је став да само „сит и просвећен“ човек може бити слободан и једнак са другим људима, дакле политички способан за преузимање одговорности за доношење демократских од-

34 Вид. С. Жижек, С. Хорват, 122. „Циљ давања кредита није добити тај новац натраг уз профит, него неограничени период у којем се дуг одржава и који дужника држи у трајној овисности и и подређености“ (*ibid.*, 123).

35 Узгред, акроним изведен из њихових назива – PIGS – постао је самоиронична ругалица у оптицају!

36 Фуше (Michel Foucher) наводи да се у погледу животног стандарда унутрашње разлике у Европској Унији повећавају и да распон достиже однос 1:31(!) између региона, а 1:22(!) између држава чланица, те да због тога приоритет политике ЕУ мора бити ублажавање унутрашње диспропорције. „Отуда потиче данашње оклевање да се уђе у нову фазу ширења у правцу мање развијених земаља, као што је то случај са Западним Балканом.“ Напомињем да су преузети подаци из 2006. године и да је готово извесно да су се од избијања кризе 2008. године поменуте диспропорције увећале (М. Фуше, *Евројска унија йола века касније: сјање и сценарији обнове*, Службени гласник, Београд 2009, 8).

37 На удару мера штедње нашло се и образовање.

лука и њихове последице.³⁸ Губитак једне вере лако је довео до стицања друге. Отуда појаве националистичких, десничарских, расистичких и фашистичких организованих покрета и инцидената. За нове националисте имигранти и азиланти постали су згодна мета за изливање гнева због изневерених нада да су тзв. европске вредности доступне свима и под једнаким условима. Национализам није више онај који је деведесетих рушио државе не марећи за жртве. Он није више балканско проклетство. Овај национализам настао је у срцу Европе, у европској слављеној, али посусталој демократији, у сиромаштву и јаловим очекивањима просперитета и доброг живота. Утолико је опаснији јер се не може сузбијати као деведесетих – селективно, локализовано и оружано када је то било политички целисходно, под барјаком „спречавања хуманитарне катастрофе“.³⁹ Актуелна преплављеност имигрантима, које тек понеке државе, и то баш оне са периферије, организовано прихватају као људска бића у невољи, међутим, изгледа да се не разматра као хуманитарна катастрофа, већ (само) као криза. Државе центра решење траже у постизању консензуса о квотама, а то је, према изјавама њихових лидера, дуг и озбиљан процес који се не може преко ноћи обавити. Али зато је преко ноћи подигнута бодљикава баријера између Мађарске и Србије, а затим затворена граница између Хрватске и Србије, и даље сукцесивно према богатом Северу, у коме имигранти траже уточиште за своју наду у будућност. Та затварања су показала на очигледан начин поделу између нове Европе и њене периферије.⁴⁰

Иако је у преамбули неусвојеног европског устава свечано објављен крај поделама у Европи, изгледа да се она није заувек одрекла зидова који одвајају идеологије, режиме, народе, нације, вероисповести, расе. Изјава мађарског премијера да је жичана ограда подигнута да би се очувао идентитет Европске Уније уозбиљује питање о томе шта данас чини европски идентитет, тачније идентитет Европске Уније, шта је остало живо од идеје Европе и да ли је вредно борити се за европску идеју, да ли је могуће поправити ЕУ и, најзад, како.

Та питања не одражавају скепсу без основа; још мање одрицање.⁴¹ Напротив. За другачију Европу се вреди борити јер је она „повлашћено место“, али

38 Којим је Божићар С. Марковић пре готово једног века јасно и сликовито указао на то шта је нужна претпоставка демократског политичког поретка.

39 Али у односу на праву, или бар много већу хуманитарну катастрофу, забринута Европа је ћутала. А требало је само сат времена, наспрам 1425 дана опсаде Сарајева, да се стигне из главних европских метропола и да се катастрофа спречи.

40 Истини за вољу, треба признати да се оволики прилив миграната са Блиског истока није могао очекивати, те да се због тога за неприпремљеност Европске Уније мора имати разумевање. Проблем, наравно, није једноставан јер постоји могућност да међу цивилним становништвом које тражи избављење из сурових, немилосрдних и фанатичних оружаних сукоба, стижу и припадници екстремистичких организација. Учестани напади у европским градовима и много озбиљнија упозорења терориста према политици коју државе Европске Уније воде према арапским државама, ту појаву чине још сложенијом, инклузију новопритошлица тешком, а већ успостављени, „староседелачки“ мултикултурализам неспојним.

41 Скепса по себи није деструктивна. Она алармира и мобилише. Европска Унија је досад многе од њих успешно одагнала, као што су, на пример, да „европска конструкција“ неће

са сазнањем да је једина алтернатива њеном спором пропадању – нови почетак. Осећајући стрепњу за оно што се у Европи догађа, Дерида као да охрабрује „нови почетак“ када за европски идентитет каже да је као „стара и уважена, али исцрпљена госпа“, чије је тело, међутим, „остало чедно“.⁴²

СРБИЈА НА РАЗМЕЂИ

Петнаест година после отпочињања посткомунистичког преображаја у Србији не само да има смисла већ је и нужно да социјална теорија и аналитичари разних усмерења изрекну свој суд о учинцима транзиције, о резултатима које су предузете реформе постигле, о квалитету успостављених институција правне државе, о реализацији владавине права, уставном консензусу, демократској култури, стандарду грађана... И док су прве теме биле посвећене политичкој и економској трансформацији и изградњи (новог) националног демократског идентитета, приметно је да се данас више него на почетку процеса релевантне теме формулишу и групишу око приступања Европској Унији. Зато је било умесно сумарно приказати промене које се у њој дешавају.

Прве активности после првих вишестраначких слободних и фер избора у Србији биле су доношење новог устава и на закону заснована лустрација. Закон о одговорности за кршење људских права је донет, никада није примењен и престао је да важи протеклом времена које је самим Законом било предвиђено за спровођење те врсте постауторитарне одговорности.⁴³ За то време етнички националисти су постали европски идеалисти, обављајући веома важне функције у држави, учествујући у свим изборним и постизборним коалицијама у шест изборних циклуса (2000, 2003, 2007, 2008, 2012. и 2014. године). Устав је требало свечано да објави формално нови државни идентитет. Па иако се на њега чекало пет година, уместо аутентичног социјалног консензуса, он је изразио тек натегнут и неуверљив политички компромис. Већ је садржина његове преамбуле изазвала непомирљиве сукобе у тумачењу обавеза државних органа, па се тако и преговори који се воде у Бриселу („између Београда и Приштине“, како се они еуфемистички називају) квалификују као напори за очување државне суверености и заштиту државних интереса, с једне стране, или, сасвим супротно, као грубо кршење Устава, с друге.

преживети крај хладног рата, да заједничка валута није могућа или да неће моћи да се одупре међународним политичким и економским „потресима“ (вид. М. Фуше, 7). Остаје да се види како ће се Европска Унија определити према изазовима „арапског пролећа“ и његовим последицама, са којима је већ сада суочена, и да ли ће и како показати своју дораслост решавању озбиљних проблема и потврдити способност преживљавања не губећи ни свој идентитет ни ауторитет.

42 Ж. Дерида, 9.

43 Закон о одговорности за кршење људских права (*Сл. гласник РС*, бр. 58/2003 и 61/2003 – испр.) престао је да важи 2013. године јер је њиме предвиђено да ће се примењивати 10 година од дана ступања на снагу.

Широко постављени теоријски контекст, како је већ наглашено, био је концепт либералне демократије западноевропског типа. Теоријски модел конституционалне демократије био је беспоговорно прихваћен као циљ и критеријум, без много удубљивања у концептуално разјашњавање, осим уз благо изражен захтев да се пажња усмери, с једне стране, на околности и потребе (социјалне, економске, културне, историјске) конкретне државе, а с друге, да се избегну самоочене заблуде западне теорије у погледу очекиване спонтаности.

„Петнаест година после“, неке од тих тема су ишчезле (лустрација), неке се с обзиром на стечено искуство поново формулишу (захтеви за измену Устава), неке траже рекапитулацију, свођење или адаптацију, а неке се, с обзиром на глобалне процесе и политику, смештају у први план. У последњенаведену тему, на пример, спада однос „чистог“, изворног либералног концепта државе и „државе благостања“, односно питање могућих односа између деловања ригидних закона тржишта и државне политике социјалног старања. С обзиром на то да економска криза доминира европским амбијентом, те су се теме наметнуле као неодложне и у политичком и у аналитичком смислу.

Меродавна оцена о квалитету демократских промена у Србији, односно о томе у којем је степену наша држава одмакла у остваривању преображајних циљева, тешко да се може формулисати у кратком налазу.⁴⁴ Описно и недовољно одређено може се рећи да је рана фаза посткомунизма прошла, да консолидација⁴⁵ (још) није постигнута, али да је линија прегиба јасно успостављена и уочљива.⁴⁶ Демократској власти треба предочити једну кратку, једноставну и упозоравајућу теоријску тврдњу: неспособна држава може угрожити вредности либералног конституционализма једнако као што је то чинила ауторитарна власт.

44 Као део стратешког пројекта „Идентитетски преображај Србије“, овај Зборник окупљеним радовима управо треба да помогне (и подстакне) да се са стручног становишта формира релевантан утисак о учинцима демократске транзиције у различитим социјалним сферама: економској, политичкој, правној, међународној, да се оцене темпо, динамика и квалитет спроведених реформи и да се према научним критеријумима (али и према искуственим показатељима) препоруче стратегије за убрзани напредак. Радови у овом и будућим зборницима и тематским монографијама треба да допринесу бољем разумевању постауторитарног процеса демократизације, за који Степан и Линц кажу да представља један од „најузбудљивијих и најтежих процеса у модерној историји“ (Х. Линц, А. Степан, 11).

45 Консолидација је термин којим се означава „потпуно спроведена транзиција“; довршен и учвршћен демократски политички поредак. Један од препоручених стандарда као критеријума за оцену гласи: „Демократска транзиција је завршена кад је постигнута довољна сагласност о политичким поступцима за долажење до једне изабране владе, кад влада долази на власт непосредно на основу слободних и свеопштих избора, кад таква влада има фактичку власт да ствара нову политику и кад извршна, законодавна и судска власт коју је створила нова демократија не мора *de iure* да дели власт са другим органима“ (Х. Линц, А. Степан, 15). Како духовито кажу, консолидација је постигнута када демократија постане једина игранка у граду.

46 Као стандардни показатељи „пређеног пута“ могу добро послужити годишњи извештаји, екстерни, *Progress Report* за Србију Европске комисије, и интерни, *Људска права у Србији* Београдског центра за људска права.

БУДУЋНОСТ: СТРАТЕГИЈЕ И АРГУМЕНТИ

Уочени раскорак између Европске Уније и идеје Европе забрињава и упозорава. Могло се очекивати да ће амбициозна замисао о интеграцији држава европског континента наилазити на искушења, препреке, сметње и неочекиване обрте у глобалној политици. Пројекат „Европски устав“ није успео; политика пријема нових држава у чланство, нарочито у погледу динамике, у овоме тренутку је неизвесна; интеграција држава чланица друге генерације (постхладноратовских) у заједницу не одвија се ни брзином ни на начин који се очекивао; национални идентитети још увек су јаки и доминантни у односу на емоционалну повезаност грађана Европске Уније и препознавања припадности европском заједништву. Но и пре него што би се створило такво осећање („проживљени идентитет“), тешко би било одгонетнути, одговорити, односно договорити се о томе шта је то важно што је Европљанима заједничко или, другачије речено, шта је то што „у културном смислу држи континент на окупу“ („декларисани идентитет“).⁴⁷

*Повеља о евројском идентитету*⁴⁸ садржи изванредан низ прокламација о миру, слободи, људском достојанству, равноправности, социјалној правди, али не изражава посебност по којој би Европа била јединствена на планети. Ни учесници Европске конвенције о нацрту устава нису успели да се сложе о садржини његове преамбуле у којој је требало да се утврди идентитет Европске Уније. У одговору на питање шта чини културну, односно духовну основу идентитета политичке заједнице коју је устав требало да дефинише и уреди, није било ни наговештаја заједничког става да ли је то просветитељство, или хришћанство, или и једно и друго, или нешто треће. Са становишта политичких вредности Уније, трагање за идентитетом показује се као питање о легитимитету и ауторитету заједнице, који једини могу да је снабдеју способношћу за самоодржањем и развојем. Кастелс (Manuel Castells) разликује две врсте политичког идентитета: онај који настаје из отпора према нелегитимној владавини и представља статус или становиште („одбрамбени“) и онај који настаје посредством пројекта и представља план или намеру (колективноакциони).⁴⁹ Они су по правилу повезани према редоследу којим су наведени. То значи да из делотворности првог настаје други-заједнички план за стварање „једног новог начина живота“ који се *заснива* на социјалним и политичким вредностима, који се *осићује* у практичној комуникацији и сарадњи у грађанском друштву, посредством заједничких институција, са *циљем* њиховог развоја и јачања, које ће довести до тога да колективне вредности постану обавезујуће.⁵⁰ Ако пројекат политичког идентитета не представља „пројекцију или осећање припадности“ већ планирано „заједничко делање са заједничким циљем“, онда

47 Т. Мајер, *Идентитет Европске – Јединствена душа Европске уније?*, ИП „Албатрос плус“, ЈП Службени гласник, Београд 2009, 16.

48 Усвојена је 1995. године на редовном конгресу Европске Уније.

49 Наведено према: Т. Мајер, 141. Прво именоване у заградама је Кастелсово, друго је ауторкино.

50 *Ibid.*

се европски идентитет може разумети као пројекат грађана Европе, али чије су „могућности и очекивани успех још увек отворени“.⁵¹

Постигнуто јединство Европе у ери глобализације већ је по себи политичка вредност и важан и постојан циљ пројекта за будућност. Ако се као упоришне тачке на пројектном плану „идентитет Европске Уније“ издвоје: (а) свест грађана о политичкој повезаности, (б) улога Европске Уније (економска, политичка, безбедносна и културна) коју грађани желе а европски лидери и институције формулишу и остварују и (в) дефинисање политичких задатака, који су разлог и сврха процеса уједињења, према већ постигнутом степену интегритетности, добијају се обриси „реалистичног, значајног и јединственог пројекта европског идентитета“.⁵²

Прича о европском идентитету и трагање за његовим атрибутима нису претерани ако се у обзир узме да Европска Унија није федеративни савез, те да се зато посредством политичког идентитета она легитимише као регионална демократија, безбедносна сила и историјска културна целина.

Заједничке, у најширем смислу културне вредности и политичко деловање којим се подржавају, великим делом већ садржане у документима и споразумима Европске Уније, чине темељ „колективноакционог“ грађанског идентитета. То су већ помињане вредности из корпуса конституционалне демократског концепта и праксе: гарантовање људских права, ширење демократије на регионални и локални ниво, прихватање мултиетничког и мултирелигијског карактера заједнице и заштита историјски утемељених култура.

Пројекат европског идентитета још увек је у сенци националног и највероватније ће задуго тако бити. Али нема сметње тврдњи да се та два плана колективне самоидентификације не искључују чак ни у емоционалном ангажману. У том смислу Мајер (Thomas Meyer) добро уочава да „(...) партиципативна демократија, социјална права и претензије Европе да као цивилна сила преузме одговорност за стварање мирољубивијег и праведнијег света (...) јесу циљеви за које се грађани моју (подвукла Р. В.) страствено залагати“.⁵³

Суморна слика Европе из Уелбековог романа, којој се њена актуелна реалност убедљиво не опире, ако није избрисана, бар је ублажена разматрањем могућности и претпостављене моћи европске политичке заједнице, иначе без преседана у светској историји, да се ревитализује и докаже свој ауторитет.

Реч је о „имену Европа“, писао је још пре две и по деценије Дерида. Оно се мора узети „озбиљно“, „опрезно“ и „олако“, „...ради нечега што (у себи) препознајемо и што смо (себи) обећали“.⁵⁴ За то име се вреди борити, имајући непрекидно на уму све оно што чини „европско памћење“ – традицију просветитељства, наслеђе идеје о демократији, културу критичке мисли, али исто

51 *Ibid.*, 141, 142.

52 *Ibid.*, 142.

53 *Ibid.*, 143, 144.

54 Ж. Дерида, 40.

тако и свест о кривици и одговорности за тоталитарне, геноцидне, колонијалне и верски нетолерантне „епизоде“ из прошлости.

У том контексту, дневнополитичка фраза да за Србију чланство у Европској Унији нема алтернативу добија смисао. Питање није да ли за Србију постоји неко друго место, већ да ли постоји боље место. Задати циљ посткомунистичке трансформације Србије јесте консолидација демократије и стабилна владавина права. У том процесу, Европска Унија, каква би могла бити уколико буде загледана у идеју Европе из које је настала и из које треба непрекидно да се обнавља, нуди јој своје вековно искуство.

Поетски речено, али без празнословја, митска лепотица Европа чека да буде освојена.⁵⁵

Проф. др Радмила Васић, уредница

55 Према предању, стари континент је добио име према лепотици Европи, ћерки краља Агелора из Сидона, коју је Зевс отео и довео на Крит.

РАДОВИ НАСТАВНИКА
И САРАДНИКА

Др Емилија Вукадин*

ПРОМЕНЕ ЕКОНОМСКЕ ОСНОВЕ ИДЕНТИТЕТА СРБИЈЕ У ПРОЦЕСУ ЕВРОИНТЕГРАЦИЈА

У раду се, полазећи од омишних одлика идентитета поједине земље, дефинишу његове економске основе као што су ресурси, карактер економског развоја, утицај економског фактора, карактер институција, тржиште и економске слободе и економска улога државе и економска политика. Анализа елемената економске основе идентитета показује значајне промене њихових одлика у времену глобализације и развоја нових технологија. Осим тога, промене сваког елемента економске основе идентитета имају различит интензитет и под утицајем су више различитих фактора. Контролисана и неконтролисана промена имају неуједначену динамику у времену и трајању са различитим учинком. За Србију, која је започела процес евроинтеграција, потребне промене економске основе идентитета на првом месту треба да обухвате институције, тржиште и економске слободе и економску улогу државе и економску политику. Промене треба да се одвијају ка изградњи и јачању институција, ширењу економских слобода, формирању централне тржишне и креирању економске улоге државе која је у складу са принципима тржишне привређивања и конкуренције.

Кључне речи: Економске основе идентитета. – Ресурси. – Институције. – Економске слободе. – Држава.

Позиција поједине земље у свету данас се може одредити на основу више критеријума и показатеља. На првом месту уважавају се класификације земаља које су садржане у званичним публикацијама значајних међународних организација као што су Уједињене нације и њене пратеће специјализоване агенције, Светска банка, Међународни монетарни фонд и друге. У свакој од

* Ауторка је редовна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, emilija@ius.bg.ac.rs.

публикација земље се рангирају према одређеним критеријумима, као што су бруто домаћи производ по становнику, ниво индустријске производње, обим увоза и извоза, стопа инфлације, висина јавног дуга, стање демографског фактора и сл. Сагледавањем тих показатеља добијамо слику о нивоу економског развоја поједине земље, а преко тога и податак о месту које заузима на светском тржишту и у трговинској размени. Треба имати у виду да је тумачење званичних публикација међународних организација једноставан поступак уколико то чине они који поседују стручно знање до нивоа експерата. Можемо, стога, поставити питање да ли се комплетна слика о свакој земљи стиче на овај начин и да ли је она довољна. Да ли су земље, а преко тога и народи познати само по економским показатељима из своје историје и развоја, или се јављају и неки други релевантни чиниоци? За појединца који нема адекватно образовање, посебно из економске области, појединачна земља или народ су препознатљиви по сасвим другим показатељима који превазилазе економске. Овим путем смо дошли до појма идентитета који се везује за поједину земљу и њен народ, а који представља сложену категорију која може да се сагледава са више аспеката.

Идентитет поједине земље исказује се путем њене историје, културе, обичаја, етичких и верских одличја нације, културне баштине, природних ресурса и тренда и нивоа привредног развоја током времена и у појединим раздобљима. Осим тога, идентитет се препознаје и у карактеру политичког система и, с тим у вези, и у нивоу демократије и људских и грађанских слобода. Пример за то су земље у којима постоји систем диктатуре и репресивни режим, који постају њихова једина и доминантна одлика идентитета која потискује оне које су њен дериват. Идентитет је у сталној динамици која има различит темпо, зависно од тога да ли су у питању њена мање или више постојана одличја. Свакако да историја и културна баштина, затим обичаји, етички принципи и природни ресурси садрже више постојаних него променљивих елемената, док се то не може рећи за привредни развој и његове резултате. Сагледавање овог садржинског елемента идентитета доводи нас до појма његове економске основе која дефинише и одређује тренд и основе привредног развоја током историје. Зато треба имати у виду да је економска основа идентитета поједине земље у највећој мери подложна променама, односно да је одликује динамика која није својствена осталим одличјима идентитета.

Претходним напоменама дошли смо до дефинисања појма економске основе идентитета, што је полазна основа за каснију анализу њених промена у процесу евроинтеграција. Наше је мишљење да следећи елементи чине садржину економске основе идентитета поједине земље: 1. расположиви ресурси, од природних до технолошких; 2. карактер и носиоци економског развоја; 3. утицај егзогених фактора на привредни и друштвени развој кроз историју; 4. карактер институција; 5. карактер и развијеност тржишта и економске слободе и 6. економска улога државе и ефикасност економске политике.

Природни ресурси (земља, реке, минерална налазишта), односно богатство, често се изједначају са потенцијалом и основом привредног развоја, што

би значило да су земље које поседују значајна природна богатства високоразвијене и са високим животним стандардом. Током историје пракса је демантовала тај приступ, тако што се показало да модел привредног развоја и управљање природним ресурсима одређују темпо развита и висину бруто домаћег производа. Принцип одрживог развоја промовисао је, између осталог, и очување природне средине и рационално управљање природним ресурсима које укључује унапређење њихових обновљивих облика.¹ Данас је актуелно питање, односно проблем, повезаности и условљености опстанка и употребе природних ресурса са климатским променама, које такође захтевају контролу и управљање од националног до глобалног, односно светског нивоа. Из тих разлога један од миленијумских циљева Уједињених нација је предузимање хитних мера у борби против климатских промена и њиховог утицаја. На тај начин природни ресурси добијају други значај јер су у сенци драстичних промена климатских услова које постају опасност на глобалном нивоу и где могућа решења постају важна и одлучујућа за сваку земљу. Стога можемо рећи да се идентитет поједине земље исказан у природним ресурсима данас не може одвојити од проблема њихове промене и ерозије као последице климатских промена. Један од мотива за координацију светске економске политике јесу глобална јавна добра, од којих је очување климе једно од најважнијих јер захтева посебну пажњу и средства.² Промењени климатски услови истичу у први план проблем емисије угљен-диоксида који угрожава природну средину и преко тога и животне и радне услове људи широм планете. Из тих разлога у новембру 2014. године у Пекингу, на Самиту земаља Азије и Пацифика, председници САД-а и Кине обавезали су се да ће САД до 2015. смањити емисију угљен-диоксида за 26–28% у односу на 2005, а да ће Кина до 2030. године зауставити емисију тог опасног гаса. Европска унија која води доследну еколошку политику, спроводи стратешки циљ смањења емисије угљен-диоксида за 40% до 2030. године уз истовремено повећање обновљивих извора за 27%.³ Осим тога, научноистраживачке државне и приватне институције прате процес климатских промена, анализирају узроке често драстичних и опасних појава и предлажу методе ублажавања негативних последица за природну средину. Из претходно наведеног следи да су природни ресурси, као један од елемената економске основе идентитета, подложни променама под дејством егзогеног фактора (климе) чија контрола зависи од ефикасности координисане политике заштите природне средине.

- 1 У редигованим миленијумским циљевима Уједињених нација за период 2015–2030, у тачки 14 наводи се очување и одрживо управљање океанима, морима и морским ресурсима, а у тачки 15 одрживо управљање шумама, борба против изумирања биосфере, заустављање пада квалитета плодног тла, заустављање губитка биодиверзитета. The seventeen Sustainable Goals, www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2015/12/28/, децембар 2015.
- 2 A. B. Quere, B. Ceure, P. Jacquet, J. P. Ferry, *Economic policy, Theory and Practice*, Oxford University Press, New York 2010, 116.
- 3 За очување климе и енергије ЕУ је за период до 2030. године дефинисала следеће циљеве: смањење ефеката стаклене баште за 40% у односу на 1990, минимално учешће од 27% обновљиве енергије и минимум од 27% побољшања енергетске ефикасности. Climate and energy targets for 2030, www.europa.eu, Climate action, 2. децембар 2015.

Осим природних ресурса, технологија и технолошки напредак представљају такође значајан елемент економске основе идентитета сваке земље. Као један од фактора привредног раста, технологија представља „целокупно примењено практично знање којим се производни фактори ангажовани у одређеној производњи, при њиховој датој алокацији, претварају у производ, односно процес којим се из ангажованих производних фактора ствара вредност“.⁴ Технологија се такође може свести на релевантне информације о процесу производње, будући да је реч о повећању обима производње које настаје уз непромењену алокацију производних фактора. Имајући у виду да је информатичка технолошка револуција процес који се континуирано одвија, промене које су се догодиле последње три деценије означавају нову еру у приступу карактеру технологије и њеног трансфера. Претходно поменута дефиниција технологије, која је означава као скуп информација које по природи имају карактер јавног добра, упућује да она истовремено добија својства која мењају начин њеног развоја и употребе. Тако се наводи да услед непостојања ривалитета чистих јавних добара, практична знања која користи један произвођач, за разлику од капитала и радне снаге, могу са различитим успехом да користе и други произвођачи. Непостојање ривалитета даје нова специфична обележја савременој технологији и технолошком прогресу као извору раста, а то су на првом месту доступност и могућност употребе од већег броја корисника.⁵ Осим тога, у процесу трансфера технологије постоји тзв. клупска конвергенција високо-развијених и средњеразвијених земаља, док су најсиромашније земље које остварују ниске стопе раста искључене из тог процеса.⁶

На основу претходно наведеног, може се закључити да технологија, као један од елемената економске основе идентитета, у савременим условима излази из граница националног у мери у којој је појединачна земља институционално спремна да користи њене предности глобалног јавног добра. У том смислу, у много бољој ситуацији су развијене земље у којима се раст бруто домаћег производа постиже управо применом модерне технологије и иновација.

Други елемент економске основе идентитета представљају **карактер и носиоци привредног и друштвеног развоја**, посматрано у историјском пресеку и за одређене периоде. Како је он у појединим земљама различитог карактера, остварени резултати су основ за њихову класификацију на (средње и високо) развијене или неразвијене. Након тога се могу анализирати фактори који су утицали на достигнути ниво развоја, од којих бисмо навели привредне делатности као носиоце развоја, учешће домаћих или иностраних ресурса (сировинска зависност) и сразмерно учешће производних фактора (капитала и радне снаге). У времену пре интензивирања процеса глобализације, односно интернационализације производње, карактер привредног развоја земље најчешће се одређивао према претежном учешћу индустрије или пољопривре-

4 Б. Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*, Београд 2011, 58.

5 Б. Беговић, 79.

6 Вид. о клупској конвергенцији: P. Aghion, P. Howitt, *The Economics of Growth*, MIT press, Cambridge 2009.

де у формирању бруто домаћег производа. Развој терцијарних делатности у глобализованој светској привреди у први план је поставио информатичке, телекомуникационе и финансијске услуге које постају показатељи напретка и способности земље да се прилагоди новим условима привређивања. Истовремено се одвија и процес растућег броја и доминације мултинационалних компанија, као носилаца глобализације, које контролишу више од једне четвртине укупне светске производње. Мотиви мултинационалних компанија за улагања у иностранству су стратешки, субјективни и економски, са крајњим циљем увећања профита, што је подлога политике којом се руководе у пословању и доношењу битних одлука.⁷ Глобализација светског тржишта и либерализација спољнотрговинске размене временом су обликовале нове позиције земаља учесница које су разврстане у центар, полупериферију и периферију.⁸ Покретљивост поједине земље из једне позиције у другу, која је напреднија, зависи од успеха у прилагођавању глобалном тржишту и односима размене у којима доминирају развијене привреде, односно мултинационалне компаније. Њихова улагања могу бити агресивни притисак на постојећу привредну структуру поједине земље јер се усмеравају у области изабране због повољних услова пословања и очекиваног профита. Области улагања мултинационалних компанија временом су се мењале, тако да је доминација екстрактивне преко прерађивачке индустрије данас изражена у сектору услуга: банкарство и осигурање, трговина, саобраћај, консалтинг, саобраћај, менаџмент и сл.⁹ Избор земље у коју ће мултинационалне компаније усмеравати инвестиције зависи од процене услова у делатности која може бити атрактивна са аспекта ширења производње и очекиваног профита.

Следећи фактор од утицаја на карактер привредног развоја јесу домаћи и увозни ресурси, односно сразмера у којој се они користе у привреди поједине земље. О карактеру и употреби природних ресурса већ смо говорили, са нагласком на границе утицаја за њихово очување и одрживост. Осим природних, ресурсе чине материјални и субјективни чиниоци производње, средства за производњу, радна снага односно стручна знања и радне способности људи. Развој савремене технологије створио је нове ресурсе као што су информациони системи, телекомуникације и корпоративно предузетништво. Учешће тих савремених ресурса у привреди поједине земље на првом месту зависи од потенцијала за улагања у нову технологију и за њену примену, односно од нивоа развоја и структуре привреде и тржишта.¹⁰ Развијено интегрално тржиште са великим бројем учесника захтева висок ниво корпоративног предузетништва и управљања, чији предуслов није само специјализовано знање већ и могућност његове имплементације уз постизање адекватних резултата.

7 Б. Пелевић, *Увод у међународну економију*, Београд 2005, 250.

8 М. Јакшић, *Савремени светски систем*, Београд 1999, 49.

9 Вид. о пословању мултинационалних компанија, Е. Вукадин, М. Лабус, *Економска политика за правнике*, Београд 2012, 305.

10 Г. Манкју истиче да технолошко знање, као једна од детерминанти, подразумева разумевање најбољих начина производње добара и услуга. *Принципи економије*, Београд 2008, 546.

У савременим условима не постоји могућност да поједина земља користи само домаће ресурсе, већ је само питање до које мере су они довољни тако да захтевају допуну из увоза. Свака земља би зато требало да поштује и примењује принцип рационалног коришћења домаћих ресурса, посебно оних који нису обновљиви. Развој нових технологија у условима глобализације променио је класичне односе размене у којој доминира област информатике и телекомуникација која иницијално има глобални карактер. Савремени вид комуникације, не само у сфери економских односа, не може да се одвија без учешћа информатичких технологија и нових телекомуникационих веза, које добијају карактер глобалног добра *sui generis*. У таквим условима одвијања токова на светском тржишту, корпоративно предузетништво не остаје само национални ресурс, већ се такође шири и примењује на свим пунктовима који међусобно сарађују или тргују. Нови ресурси су постали посебан сегмент економске основе идентитета и показатељ нивоа достигнутог развоја и укључености поједине земље у доминантне токове светске размене.

У факторе од утицаја на карактер привредног развоја укључује се и учешће основних чинилаца производње, капитала и радне снаге. Допринос фактора производње привредном развоју, односно расту, сагледава се најпре, са аспекта њихове акумулације, односно ангажовања, а затим и са аспекта факторске продуктивности. Учешће фактора производње иницирано је акумулацијом физичког капитала путем повећања основних средстава производње, затим хуманог капитала у виду улагања у образовање и високоспецијализована знања. Међутим, за привредни развој је значајан ниво продуктивности који резултира у већем обиму производње и при непромењеној количини ангажованих производних фактора. Ниво продуктивности зависи од примењене технологије и ефикасности производње.¹¹ Већ је било речи о значају и компонентама технологије, тако да на овом месту треба навести да од нивоа ефикасности производње зависи формирање јаза између потенцијалног и стварног бруто производа.¹² Ситуација у којој је стварни бруто производ испод потенцијалног указује на то да у привреди сви производни фактори нису у потпуности и ефикасно употребљени. Показатељи таквог стања су висока стопа незапослености или низак ниво инвестиционе активности који резултира у ниском нивоу производње. Претходно смо указали на значај акумулације и продуктивности физичког капитала у привреди поједине земље, за који се, осим домаћих, могу користити и страни извори. Развијено међународно тржиште капитала обезбеђује токове страних директних инвестиција, портфолио инвестиција и зајмовног капитала, који увећавају инвестиционе и производне капацитете привреде поједине земље.¹³ Када су у питању стране директне инвестиције, првенствено оне чији су носиоци

11 Б. Беговић, 58.

12 Дефиниције потенцијалног и стварног бруто производа вид. Е. Вукадин, М. Лабус, 19.

13 Један од индикатора здраве економије јесте смер инвестиција за који се истиче да је под утицајем постојеће институционалне структуре. Вид. А. Јовановић, *(Нео) институционална економска теорија, извештаји о институционалним променама и економски либерализам у Србији*, Београд 2015, 72.

мултинационалне компаније, за којима је тражња много већа у неразвијеним него у развијеним земљама, пракса показује да њихово усмерење диктирају посебни услови. Наиме, од почетка осамдесетих година токови страних директних инвестиција одвијају се између развијених земаља које су истовремено и њихови примаоци и даваоци. У развијеним земљама функционише интегрално тржиште, ангажована је квалификована радна снага, постоји релативно стабилан политички систем и институционално уређена правна регулатива, што заједно чини скуп услова који стимулишу стране директне инвестиције.¹⁴ Последица таквог стања је да преко 90% страних директних инвестиција потиче из развијених земаља, односно око 3/5 из Европске уније и око 1/5 из САД-а. У таквој констелацији односа, неразвијене земље не могу да очекују већи прилив страних директних инвестиција, што даље погоршава ситуацију у привреди, које остварују и ниску домаћу штедњу. У Србији је 2011. године реализовано 3132 мил. евра страних директних инвестиција, што је *per capita* износило 430,8 евра (Црна Гора 3182,3, БиХ 156,4, Хрватска 806,5 и Македонија 249,5 евра)¹⁵. Имајући у виду да ће тражња за страним директним инвестицијама у земљама Западног Балкана, међу којима је и Србија, у будућности сигурно показивати тенденцију раста, неопходно је предузети комплексне структурне реформе које ће обезбедити неопходне, претходно наведене услове.

Када се говори о факторима производње, у савременим условима изражених миграција и старења становништва у великом броју земаља, актуелни су одређени проблеми у вези са ангажовањем радне снаге. Старење становништва мења његову структуру у којој се временом смањује број оних који чине категорију радноспособних, а преко тога и активног становништва. Миграције људи до једне мере могу да ублаже тај проблем, али стварају други, који се исказује у неодговарајућем образовању и вештинама оних који траже посао у страниј земљи. Када је у питању хумани капитал, чињеница је да само развијене земље могу да испуне захтев да одговарајућом политиком образовања и мерама подижу његов квалитативни ниво. Ера високих технологија и информатичких система поставља императив улагања у хумани капитал и његово ангажовање на одговарајућим радним местима у модерној тржишној привреди. Проблем се своди на почетни услов да образовање одговора потребама модерне привреде и високе технологије. Процес ангажовања радне снаге у ери глобализације добио је нову димензију премештањем производње у земље са јефтином радном снагом и ниским надницама. Миграција капитала на један начин је зауставила, односно преусмерила миграције радне снаге, посебно у неразвијеним земљама, коју ангажују страни инвеститори (мултинационалне компаније), док у развијеним земљама динамично тржиште радне снаге генерише њено кретање диктирано висином надница и врстом послова.¹⁶

14 Б. Пелевић, 255.

15 *Стране директне инвестиције у Србији 2001–2011*, Београд 2012, 12.

16 Развој високе технологије условио је да мултинационалне компаније сада запошљавају радну снагу која поседује менаџерске, организационе и маркетиншке способности и знања.

Трећи елемент који је у склопу економске основе идентитета јесте историјски посматран **утицај егзогеног фактора** на ниво развоја поједине земље. Појам егзогеног фактора у овом случају користимо до једне мере условно јер је он диктиран ендегеним условима, односно потенцијалом поједине земље да у свом развоју активира и користи факторе које изворно не поседује и који су лоцирани на другим територијама. Следствено томе, када је реч о егзогеном фактору, на првом месту наводимо земље које су у прошлости биле колонијалне силе, што је утицало на њихов развој и ниво материјалног богатства које су реализовале у дужем временском периоду. Колонијализам сагледаван кроз историјску призму мора појмовно да се раздвоји од неоколонијализма који је дериват глобализације и либерализације. Основна разлика је у томе што су носиоци класичног колонијализма биле државе (на пример, Велика Британија, Шпанија, Португал), док су то у савременим условима мултинационалне компаније чија су седишта у развијеним, а афилијације у неразвијеним земљама. Тако се констатује да је глобализација „објективни планетарни процес у којем се ствара густа мрежа повезаности, међузависности све ширег круга друштава, тако да се шири круг делатности које постају транснационалне, којима се не може управљати искључиво унутар државних граница“.¹⁷ Експлоатација, пре свега природних ресурса био је основни вид колонијалног освајања у прошлости, док је данас она друге садржине и форме и сагледава се преко делатности хоризонталних, вертикалних и измешаних (конгломерати) мултинационалних компанија.¹⁸ Значај који су колоније имале у одређеном периоду развоја колонијалних сила временом је постало препознатљиво обележје њихове историје и напретка. С друге стране, позиција земаља које су биле колоније утицала је на то да је већина њих и данас остала на ниском нивоу привредног и друштвеног развоја.

Четврти елемент економске основе идентитета јесте **карактер институција** у привредном систему. Институције подразумевају трајни облик веза између привредних субјеката унутар којих се на устаљени начин одвијају економске активности. Однос између привредних субјеката мора бити гарантован одређеним правилима понашања која укључују формална и неформална правила. У првој групи су закони, правила и прописи, а у другој устаљене норме понашања, конвенције и правила, односно кодекс управљања. Из тога следи да су битне компоненте институција у свакој земљи делом повезане и са историјом, традицијом и пратећим моралним нормама. Најважније институције привредног система су тржиште и својина, затим централна банка, берзе, добит, циљна функција предузећа и сл. Организација тржишта роба, рада и капитала (на пример, правила о банкротству, уговорима о раду или преузимању), затим оквир у којем се доносе одлуке економске политике (статут централне банке, процедура усвајања буџета, режим девизног курса) такође представљају институције привредног система. Свака институција представља функционално јединство конститутивних елемената, док је за њихов

17 М. Печујлић, *Глобализација – два лика светиа*, Београд 2002, 17.

18 Вид. Б. Пелевић, 252.

међусобни однос значајно да се он одвија у оквиру стабилног механизма који обезбеђује и стабилност привредног система. Из тих разлога се констатује да институције уводе ред у привредни живот и да истовремено представљају друштвени капитал као драгоцен ресурс који није непроменљив, већ је подложен еволуцији, променама и нестајању.¹⁹

Пракса потврђује став економиста да институције директно утичу на тржишну равнотежу и ефикасност инструмената економске политике. Следствено томе, може се закључити да институције представљају стубове стабилности економског система и економске политике, што значи да у случајевима кризе, примена институционалних решења доприноси успостављању нарушене тржишне равнотеже. Када се говори о институцијама економског система, прво треба навести да су њихов карактер и дејство у одређеној мери под утицајем институција правног и политичког система, а затим да се њихова стабилност најбоље сагледава у кризним ситуацијама. Правни систем је одлучујући за формална правила (ограничења), док политички систем, будући да се његове промене везују за фазе историјског развоја, има већи утицај на неформална правила. То упућује на закључак да је за сваку земљу битна стабилност целине друштвене институционалне инфраструктуре, у оквиру које међусобни утицај и интеракција постојећих институција узрокују нестабилности не само у политичкој, већ и у економској и социјалној сфери. Стабилне институције тржишног система обезбеђују нормативно уређено пословно окружење које подстиче предузетништво и тржишне принципе привређивања. Осим тога, у кризним ситуацијама стабилне институције не дозвољавају исхитрена *ad hoc* решења супротна основним правилима рационалног тржишног понашања, која могу и да продубе неповољна привредна кретања. Изграђени институционални механизми, на првом месту они који се односе на тржиште, државу (владу), централну банку, берзе, предузећа, а који се ослањају на уређену нормативну регулативу правне државе, представљају чврсту основу привредног раста и макроекономске равнотеже. Осцилације у токовима привредног развоја поједине земље, уз елиминисање утицаја могућег политичког фактора, могу се пратити и путем реакције или промена појединих институција, односно стабилности њиховог унутрашњег механизма. Следствено томе, развијене тржишне привреде тај статус у великој мери задржавају јер поседују стабилну и променама прилагодљиву институционалну структуру не само у привредном, већ и у осталим сегментима друштвеног система.

Следећи елеменат економске основе идентитета је **развијеност тржишта, односно ниво економских слобода**. Једна од одлика савремене државе је да је она кооперативна, односно партнер тржишту на којем интервенише тако што ублажава и регулише постојеће имперфектности као што су екстерни ефекти, монополи, информационе асиметрије и сл.²⁰ Када се говори о нивоу развијености тржишта, подразумева се интегрално тржиште роба и услуга, капитала, рада и финансијско тржиште. Темпо одрживог привредног раста

19 A. Benassy-Quere, B. Coeure, P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, 14.

20 Вид. Е. Вукадин, М. Лабус, 59.

у великој мери зависи од функционисања сваког од наведених сегмената интегралног тржишта и њиховог појединачног доприноса факторима раста. У савременим условима глобализације доминирају финансијска тржишта чију динамику обезбеђује повезивање путем нових телекомуникационих технологија и система. Развијена тржишта се заснивају на темељу који чине владавина права и економске слободе. Владавина права укључује државу и право као нераздвојне појаве које конституишу државноправни поредак у којем држава ствара право и примењује право.²¹ У економској сфери правна сигурност гарантује слободу предузетништва, равноправне услове привређивања, заштиту својинских права и уговора, уређену нормативну регулативу и административне процедуре у пословању, заштиту акционара и сл. С друге стране, економске слободе у условима партнерства државе и тржишта треба да постоје у мери која ће омогућити одржив привредни раст и стабилност у условима слободне конкуренције и предузетништва. Економске слободе се исказују у десет различитих аспеката, који се групишу у четири шире категорије: 1) владавина права, 2) ограничена влада, 3) регулаторна ефикасност и 4) отвореност тржишта.²² Када се анализирају те категорије економских слобода, закључује се да прве три на различите начине упућују на улогу државе, односно владе у одвијању привредне активности, а да четврта указује на то да тржиште треба да буде отворено, односно активно укључено у токове светске размене.²³ Херитиџ фондација објављује годишње извештаје о економским слободама, рангирајући земље према исказаном индексу, што је не само показатељ карактера привредног амбијента и пословања већ и један од битних индикатора за потенцијалне стране инвеститоре.²⁴ За економске слободе је битно функционисање отвореног тржишта у садејству са економском улогом државе која треба да обезбеди правну сигурност и ефикасну регулативу. На тај начин неминовно се опет истиче парадигма садејства владавине права и економских слобода које је данас у појединим земљама исказано на вишем или нижем нивоу и са различитим резултатима.

Последњи, шести елеменат економске основе идентитета јесте **економска улога државе**. Питање се своди на ефикасност економске политике коју води држава, односно влада, а затим до које мере држава интервенише у привреду и на који начин се она реализује. Треба нагласити на почетку да се карактер економске улоге државе увек сагледава у контексту фазе развоја политичког система одређене земље, односно политичких циклуса који се смењују у различитим временским интервалима са мањим или већим утицајем на привредне

21 Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, *Увод у право*, Београд 2014, 144.

22 А. Јовановић, 78.

23 Економске слободе се мере анализом стања у сфери: имовинских права, корупције, фискалне слободе, државних трошкова, слободе пословања, радне слободе, монетарне слободе, трговинске слободе, инвестиционе слободе и финансијске слободе.

24 Последња анализа економских слобода указује на то да оне утичу на економски раст, БДП по становнику, здравствену заштиту, образовање, заштиту околине, смањење сиромаштва и опште благостање. Вид. Heritage Index of Economic Freedom, www.heritage.org, 10. децембар 2015.

токове. У питању је утицај политичког фактора који се огледа у реализацији принципа јавног избора и колективног одлучивања, регуларном спровођењу изборних циклуса, што треба да прати и кредибилитет владе. Она је обезбеђена када постоји правилан избор економских мера, затим конзистентност у спровођењу политике и очекивање јавности да ће влада опстати довољно дуго да реализује задате циљеве. Јавни избор, као економска теорија политике, указује на то како се доносе политичке одлуке и како се формирају понуда и тражња за државном интервенцијом.²⁵ Пракса је показала да карактер мера које доноси влада зависи од идеолошког и програмског концепта политичких партија које су је формирале. Политичке партије леве оријентације опредељују се за мере које указују на то да се већи значај придаје запослености него инфлацији, док оне десне оријентације заступају супротно становиште и у складу са тим бирају одговарајуће мере. Јавни избор захтева превазилажење уских страначких и политичких интереса и прихватање значаја друштвених (колективних) интереса, посебно приликом гласања у парламенту. Редовни изборни циклуси обезбеђују смењивост партија на власти и оцену јавности о њиховом раду и степену одговорности у обављању активности од друштвеног интереса.

Осим тога, ниво државне интервенције може бити променљив у времену, зависно од кретања привредних циклуса, од осцилација стопе раста, од спољних или унутрашњих шокова или промена у економској политици владе пројектованих за одређени период. Карактер државне интервенције може да се креће само у оквирима које налаже нужност регулације имперфектности тржишта и очување економских слобода као услова раста и стабилности. Питање државне интервенције може да се сагледава и са аспекта примене дискреционих мера у односу на правила. Могућност примене дискреционих мера треба да буде ограничена на посебне ситуације када оне за последицу немају дестабилизацију пословног амбијента, односно услова привређивања. Другим речима, дискреционе мере треба да буду усмерене на одржавање стабилности економског система или на минимизовање степена њеног нарушавања.

Карактер и елементи економске основе идентитета упућују на закључак да њих одликује различита динамика кретања и промена у времену. Осим тога, разликује се и њихов појединачни утицај на привредни раст и одрживи развој. Тако долазимо до битног питања могућности и инструмената путем којих се може утицати на промену економске основе идентитета у Србији која је, између осталог, диктирана и процесом евроинтеграција. Наше је мишљење да су, осим тога, промене економске основе идентитета нужне као услов (окончања) формирања тржишне конкурентне привреде и одрживог привредног раста. Економске основе идентитета треба да буду основне одреднице текућег и будућег концепта економског и друштвеног развоја Србије, не само ради успешног окончања процеса евроинтеграција, већ и оног који се одвија паралелно, а који се, због дужине трајања и резултата, све мање може назвати транзицијом.

Од шест елемената економске основе идентитета које смо навели на почетку рада, сматрамо да се нужне промене превасходно односе на следећа три: институције, тржиште и економске слободе и (нову) економску улогу државу, односно економску политику. Формирање тржишног система привређивања и нова улога државе одређени су и зависе од темпа конституисања нове институционалне структуре која садржи формална и неформална правила. Кључ успеха транзиционог, а касније процеса евроинтеграција, како на самом почетку, тако и у фазама које следе, јесте темпо промена тих правила. На том плану се могу уочити две појаве, односно потенцијални проблеми. Први се огледа у примени нове нормативне регулативе која је у духу хармонизације коју диктирају европске интеграције, а други у још увек снажном дејству неформалних правила. У питању је латентни сукоб старог поретка, односно неформалних правила и новог, а то су формална правила која уводе принципе владавине права и правне сигурности. Будући да се неформална правила односе на традицију, културу и историју, она нису настала само у ери социјализма, већ и у периоду пре тога, што им даје комплексан карактер. У новим условима неформална правила дејствују у својству ограничења која могу да спречавају продор и прихватање формалних правила која воде ка владавини права. Промене привредног амбијента треба да иду у правцу обезбеђења услова да предузетници послују у условима слободне тржишне утакмице у којима држава гради нови правни систем и доноси нове економске мере, што иницијално не гарантује да се успешно прихватају и примењују нова формална правила. Поставља се питање који су разлози. Први који је најлакше идентификовати односи се на још увек јако постојање и дејство неформалних правила, која, будући да се односе на традицију, овог пута упућују на то да су у питању рецидиви социјализма, као што су ослањање на принцип меког буџетског ограничења, државне субвенције, ниска корпоративна свест, нетржишно пословање са свим последицама које доноси, сигурне зараде (плате) и сл. Други разлог сложеније природе односи се на проблем релације формалних и неформалних правила. У питању је, можемо рећи још увек постојећа латентна 'превласт' неформалних правила због споре имплементације формалних правила. За пример је довољно навести конкретне институције у оквиру којих се показује њихова примена, као што је организација тржишта роба, рада и капитала која укључује и правила о банкротству, о уговорима о раду или преузимању, затим оквир у којем се доносе одлуке економске политике, а то су процедура усвајања буџета, статут централне банке, режим девизног курса и сл. Осим тога, земље међу којима је и Србија не поштују принцип стабилности правног система, на основу чега се не стварају трајни услови обезбеђења и одржања правне сигурности. Принцип правне сигурности је у истој мери битан и за предузетнике и за државу у реализацији нове економске улоге. Дефинисани и уређени услови привређивања први су путоказ у делатности свих привредних субјеката, док је нормативна регулатива за државу темељ на којем гради своју не само економску, већ и ширу социјалну политику. Утемељење правне сигурности у новим условима сложен је процес јер се изградња институција суочава са значајним препрекама.

Промене институција у Србији подразумевају нужне структурне реформе које се или одгађају или се неадекватно дефинишу. Суштина структурних реформи је да „међају институције и, најчешће с временским помаком, рачунају на раст инвестиција као својом економском последицом“.²⁶ У привреди Србије је од почетка процеса транзиције недостатак институционалних решења допринео одржању и јачању појава које подривају темеље на којима се гради здрав тржишни амбијент. На првом месту то су некавалитетна или неспроводљива нормативна регулатива, корупција, притисак политичког фактора у економији са повратним дејством, криминал и рентоносно понашање.²⁷ Простор који је отворен за те појаве (понашања) мора да се затвори конзистентним поступком изградње институција које их спречавају и санкционишу. Полазећи од тога да су најважније институције тржиште, својина, предузеће и држава, промена сваке од њих се мора оцењивати и са аспекта међусобне зависности и условљености. Тржишно привређивање подразумева доминацију приватне својине и изведених својинских облика, пословање предузећа у условима правне сигурности (заштите својинских права и уговора) за коју је одговорна држава која креира правни систем.²⁸ Приватна својина мора бити дефинисана од предметних облика до правила о преузимању, рачуноводству, ревизији, стечају и сл., како би била обезбеђена правна заштита за све носиоце својинских права. С друге стране, тржишна регулација треба да обухвати све случајеве оних перформанси тржишта или интервенције државе који нарушавају односе здраве конкуренције. У Србији процес приватизације треба да буде окончан у текућој години, још увек је актуелан проблем реструктурирања државних предузећа, док гломазан и неефикасан јавни сектор захтева темељну реконструкцију и реформе. Привилегована јавна предузећа која бележе велике губитке добијају помоћ у виду субвенција, што је у супротности са концептом државне помоћи у ЕУ који Србију обавезује у процесу евроинтеграција.²⁹ Нужне промене јавног сектора условиле би виши ниво његове ефикасности, измене на расходној страни буџета, повећање финансијске стабилности и фискалне дисциплине, ширење могућности јавно-приватног партнерства и јачање конкуренције на тржишту.

За недостатке нормативне регулативе, односно формалних правила, одговорна је држава, будући да је њихово конституисање један од основних и приоритетних задатака од почетка процеса транзиције. Изградња новог правног система треба да се одвија у духу хармонизације са правом ЕУ, што је један од услова успешног почетка процеса евроинтеграција. Тешкоће у реализацији овог императива огледају се у томе што постсоцијалистичка држава истовремено треба да обезбеди услове за своје сопствено конституисање и механизам за заштиту индивидуалних права, при чему, осим личних и грађанских слобо-

26 А. Јовановић, 69.

27 *Ibid.*

28 Вид. Е. Вукадин, *Значај правне сигурности у формирању тржишног система привређивања*, Београд 2013.

29 Вид. Е. Вукадин, *Нормативна регулатива и пракса државне помоћи*, Београд 2011.

да, на овом месту у виду имамо право и слободу предузетништва. У току временског периода који углавном није кратак, држава формирањем новог правног система истовремено решава два круцијална питања тржишног система привређивања и односа према предузетницима. Тај проблем се може сагледавати са два аспекта: први подразумева способност државе да новом правном регулативом јасно дефинише неопходност и оквир своје економске улоге, а други се односи на дефинисање карактера и граница економских слобода које имплиците подразумева тржишни систем.

Полазна премиса у покушају да се одговори на постављена питања јесте битна одлика правне државе да путем оријентисаних институционализација отвара могућност за делање.³⁰ На једној страни је делање саме државе у оквиру нове економске улоге, а на другој активност оних субјеката друштва које држава уређује правним прописима. Овим путем долазимо до критичних тачака имперфектности тржишта које захтевају државну интервенцију, односно учешће државе. То се односи на антимонополско законодавство, обезбеђење мера за регулацију екстерних ефеката, производњу и одржање јавних добара и редистрибуцију дохотка.³¹ Постојеће имперфектности тржишта упућују на минимум економске улоге државе која се реализује путем одређених облика њене интервенције. Прва је изградња правног система, друга се исказује у обезбеђењу макроекономске стабилизације, односно ниске инфлације, повећања запослености и бруто домаћег производа, следећа је алокација ресурса, а затим следи редистрибуција дохотка и, последња, куповина роба и услуга као компоненте јавне потрошње.³² За реализацију тих облика државне интервенције први услов је формирање валидног правног основа и институционалног амбијента који ће бити подршка владавини права која је неопходан услов тржишног привређивања.

Као што је наведено, с друге стране је однос државе и привредних субјеката који је одређен степеном развијености интегралног тржишта и квалитетом примењене нормативне регулативе, који су битни фактори који одређују простор за економске слободе. У Индексу економских слобода, који објављује Херитиџ фондација, у 2014. години Србија је означена као претежно неслободна земља, што је представљено висином индекса који на скали од 0 до 100 износи 60,3.³³ Када се имају у виду четири категорије у које су груписане економске слободе, а које смо претходно у раду већ навели, закључак је да помак треба да буде реализован у свакој од њих. Другим речима, у Србији релативно успешну хармонизацију права са правом ЕУ не прати процес реформе државе, правосуђа и система који обезбеђује правну сигурност и владавину права. Дерегулација која се променљивим интензитетом спроводи последњих година још увек није обезбедила регулаторну ефикасност која би пратила процес утемељења тржишне привреде. Приближавање систему регулације у ЕУ сигурно

30 У. Пројс, 65.

31 Е. Вукадин, М. Лабус, 59.

32 Више о томе вид. Е. Вукадин, М. Лабус, 59.

33 Вид. А. Јовановић, 78.

ће се одвијати споро и са препрекама, с обзиром на то да треба обезбедити многе предуслове за њихову организациону и оперативну усклађеност.³⁴ Дерегулација и либерализација треба да шире простор за економске слободе које су индикатор нивоа развијености тржишта и карактера кооперативне улоге државе. У земљама са развијеним тржишним системом, као и у оним које су у процесу транзиције, односно евроинтеграција, у већој или мањој мери изражен је проблем избора између тржишта и државне интервенције која представља заштиту од тржишта. Поставља се питање за које би се решење определили предузетници, односно учесници у тржишној утакмици. Оријентација на тржишни систем привређивања, борба са конкуренцијом, престанак прилива субвенција и помоћи државе у случају губитака, нови правни оквир пословања и уговарања за привредне субјекте представљају изазов прилагођавања новим, рестриктивним правилима, чији исход могу да буду ниска ликвидност и лоши резултати пословања. Пракса је до сада показала да и приватизоване и нове приватне фирме и даље рачунају на помоћ државе. Из тих разлога још увек постоји став привредних субјеката да је држава ослонац, односно да је позвана и прозвана да решава проблеме у пословању, првенствено ликвидности, на начин који је супротан начелима њене нове економске улоге. Да ли је за заштиту од тржишта надлежна држава, односно следи дилема у ком сегменту тржиште мора да дејствује, а у којем држава може да каналише или ублажи дејство његових законитости у интересу одређених друштвених (тржишних) субјеката? Утицајне друштвене, односно пословне групе или појединци траже заштиту од тржишта јер на тај начин каналишу финансијска средства у своју корист. Моћ да се обезбеди та заштита увек је повезана са подршком политичким партијама на власти, од финансијске до лобистичке у парламенту и у утицајним пословним круговима. Промене инициране од почетка процеса транзиције превасходно је требало да инаугуришу правила да привредни субјекти не могу очекивати од државе покривање пословних губитака, пореску амнестију, толерисање монопола и монополског понашања и одступања од поштовања принципа либерализације у области цена. Пракса је, међутим, демантовала те захтеве, на пример, у Србији, тако што држава није реаговала на дугогодишње неплаћање пореза и доприноса од великих фирми, као што је уместо да смањује средства субвенција, чинила супротно.

Низак ниво до сада исказаних економских слобода у Србији у пракси коинцидира са постојећим нивоом државне интервенције. У сегментима у којима се очекује присуство државе у привреди како би се анулирале имперфектности тржишта, у Србији се оно реализује у правцу успоравања или ограничавања имплементације тржишног пословања. Осим слабости у домену правног система и владавине права, о чему је претходно већ било речи, држава је одговорна за неефикасан јавни сектор, незавршену приватизацију, спору релаксацију услова пословања због високог нивоа регулације у тој области, као и за недисциплину у буџетском финансирању јавних предузећа и задржавање система субвенција. Поменуте слабости економског система и

34 У ЕУ је уочљива појава преласка са директног управљања извршне власти на индиректно управљање путем регулаторних тела чији број расте.

економске политике у ширем смислу могу да се отклоне једино путем структурних реформи које стварају услове за тржишно привређивање и конкуренцију. У мери у којој ће се реализовати наведени услови, мењаће се и концепт економске политике тако што ће укључити и развојну компоненту привреде Србије. Структурне реформе треба да резултирају формирањем институционалног амбијента који је неопходна подлога савремене тржишне привреде и концепта економске политике који прати захтеве глобализације и координације на наднационалном нивоу.

Dr. Emilija Vukadin
Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

CHANGES IN SERBIAN ECONOMIC FOUNDATION OF IDENTITY THROUGH THE PROCESS OF EU INTEGRATION

Summary

Regarding the general identity characteristics of a single country, the article discusses the economic foundation of identity and its elements such as resources, character of economic development, influence of exogenous factor, character of institutions, market and economic freedom and the economic role of state and economic policy. The analysis of the elements defined as the economic foundation of identity shows significant changes in their characteristics in time of globalization and development of new technologies. In addition, the changes in each individual element of the economic foundation of identity vary in intensity and they are influenced by diverse factors. Both controlled and uncontrolled changes have uneven dynamics in time and duration and they produce different effects. For Serbia, which has begun the process of EU integration, the necessary changes in the economic foundation of identity in the first place should cover institutions, market and economic freedom and the economic role of state and economic policy. These changes should flow in the direction of establishing and strengthening institutions, the expansion of economic freedom and integral market and the creation of the economic role of state in accordance with the principles of market economy.

Key words: *Economic base of identity. – Resources. – Institutions. – Economic freedom. – State.*

Др Милован М. Митровић*

ФЕНОМЕНОЛОГИЈА И ДИЈАЛЕКТИКА НАЦИОНАЛНОГ ИДЕНТИТЕТА И СРПСКОГ ИДЕНТИТЕТА СРБИЈЕ¹

Овај чланак се састоји из три дела. У првом делу се указује на дијалектичко схватање националног идентитета у односу на друге сродне феномене као што су лични, породични, локални (регионални) и универзално људски идентитет.

У другом делу размајрају се традиционални (духовни, пољопривредни и социјални) корени и савремени стубови српског идентитета: светосавска духовност, национално слободарство (косовски завет), ћирилично писмо, народна самоуправа и државни суверенитет.

У трећем делу размајрају се стари и нови изазови српског идентитета као што су историјске миграције и дезинтеграције на јужнословенским просторима, модерна десуверенизација малих држава и народа и рејесивни нови глобализам. При том се указује на то да српско пољопривредно залагање из крајности у крајности, у недовољним степену историјским околностима за Србе као народ, ојасно угрожава државни суверенитет Србије, српски културни идентитет, али и просперитет и одрживи развој српског друштва у целини.

У закључку се истиче да је државни суверенитет најважнији стуб националног идентитета, као што је национални идентитет последња одбрана слободног остваривања једног народа и његове државе. Зато је потребно да се на актуелне глобалистичке изазове нађу рационални одговори који омогућају да се осавремене и тако очувају све битне духовне црте српског културног идентитета, као унутарња духовна траја и последња одбрана државног суверенитета Србије и њеног српског пољопривредног идентитета.

Кључне речи: *Дијалектика идентитета. – Национални идентитет. – Српски идентитет. – Државни суверенитет. – Аутошовинизам.*

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, MilovanM@ius.bg.ac.rs

1 Овај чланак је настао у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ који се ради на Правном факултету Универзитета у Београду.

1. ДИЈАЛЕКТИКА ИДЕНТИТЕТА – (НЕ)ЈЕДНАЧИНА СА ВИШЕ НЕПОЗНАТИХ

Питање идентитета увек је питање промишљеног и осмишљеног односа према себи и према другима, нека врста (не)једначине којом се утврђује колико је неко једнак самоме себи, а колико и у чему се од других разликује. Питање је сложено и зато што се може говорити о разним врстама идентитета: о личном и колективном, о породичном и професионалном, о верском и политичком, о локалном и националном, али и о општељудском идентитету. Прихватање комуникације и ступање у односе са другима има смисла само ако се тиме не губи сопствени идентитет, а то је могуће само онда када су актери у комуникацији и односима, ако не и једнаки, онда бар *међусобно равноправни* и колико-толико слободни. *Ја* престајем да будем *Ја* онда када бивам принуђен да постанем неко *Други*. *Ми* престајемо да будемо *Ми* онда када нас принуде да постанемо *Они*. Није случајно Клод Клакхон (*Clyde Kluckhohn*) указивао на то да је права људска личност само онај појединац који је у погледу „као сви други“ људи, у нечему „као неки други“, али који увек има и неке своје непоновљиве особине, па је у том смислу „као нико други“. Било који слој људскости да изостане, појединац не може (п)остати нормална и зрела личност, која је кадра да изграђује и надграђује на здрав и нормалан начин све друге колективне идентитете: породични и професионални, локални и национални, али и верски и политички или било какав други идентитет.

Са националним идентитетом проблем је утолико сложенији што је реч о једначини са много непознатих, које нису само непознате него је и њихов релативни значај у разним временима и околностима различит. Историјска традиција свих европских друштава преваходно је етничка, те је стога национална компонента у односима европских народа и држава била доминантна најмање у последњих хиљаду година. У том смислу и српски национални идентитет има више димензија или елемената који су се временом (историјски) урезали као црте једног особеног етничког карактера који често на противречан начин, детерминишу духовно и световно, религијско и политичко, културно и економско деловање, понашање и опстојавање Срба као старог европског народа.

Феноменолошки гледано, сви поменути и многи други слојеви здравог (не само српског) националног идентитета могу се сликовито представити као струк лука који би ваљало да има: дубок корен (дугу и богату историјску традицију); здраво стабло (уређену структуру друштвених група, установа и организација, као што је здрава главица лука са много складно сложених и здравих љуски); здраве зелене перасте листове који се пропињу у висине и скупљају дневну светлост (високе културне стандарде и духовне вредности које су неопходне за одрживи развој као нову и непрестану социјалну фотосинтезу). Довољно је да једно перо пожути и увене и да само једна љуска почне да трули, па да цела главица, заједно са кореном, пропадне. Језик и вера, част и имовина, породица и држава, морал и право, историја и геополитика – свако са своје стране и сви заједно – творе слојевито језгро сваког, како ста-

рог тако и новог српског (и сваког другог) националног идентитета. Ти слојеви се препознају у свим варијететима националне самосвести, у оној која се означава као национални интегралizam (или интегрални национализам), на једној страни, или у оној на супротној страни, коју обележава анационални (провинцијски) локализам и(ли) антинационални мондијализам (интернационализам). Разлика између тих варијетета националне самосвести само је у томе што је у једним закрљало оно што је у другим развијено или хипертрофирано.

У изузетно неповољним историјским околностима по неку заједницу природно је да унутарње разлике бледе и прелазе у виши степен јединства, али у условима прејаким спољних притисака оне могу патолошки да метастазирају до саморазарајућих и непомирљивих супротности. У домену националне самосвести повишени спољни и(ли) унутарњи притисак на дотичну заједницу у првом случају рађа неки облик одбрамбеног национализма. У другом случају, кад су спољни притисци на неки народ прејаки, кад се често понављају, предуго трају и систематски спроводе, тада они код извесних појединаца и група, нарочито у садејству са обећавајућим (или стварним) и за њих ексклузивним привилегијама, могу да изроде аутошовинизам, као најперверзнији облик националне самосвести.

Процеси пропагандно-политичког инжињеринга етничког аутошовинизма започињу тако што се стварне унутарње разлике у историјским неприликама продубљују тиме што се заједничке црте националног карактера и све друге сличности прво занемарују, па потом негирају – све док се временом не почну међусобно супротстављати и оштро сукобљавати. Стицај историјских неприлика утицао је на то да се у обликовању српског идентитета заједничком језику као главној структурној подлози националне културе политички супротстави религија као идеолошка вододелница и препрека националном и државном уједињењу Срба. Кад се језик и вера политички и идеолошки первертирају и једно другом супротставе, они подстичу унутарње сукобе, дубоке националне раздоре и трагичне деобе. Уместо позитивне духовне и културне синергије језика и вере, њихов раздор постаје непремостива политичка препрека државном уједињењу и главни дезинтегративни чинилац Срба као социјалног колективитета и српске државе као модерне установе. Споља индуковани верски расколи међу Србима узроковали су кристализовање националног идентитета на религијској основи, што потом подстиче језички и сваки други сепаратизам и омета конституисање српске националне државе. Стога је све старе и многе нове противречности у српском националном идентитету могуће објаснити и разумети само критичком анализом старих и нових историјских (не)прилика које су посредно и непосредно утицале на обликовање српске националне самосвести (Митровић, 1990).

Историјске неприлике су стварале збрку у колективној самосвести Срба као народа и у њој потенцирале неке стварне и лажне дилеме. У лажне дилеме и непродуктивне апорије догматског идеолошког мишљења спада и питање да ли је за српски и сваки други национални идентитет важнија оданост културној традицији или реално опстојавање конкретног људског колективитета

који би у датим историјским околностима био у стању да очува, понесе, оплемени и пренесе новим генерацијама дотичну традицију. Има оних који мисле да је дискурс повезан с било каквим идентитетом, а поготово са оним колективним и националним, недостатан због тога што хипостазира прошлост и затечено стање, а не омогућује сагледавање новонасталих околности и промена које су неопходне за све актере и ентитете чија је егзистенција нужно детерминисана датим околностима.

Дијалектика „националног идентитета“ указује на околност да сваки народ у понечему остаје веран својој традицији („једнак самом себи“), али увек у себе укључује и могућност да се сам мења према приликама у којима се нађе – како својим сопственим деловањем, тако и под утицајима других. Дијалектика практичног друштвеног деловања питање идентитета нужно повезује са проблемима слободе делујућих субјеката, што у погледу националног идентитета значи друштвено онтолошку, историјску и сваку другу међузависност идентитета нације и суверенитета националне државе.

Онтолошко јединство старих и нових црта у неком националном идентитету не мора да буде, а најчешће и није хармонично, већ је стварно више или мање напето, а у теоријској артикулацији и противречно. То се мора имати у виду кад год се у рационалистичком и позитивистичком дискурсу западног мишљења о друштву и култури барата типовима као теоријско-методолошким конструктима као што су традиционални и модерни идентитет (национални и сваки други, српски и сваки други). Типолошки гледано, *традиционални идентитети* позива да се што више и што дуже „остане онаквим каквим смо одувек били“. *Модерни идентитети* подразумева рационално „очување себе“, али налаже активно прилагођавање новонасталим околностима и стално мењање властитих својстава које би имало за циљ *слободно самостиварање делујућих субјеката*. То су промене које нису споља наметнуте него су резултат *самосвесних слободних актера* – што је по својој људској суштини *осавремењавање на себи својствен начин*: више услед унутарњих потреба самосвесних актера него под притиском спољних околности (Митровић, 2002).

У томе се огледа дијалектика сваког идентитета који се у понечему стално мења, али суштински остаје скуп одређујућих обележја неког ентитета који, као структурисан социјални феномен, остаје увек више или мање сличан у разним својим појавним облицима. Идеалнотипски и дијалектички гледано, национални идентитет се мења сталним настојањем самосвесних актера да очувају добре и пожељне континуитете према критеријуму истинито и правовремено схваћених националних интереса, уз истовремену упорну борбу да се структурно и историјски прекину и превазиђу лоши континуитети и дисконтинуитети у друштвеним процесима и односима. Само тако се стална борба за очување свог националног (и сваког другог) идентитета продуктивно преобраћа у његово стално осавремењавање – али увек према мери нових виталних потреба, интереса и вредносних опредељења слободних и самосвесних друштвених актера.

Насупрот томе, промене идентитета које су само и пре свега споља наметнуте негирају људску слободу у свим њеним видовима (било да је она

лична или колективна) и представљају отворено или прикривено, грубо или перфидно поробљавање једних од других – у војном, полицијском, економском, политичком, идеолошком и духовном смислу. У стварности, спољно поробљавање је увек праћено неким видом унутарњег националног самопоприцања (губитком идентитета) које обично почиње радикалним одбацавањем сопствене културне традиције, а завршава се губитком стратешке оријентације у реалном простору и времену и нестајањем народа и држава у вртлогу противречног историјског збивања.

Све што у први план и најновије друштвене историје избацује духовну дефиницију, историјску свест или самосвест историјских актера који морају знати да се све што је вредно – било да је то слобода, част или имовина, нација и држава или било које друго културно добро и људско право – мора ујорно и стално, мудро и храбро бранивати – иначе ће бити изубљено. Ту се крије суштина одговора на главна питања која нам се данас постављају после губитничких исхода у последњем столећу српске историје. Међу њима су обавезна питања: *зашто* нам се то десило и *како* се може спречити даље национално пропадање увлачењем Срба у старе и нове историјске вртлоге југословенских, балканских и европских (дез)интеграција??? Рационални одговори на питања која су данас од виталног националног значаја, а обавезно нас чекају и у будућности, могу се наћи само у рационалном критичком сагледавању историјски релевантне прошлости – јер је она оно једино што је као људско искуство реално и кад није било рационално. Отуда је највреднија културна традиција основни и најдубљи идентитетски слој сваког народа коју треба сагледавати из свих могућих перспектива – структурно и функционално, синхроно и дијахроно, уздуж и попреко, аналитички и синтетички, феноменолошки и дијалектички.

Негација традиције увек започиње њеним занемаривањем и заборављањем, обично се наставља репресивним потискивањем, а завршава неком врстом отворене или камуфлиране забране и замене неком другом, туђом традицијом. Кад год се туђа културна традиција прихвати као своја услед некаквог облика репресије и без узајамне акултурације вредности и различитих образаца деловања и понашања, кад субјекти (појединци или групе) постану нечији објекти, тада они губе сопствени идентитет, а у крајњој линији и слободу као основну вредност и смисао своје егзистенције. У савременим друштвима негирање националне традиције је најсигурнији начин губитка националног идентитета – као првог корака ка одузимању државног суверенитета и најтрајнијег вида унутарњег поробљавања, па, у крајњој линији, и потпуног нестајања.

Кад се неком народу замути национални идентитет и суспендује државни суверенитет, тада му нужно отупи одбрамбени рефлекс и ослаби општи имунитет, те је за њега и најслабији спољни непријатељ веома јак и смртно опасан. Непријатељи духовно малодушног, идентитетски збуњеног и политички десуверенизованог народа увек могу да рачунају са његовим унутарњим слабостима и њиховим носиоцима, као са својим потенцијалним и стварним савезницима – чак и онда када би и без њих могли да спроведу своју вољу и

да му наметну свој интерес као његов. У постмодерним временима стратегија покоравања посебно се ослања на унутарње слабости покорених, зато што се с ослонцем на унутарње савезнике лакше ствара и бива уверљивији симулакрум добровољног пристанка на наметнута решења. Тако се ствара поредак у којем се „грађанин Покорни“ добровољно одриче своје личне и националне слободе, а то значи себе (свог идентитета), својих права (суверенитета) и тиме бива на дуги рок и скоро безнадежно поробљен.²

2. ТРАДИЦИОНАЛНИ КОРЕНИ СРПСКОГ ИДЕНТИТЕТА

Сваки је народ данас у обавези да тражи национални одговор на егзистенцијални изазов једног времена у којем се затвара циклус збивања у историјској спирали 20. века и отвара нови почетком 21. века. Што се Срба тиче, њихов национални идентитет поново се преиспитује не само у склопу свеприсутних и најширих глобализацијских процеса, него и у условима постсоцијалистичке трансформације (или тзв. транзиције), али и у хаотичном субобљавању сваког са сваким у тек завршеном међунационалном, грађанском и верском рату на југословенским просторима, као и у споља наметнутом, кампањском и неискреном помирењу завађених, у послератним временима. У таквим турбулентним околностима руше се неке старе утопијске утваре, падају једни идеали-илузије а уздижу други, о којима толико мало знамо да нисмо сигурни да ли су у питању нове или старе (већ виђене) творевине. Помућена друштвена и национална самосвест није само последица и показатељ спонтано произведеног хаоса, већ један од главних чинилаца његовог намерног и планског стварања. Стога социолошко разматрање културног идентитета у таквим (не)приликама нема само сазнајни карактер већ поприма својства веома одговорног јавног чина у склопу ставова и поступака од којих практично зависи опстанак народа и држава.

Без рационално и критички утемељене историјске самосвести, дакле, није могуће ни објаснити ни разумети оно што нам се и данас дешава. Без познавања историјске „позадине“ и актуелног стицаја околности много штошта нам изгледа необјашњиво, ирационално и бесмислено, а чини се као да је неизбежно и вечито и оно што се могло избећи и што би се могло променити. Социолошки и теоријски утемељена историјска самосвест омогућује да се рационалније и успешније потраже приметити или пронађу нови одговори на стара питања о томе ко смо (као људи, као народ, као глобално друштво) какви смо стварно, куда стремимо, какве су нам перспективе у датим структурним и историјским оквирима.

Једна од стратешких српских недоумица, не само данас, али данас нарочито, исказује се у питању да ли наша историјска и културна традиција нама самима више смета него што нам помаже да се одржимо као народ, да сачувамо

2 Као што је својевремено Херберт Маркузе опомињао да „слободан избор господара не укида ни господаре ни робове“, те да „они који су добровољно покорени, најбезнадежнији су поробљени“.

своју државу и да се цивилизацијски развијемо као модерно друштво. У нешто повољнијим околностима од ових данашњих у којима су се Срби нашли, задовољавајући одговор би се могао и тражити и наћи већ у равни апстрактних начела: као и свака друга, и српска традиција у себи садржи елементе који представљају тежак баласт, али и оне који су драгоцен потпора – не само за опстанак народа и државе него и за сваки (па и за модерни) развој српског друштва и културе.

Међутим, у тешким и неповољним историјским околностима вишеструко се заоштрава и овај проблем – како при постављању питања, тако још више у тражењу одговора. Тада погрешно постављено питање обично појачава недоумицу и омета правовремено налажење одговора, што лако одвлачи на странпутицу оне којима су брзи и истинити увиди у неповољну стварност од животне важности. Оне којима се то деси, а то је увек знак помућене друштвене и историјске самосвести, ништа добро не може снаћи ни онда када им никаква опасност споља не прети. У супротном, они скоро да не могу избећи трагичну судбину којој и сами иду на руку.

Дубоки корени традиције наших раскола огледају се пре свега у историјски супротстављеним религијским матрицама. Религија је све до данас остала главни историјски извор српских духовних и југословенских националних раскола. Једна историјски кобна црта јужнословенског простора огледа се у *духовној раздвојености* која је изражена у *верским расколима* унутар етнички сродне скупине јужнословенских племена, који говоре истим језиком, живе сличним начином живота, на заједничком простору, имају сличне старе словенске обичаје, претхришћанске култове и све важније друштвене и културне облике егзистенције. Верски раскол римске и цариградске хришћанске цркве („шизма“) који се догодио у 11. веку (1054. г.) утицао је на то да се код нас тек успостављено хришћанство располати на „источно“ и „западно“. Недуго иза тога (крајем 14. века) на овим нашим просторима појављује се и ислам и уноси нову трагичну димензију у иначе антагонизоване односе међу словенским хришћанима. Верски расколи, унети споља, империјалним тежњама према балканском простору које долазе из Рима, Истамбула, Беча, Москве или разних њихових каснијих експоната и следбеника, данас се чини дефинитивно, *„раз-ијројили“ су једно етничко стабло*. То једно, српско, и нешто шире јужнословенско, било је етничко стабло којем никад није од јачих дозвољавано да постане јединствено. Уместо цивилизованог интегрисања, оно никад није било тако трагично поцепано као у последњим годинама.

Историјски индукована *религијска шизма* произвела је у нас „друштвену шизофренију“ која се огледа у расцепу између *језика* (као система знакова) и *духовности* (религије као базичног система симболичких значења – као колективног веровања, мишљења и осећања). Отуда настају патолошке, трагичне и кобне последице: да људске групе живе на једном простору, а од комшија су им „ближи“ неки „са другог краја света“ (из Ирана, Пакистана, Авганистана, Малезије, а данас још и из Либије, Сирије, Ирака и одакле све не); да говоре истим језиком и једни друге не разумеју, а „савршено“ се разумеју са онима

чије речи нити схватају нити умеју да их изговоре; да имају заједничке претке и историјске корене, али су им радикално супротстављене групе телеологије – основни системи вредности, конкретне вредносне оријентације, дугорочни и краткорочни циљеви, животне жеље и мерила добра и зла. Најважније данашње политичке и културне разлике – ни код нас ни било где другде – зато се и не могу ни објаснити ни разумети без увида у религијске матрице које су их историјски уобличиле и међусобно антагонизовале (Митровић, 1995).

У таквим околностима обликоване су све традиционалне црте српског културног, политичког и социјалног идентитета. Међу њима су, свакако, најважније својеврсне историјске вертикале, носећи стубови националне културе који се могу и морају прилагођавати новонасталим околностима и тако модернизовати, али се нипошто не смеју занемаривати и одбацити. Показало се да су све до данас такве историјске вертикале или угаони стубови српског националног идентитета били и остали: (1) у језгру православне духовности *српско светосавље*; (2) у средишту епске слободарске традиције *косовска митологија*; (3) у основи српског језика *ћирилично њисмо*; и (4) у традицији демократског организовања друштвеног живота *народна самоуправа*.

Косовска митологија је настала као последица империјалних насртаја са Истока, а историјски је рециклирана када се морало одупирати најновијој империјалној агесији са Запада. Митолошка форма српског отпора завојевачима и са Истока и са Запада историјски не опстојава због некакве српске ендемске митоманије, већ стога што је то био и до данас остао једини облик духовног одупирања малог и достојанственог народа физички јачој „сили и неправди“. Српска епска традиција је, дакле, духовни израз трагичних историјских околности у којима је један мали и слободарски народ често бивао принуђен да се са јачима и већима од себе бори „за крст часни и слободу златну“. Без духовног отпора сваки други отпор био је и остао немогућ. Духовном снагом увек се појачава недовољна политичка, војничка, економска и свака друга народна снага, а без ње и највећа сила постаје немоћна, бесмислена и злочиначки сурова.

Ћирилично њисмо, као језичка црта националног идентитета, данас добија релативно све већи значај зато што се сви антисрпски политички и језички сепаратизми у виду новокомпонованих језика (као што су бошњачки или босански, па чак и црногорски), пре свега другог легитимизу латиничким писмом. Парадоксална је околност да су управо ти новостворени „језици“ настали од провинцијских дијалеката српског језика, као последица најновијих политичких раскола, као што је и латиничко писмо део једне бочне струје у српској језичкој и културној традицији (Срба католика). Ипак, вуковска ћирилица је онај елемент српске језичке и културне баштине о којем нико осим православних Срба неће бринути. Парадоксална је и чињеница да је модерна употреба вуковске ћирилице сасвим компатибилна са свим међународним комуникацијским мрежама, али се она избегава, саботира и систематски потискује не само изван Србије него и унутар српског националног корпуса

у самој Србији. Понекад се то дешава из тупог малограђанског немара нашег полуписменог света (који се, без икаквог стида, вајка како „не зна ћирилицу“), а чешће с идеолошким мотивима оних који себе називају „другом Србијом“. Дијалектика друштвеног деловања нас учи да највеће опасности за сваки ентитет увек долазе изнутра („од зла домаћега“) те се и данашње потискивање и претеће затирање вуковске ћирилице у самој Србији може протумачити као један од оних далекосежно веома опасних насртаја на српски културни идентитет у целини, као и на српски идентитет Србије као државе.³

Народна самоуправа је продужетак српске патријархалне демократије. Она је оживљена и очувана у временима када су Срби (у доба турске владавине) били остали без своје државне организације. Данашњим језиком речено, то је био из нужде створен оновремени „невладин сектор“ чија је традиција историјски предграђанска, али би данас могла да буде и постмодерна, уколико би преживела време њеног модерног затирања у бирократско-манипулативним процедурама неолибералног демократизма (или „демократије без народа“ – како би рекао Морис Диверже). Корени српске народне самоуправе у многим областима друштвеног живота често су дубљи и реалнији од корена модерне грађанске демократије, која се код нас јавља у разним хибридниим, бирократизованим, споља унетим и изнутра изобличеним и беживотним формама. После свих, а нарочито најновијих српских искустава са идеологијом грађанистичког демократизма, сведеног на партократију олигархијског типа, чини се да би традиција српске народне самоуправе могла да буде најбоља аутохтона социјална подлога за модерну (а нарочито за постмодерну) политичку и економску демократију у Србији – пре и независно од исхода процеса тзв. европских интеграција.

Светосавље је српска духовна вертикала, онај национални извор из којег извиру и које у себи сажима поменуте и све друге важније црте српског идентитета. Оно је кроз векове (п)остало најсигурнија брана католичком прозелитизму са Запада и исламском фундаментализму са Истока. Под *светосавском духовношћу* овде се подразумева историјски искристалисан вредносно-нормативни образац друштвеног веровања, осећања и мишљења, као и колективног понашања и деловања Срба као православних хришћана, на свим релевантним подручјима људске друштвене праксе. Као такво, светосавље је постало битан елемент српске националне самосвести по којој Срби сами

3 Индикативно је за немаран однос државе Србије према ћирици да се чак и законски текстови пишу латиницом, иако је Уставом Србије прописано да је ћирилично писмо обавезно у службеној употреби – што се могло видети у свим информативним емисијама РТС-а ових дана (8. и 9. октобра 2015, кад су репортери коментарисали *Закон о максималном броју зайослених у јавном сектору*, којом приликом је на телевизијским екранима приказиван факсимил закона штампаног латиницом). С друге стране, осим *Полицике* и *Вечерњих новостии*, све важније београдске новине се штампају латиницом, као што су називи фирми у свим градовима (па и селима) Србије најчешће исписани латиницом. У другим озбиљнијим државама, које више брину о свом националном идентитету, то се не толерише, па ни кад им је писмо знатно егзотичније од српске ћирилице. Они путоказе, називе свих места, институција и важнијих фирми увек пишу прво својим писмом, а ако су називи од значаја и за странце, тад су они написани и на енглеском језику.

себе идентификују као Србе и по чему се разликују од других сродних колективитета (Митровић, 1994).

Светосавље је српска верзија православног хришћанства које је Свети Сава (Растко Немањић) својевремено канонизовао код Срба. Он персонализује духовно превођење Срба из паганизма у хришћанство, из предисторије у историју и омогућаје да се српска идеја прати од свога исходишта, од светосавског верског источника кад је први пут и добила ону духовну физиономију и друштвену функцију која ће остати бит њеног битка до данашњих дана. Српска идеја је оплемењена у глави човека који је умео да сагледа реалност, а нарочито релативност овоземаљске политичке власти и који је разумевао свеколику суровост с којом се она осваја и држи. Лично пристајући на природни редослед у традиционалном друштвеном поретку власти, нашао је начин којим задовољава своју амбицију да буде први, иако је по рођењу био трећи. Он не ремети ни природни ни друштвени поредак, него их међусобно мири и тако и један и други ојачава и оплемењује. Уместо да се са старијом браћом сурово бори око власти (као што је чинио његов отац) или да се задовољи провинцијским трећеразредним господством (као његови стричеви), он бира „трећи пут“, којим други нису хтели нити могли да пођу. А управо тај пут којим Свети Сава ходи показује се убрзо, ако не као једини, оно као *правилни српски пут*. То је био пут *наметнуто промишљен и дугољачно усмерен ка општем народном и државном интересу*.

– Обдарен државничком мудрошћу, а не опхрван верском мистиком, Растко Немањић одласком у Хиландар не одлази у обичан српски манастир него у духовно средиште хришћанског света у, како би се данас рекло, „мултикултурну и међунационалну средину“ коју карактерише духовно богата и разноврсна жива комуникација људи и идеја. Ту се сусрећу све идеје старијих и новијих медитеранских култура и вера, са Истока и са Запада – хеленске, римске, словенске и арапске – и међусобно мешају и оплемењују. Савино монаштво у Хиландару је и највиши универзитет онога доба, први пример и идеалан образац српске дипломатије којом је издејствована аутокефалност Српске православне цркве и духовни легитимитет и међународни легалитет младој српској држави.

– Савина дипломатска умешност потврђена је не само на међународном, него и на унутарњем плану. Растко је био син који није послушао свога оца, иако је овај био деспот, већ је успео да га „омекша“ и под старост „превапита“. Он је био брат који се око власти није посвађао са браћом, иако су му браћа била себична, властољубива и свадљива. Већ то би било довољно да се препозна његова суптилна људска грађа која је одувек толико ретка да се описује као атрибут светости и као посебан дар Божји. Зато Свети Сава и Свети Симеон и немају исти статус у хијерархији српских светаца. Први је „просветљавао“ другог и друге, а Немању је требало „просветљавати“ јер је сам на својој души носио тешке грехе. Додуше, државничке заслуге, а нарочито будуће државне потребе, скраћивале су Немањин пут (и време) кроз чистилице пре него што је постао светац.

– Хтео је Свети Сава да, са Немањиним покајањем за грехе које је овај починио успињући се на власт и вршећи је, прекине ланац који повезује власт и злочине. Наум је био стварно божански, али он би се изгледа могао остварити једино кад би на власти били сами светитељи. Тако се и код Срба уобличава познати парадокс у односу власти и светитељства који се потврђује на многим другим (туђим и нашим) примерима. Савин пример показује да се до светости стиже тек одустајањем, а Немањин тек са одступањем од власти. Зато кад пише житије свога оца (вероватно 1209. г.) Св. Сава описује претежно последње три године његовог монашког живота на Светој гори. Ни тада, он сам монаха Симеона (Немању) не назива „светим“ већ „пречасним оцем нашим и ктитором господином Симеоном“. Али пример једног и другог потврђује правило да су они који су били предалеко од власти били „далеко и од Бога“ и да су ретко постајали свеци.

– Као нико пре ни после њега, Свети Сава је знао да унутарњи расколи навлаче спољне несреће, те да је добра унутарња политика најбоља потпора спољној, а да је крајњи смисао добре спољне политике оплемењивање унутарњег поретка. Зато се и сам није задовољио дипломатским успесима на међународном плану него настоји да српску државу ојача изнутра – *културним његовањем српског народа и модерним организовањем српског друштва*. У његово време то је значило утврђивање у универзалној хришћанској вери и организовање духовног и друштвеног живота Срба у оквиру друштвених установа какве су постојале у ондашњој Византији.

Тада је први пут међу Србима јасно постављено универзално правило да је први задатак добре власти да подиже културни ниво свога народа и цивилизацијски уређује државу, по најбољим страним узорима и на најбољим аутохтоним традицијама. Многи су и општепознати трагови Савине просветитељско-реформаторске улоге у српској историји, и међу писаним историјским споменицима и у српској народној усменој предаји. Сава је за узор српске цркве, државе, друштва и културе изабрао најразвијенију светску цивилизацију свога времена – византијску и хришћанску. Међутим, све своје духовне напоре и дипломатско и политичко умеће Свети Сава је усмеравао ка једном општем стратешком циљу – да се Срби не подреде тако високом узору и тако моћном суседу, већ да се од њега што више и у сваком погледу *осамостале*: и црквено-верски (српском црквеном аутокефалијом) и политички (сувереном српском државом и народним аутономним правом) и културно (књижевним и црквеним језиком који би били разумљиви обичном српском народу); да се духовно, културно и политички повежу са сродним словенским племенима и народима; да се, кад је нужно, ослоне и на западне државе, те да се наизменично и истовремено појављују у улози посредника који су „Исток Западу, а Запад Истоку“. Иако светац, он није могао утицати на српску судбину толико да би спречио да Срби као „мост који спаја Исток и Запад“ не постану оно што народ назива „брвином коју сви газе“. Он је само знао, као генијалан историјски стратег српске идеје, да је разлика између „моста“ и „брвине“ у цивилизацијском нивоу те две, тако сличне а толико различите, градитељске

творевине. Само добро организована српска држава и културно просвећено српско друштво могу да буду толико јаки да и онда када су принуђени да не коме служе као „мост“ од те улоге убирају за себе некакву „мостарину“.

Примењено на данашње прилике то би значило да *савремено светљосавље* мора да буде универзално засновано, вишедимензионално оријентисано, полифункционално и максимално динамично и еластично. То значи да светосавље уистину треба да постане *савремени културолошки пројекат*, много више него традиционалистичка теолошка или идеолошка пројекција прошлости на садашњост и будућност. У трагању за постмодерним културним идентитетом све израженије су тенденције оживљавања аутентичног културног наслеђа уочљиве код свих европских народа под крај 20. века. Утолико је разумљивије да и Срби оживе своју светосавску културну традицију, не само кроз православну веру и кроз Српску православну цркву него и посредством разних области уметничког стваралаштва и алтернативном „филозофијом свакодневног живота“. А реч је о уистину богатој традицији која је настала у најближем суседству и у противречном додиру две старе медитеранске културе – византијске и римске – које су у темељу савремене европске цивилизације.

Као такво, светосавље мора да се ослони на најдубље *животне појеве српске младежи*, да прати и развија њихов сензибилитет за питања *смисла индивидуалног и колективног живота усмереног ка проуховљеној човечности, слободи, истини и правди* – вредностима које чине *субовне светљосавске етике* (Митровић, 1994). Да би живели, светосавски идеали морају се ускладити са конкретним и дугорочним интересима младих генерација. Они не смеју доводити у питање њихову животну перспективу, као што ни младалачке амбиције не би требало да се заснивају на негирању светосавских вредности.

Ако се „модернитет“ сведе на оно што се под тим појмом обично подразумева у антрополошкој, социолошкој, психолошкој, филозофској и сродној западној литератури, онда би се светосавље могло схватити не само као духовни склоп предмодерних традицијских културних образаца, него и као постмодерна алтернатива индустријском начину живота у постиндустријском друштву. Већ је постало традиционално схватање „модернитета“ као скупне ознаке за технологију индустријске производње, за друштвено-организациону и за културно-симболичку инфраструктуру која једнострано и апсолутно подстиче, подржава, оправдава и перпетуира индустријски начин живота, масовну производњу и потрошњу, масовне комуникације, униформисане вредности, норме и облике живљења масовних урбаних друштава. Међутим, баш тако схваћени модернитет данас показује најочигледније знаке кризе – структурне, функционалне и смисаоно-значањске, вредносне и идентификацијске – и у том смислу идентитетске.

Индустријска организација рада, бирократска организација друштва, контрола јавности путем масовних медија, концентрација економске, политичке и информацијско-манипулативне моћи у врховима друштвене пирамиде – обичног малог човека чини беспомоћнијим него икад. Све то је утолико теже поднети што су у тако схваћеном модерном добу доведене у питање све

примарне људске заједнице (нарочито породица). Притом је ослабио традиционално благотворан, а појачан модернији идеолошки и разорни утицај секуларизоване религије на људе као бића и на светско друштво. Искуство свакодневне патње и зла постаје за људе неподношљиво јер се ничим не осмишљава нити се било чиме смисленим може оправдати. Традиционална религија је, на овај или онај начин, осмишљавала чак и најболнија искуства човека, независно од тога да ли су она изазвана природним или друштвеним узроцима. Модерно друштво је довело у питање вредност верских теодицеја, али није отклонило околности које их чине потребним људима и народима.

Патологија свакодневног живота у модерним урбаним, масовним и индустријским друштвима гони људе да се опиру њеним последицама тражећи човечније алтернативе. „Усамљена гомила“ себичних индивидуа, у непрекидној међусобној борби за новац, богатство, „имиџ“ – гура слаба људска бића не само у материјално сиромаштво него и у духовну беду, у злочин и дрогу, у перверзије и бесмисао егзистенције, уз масовне медије којима им се свакодневно „испира мозак“. Тако отуђена (светосавским језиком речено онечовечена, „обезбожена“ и „обездушена“) људска бића нису способна да воле ни себе ни другога, нису у стању да створе и одржавају ни своју породицу, а немоли ширу људску заједницу. У својој саможивости, они имају потребу за другим човеком само ако га могу употребити као објект својих, неретко, перверзних жеља. Они не знају шта је људска љубав, достојанство, слобода, истина, лепота, правда нити у њиховом неговању и развијању виде било какав смисао.

Светосавска духовност је, дакле, утолико модерна што она у себе укључује универзалне људске вредности, а притом не потиरे него толерише културне разлике и негује цивилизацијски највредније српске националне особености. Све битне црте српског националног програма који је Свети Сава складно сложио у целину која сачињава *историјску мајрицу српске идеје* потврдиле су своју истинску вредност и друштвено-историјску делотворност – у духовном, у политичком, културно-цивилзацијском и у сваком другом погледу. Сви каснији „поправитељи“ и „тумачи“ српске идеје међу српским националним идеолозима, ако нису оскрнавили понеку црту Светосавског Српства, вођени својим политичко-идеолошким или неким другим посебним интересима и мотивима – тешко су досезали висине које су достојне саме идеје и њенога првог гласноговорника.⁴

Премашити их није могао нико, а вероватно то ни у будућим временима неће бити могуће. То не значи да је „светосавски завет“ некакав мистични императив, једном за свагда одређена судбина српског народа. Пре је реч о идеји водилји, о провереном духовном оријентуру, о историјској вертикали око које

4 Ово је објашњење зашто ни у данашњим временима ниједан савремени српски идеолог нити нека група њих, није била у стању да понуди неки „нови српски национални програм“. Такав програм је у основи дат у *историјском коду Светосавској Српстви*, а данашњим „националним идеолозима“ углавном преостаје само да га на савремен начин „декодирају“ – да га смисаоно и тачно протумаче и креативно примене у новим околностима у којима се задесило савремено српско друштво, са српским народом и државом.

се српски народ окупља кад је расут и усправља кад посрне, кад остане без државе и(ли) без национално одговорног вођства. А расипања и посртања у српској историји било је и превише, те је и светосавски духовни и културни кодекс, као историјско упориште Српства, често призивани српски духовни мemento (Митровић, 1994).

Национална идеја *независне и суверене српске државности* настала је у духовном окриљу светосавског православља. Политичко конституисање суверене српске националне државе свим средствима је споља ометано у свим досадашњим вековима – што је у историји свих сличних држава више правило него изузетак. Такво ометање је нарочито видљиво у последња два века и оно сведочи о чињеници да је жељена политичка модернизација и код Срба контролисана и себично дозирана од већих и заинтересованих западноевропских држава – што значи да је била више зависна него аутохтона и аутентична. Друго је питање што и поред свих спољних ометања Срби сами нису боље и рационалније уређивали своју државу, онолику колику су им други дозволили и онда када их у томе нису спречавали. То је питање које Срби себи данас морају да поставе и на које сами себи једино могу да одговоре јер је сасвим сигурно да се и у таквим околностима могло много више и много боље – како раније, тако и данас.

После свега што се с државом Србијом у последња два столећа догодило, у вези са темом којом се овде бавимо, један закључак је сасвим неспоран: *државни суверенитет је најважнији стуб националног идентитета, као што је национални идентитет последња одбрана слободне ојштвојавњања једног народа и његове државе*. Дијалектика међусобних веза државног суверенитета и националног идентитета је сложена, често и противречна, феноменологија замршена и идеолошки замагљена – али је њихова историјска онтологија дубока и неоспорна. Кад је реч о држави Србији и српском идентитету, то се потврђује у свим институционалним аранжманима и њиховим идеолошким деривацијама кроз које су пролазили: од утопијског до интегралног југословенства, од титоистичког „братства и јединства“ до кардељијанског „удруживања и раздруживања“, од естрадно-радикалног национализма до демократистичког евроунијатизма и напредњачког „европејства“.⁵

Српско тумарање из крајности у крајност и данас опасно угрожава државни суверенитет Србије, национални културни идентитет Срба, али и просперитет и одрживи развој српског друштва у целини. Тако се непродуктивно троше утопијске енергије најплеменитијих идеја и историјских пројеката њиховог остваривања. Само за једно столеће владајуће српске елите су потрошиле и добрано компромитовале скоро све велике националне, социјалне и либералне идеје модерног доба. Огромне српске људске и друге жртве за национално ослобођење Старе Србије и Македоније и уједињење са Црном Гором и Босном у међувремену су трагично обесмишљене.

5 Радикални заокрети су опасни у историјским процесима и онда када су они нужни, као што су изненадне кривине (са „контрангибом“) велики изазов и за најiskusније возаче *формуле 1*. Да не говоримо о лидерима-почетницима који су се докопали волана „националне класе“ у неравноправној трци са светским болицима.

Још су веће и трагичније биле жртве два-три пројекта ширег јужнословенског уједињења, Александровог интегралног југословенства, титоистичког братства и јединства, као и јуловске југоносталгије закићене радикалски инструменталним национализмом, који је данас первертирао у евроунијатски фатализам. Пљачкашке приватизације и ендемска незапосленост су у Србији дошле, као ђавоља казна, за изневерени социјалистичко-комунистички есхатолошки пројекат социјалне правде, од реалног и неумољивог западног капитала. Тиме је у српском друштву потрошена и последња утопијска енергија варљиве западне демократије.

Тако је, истовремено, до краја демаскирана неолиберална идеологија старе финансијске олигархије и новијег корпоративног капитализма мултинационалних компанија, које данас отворено демонстрирају своју намеру да својеволно владају не само малим народима и државама него целим светом, па и великим нацијама и државама. Узвишене слободарске и модерне демократске идеје потрошене су и компромитоване не само у Србији, него и у свим околним народима, државама и друштвима – на Балкану, у Европи, па и шире. Разлика је само у томе што је историјска цена тих трошкова негде мања негде већа. Неко је у том јужнословенском, балканском, европском и светском метежу понешто и ућарио: Словенци, Хрвати, Македонци, Бошњаци, па и Црногорци добили су своје државе – какве досад никада нису имали. Бугари и Румуни су увучени у НАТО и ЕУ и још је неизвесно шта су тиме добили, а колико су изгубили. Срби су, за разлику од њих, у том планираном хаосу, изгубили шта год се могло изгубити и зато оно мало преосталог окрњеног државног суверенитета и ољуштеног националног идентитета морају пажљивије чувати него други народи и државе којима су окружени и с којима их данас неискрено мире они исти који су их до јуче искрено завађали, хушкали на Србе и у нападима на њих им на све могуће начине помагали.

3. ГЛОБАЛИЗАЦИЈСКИ ИЗАЗОВИ СУВЕРЕНИТЕТУ И СРПСКОМ ИДЕНТИТЕТУ

Савремени глобализацијски изазови суверенитету и српском идентитету Србије обично се означавају као последица најновијих таласа модернизације светског друштва који су незауостављиви и којима се, реално и рационално гледано, не вреди супротстављати. Реч је о снажним, противречним и веома турбулентним глобалним друштвеним процесима који су данас слични оним старим феноменима које је Фернан Бродел својевремено метафорично назвао „ветровима историје“. Србија као држава је, геополитички гледано, одувек била на јакој „историјској ветрометини“ тако да већина данашњих „модерних“ изазова српском националном идентитету, као што је напред већ предочено, у суштини нису нимало нови.

Србија је у претходном веку четири-пет пута мењала своје границе, своје државно уређење и укупан институционални поредак, своју стратешку геополитичку и идеолошку оријентацију. Сваки од ових „преокрета“ био је радика-

лан, више или мање изненадан, насилан, болан и умногоне трагичан. Радикализам тих „преокрета“ гонио је српско национално клатно из једне крајности у другу и то је основни разлог њихових историјских, структурних и функционалних нерационалности. Таквим „преокретима“ Срби су као народ губили и кад су добијали јер је све што је добијено било прескупо и остало је на дужи рок неосигурано, скоро привремено. А кад су губили, губили су најдрагоценије што имају – наивно верујући да им то нико никад неће узети, па га не треба ни чувати. И кад су добијали и кад су губили, сами су подизали цену сопствених историјских цехова тако што су све своје националне снаге са закашњењем залагали за оно што се граничило са немогућим, пропуштајући да претходно и на време учине оно што је било могуће и неопходно за сопствени људски и национални опстанак на историјски турским балканско-панонским просторима. Кад се историјски сумира протеклих стотинак година, неоспорно је да су у том (не)времену Срби, у односу на околне и друге себи сличне народе, наизменично, али континуирано *губили своју националну енергију, своју људску материју, своје државне историје и своје историјско време*. Кардинални су они губици у друштвеној историји којима се губи и *материја и енергија, и њен простор и време* – оно што се, иначе, у природним наукама сматра универзалним константама које се „не губе нити добијају“.

То, међутим, и чини главну разлику између природне и друштвене историје, јер ову другу стварају самосвесна и субјективна бића, а ону прву објективне и следе природне силе. Такве ризике није препознала идеолошки контаминирана, материјално корумпирана, па мондијалистички дизајнирана, српска политкултурна елита. Она је Србима пропагандно артикулисала и политички наметала националну самосвест која је хтела да буде „објективна“ и да не буде „националистичка“, не страхујући да ће тако постати аутошовинистичка. То је онај „комплексирани комплекс“ малограђанских (или „великопаланачких“) својстава, која не препознаје Радомир Константиновић у својој критици српског паланачког менталитета, али га прецизно идентификује мудри песник Душко Радовић кад каже да неки Срби мисле да су „објективни“ само „ако пређу на страну својих непријатеља“.

А међу српским непријатељима, осим модерно и грађански углађених симулатора, у најближем окружењу су они чије је унутарње социјално биће у суштини претпаланачко, али им је спољни дизајн постмодерни медијски симулакрум. То су они који нам отимају државне територије и историјске споменике, руше и скрнавe богомоље, изгоне људе из својих кућа и прогоне народ из прадедовског завичаја да би стварали своју „нову реалност“. Такву „нову реалност“ данас се утркују да признају споља мондијализовани, а по унутрашњој суштини малограђанско-великопаланачки Срби, који нимало не хају што је таква реалност у суштини предграђанска („чије овце, његова планина“). Тако наш патолошки малограђански мондијализам политички пада далеко испод историјског нивоа здраве предграђанске свести чија традиционална народна мудрост за такву „реалност“ каже, за земљу да „чија није била, чија бити неће“, а за време да обично „једном не сване док се другом не смрк-

не“ – али и да „ничија није горела до зоре“. Иста народна мудрост нам сугерише да су историјски губици за губитнике неповратни, кад год „касно Марко на Косово стиже“.⁶

6 Кад је ово написано, аутор није ни могао претпоставити да ће судбина Косова (и Метохије) са српске стране бити препуштена неком новом „српском напреднијем“ Марку (Ђурићу) који је, какав год да је и ко год да му је овај косовски „врућ кромпир“ убацио у млађане и нежне ручице – такође много закаснио. Презирући „методологију напредне памети“ – како у науци, тако још више у политици – и не желећи да све ово што пишем буде протумачено као олако и накнадно „дељење лекција“ онима који данас одлучују о Косову и Метохији, верујем да није сасвим неумесно да у прилог своје (превасходно моралне) легитимације да о тако деликатним и тешким националним питањима данас пишем и говорим, наведем неке идеје из једног свог текста написаног у октобру 1994, јавно изговореног у мају 1995, а штампаног тек 2002. године. О проблемима, пропустима и могућим алтернативама српске државне политике на Косову и Метохији говорио сам (пре две деценије) по препоруци академика Радомира Лукића и у име Одбора за село САНУ, на округлом столу организованом у Гораждевцу од 13. до 15. маја 1995, поводом првог писаног помена тог села (у *Жичкој хрисовуљи* 1220). То моје излагање објављено је тек после седам година у књизи *Зайиси о Гораждевцу* (Београд, 2002) под насловом „Космет – балканско буре барута“, 141–154. Из њега извлачим само неке тезе:

- „Вишак репресије према Албанцима и мањак потпоре Србима на Косову и Метохији, уз игнорисање међународних околности, означавају три кључне координате стратешки погрешне српске косовске политике. На ове стратешке српске грешке надовезују се лоше последице српске странчарске тактике дуготрајног прећуткивања и практичног занемаривања проблема српско-албанских односа на Косову и Метохији и повремених кампањских политичких акција, које су имале много више пропагандни него практични смисао, те су довеле до српске националне катастрофе на Косову и уопште...
- Докле год се српска држава буде ослањала **само на репресивне** мере на Космету, одсељавање Срба ће и даље тећи, а повратак и досељавање у знатнијем броју неће бити могуће. Постојеће стање не одговара никоме, а поготово српској држави и Србима на Космету и зато га треба што пре мењати...
- Не покушавати немогуће, али не пропуштати оно што је већ данас могуће учинити, а што би сутра било теже и скупље остварити. Са оним што је већ могуће, почети одмах – јер касни се и да се одавно почело – а ако се буду чекала ‘боља времена’ можемо бити сигурни да их никад нећемо дочекати...
- Српска држава не сме чекати да други пре ње понуде свој план решавања косметског проблема по принципу ‘узми или остави’. Поучена досадашњим искуством с таквим „услугама“ Србија овај проблем мора да реши сама, да га други не би решавали онако како њима одговара...
- Све што српска држава буде предузимала на Космету мора се предузимати и медијски пропагирати под геслом ‘**да рата (између Шиптара и Срба) никад не буде**’ – чему, у крајњој линији, стварно мора и да служи...
- У датој констелацији спољних снага Шиптари своју шансу за већи степен аутономије (па и евентуално отцепљење од Србије) виде понајпре у евентуалним српским непримереним реакцијама на њихове провокације и зато те провокације, с њихове стране (и од заинтересованих са стране) никако не престају – али баш због тога Србија на њих не сме наивно и неопрезно наседати...
- Изузетно је важно, и због нас и због других, а нарочито због квалитета и крајњег домаћа друштвене акције на Космету да она што мање буде изузетак од општих тенденција реформских процеса у Србији (и шире) – иако је у јужној српској покрајини много специфичних процеса и раније успостављених односа. Мере за санирање косметског проблема, па и оне које треба да омогуће повратак исељених са Космета и за оживљавање и просторно уређење косметских села треба повезати (правно, политички и

Више од једне деценије агресивна медијска галама и политичка пропаганда прате српско „чекање европског Годоа“ – из једног корака у други, кроз тзв. „стабилизације и придруживања“, кандидатуре, очекивана отварања разних преговарачких поглавља и њихова затварања пре него што су и отворена. Таквим симулацијама се стварају разни симулакруми којима се камуфлирају неспорне чињенице из даље и ближе прошлости и национално и социјално веома тегобне српске садашњости. Евроза нашег кандидовања сва је „окренута ка будућности“ коју свако може детињасто да замишља по својој вољи, за разлику од прошлости и садашњости које су бремените чињеницама, дакле, оним што се може искуствено проверити и са чиме је теже манипулисати. Зато се и брише свако сећање на наша трагична искуства са свим досадашњим наднационалним (дез)интеграцијама: на све што су Срби у њих уносили онда када су улазили, на оно шта су у њима преживљавали и на све друго што им се десило када су се такве историјске скаламерије распадале.

-
- стварно) са свим комплементарним реформским, развојним и цивилизацијски пожељним процесима у Србији који не би могли да изазову подозрење у свету (макар код оних који нису злонамерни) а покренули би и укључили већи круг заинтересованих, у економском и у политичком смислу...
- Срби и Шиптари на Космету морају да се међусобно **праведно и легално разграниче** да би могли да буду добри суседи, а не љути непријатељи који отворено или подмукло једни другима раде о глави...
 - У недефинисаним односима Шиптари су били много успешнији од Срба – освајајући српску земљу (узурпирањем, откупом) и остварујући бројчану преомаћу у многим селима и градовима у којима су Срби до 1941. (кад је започет масовни прогон Срба са Космета) били бројнији...
 - Једини је начин да се заустави даља шиптарска пенетрација на српске етничке просторе **повлачење јасне територијалне границе између Срба и Шиптара унутар сваког села и општине на Космету, комбиновањем историјског и етничког критеријума са стратешким геополитичким интересима српске државе...**
 - То би понегде подразумевало **формирање нових српских села и општина који би, заједно са постојећим селима и општинама у којима Срби имају релативну већину административно имала двојни статус: били би непосредно део Србије, али и део Аутономне Покрајине Косова и Метохије...**
 - Истовремено би се прецизно обележила преостала насеља и нове општине у којима би Шиптари имали највећу политичко-територијалну аутономију, по међународним стандардима и с међународним гаранцијама, с правом на специјалне односе с државом Албанијом...
 - Државни врх неће моћи да избегне своју не само политичку, него и историјску одговорност за судбину Космета, ако својим парцијалним деловањем или пасивним држањем пружи повод и отвори могућности за стихијско и ексцесно одвијање конфликтних процеса. Ако српска држава данас не буде чинила оно што се на Космету мора чинити, то ће сутра почети да раде неки други...

Напомена у најомену: Тзв. међународна заједница је чекала још пет година, па је НАТО бомбардовао Србију и Косово према Албанцима. А 20 година касније, умесито заједнице албанских оштинина која би имала „више од аутономије, а мање од независности“ у држави Србији, данашњи српски „државни врх се бори“ да Срби добију какву било „заједницу српских оштинина“, у албанском Косову, којем су најмоћније државе Запада признале државну независност, коју имају и бране свим средствима. Тим истим државама данас се подкупе (у облику изв. европских интеграција) подвлачи српско политичко вођство (или „државни врх“ – какав врх, таква и држава!) и тако државу Србију лишава и оно мало преосталој суверенитету, а Србе националној дојансијава.

Парадоксалне су, на пример, чињенице да су Срби платили највећу цену приликом стварања и прве и друге и треће Југославије, да су приликом њиховог разбијања највише изгубили, а притом су пропагандно-политички оптужени „као главни кривци“ и за њихово стварање и за њихово разбијање – и то три пута узастопце само у последњем столећу. Да тај парадокс изгледа још парадоксалније, утиче околност да многи утицајни Срби, такође елитни, добровољно, масовно, често и с немалим ентузијазмом, не питајући народ али „у име народа“ прихватају наметнуту српску „националну кривицу“, те се на све стране, свакоме и за свашта „извињавају“. Тако се у националну самосвест уграђује патолошки чип који нужно индукује не само комплекс колективне кривице (Срба) којом се оправдава (њихово-наше) свеколико колективно кажњавање, него патолошки још малигнији комплекс „идентификације са својим непријатељима“, који опасно трује и разара духовно биће народа уопште. Без разрешења тог унутарњег националног комплекса ступање у било какве спољне „евроатлантске интеграције“ Србима као народу не може донети ништа добро, чак и ако би то за неке појединце и групе могло да буде веома уносно.

Стварна катарза мора да буде унутарња, а она није могућа све док се злочини које су неки Срби чинили у последњим верским и националним сукобима узимају као доказ њихове колективне кривице и разлог за колективно кажњавање српског народа у целини и његове државе Србије – тако што ће народ идентитетски бити денационализован, а држава десуверенизована и разбијена. Докле год је неко изложен грубим спољним притисцима, а нарочито ако су ти притисци неправедни и лицемерни, од њега се не може очекивати да се озбиљно и катарзично сам суочи са својим унутарњим слабостима – што се односи на свакога, на сваки народ, па и на Србе. А кад је реч о Србима и Србији и новим и најновијим спољним притисцима којима су изложени, веома је индикативно да они скоро ни по чему битном нису нови – ни по карактеру, ни по форми, ни према онима од којих долазе, ни према стварним мотивима агресора и њиховим пропагандним и институционалним аранжманима.

Ако је реч о страним политичким пројектима чији је циљ идентитетска денационализација Срба и институционалним аранжманима којима се Србија као држава десуверенизује, било би историјски нерационално и политички веома неодговорно када би водећи и мислећи људи једног народа, којем се учестало и трипут узастопно у једном столећу догодило толико трагичних ствари, све то напречац и олако заборавили и потражили националну катарзу тамо где је није могуће наћи, на начин на који се само из једне трагедије срља у другу – нову и неизвеснију, а можда и трагичнију. За Србију која још није залечила ниједну своју рану због пропасти две-три Југославије, веома су ризичне нове и сличне наднационалне интеграције, па и ове данашње европске, пре него што се мисаоно не спознају и практично не уклоне узроци свих претходних дезинтеграција. Уместо тога, данашњи српски властодршци, у непринципијелној (али интересној) коалицији владајуће политичке елите и послушничке (тзв. политички коректне) интелектуалне квазиелите, склањају српске националне симболе из јавног живота, развијају плаво-жуто-звездасти

барјак „евроатлантских интеграција“ и „као гуске у маглу“ поново језде у „светлу будућност“ која за њих тек што није почела. То није никакво национално „отрежњење“, „идентитетски преображај“, „неопходна модернизација“, „стратешки национални историјски преокрет“, који они данас симулирају, него обично политикантско пресалдумљивање зарад свеколике подршке страних спонзора која је у десуверенизованој и полуокупираној Србији пресудан чинилац доласка и опстајања на власти. Да би се одржао симулакрум њихове самосталности, на све могуће начине се пригушују и јавно дисквалификују сви који се усуде да изразе било какву своју резерву према њиховом хорско-политикантском агитовању за „евроатлантске интеграције“ – без обзира на то какве су оне стварно.⁷

Ако националне ствари у овој ново-старој (али новоствореној) „стварности“ за Србе данас стоје тако лоше како стварно стоје, питање је постоји ли и шта је најбоља (или најмање лоша) алтернатива за Србију, на њеном „европском путу без алтернативе“. Чини се да је на тешко питање лакше доћи до правог одговора ако се ка њему крене заобилазним путем, методом елиминације лоших алтернатива које се, такође, међу нама јавно или полујавно мотају и међусобно заплићу у клупко ирационално помршене и збуњене српске националне самосвести, која нас блокира на сваком путу и потплиће на сваком кораку – па и на овом последњем.

Србија као држава која највише личи на „чардак ни на небу ни на земљи“ реално је веома лоша алтернатива. Из разорене и недовршене државе одлазе најспособнији појединци, а међу онима који у њој остају најгоре пролазе најбољи. Исто онако као што у таквој држави најлошију прођу и најризичнији статус имају најбоље националне особине народа, док предратно, ратно, послератно и најновије евроунијатско политикантско профитерство, разобручени криминал и распојасани криминалци убијају у заметку сваку људску и националну врлину. У име „новостворене реалности“ они несметано „врше нужду“, тобоже у „највишем националном интересу“, којег наивни и поштени у њиховом исквареном свету (за разлику од њих, исто тако реалних и искварених) нису свесни.⁸

7 Они над којима још није извршена тотална (не)историјска лоботомија или, како би народ рекао, којима још „врана није мозак попила“, али би хтели да остану „политички коректни“ (а то су обично они који су до недавно били „политички подобни“) заклањају се за неки страни ауторитет да би евентуално изразили неку своју евроскептичку резерву. Тако је у српској јавности стидљиво одјекнула недавна изјава словеначког економисте Јоже Менцингера о вероватноћи да Европска унија доживи судбину бивше Југославије, због њихове структурно-функционалне хомологије. Сличности у њиховом настајању, организовању и функционисању толико је велика да не би могла да буде сасвим случајна, макар за оне које су такве „змије (више пута) уједале“, па би паметно било да се „и гуштера плаше“.

8 До које мере је данас у Србији метастазирала евроза корумпираних полуинтелигената који „наш хлеб једу, а туђу бригу воде“, који су запосели многе државне културне и друге институције, а отворено раде у „корист националне и државне штете“ – непосредно и лично сам се недавно уверио. На основу уговора са Републичким заводом за статистику, написао сам студију *Села у Србији, Промене струкурије и проблеми одрживој развоја*. Студија је објављена у новембру 2015. године, али је из ње председник уређивачког одбора,

После разбијања Југославије, а пре интеграције у Европу, Србија као држава стварно опстојава као „чардак ни на небу ни на земљи“, са свим напред назначеним и неназначеним (а претпостављеним) разорним последицама по српско друштво и по Србе као народ. Ако се случајно у Србији данас нешто добро и корисно уради, то се већ сутра може прометнути у нешто друго, за народ, грађане и државу рђаво и штетно, а уносно за партократску олигархију и њене коалиционе партнере из криминализованог економског и обезвређеног културног миљеа – што се последњих деценија управо дешавало. Поновна изградња више пута разаране српске државе на Балкану највише подсећа на митско „зидање Скадра на Бојани“, не само по томе што је реч о грађевини која се гради на граници (коју наши неотитоисти еуфемистички називају „административном линијом“) између Срба и Албанаца. Чини се да је ту још важнија историјско-просторна балканска матрица да све оно што једни дању мукотрпно изграђују то други преко ноћи темељно разарају – и „опет Јово наново“ – све до судњег дана.

Ако се зна да су за Србију животно важне све њене границе (некад као „административне“, а некад као „Мажино линије“), да после старе грађевине на Бојани постоје још и старе и нове српске и несрпске „на Дрини ћуприје“, као и изграђени па порушени мостови на Сави и Дунаву, који метафорично указују на то да је Србија у погледу својих граница, дакле, по ономе што је за једну државу најелементарније, у великој мери историјски недовршена и структурно неорганизована⁹. Српска „крива Дрина“ данас је (као и некад) међународно верификована више као амерички, енглески или немачки, а потенцијално и турски, него као српски национални интерес. Традиционално српско аутономаштво из аустроугарских времена данас је у Војводини идеолошки первертирано и политички посуновраћено као антисрбијански, а у суштини је антисрпски сепаратистички пројекат који би од какве-такве „административне линије“ на Сави и Дунаву како-тако да направи какву-такву

без знања осталих чланова и без обавештавања аутора, избацио све делове у којима се помиње Косово и Метохија као део Србије и где се приказују демографски процеси из којих се види како се одвијало деценијско протеривање Срба из косметских села и градова (стр. 39–40), као почетак злочиначког „етничког чишћења“ које држава није на време спречила, те је изазвало трагичне међунационалне сукобе, довело до ратова и разбијања саме државе. Стручно потпуно анониман и некомпетентан намештеник последње гарнитуре власти у РСЗ притом крши Устав и неколико закона државе Србије и грубо пренебрегава три рецензије у тој области најстручнијих рецензентата, свој цензорски поступак оправдава тиме што, по њему, „и Влада Србије око Косова крши Устав и законе“, али је његов основни мотив околност да је из фондова ЕУ стигао део финансијских средстава за Попис становништва и домаћинства 2011. и Попис пољопривреде 2012. „само за Србију без Косова“. То је само један од многих примера како се данас у Србији јефтино „продају“, олако „предају“ и бестидно „издају“ национални и државни интереси у институцијама које би у нормалним, слободним и сувереним државама биле дужне да то свим легалним и легитимним средствима спречавају.

9 Епску метафору о зидању „Скадра на Бојани“ у данашњој Србији замењује напредњачки „Београд на води“: уместо да се Србија дефинитивно утемељи и упорно подиже као модерна правна држава, суспендује се њен постојећи правни поредак и крши важећи Устав, не би ли се градио некакав „Београд на води“ какав не постоји нигде у Европи (у чије интеграције хрлимо).

(макар и парадржавну) границу на овим великим рекама са премало међусрпских мостова на њима (да ли је и то случајно?). И у овоме противсрпском пројекту су, као подизвођачи радова, најагилнији идеолошки первертирани и материјално корумпирани домаћи актери, углавном стари титоистички питомци и њихови данашњи потомци у Војводини.¹⁰

За нас је данас, више него било кад раније, од животне важности да знамо ко су и какви су они с којима хрлимо у „европске интеграције које немају алтернативу“. И да никад не заборавимо какви су били према нама кад нам је било најтеже, на које мамце су нас варали и у које су нас све мреже ловили. То су често били од почетка веома сумњиви институционални аранжмани, који су лако могли да се прекроје у „лудачке кошуље“ за Србе¹¹, кад год би то одговарало главним пројектантима: једном су они били из Немачке или Аустрије, други пут из Енглеске или Француске, обично уз благослов Америке и ревносну активност корумпираних домаћих „подизвођача радова“, којима се увек придружио понеко од суседа (данас би се рекло „из региона“) – да „помогне“ колико може и кад год устреба.

Кад је већ тако како јесте, важно је да то стварно и знамо и ако не заборавимо како је досад било, мања је вероватноћа да нам се убудуће слично понови. Рационална и истинита спознаја других је неизоставни део оне неопходне националне самосвести којом истинито сазнајемо и себе и тако сами себе бранимо од оних који нас упорно маме „на бућкало“. А „модерно бућкало“ је, за разлику од традиционалног „штапа и шаргарепе“, већ постало постмодерни мамац, чије су виртуелне моћи у временима медијских симулација неслућено велике: оно данас медијским мађионичарима, који из великих и јаких држава владају не само малим и слабир народима и државама него целим светом, омогућује да *за нишија добију све* – а оним другима, да после добијеног штапа остану и без шаргарепе.¹²

10 Да ли је случајно да су по истом моделу домаће грађевинске фирме ангажоване као подизвођачи најопаснијих, најтежих и најпрљавијих, али најмање плаћених послова, баш на пројектима изградње мостова на поменутиим великим рекама. Пре би се рекло да западни господари имају за нас унапред припремљене, више пута испробане и сасвим проверене рецепте како да нас наведу да сами о свом трошку завршавамо „своје националне послове“ – у њиховом интересу. И не мењају их последњих двеста-триста (па можда и више) година. А зашто би их и мењали све док су им корисни? Зар треба да се чудимо и љутимо на њих ако они на нас гледају као на оне велике и глупе рибе што се на Сави и Дунаву, без икаквог стварног мамца „који се једе“, и данас хватају „на бућкало“?

11 Такав је, рецимо био уставни аранжман из 1974, по којем је Србија политички и институционално била у маказима између своје две (од ње аутономније и сувереније) покрајине које су од почетка до краја биле под патронатом Хрватске и Словеније, а кад је требало још и Македоније, БиХ и Црне Горе. Покушаји да Србија одбаци овај антисрпски институционални аранжман довели су до рата и распада државе, а за Србе он се претворио у „лудачку кошуљу“ из које још нису изашли – а већ им се спрема нова, евроунијатска, споља накинђурена, а изнутра хладна и и бодљикава и у суштини понижавајућа.

12 Тако се стара превара за најглупље рибе звана „бућкало“ и данас користи као ефикасан постмодерно-виртуелни мамац, кад год се у неком народу залеже корумпирано политичко вођство које је из неких својих себичних интереса спремно да га само „загризе“ и(ли) да са њиме даље медијски манипулише избезумљеном масом. О том болесном стању национал-

Дијалектички гледано, данашњи глобализацијски процеси су препуни унутарњих и спољних супротности које прате разни међусобно противречни теоријски, идеолошки и политички дискурси, више или мање уклопљени у разне логичке и етичке парадоксе и етничке предрасуде и стереотипе. Отуда исходе многи аргументи за тезу да је значење термина „модерно“ у вези са националним идентитетом и државним суверенитетом веома релативно. Не само стога што је данас традиционално, оно што је некад било модерно, а оно што је данас модерно може касније да постане део нечије и некакве традиције.

Већи проблем се састоји у томе што се атрибут „модерно“ колоквијално поистовећује са доминантним идеолошким и нормативним обрасцем савремене западноевропске и америчке културе и индустријског друштва заснованог на сталном расту материјалне производње и потрошње, на масовним комуникацијама и информацијама које производе западни центри друштвене (економске, војне и политичке) моћи, а преносе моћни електронски медији.

Битно обележје тако схваћеног модернитета јесте арогантна промоција и агресивна дифузија западног идеолошког и културног обрасца која се темељи на економској, техничкој, политичкој и војној супериорности САД-а и земаља Европске уније у односу на остали свет. Они сами себе, у најновијем политичком новоговору, сасвим неоправдано поистовећују са тзв. светском заједницом. Њихова системска репресија је нарочито изражена према малим народима и државама, чији се културни идентитет, политички суверенитет, колективно и људско достојанство сматрају сметњом за глобалну и тоталну превласт великих и моћних. То се нарочито односи на САД, које у најновијем идеолошком пројекту тзв. новог светског поретка сопствени рецепт духовног *melting pot*-а (лонца за претапање) безобзирно намећу целом свету.

На том путу највећа им је сметња православна Русија која се поново усправља, са колена се диже на своје ноге и заузима своје старо место светске суперсиле. Геополитички гледано, дакле, Србија се данас поново нашла на сред њиховог пута ка Русији и њеним природним богатствима. Зато западни глобалисти и данас од Срба траже да се одрекну Русије. То је само први корак ка коначном циљу западног прозелитизма да се Срби и Руси одрекну не само једни других него и себе самих. Тај циљ би се лакше постигао ако би се и Срби и Руси прво одрекли православља. Али баш то понајбоље сведочи о континуитету овог најновијег, глобалистичког, и оног старог, ри-

ног политичког духа код нас, луцидно казује српски књижевник Љубомир Симовић који је у једном свом свечарски пригодном говору у Неготину упоредио тадашње „политичке војводе“ у Србији са легендарним српским јунаком Хајдук Вељком. Стари јунак је не само поручио српским непријатељима „главу дајем – Крајину не дајем“ него је за српску Крајину и стварно дао свој живот. „А ови данас, каже Симовић, српским непријатељима дају много више од Крајине, за много мање од главе.“

Напомена у напомени: Ови редови су најисани у време када је у Србији на власи била преходна политичка парнија (2012), а чијаоци нека сами просуде у којој се мери то односи на ове данашње ново-старе „српске војводе“. Бојим се да су нам они „мноо исти“ – што значи да је то истало крајина наше најновије (неки би рекли „модерно“) политичкој „идентичности без суверенитета“ – а стварно, основа једној новој глобалистичкој вазалства.

мокаатоличког, прозелитизма за које су православни народи страно тело у западнохришћанској цивилизацији (у фашистичко-нацистичком дискурсу су „реметилачки фактор“) које треба неутралисати по формули троструког „идентитетског преображаја“: прву трећину идеолошки (верски) *преобрати-ти*; другу трећину протерати са националне територије спровођењем „етничког чишћења“ којим се остварује „идентитетски преображај животног простора“ (*Lebensraum*-а); трећу трећину побити, да би се дошло до „коначног решења“ проблема с „реметилачким факторима“ који би, ако преживе, могли да се врате својој старој вери и својим кућама и тако поновао „загаде етнички већ очишћене просторе“.

Зато Збигњев Бжежински (*Zbigniew Brzezinski*), главни стратег америчког корпоративног глобализма, и каже (за *Фајнешел џајмс*, 22. фебруара 2014, поводом са Запада изазваног државног удара у Украјини) следеће: „Комунизам је готов, на реду је православље. Чак и по цену велике крви и рата Украјина не сме да приђе Русији.“¹³ На истом таласу мисли и идеолог „сукоба цивилизација“ Семјуел Хантингтон (*Samuel P. Huntington*) кад каже да се „Русија и православље не могу уклопити у нови светски поредак“. У истом духу познати билдерберговац Карл Билт, који је био редовна „мирођија“ којом је Србима са Запада „запржавана отровна чорба“ у последње две деценије, говори како је Владимир Путин за нови светски поредак „опаснији од исламских фундаменталиста, јер у Русији оживљава православље“. Ти ставови идеолога евроатлантског глобализма сведоче о главним циљевима најновијег западног „продора на Исток“ (*Drang nach Osten*). Тако се демаскира и данас актуелна стара крсташка стратегија западног освајања Истока у којој су источни хришћани увек први на удару њихових похода и кад је тактички, као крајњи циљ, декларативно означен неко други (као данашњи „исламски фундаментализам“).

У западној јавности се прећуткује да су источни хришћани „коллатерална штета“ и у актуелном сукобу шиита и сунита на Блиском истоку (у Египту, Сирији, Ираку, Либији, Јемenu). Они плаћају највећи цех у тим међуисламским сукобима, које су и овог пута изазвали западни хришћани (модерни крсташи), с уверењем да би једним глобалистичким пројектом могли да се реше два од своја три противника на Истоку. Међутим, дијалектика историјских парадокса, на западну силу и лукавство, шаље одговор исламског Истока римокатоличком Западу у виду реке избеглица и фанатичних исламских терориста с којима евроатлански Запад не зна како ће изаћи на крај. Исламски фундаменталисти се сигурно неће задовољити тактичким уступцима које им

13 Тиме Бжежински одступа од раније оцене изнете у својој књизи *Велика шаховска шабла* (1997) да је „за Европу, као и за Америку, национална и демократска Русија геополитички пожељан ентитет, извор стабилности у непостојаном евроазијском простору“. Притом он још и демаскира више пута потврђен став да је за тадашњу америчку евроатлантску стратегију била „геополитички пожељна“ само „демократска Русија“ која је слаба и на коленима, као ентитет са ољуштеним православним идентитетом и ограниченим државним суверенитетом. Русија која се усправља, јача као држава и обнавља свој православни идентитет – данас ни за кога на Западу није пожељна, као што никад раније није ни била. Свака сличност односа Запада према Србији у тој мери је историјски неспорна и за Србе дубоко трагична, да се нипошто и никада не сме пренебрегавати.

западне силе чине на рачун православних народа Југоисточне Европе, а Срба поготово – раније у Босни и Херцеговини, а данас на Косову и Метохији.¹⁴

Западни атлантско-европски корпоративни глобализам у крајњој линији рачуна са украјинско-руским, турско-руским, кавкаско-руским и јапанско-руским сукобима, који би му омогућили да се докопа руских природних ресурса у Сибиру, а одговарао би им и индијско-кинески, индијско-пакистански, корејско-кинески и још који други сукоб у евроазијском делу света. Они који данас на сва уста говоре да је „Србија на свом европском путу ка Европској унији“, тиме прикривају истину да је Србија стварно на путу, али не на свом слободно и суверено изабраном, већ на „путу Европске уније на Исток“, али и у матици глобалистички покренуте мутне и опасне емигрантске реке великих маса људи који са Истока долазе у Западну Европу.

Ако Србија на том „европском путу без алтернативе“ остане без свог духовног идентитета и државног суверенитета, остаће и без свега другог: без свог пољопривредног земљишта и вода, без својих предузећа и банака, препуштена на милост и немилост страних мултинационалних компанија, сумњивих инвеститора и њихових пројеката. А кад изгуби своју прехрамбену и економску сувереност, тешко ће било када у будућности моћи да поврати своју политичку и државну сувереност, ни у оној малој мери у којој је данас још увек има. Срби као народ, Србија као држава и сви њени грађани наћи ће се тада у неком неолибералном облику „еманципованог ропства“ (Херберт Маркузе) на полуокупираној територији која ће служити као одскочна даска, војна база или као туђа „слободна кућа“ за продор Запада на Исток.

Закључујући претходна разматрања, долазимо до оцене да је српска историјска политичка и културна традиција и до сада била препуна супротстављених реалитета и противречних тумачења и да се у том погледу Срби не разликују много од себи блиских и у понечему сродних народа. Разлика је само у особеном и изузетно неповољном склопу актуелних геополитичких прилика које се око Срба плету, на начин сличан данашњем, бар у последња два века. Зато се савремено збивање увек мора сагледавати не само у равни синхроних структура, него и кроз призму дијахроних историјских процеса са свим њиховим досадашњим континуитетима и дисконтинуитетима. Нова глобална међузависност ствара нове форме ризика и опасности, као што отвара и неке нове могућности за већу глобалну сигурност.

Расправа о српском националном идентитету у склопу таквих турбулентних глобализацијских процеса морала би да укаже на преку и неодложну

14 Само у таквом старо-новом геополитичком контексту разумљиво је зашто данас западне хришћанске земље испоручују (преко УНЕСКО-а) српске православне манастире на Косову и Метохији на милост и немилост исламским фундаменталистима, иако их они континуирано скрнавље и отворено руше пред телевизијским камерама и равнодушним вишемилионским западним аудиторijумом медијски манипулисаних гледалаца и бирача на чији се политички легитимитет позивају њихови властодршци.

потребу да се данас осмисли такав национални идентитет и сачува неопходан државни суверенитет који, најпре, обезбеђују опстанак српског народа и Србије као српске државе. Тек потом долазе на ред дугорочнији циљеви потребног унутарњег преуређења српског друштва које би подстицало његов свестрани економски и социокултурни развој и представљало сигурну залогу српског народа у актуелним и предстојећим регионалним и европским интеграцијама. Само у том смислу реч је о модерном националном идентитету који се односи на све оно што једном народу омогућује да и у новим и измењеним условима, у садашњем и будућем времену, очува себе и остане свој, без обзира на све што га споља и изнутра гони да се мења.

Зато што нема „краја историје“ нема ни коначних решења ниједног друштвеног проблема нити дефинитивних одговора ни на једно старо или ново историјско питање, па ни на питање националног идентитета Срба и државног суверенитета Србије. Управо стога би требало упорно чувати своје историјске културне корене и брижљиво неговати све одређујуће црте свог националног идентитета и основе државног суверенитета: да не будемо ни већи ни мањи Срби него што у датим околностима реално можемо да будемо; ни већи Југословени од Хрвата и Словенаца; ни већи Европљани од Бугара, Румуна или Мађара; да чувамо ћирилицу као Бугари, православље као Грци, а државу као Мађари; да не будемо већи Европљани од Европљана (Италијана, Аустријанаца, Шпанаца или Норвежана).

А нарочито да не заборавимо стару народну мудрост да је „кошуља увек ближа од гуња“ и да српски идентитет и суверенитет Србије не утапамо у европске симулакруме, као некад у југословенске, да нам се историјске трагедије не би и убудуће понављале, али као трагично лажљиве фарсе. Као достојанствен и стари европски народ, иако не нарочито велики и јаки, можемо опстати само ако се правремено дозовемо својој историјски најмудријој памети и „не будемо мед који ће појести свет, нити јед који трује свет“.

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамов, С. (1997): *Послџхеројски рајџ Зайада љројџив Јујославије*. Ветерник: ИДИ.
- Аврамовић, З. (2013): *Родомрсци и родољуйци*. Београд: Службени гласник.
- Бабић, Ј. (1998): *Морал и наше време*. Београд: Просвета.
- Бодсон, Ж. (1993): *Евроја лугака*, Београд.
- Beck, U. (1986): *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Beck, U. (2000): *What is Globalization*. Cambridge: Polity Press.
- Бодријар, Ж. (1991): *Симулакруми и симулација*. Нови Сад: Светови.
- Бодрожих, Ђ. (2015): *Српски иџенџијџеџџ*, Београд-Подгорица: СКЗ – Књиж. задруга СНВ.
- Брдар, М. (2002): *Хроника разорене Троје. Србија у љроцесима деконџџрукције*. Крагујевац – Бачка Паланка – Београд: Центар слободарских делатности – Друштво за науку и ств. ЛОГОС.

- Бродел, Ф. (1992): *Сјиси о истјорији*. Београд: Српска књижевна задруга.
- Бжежински, З. (2001): *Велика шаховска табла*. Подгорица: ЦИД.
- Вуковић, С. (2009): *Етика зајадних медија, Антијсрјска јројајнда деведесетјих јодина ХХ века*. Сремски Карловци – Нови Сад: Изд. књижарница З. Стојановића.
- Еткинсон, Р. (1997): *Зачарани круј, Корјоратјивне елијте и нови фашизам*. Нови Сад: Светови.
- Зиновјев, А. (2002): *Зајад, Феномен зајадњаишјва*. Београд: Наш дом.
- Ивић, П. (1986): *Срјски народ и њејов језик*. Београд: Српска књижевна задруга.
- Јовановић, С. (1939): *Југословенска мисао у прошлости и будућности*. Београд: „Слобода“.
- Лендис, Д. (2004): *Бојатјсјтво и сиромашјтво нација*. Београд: Стубови културе.
- Ломпар, М. (2011): *Дух самојорицања: јрилој јолијици срјске кулјурне јолијике*. Нови Сад: Orpheus.
- Матовић, В. (2013): *Бирилица и лајинојорица*. Подгорица: Књижевна задруга СНВ.
- Митровић, М. (1990): „Социологија и историјска самосвест“. *Зборник Филозофској факултјетја у Новом Саду*, Нови Сад: Филозофски факултет, 83–94.
- Митровић, М. (1993): „Распад југословенског друштва и социологија. Прилог феноменологији наших ирационалности“, *Зборник за друшјвене науке Мајице срјске*, бр. 94, 167–181.
- Митровић, М. (1994): „Распад државе и рат у Југославији. Покушај социолошког објашњења“, *Социолошки јрејлед*, бр. 2, 189–203.
- Митровић, М. (1994): „Светосавска етика и дух модернизма. Упоредни оглед о темељима српске духовности“. *Зборник: Симјозијум „Сеоски дани Срејена Вукосављевића“*, Пријеполје, 79–106.
- Митровић, М. (1995): „Религијске матрице наших моралности“. *Зборник Моралностј и криза*, Београд: Институт за педагошка истраживања, 356–370.
- Митровић, М. (1996): „Постоји ли данас ‘југословенско’ друштво?“, *Социолошки јрејлед*, 1996, бр. 3, 313–324.
- Митровић, М. (1996): „Феноменологија нашег простора и српска идеја данас“. *Зборник Филозофија као дијајноза времена*, Српско филоз. друштво, Сремски Карловци, 119–144.
- Митровић, М. (2002): „Традиционални и модерни елементи српског идентитета“, *Зборник Кулјурни и ејнички идентјетјети у јроцесу јлобализације и рејонализације Балкана*, уред. Љ. Митровић, Филозофски факултет, Ниш, 41–51.
- Митровић, М. (2010): „Разарање друштва и нове српске елите“, *Национални иншјрес*, год. 6, vol. 9, бр. 3, 147–170.
- Митровић, М. (2011): „Српска идеја у доба збркане историјске свести“, *Зборник Мајице срјске за друшјвене науке*, бр. 134, 1–16.
- Митровић, М. (2011): „Српски национални идентитет: традиционални корени и модерни изазови“, *Зборник са мејународног скупа: Месјо јтрадиције и модернизације у различитјим концепцијама и сјратјетијама развоја земаља у јтранзицији* (прир. М. Божић, Љ. Митровић, Г. Стојић). Центар за социолошка истраживања Филозофског факултета у Нишу, Ниш, 621–636.
- Митровић, М. (2012): *Срјско клајно, Прилози за феноменологију срјској друшјва*. Београд: Издавачки центар Правног факултета.

- Новаковић, С. (2000): *Балканска историја*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.
- Нодило, Н. (1981): *Стијара вјера Срба и Хрватиа*. Сплит, Логос.
- Петровић, Д. (2011): *Зловременик*. Подгорица: Књижевна задруга СНВ.
- Рајс, А. (2008): *Чујте Срби – чувајте се себе*. Београд: Партенон – Београдска књига.
- Рачки, Ф. (1886): *Религија Срба и Хрватиа*. Загреб.
- Самарџић, Р. (1989). *Идеје за српску историју*. Београд: Југославијапублик.
- Самарџић, Р. и др. (1989). *Косово и Мейхоџија у српској историји*. Београд: СКЗ.
- Самарџић, С. (2008): *Градња и разградња државе*. Београд: Филип Вишњић.
- Селимовић, М. (1977): *Сјећања*. Београд: „Слобода“.
- Смит, А. (2010): *Национални идентитет*. Београд: Библиотека ХХ век.
- Soros, G. (2002): *On Globalization*. Oxford: Public Affairs.
- Стиглиц, Џ. (2002): *Противречности глобализације*. Београд: СБМ.
- Трифковић, С. (2007): *Сенка цихада*, Београд: Српска књижевна задруга.
- Ђосић, Д. (2008): *Време змија: ишчеви зајиси 1999–2000*. Београд: Гласник.
- Хантингтон С. (1998): *Сукоб цивилизација и преобликовање светској поретка*. Подгорица: ЦИД.
- Хантингтон С. (2008): *Амерички идентитет*. Подгорица: ЦИД.
- Чавошки К. (2011): *Расрбљивање*. Нови Сад: Orpheus.
- Чомски, Н. (1995): *Шта то (у ствари) хоће Америка*. Београд: Инст. за политичке студије.
- Чомски, Н. (1996): *Светски поредак – стари и нови*. Београд: Студентски културни центар.
- Шпенглер, О. (1989): *Пројаси Зайада*. Београд: Књижевне новине.

Dr. Milovan M. Mitrović
 Full Professor
 University of Belgrade Faculty of Law

PHENOMENOLOGY AND THE DIALECTIC OF NATIONAL IDENTITY OF SERBIA

Summary

This article consists of three parts. In the first part the author focuses on the dialectical understanding of national identity in relation to other similar phenomena such as personal, family, local (regional) and universal human identity.

In the second part, the author considers the traditional (religious, political and social) roots, as well as the contemporary pillars of the Serbian identity: St. Sava's spirituality, national liberties (Kosovo testament), the Cyrillic alphabet, the national self-government and national sovereignty.

In the third part, the author discusses both the old and new challenges of the Serbian identity, such as the historical integration and disintegration in the South Slavic areas, a modern limitation of sovereignty (applicable to small states and nations) and the new repressive globalization. At the same time, it is pointed out that the Serbian politics of empty promises, oscillating from one extreme to another, along with the unfavorable external historical circumstances for the Serbian people, is severely endangering the national sovereignty of Serbia, Serbian cultural identity, as well as the prosperity and sustainable development of the Serbian society as a whole.

In conclusion, it is emphasized that national sovereignty is the most important pillar of national identity, in the same way in which national identity represents the last defense of free existence of people and their state. Therefore, it is necessary to find rational answers to the current global challenges that will allow modernization and the consequent preservation of all the important spiritual traits of the Serbian cultural identity, which represents the inner spiritual body and the last defense of the national sovereignty of Serbia and its Serbian political identity.

Key words: *Dialectics of identity. – National identity. – Serbian identity. – National sovereignty. – Auto-chauvinism.*

Др Љиљана Радуловић*

ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД КАЗНЕ

Ослобођење од казне је моћност да се под законом прописаним условима у одређеним случајевима ослободи од казне учинилац који је крив. Тај кривичноправни институцијски у нашем праву има свој континуитет почев од норми садржаних у Казнишлном законнику за Књажевство Србију из 1860. године. Законодавним реформама је ширена моћност његове примене у складу са идејама да у полицији сузбијања криминалитета казну треба примењивати само када за дати случај нема адекватних алтернатива у неким другим санкцијама или мерама које закон прописује. Основне одредбе Кривичног законика Србије у члану 3. представљају не само основ и границе за одређивање кривичних дела и прописивање кривичних санкција, него и за њихову примену. Те одредбе афирмишу принцип да је кривично право *ultima ratio* у сузбијању делинквенције, а да у примени казне треба имати у виду овај принцип, односно казну користити као последње средство, само када је неопходна и у мери у којој је нужна. Ослобођење од казне је један од институција којим се у нашем законнику не само афирмише принцип кривично право као *ultima ratio*, него и потврђује *ius puniendi* као ограничено право. У постојећу одмеравања казне суд се сусреће и са случајевима у којима одређене конкретне околности указују на то да би било нецелесходно и неправично стриктно придржавање посебних законских казних оквира, односно да кажњавање уопште и није одговарајућа опција за тај конкретан случај. У том смислу је институцијски ослобођења од казне један од законом предвиђених коректива неопходних да се избегне претерана и/или криминалнополицијски неојравдана и несврсисходна репресивност у конкретним случајевима. Казнена политика судова треба у садржинском и функционалном смислу, а не само формално, да повезује принципе легалитета и индивидуализације са врхом примене кривичних санкција.

Кључне речи: Ослобођење од казне. – Стварно кајање. – Поравнање учиниоца и оштећеног.

* Ауторка је професорка Правног факултета Универзитета у Београду, radulovic@ius.bg.ac.rs.

I

Политика законодавца у области кривичних санкција, са становишта принципа легитимности, хуманизације и индивидуализације, изражава се и у *йройисивању йособних законских моућносйи у одмеравању санкција*. Такве могућности представљају законске инструменте помоћу којих суд у поступку одмеравања санкције за поједина дела може да донесе одлуку која је искорак у односу на редовно одмеравање у границама посебног минимума и максимума. У складу пре свега са начелом индивидуализације, законодавац је прописао већи број института чијом применом долази до одступања од редовног одмеравања. Одступања се могу кретати у правцу ублажавања и ослобођења од казне, затим изрицања, уместо казне, судске опомене или условне осуде у оним ситуацијама у којима са становишта заштите друштва од криминалитета није неопходно ефективно кажњавање.¹ Анализа одредаба којима је у нашем закону дефинисан институт ослобођења од казне указује на његов специјалан карактер у том смислу што се може изрећи учиниоцу кривичног дела само када то закон изричито предвиђа (члан 58. став 1). Дакле, изрицање је увек факултативно и везује се за законом изричито прописане случајеве. Тиме су задовољене формалне претпоставке за поштовање начела легалитета, а такође се потенцира и ослобођење од казне као изузетак у односу на правило да се за учињено кривично дело кривац кажњава. Ослобођење од казне је највиши домет судских овлашћења у кажњавању.²

Ослобођење од казне је кривичноправна мера чија примена омогућава да се у одређеним, законом прописаним случајевима, учиниоцу код кога постоји кривица не изрекне казна. У већини савремених кривичних закона предвиђена је таква могућност. Без обзира на постојеће разлике, савремена законска решења указују на то да је тај институт еволуирао од мере резервисане за учиниоце лакших кривичних дела, до криминалнополитичког средства са специфичним пољем деловања и на теже облике криминалитета. На тај начин, осим димензије хуманости и правичности, тај институт изражава и једну сложену интенцију законодавца.

- 1 Ширење садржине принципа индивидуализације извршено је захваљујући учењу нових школа у кривичноправној науци које су афирмисале нови положај учиниоца, увеле плурализам кривичних санкција, измениле ставове о њиховој сврси и ојачале криминалнополитички супстрат у кривичном праву и модерним законодавствима. Тек са таквим теоријским новинама и реформама закона на таквим основама стекли су се и услови за увођење института какав је ослобођење од казне. У периоду доминације ставова класичне школе о сврси кажњавања, принцип индивидуализације се сводио на успостављање у конкретном случају објективне пропорције између природе и тежине дела, с једне стране, и изречене казне, с друге стране. На субјективном плану, кривица је утврђивана и процењивана у складу са концептом о слободи воље у избору између добра и зла, какав је стајао пред учиниоцем дела. R. Saleilles, *The Individualization of Punishment*, London 1911, 58–61.
- 2 О ослобођењу од казне као „...некој врсти законско-судског помиловања... сасвим изузетној мјери за изузетне случајеве... највишем домету судских овлашћења у кажњавању...“ видети Ф. Бачић, *Кривично право Ойћи quo*, Загреб 1978, 439–440.

Идеја да није нужно нити правично да се за свако учињено кривично дело кривац кажњава постојала је у готово свим историјским епохама и у свим друштвима.³ Још правни извори римског права садрже податке о томе да је актима одређених субјеката било могуће одговорног учиниоца кривичног дела ослободити од казне.⁴ Та идеја постоји у многим значајним институтима модерног кривичног права. Она је и основ прихватања института *ослобођења од казне* као мере за коју се може одредити суд који је претходно у поступку утврдио кривицу учиниоца кривичног дела.

Као и за друге институте који су данас општеприхваћени, постојали су отпори и у вези са прописивањем ослобођења од казне као законске могућности. Основна аргументација *иpошнв* односила се на следеће: 1. *ослобођење од казне се не уклапа у учење иpе свеиa айсолуићних итеорија о сврси кажњавања*; 2. *ослобођење од казне иподоује судској самовољи*; 3. *ослобођење од казне уиpожавa иpава жpићве*; 4. *ослобођење од казне је неипиpебно с обзиром на већ ипосиpојеће мере*; 5. *ослобођењем од казне суду се даје иpаво ипомиловања*. Разлози у иpилои ове могућности пре свега су повезани са 1. *измењеним ипoлeдима на сврху кажњавања*; 2. *новим сипавовима о немоћи казне као једине санкције која не може ефикасно да одговори криминалноиполићичким захипевима за сузбијање ипoјединих облика криминалићипића*; 3. *ипpодирање хуманисћичких идеја у иполићичку сузбијања криминалићипића, као и захипеви за рационалнији однос иpема ипићипањима и сложенеј иpоблемаићипици декриминализације и деипенализације*.⁵

Новији концепт ослобођења од казне повезиван је првобитно и пре свега са идејом правичности. У француском праву које се наводи као заслужно за шире увођење ове могућности у модерна законодавства, значајно је дело *La loi de pardon*, правника R. Lajoie. Тај аутор је средином 19. века предлагао да се суду законом пружи могућност да кривично одговорног извршиоца ослободи од казне уколико би њена примена била *неиправична*. Тако би се окончала пракса да у случајевима несумњиве кривице порота ипак проглашава да учинилац није крив, како би се спречило неправедно кажњавање које се доследном применом закона није могло избећи. Имајући у виду такву праксу, поједини аутори указују на то да је увођење института ослобођења од казне у законодавства, озакоњење праксе која је дуго примењивана, а не новина у пуном смислу те речи.⁶

3 Б. Марковић, *Средсћивa за замену крайковремене казне лишења слободe са нарочипићим осврћипом на Условну осуду*, Београд 1909, 54; Љ. Бавцон, „Криминалнополитички помен ин правна наpавa суднега опомина“, *Зборник знансћивених расиpав, XXX лeйник*, Љубљана 1962, 13.

4 Д. Јаковљевић, *Рехабилитићипација у кривичном иpаву*, Научна књига, Београд 1981, 8–9.

5 Опшиpније: Љ. Радуловић, *Ослобођење од казне*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету у Београду 24. априла 1987. године.

6 Те аргументе је износио сенатор А. Шерон приликом подношења предлога закона о судском опроштају казне. Наведено према Т. Васиљевић, *Судски оипрошћипај казне*, Београд 1938, 3–7.

Поједине случајеве када суд није изрицао казну на основу одлуке пороте да иначе одговоран оптужени није крив, могу се наћи код P. Bousat, J. Pinatel, *Traite de droit penal et de criminologie*, Librairie Delloz, Paris 1963, 512.

Без обзира на отпоре појединих теоретичара и практичара, почев од прве половине 20. века на значајним научним скуповима подржаване су идеје и аргументовани предлози да се у кривичним законима пропише могућност ослобођења од казне одговорних учинилаца када се стекну одређене претпоставке. У том периоду многа законодавства уводе тај институт са ужим или ширим доменом примене.⁷ У почетку су норме којима је прописивана могућност ослобођења од казне биле садржане само у посебном делу кривичних закона, да би временом постао и институт општег дела кривичних закона. Ослобођење од казне представља могућност за изузетне случајеве, па је значајно да се законом и у општем и у посебном делу што прецизније пропишу не само основи, него и претпоставке/услови за примену тога института, како би се његова примена задржала у границама изузетности.

II

Историјат постојања ослобођења од казне у нашем праву можемо пратити још од *Казнијелној законика за Књажевсџво Сербиу из 1860. године*. У глави 10 „О злочинствима и преступленијима противу закона, власти и јавног поретка“, у параграфу 104, била је предвиђена могућност да суд учиниоцима кривичних дела цени као извињавајућу околност и „*иако обвињеној од сваке казне ослободи... ако би чиновник, званичник или служитељ љри званичном раду љроштиву закона ненадлежно и нељравилно љосџујуио, и џиме љовода дао да се ко учини љовиним најред казнених казнимих дела...*“⁸. У глави 23 „О крађи и утаји“, у параграфу 228, било је прописано да „*Ако се крадљивац збој учињене крађе љокајао и љре нејо шџо је ико, осим њејових домаћих ... дознао да је он крађу учинио, из сојсџвеној љобуђења љокрадено љовратио, или иначе љокраденој сасвим намирио, осим случајева ојасне крађе /чл. 223/, да се од казне сасвим љошџеди...*“ Даље, у глави 23 „О разбојништву, ајдуковању и насилном изнуђивању“, у посебном ставу је било прописано да ће се од сваке казне ослободити онај ко се у хајдуке одметне „...ако би он, љре нејо шџо је икако друјо казнимо дело у ајдуковању уђинио, сам од своје воље од ајдуковања одустџао и власџи се љредао“.⁹ Те одредбе, речено савременим изразом, садрже снажну криминалнополитичку подлогу као *ratio legis* једне такве бенефиције за учиниоца кривичног дела. Одредбе указују на то да су у овом закону прихваћени институти стварног кајања и добровољног одустанка као правно релевантне околности у корист кривца.

Пројекатџ Срџској кривичној законика из 1910. љодине, наводећи ставове у теорији као подлогу оправданости уношења овога института у закон, полази од циљева казне, као и од оправданости да се преко судског опроштаја казне судовима да право помиловања. Такав став је иницирао расправу у којој значајни правни ауторитети тога времена износе супротна мишљења и оспора-

7 Т. Васиљевић, 13.

8 Т. Живановић, *Кривични законик и законик о љосџујуку судском у кривичним делима*, Београд 1922, 73.

9 *Ibid.*, 146–154.

вају оправданост увођења тог института у кривично законодавство износећи исте аргументе, али сада као разлоге против.¹⁰

Кривични законик за Краљевину Југославију из 1929. године, као и његове Измене и допуне из 1931. године, даље проширују основе за ослобођење од казне и у Општем и Посебном делу закона. Тај закон преузима из заједничког Пројекта кривичног законика Немачке и Аустрије из 1927. године општу одредбу према којој је у законом прописаним случајевима суд могао да кривца ослободи од казне ако је утврдио да су кумулативно испуњени прописани субјективни и објективни услови. Ти услови су били да се ради о особито лаком облику кривичног дела услед незнатне кривице, уз истовремено одсуство или незнатност последице дела /параграф 73/.¹¹ У Посебном делу конкретизовани су услови под којима је суд одговорног учиниоца појединих кривичних дела могао да ослободи од казне. Тако, на пример, код кривичног дела недозвољеног побачаја услов је био да *није у браку жена која врши побачај*; код крађе или утаје *повраћај украдене или утајене ствари пре откривања дела...* и др.

У свим кривичноправним законским актима после Другог светског рата одредба о ослобођењу од казне је постојала и сваком реформом је ширена могућност њене примене. *Општи гео кривичног закона из 1948. године*, у члану 63, прописивао је три кумулативно постављена услова на основу којих је суд кривично одговорног учиниоца могао да ослободи од казне: 1. да учињено дело спада у категорију лакших кривичних дела; 2. да је дело услед промењених прилика изменило свој друштвено опасни значај /карактер/; 3. да се учинилац с обзиром на околности под којима је дело учињено као и на његово држање после извршења кривичног дела не може више сматрати друштвено опасним.

Прописани услови су били објективно-субјективног карактера, а ставом 2. члана 63. налагано је суду да исцрпно образложи одлуку о ослобођењу од казне. При томе, у Објашњењима уз нацрт КЗ ФНРЈ, указивано је да тај институт не треба мешати са *искључењем кривичне одговорности због ишло дело представља незнатну друштвену опасност због очигледно малој значаја и због незнатности или неоспојаности ишећних последица*.¹²

Кривични законик из 1951. године, осим бројних новина, карактерисала је и савременија интерпретација појединих законских института. Када је реч о ослобођењу од казне, уместо уопштених формулација, законодавац се определио за таксативно набрајање основа за ослобођење од казне, а њиховом

10 Они су садржани и у првом значајнијем делу код нас о овој проблематици: „Отпуст без казне“ аутора Д. Суботића, објављеном у Београду 1914. године. Аутор, ослањајући се на немачку теорију, указује на то да ослобођењу од казне нема места у закону са аспекта учења о сврси казне, али ни у светлу правног и политичког значаја принципа легалитета и принципа поделе власти. Међутим, настају нова дела која се залажу за развијање и ширење законских основа за ослобођење од казне. У том правцу је значајно монографско дело Т. Васиљевића, *Судски опроштај казне*, Београд 1938.

11 Ј. Шиловић, С. Франк, *Кривични законик за Краљевину Југославију од 29. јануара 1929. г.*, књига 4, Загреб 82.

12 „У случају примене чл. 5, ст. 1 и 2 суд не расправља уопште о питању примене казне, већ утврђује да учинилац није кривично одговоран.“ *Коментар Општег дела кривичног законика*, под општом редакцијом Моше Пијаде, Београд 1948, 191.

анализом се могло закључити да тај институт постаје значајан криминално-политички инструмент. Ако је према одредбама Закона из 1948. године ослобођење од казне била могућност за учиниоце лакших кривичних дела, решења из 1951. године проширују примену и на тежа дела када је то имало своје криминалнополитичке оправдање. У том правцу се и развијао овај институт, тако да се ослобођење од казне правдало како потребом ограничавања кажњавања у случају лакших деликата, тако и постизањем одређених криминалнополитичких циљева када се они процене као значајнији од евентуалног кажњавања кривично одговорног учиниоца кривичног дела.¹³

Новелом из 1959. године поново је законодавац посветио значајну пажњу институту ослобођења од казне. Неки од основа су укинута, нарочито у посебном делу. *Најзначајнија новина* је била одредба на основу које је суд добио овлашћење да у свим случајевима у којима није искоришћена могућност ослобођења од казне може *неограничено да ублажи казну*, по принципу логичког тумачења ако може више, може и мање *argumentum a fortiori*. Таква могућност је задржана и у савременим законским решењима (КЗ Србије, члан 57. став 4).

Кривични закони из 1977. године даље шире поље примене ослобођења од казне и у општем и у посебном делу републичких и покрајинских закона. *Најважнију новину* је представљало ново решење о посебном основу прописаном у члану 45, којим се суду даје могућност да ослободи од казне учиниоца нехатног кривичног дела кога последице дела тако тешко погађају да изрицање казне у таквом случају не би одговарало сврси кажњавања.

III

Кривични законик Србије који је ступио на снагу 1. јануара 2006. године, чије су измене вршене 2009. и 2012. године, садржи одредбе о ослобођењу од казне како у Општем, тако и у Посебном делу. Институт ослобођења од казне, заједно са појединим другим институтима, доприноси да се рестриктивније примењује казна и тиме у кривичном праву минимизира оно што представља „...ретрибутивни баласт, што је дифамантно, стигматизујуће, везано за идеју одмазде и испаштања“.¹⁴

За афирмацију начела индивидуализације значајно је да су основи за ослобођење од казне прописани и у Општем и у Посебном делу Законика, као и да се законодавац определио за релативно бројне ситуације којима пружа суду могућност да се у поступку одмеравања санкције определи за такво решење. У том смислу, институт ослобођења од казне са својим специфичним карактером и положајем у систему кривичноправних мера има своје значајно место и оправдање.

Са аспекта индивидуализације посебно су значајни ефекти који се применом те мере могу остварити, а које је законодавац имао у виду код поје-

13 Пример обавезног ослобођења од казне у случају откривања злочиначког удружења, према ставу 3. члана 299. КЗ, кривично дело *злочиначко удруживање*.

14 Ф. Бачић, *Кривично право, Ойћи дио*, Загреб 1978, 455.

диних основа за ослобођење од казне. Разликују се две ситуације: *једна*, када постојеће околности дела и учиниоца у конкретном кривичном случају због карактера дела и мањег степена кривице чине дело лаким, а казну сувишном са аспекта остварења законом прописане сврхе, па је са тог становишта легитимнија одлука суда да се учинилац ослободи од казне него да се примени ефективно кажњавање. У пракси постоје случајеви када штета која је настала извршеним делом није директно пропорционална насталој штетној последици. Тежина и социјално-етички значај кривичног дела сложенији су појмови од штете као уништења, оштећења или угрожавања заштитног објекта. Тако, на пример, у прекорачењу нужне одбране или у прекорачењу крајње нужде могу бити извршена кривична дела са веома тешким последицама, али да околности под којима је дошло до извршења дела целој криминалној ситуацији дају такав карактер да је друштвено нецелисходно и неправедно казнити учиниоца. Сву разноврсност животних ситуација у којима се врше инкриминисана дела, укључујући и специјалне случајеве обухваћене основима за примену института ослобођења од казне, није могуће уважити у фази прописивања дела и казне. За такве, изузетне ситуације значајно је да се у законским нормама обезбеде инструменти на основу којих ће суд у поступку индивидуализације моћи да примени адекватна решења. Одлука о ослобођењу од казне треба да се заснива на уверењу суда да би у конкретном случају ефективно кажњавање у први план ставило ретрибуцију, дакле последицу кажњавања која није законом прописана као сврха ни у оквиру специјалне ни генералне превенције. У таквим случајевима би и учинилац дела и јавно мњење кажњавање доживели као неправично. У том смислу институт ослобођења од казне значајан је корективни инструмент за елиминацију казне у случајевима када би она служила само као пример застрашивања, што се данас у цивилизованом свету не може дозволити са логичке и хумане тачке гледишта.¹⁵ То је полазиште на коме је законодавац оправдано прописао могућност ослобођења од казне у бројним случајевима у Посебном делу КЗ. Примера ради, могућност ослобођења од казне у ситуацијама када је учинилац био изазван незаконитим или грубим поступањем службеног лица (чл. 323. ст. 6). Такође, када је учињено дело неизвршења или одбијања извршења наређења претпостављеног (чл. 400), као и дело противљења претпостављеном (чл. 401), а учинилац је био изазван незаконитим и грубим поступањем војног лица и др.

У вези са тим основама често се може поставити питање разграничења са институтом дело малог значаја. Када је реч о апстрактној тежини дела израженој у прописаној казни, шире је поље примене ослобођења од казне него института дело малог значаја, али је за учиниоца повољнија одлука да нема противправности у његовом делу, па нема ни кривичног дела. Одређене сличности су могуће у пракси, па је могућа и дилема који од та два института применити с обзиром на њихово правно дејство. Дело малог значаја није кривично дело, па се и не поставља питање кажњавања, а ослобођењем од казне се не негира постојање кривичног дела у свим његовим елементима. Институт дело

15 А. de Mattia, „Избор и одмеравање казне у систему превенције и друштвене одбране“, *Јуџо-словенска ревија за криминологију и кривично право*, 2/1966, 181.

малог значаја везује се за поступак утврђивања да ли кривично дело постоји, односно да ли су у датом случају кумулативно присутни сви елементи општег појма кривичног дела, укључујући и противправност. Институт ослобођења од казне везује се за поступак одмеравања санкције када су претходно утврђени и дело и кривица. Основи за примену ослобођења од казне по правилу чине конкретну криминалну ситуацију специфичном у односу на редовне облике у којима се то дело испољава, и то услед околности које се налазе ван бића кривичног дела (на пример, јака раздраженост и препаст услед напада у случају тешке телесне повреде или убиства у прекорачењу граница нужне одбране). Оне са становишта друштвеног и етичког вредновања оправдавају ослобођење од казне у конкретном случају, али не оспоравају ниједан елемент општег појма кривичног дела нити елементе бића датог дела. Могућност ослобођења од казне је врста коректива који је неопходан и оправдан с обзиром на општост и апстрактност законске норме, али само уз поштовање начела законитости, односно примену у случајевима изричито прописаним законом, а не изван тих основа, када суд сматра да је неправедно казнити учиниоца.¹⁶

Друџа група основа за ослобођење од казне односи се на ситуације када се са криминалнополитичког аспекта може очекивати остварење одређених позитивних ефеката стављањем у изглед учиниоцу могућности да буде ослобођен од казне, уколико испуни законом прописане услове. Ти криминалнополитички циљеви се јасно препознају када се анализирају поједини основи за ослобођење од казне, као што су, на пример, добровољни одустанак од извршења дела и добровољно спречавање извршења дела, опозивање лажног исказа пре него што се на основу њега донесе судска одлука, пријављивање давања мита пре него што је дело било откривено и др. Смисао је да се учинилац стимулише да одустане од довршења дела, да спречи његово извршење и да сам пријави дело или отклони његове последице. Све су то ефекти који са аспекта политике сузбијања криминалитета могу имати већу тежину, односно веће позитивне ефекте него примена кажњавања у таквим случајевима.

Указивање на то да анализа основа за ослобођење од казне иде у правцу закључивања да законодавац има у виду и/или лакши карактер дела, и/или криминалнополитичке циљеве, не значи да се у сваком конкретном случају може јасно повући граница о ком случају је реч. Најчешће такво разграничење није ни потребно, могу постојати оба елемента, па се пре може анализирати и закључити који од њих је био претежнији за примену одређене законске одредбе о ослобођењу од казне.

IV

По угледу на поједина страна законодавства, постепено се уводе још неки, специфични *йосебни основи* за ослобођење од казне. *Први йосебан основ* уведен је реформом југословенског КЗ из 1977. године, а задржан је и у савременом кривичном законодавству Србије. У питању је посебан основ

16 И. Крамарић, „О дилемама и странпутицама судске праксе у примјени института ослобођења од казне“, *Одвјетник* 11–12/1981, Загреб 121–135.

за ослобођење од казне дефинисан у чл. 58. став 2. КЗ. На основу те одредбе суд може ослободити од казне нехатног учиниоца кривичног дела када последице дела тако тешко погађају учиниоца да изрицање казне у таквом случају очигледно не би одговарало сврси кажњавања.¹⁷ Прописивањем тога основа законодавац је имао у виду да се у пракси јављају ситуације које се граниче са несрећним случајем, у којима је бесмислено инсистирање на кажњавању чак и у најблажем облику будући да се не могу очекивати било какви ефекти у смислу реализације законом прокламоване сврхе кажњавања.¹⁸

Прва претпоставка за ослобођење од казне по овом основу односи се на нехат као једини релевантан облик кривице. Када је реч о делима квалификованим тежом последицом, то се односи и на основни облик дела, а не само на тежу последицу. У односу на нека законодавства која не искључују могућност ослобођење од казне ни за умишљајне деликте (КЗ Немачке из 1969. године, параграф 60), решење у нашем закону је рестриктивније (*судска љракса бр. 1*). То одговара ставу о ослобођењу од казне као изузетној мери, за изузетне случајеве.

Друга претпоставка се односи на обележја последице коју је извршењем дела претрпео сам учинилац. Том последицом учинилац треба да буде тешко погођен. Према ставу и теорије и судске праксе, осим основне последице која је елемент бића кривичног дела, релевантне су и /посредне/ последице које леже ван бића дела,¹⁹ а које су проистекле из основне последице, које као даље ефекте трпи извршилац.²⁰ Теорија и судска пракса се слажу у томе да се под тешким последицама које је претрпео учинилац узимају у обзир и оне које су претрпела њему блиска лица. Дакле, не само случај када, на пример, услед нехатног дела против безбедности јавног саобраћаја сам учинилац остане инвалид, него и када такву последицу претрпе сродници или блиски пријатељи учиниоца дела (*судска љракса бр. 2*), услед чега он трпи на психолошком плану тешке последице. Да ли је последица тешко погодила учиниоца, процењује се према објективно-субјективном критеријуму у сваком конкретном случају.

Трећа претпоставка за примену чл. 58. став 2. односи се на околност да изрицање казне с обзиром на последице дела очигледно не би одговарало сврси кажњавања. Овај трећи, кумулативно постављен услов повезан је са последицом коју је претрпео учинилац непосредно, или посредно, услед чега је кажњавање несврсисходно и не само са специјално превентивног аспекта, него и са аспекта остваривања генералнопревентивних учинака.

17 Слична одредба је уведена у КЗ Немачке 1969. године. Први предлог за увођење таквог основа за ослобођење од казне, у немачком праву датира са почетка 20. века, у току рада на реформи кривичног законодавства. Е. Horn, „Absehen von Strafe“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb 3–4/1978.

18 Љ. Лазаревић, „КЗ СФРЈ-нова решења у односу на основне институте кривичног права“, *Јуџословенска ревија за криминологију и кривично љраво*, 4/1976, 130.

19 Закључак са састанка представника кривичних одељења Савезног суда, врховних судова република и покрајина и Врховног војног суда од 23. фебруара 1982. Наведено према Љ. Радловић, „Неке сличности и разлике између члана 45. КЗ СФРЈ и параграфа 60 КЗ СР Немачке“, *Анали Правној факултету у Београду*, Београд 3/1988, 273.

20 Schonke-Schroder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 22 Auflage, Munchen 1985, 658.

Суд треба да утврди да примена казне није сврсисходна како са становишта спречавања учиниоца да поново изврши кривично дело, тако и са аспекта његовог преваспитавања. Ако би се само уважила генерална превенција као сврха казне, у случајевима које је законодавац имао у виду када је прописивао овај основ за ослобођење од казне, казна би значила афирмацију само њеног репресивног ефекта. Проблематична би била и њена примена са аспекта начела правичности и хуманости. Не треба схватити да се по аутоматизму подразумева да нема генералнопревентивног оправдања за примену казне код овог посебног основа за ослобођење од казне. То и није интенција законодавца, будући да није ограничио суд на уважавање само специјално превентивне функције кажњавања. Суд утврђује да у датом, конкретном случају казна није сврсисходна ни по једном основу. То су, по правилу, ситуације када никаква казна не може да се упореди по дејству са тежином личне трагедије коју је учињеним делом изазвао и трпи је учинилац. Тада би свако кажњавање и у јавности било доживљено као неправично, а не као мера са васпитном функцијом у правцу јачања одговорности грађана. У таквим случајевима се већ самим сазнањем у јавности о тежини проузроковане последице постижу ефекти на јачање одговорности грађана за своје поступке у појединим ситуацијама. Тако, на пример, више од изречене казне, на јачање одговорности грађана ће утицати утисак приказаног уништеног стана неправилним руковањем плином или тешких саобраћајних несрећа са људским жртвама.

У вези са тим основом за ослобођење од казне постоје различита решења у законима када је реч о ширини примене овога института. Тако, на пример, према КЗ Немачке из 1969. године, по овом основу су се могли ослободити од казне само учиниоци кривичних дела запрећених казном затвора до једне године. Такво решење је критиковано у теорији као нерационално и нецелисходно. Представници правосудних органа су наводили да је такво решење доводило до тога да се у пракси поједини тежи облици дела /пре/квалификују као лакши, како би се задовољио критеријум прописане казне и на тај начин уважили разлози хуманости и правичности, који су чинили кажњавање нелегитимним у појединим, конкретним случајевима.²¹

Од увођења овога основа, па до актуелних решења, у нашем законодавству није прописивано ограничење везано за запрећену казну, за врсту кривичног дела или за природу добра које је повређено. Образлажући такво решење, у домаћој литератури је наглашавано да је оно оправдано ако се имају у виду случајеви који се у животним околностима дешавају када последице дела тако тешко погађају учиниоца да са кривичноправног, криминолошког, криминалнополитичког и пенолошког аспекта кажњавање нема сврхе.²² Та законска одредба се може применити не само када су повређени телесни интегритет, здравље или живот неког лица, него и када су тешко оштећена или уништена материјална добра учиниоца нехатног дела или неког њему блиског лица, што битно и неповољно утиче на њихов даљи живот.

21 Е. Horn, 389.

22 Коменшар КЗ СФРЈ, Београд 1982, 210.

V

Друџи њосебан основ за ослобођење од казне прописан је у ставу 3. члана 58. По том основу може се ослободити од казне учинила кривичног дела зајрећеног казном до 5 година зајвора, ако њосле извршеног дела, а њре нећо шћићо је сазнао да је оћкривен, оћклони њоследице дела или надокнади шћићећу њроузроковану кривичним делом. Овом одредбом се институт *стварног кајања* афирмише путем своје криминалополитичке компоненте, која треба да стимулише учиниоца на одрећено понашање, да анулира последицу дела које је учинио, што може бити претежнији интерес за друштво од евентуалног кажњавања за дело које је довршио.

Стварно кајање означава понашање учиниоца који је довршио одрећено кривично дело, на основу кога се са великом вероватноћом може донети суд да не би поновио кривично дело, да се искрено и стварно каје због учињеног. Такав свој субјективни однос према ономе што је учинио испољава у понашању које објективно резултира отклањањем последица довршеног дела, поништењем негативне ситуације, отклањањем настале опасности, односно надокнадом штете жртви дела које је учинио.

Да би постојало стварно кајање, морају се отклонити последице дела. Дакле, реч је о довршеном кривичном делу. У томе је основна разлика у односу на добровољни одустанак, где учинилац у стадијуму покушаја, из сличних мотива, предузима одрећене радње са циљем да спречи наступање последице.

Како је ослобођење од казне у свим својим законским основима изузетна могућност за изузетне случајеве, то се и код овог основа морају кумулативно стећи стриктно прописани услови, како би се примена тога института задржала у границама изузетног.

Први, формални услов односи се на тежину дела изражену у прописаној казни. Законодавац је ограничио ослобођење по овом основу на дела за која је њројисана казна зајвора до 5 година. Логичким тумачењем се може закључити да се могућност односи и на дела за која је прописана новчана казна. У тај услов се „уклапа“ релативно значајан број кривичних дела, што даје значај том релативно новом основу за ослобођење од казне прописаном у Општем делу КЗ.

Други услов је да учинилац *отклони њоследице дела или да надокнади шћићећу* коју је делом проузроковао (на пример, врати украдену ствар, опозове лажни исказ пре доношења судске одлуке...). Томе се у литератури додаје и логичан услов – да учинилац при томе делује *добровољно*. Код тог основа за ослобођење од казне, као и иначе када је реч о стварном кајању, неопходна је објективно-субјективна повезаност, изражена као активно деловање учиниоца дела и добровољност у предузимању одрећених радњи, као суштина субјективне компоненте *стварног кајања*.²³ У вези са том претпоставком треба указати на неколико битних елемената. Од учиниоца се захтева да предузме радње које ће имати

23 Добровољност није услов који је законодавац посебно прописао, али се већина аутора слаже да та компонента стварног кајања није упитна. Опширније Н. Делић, „Дело малог

такав резултат да се може поуздано утврдити да су последице дела у целини отклоњене, да је поништена негативна ситуација, отклоњена настала опасност.²⁴ Како је код тог института основни интерес да се анулира последица кривичног дела и у том смислу осигура повраћај у пређашње стање, сматраће се да је тај услов испуњен не само када учинилац сам предузме конкретну радњу којом испуни тај услов, него и у случају када је својом вољом ангажовао треће лице које је успешно отклонило последицу кривичног дела. При томе није битно да ли се треће лице „укључује“ зато што учинилац није уопште могао или само у том тренутку није био способан да сам предузме радње неопходне за отклањање последице. Лично и вољно ангажовање учиниоца, аутентична жеља да се анулира последица кривичног дела, јесте неопходан услов за закључак да је реч о добровољности као субјективној суштини стварног кајања,²⁵ тако да нема овог услова ако последице отклони неко треће лице, независно или супротно вољи учиниоца, или ако сам учинилац отклони последицу, али је на то био принуђен. Суштина је у томе да криминалнополитичко оправдање за ослобођење од казне учиниоца /довршеног/ кривичног дела постоји само ако у таквим случајевима у предузетим радњама постоји фактор добровољности. И у том институту се питање добровољности не своди на питање да ли су мотиви морално прихватљиви, него је суштина у личној, слободно донетој одлуци, а не о искључивом упливу спољашњих фактора. Спољашњи фактори могу покренути личне, унутрашње мотиве за добровољно отклањање последице или накнаду штете, али нема добровољности, па самим тим ни стварног кајања, ако је учинилац деловао искључиво под пресијом објективних фактора. Одлука учиниоца да се „...врати на терен права“ може бити у извесној мери диктирана и спољашњим, објективним утицајима.²⁶

Исти значај као отклањање последице има и надокнада штете од учиниоца. У одређеним ситуацијама штетне последице учињеног кривичног дела анулирају се надокнадом причињене штете. Поједини аутори накнаду штете сматрају посебним обликом стварног кајања, стварним кајањем у ширем смислу.²⁷

Трећи услов за примену института ослобођења од казне по овоме основу односи се на околност да је учинилац предузео наведене радње *пре него што је*

значаја и стварно кајање у Кривичном законик у, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2014, 33.

- 24 Ако последица није отклоњена, може се само сматрати да постоји „лично кајање“, као жаљење због учињеног дела, што се евентуално може процењивати у поступку одмеравања казне као олакшавајућа околност.
- 25 Такав став је заступљен у нашој старијој и новијој литератури. О том аспекту института стварног кајања нема већих недоумица ни у судској пракси. О ставовима појединих аутора видети Н. Делић, *Нова решења ојшћих инстћћућа у КЗС*, Едиција *Crimen*, Правни факултет, Београд 2009, 41–49.
- 26 О различитим ставовима о појму добровољности у науци кривичног права, видети И. Ђокић, „О добровољности одустања од извршења кривичног дела“, *Анали Правној факултету у Београду*, LXIII, 1/2015, 186–200.
- 27 М. Ђорђевић, „Стварно кајање“, *Јуџословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд 4/1990, 34.

сазнао да је *откривен*. Да би се могао ослободити од казне учинилац довршеног кривичног дела, потребно је да све радње управљене на отклањање последице или надокнаду штете буду предузете пре него што је сазнао да је откривен. Могуће је да радње предузме када још увек није откривен, као и када је откривен али још увек није за то сазнао. Из законског текста произилази да је релевантан моменат *пре него што је учинилац сазнао да је откривен, а не пре него што је откривено само кривично дело, односно пре него што је покренути кривични поступак*. Све што предузме са циљем умањења штетних последица свога дела после сазнања да је откривен не може се сматрати благовременим актом и има једно друго значење и евентуално дејство олакшавајуће околности у процесу одмеравања казне/санкције, али се не може сматрати да постоји добровољан одустанак у смислу основа за ослобођење од казне из става 3. члана 58. КЗ (судска *пракса бр. 3*).

У нашем законодавству, још од Казнителног законика за Књажевство Србију из 1860. године, постоји могућност ослобођења од казне у случајевима стварног кајања. У коментару овог законика, истакнути српски правник и политичар из друге половине 19. века Ђорђе Ценић тај институт објашњава на следећи начин: „...казна је поред осталог и зато да исправља кривца... ко год што погреша, па се одмах покаје што је учинио и гледа да погрешку заглади иако се још не зна да је он погрешао, довољно даје јемство да није рђав човек, и да је узалудно казн одређивати, па закон зато казн и искључива, премда у овом случају излази законодавац и стог гледишта да је боље за овакве случајеве казн искључивати, како би се погрешивши што пре склонити могли да оно што су учинили загладе, па се тако штета другоме не догађа које би напротив било ада би им се свака могућност одузела да погрешку своју загладити могу.“²⁸

Може се закључити да је законодавац тога доба разумео да је претежнији интерес да пасивни субјект не трпи штетне последице него да се по сваку цену учинилац казни и тиме што је њему одузета могућност да „...оно што је учинио заглади“, истовремено се одузме шанса да се „...штета другоме не догађа“.

VI

Трећи посебан основ за ослобођење од казне, поравнање учиниоца и оштећеног, из члана 59. КЗ, даје могућност суду да ослободи од казне учиниоца кривичног дела за које је прописана казна затвора до три године или новчана казна ако је на основу постигнутог споразума са оштећеним испунио све обавезе из тог споразума.²⁹ Поравнање учиниоца и оштећеног представља институт од кога се очекују позитивни резултати на криминалнополитичком плану, као и на плану заштите интереса жртве на директнији начин, али и

28 Т. Васиљевић, Ђорђе Д. Ценић-развој кривичноправне мисли у Србији XIX века, Београд 1987, 138.

29 О врстама поравнања, форми закључења споразума и односу процесноправних и материјалноправних аспеката овога института, опширније Ђ. Ђорђевић, „Накнада штете проузрокована кривичним делом и одмеравање казне“, *Силање криминалистичка у Србији и њена средства решавања*, Едиција *Crimen*, Правни факултет у Београду 2009, 191–203.

поспешивање процеса јачања личне одговорности учиниоца, што је значајан индивидуалнопревентивни циљ.³⁰

Поравнање је постигнуто и може представљати основ за ослобођење од казне када учинилац испуни у *целини све обавезе* дефинисане постигнутим споразумом са оштећеним. Обавезе могу бити толико садржински разноврсне, да их законодавац ни примера ради не наводи. Имају се у виду надокнада материјалне и нематеријалне штете, различити облици компензације и др. У пракси се постављају разноврсна питања која су значајна за примену ослобођења од казне по овом основу. Тако, на пример, да ли је довољно пружање чврстих гаранција да ће се поравнање извршити на рате, сукцесивним испуњењем преузетих обавеза, па оштећени то и прихвати, или је услов испуњен само ако се у целини обавеза испуни пре доношења судске одлуке о ослобођењу од казне. Тумачење иде у прилог ставу да се у целини морају испунити обавезе, а логика тога основа да би могло, под условом да је дефинисано споразумом, и флексибилније решење.

По том основу може се ослободити од казне учинилац кривичног дела за које је прописана казна затвора до три године или новчана казна. У случају тежих кривичних дела понашање учиниоца после довршења дела којим настоји или успева да надокнади штету или изврши компензацију на неки начин представља околност релевантну у поступку одмеравања санкција. Када је реч о запрећеној казни, наш законодавац даје шире могућности за ослобођење од казне по овом основу у односу на нека друга законодавства која ограничавају могућност на дела до, на пример, једне године (КЗ Немачке, пар. 46а). Одредбе истог или сличног карактера налазе се у бројним законодавствима (чл. 64. ст. 4. КЗ Швајцарске, чл. 76. КЗ Руске Федерације и др.).

VII

Ослобођење од казне је кривичноправна мера која има континуитет постојања у нашем кривичном законодавству, прихваћена је од судске праксе и има релативно широко и самостално подручје примене. То је важно с обзиром на карактер појединих санкција и неких других института у вези са којима се може поставити питање оправданости егзистирања ослобођења од казне у КЗ Србије. Анализа међусобног односа, сличности и разлика најчешће се у литератури поставља између ослобођења од казне и условне осуде, судске опомене, личних основа искључења кажњивости и дела малог значаја. Данас

30 Поједини аутори указују на то да се тим институтом у први план ставља однос жртве и учиниоца, а улога и одговорност државе као заштитника јавних интереса нарушених извршењем кривичног дела, донекле је „преформулисана и супсидијарна“. М. Cavadino, J. Digan, *Penal Systems A Comparative Approach*, Sage Publ., London 2006, 208. Такође, тај институт је у складу са савременим криминалнополитичким тенденцијама о судском поступку и кажњавању као крајњим решењима, нарочито за одређене деликте и делинквенте. М. Write, „The Court as Last Resort“, *British Journal of Criminology* (2002) 42, 654–667. В. Бајовић, „Restorative Justice and mediation in Criminal Procedure“, *Силање криминалијиста у Србији и њихова средства решавања*, Едиција *Crimen*, Правни факултет у Београду, 2008, 241–253.

би се тешко могло бранити становиште о сувишности постојања било ког од поменутих института у закону, као што је то било у периоду увођења појединих, на пример оправданост даљег егзистирања ослобођења од казне после прописивања судске опомене. Савремена политика сузбијања криминалитета максимално је усмерена на широку примену алтернатива казни и мера институционалног карактера, затим на пружање судовима довољно законских могућности за индивидуализацију санкција, за афирмисање принципа легитимности, хуманости, специјалне превенције. Поједине законске институте треба анализирати и оцењивати имајући у виду у којој мери су диференцирани законски услови за њихову примену, правна дејства која повлаче, сврха њихове примене и криминалополитички ефекти који се очекују и постижу.³¹ Таква анализа може указати на потребу егзистирања појединих мера може указивати правосудним органима на предности њихове примене, или да законодавац треба да изврши извесне измене како би постојећи систем санкција и мера усагласио са потребама датог времена и друштвених околности. Промене које је законодавац вршио у конципирању института ослобођења од казне управо указују на креативан и криминалополитички оправдан приступ у процесу реформи КЗ.

VIII

У КЗ Србије прописани су бројни основи за ослобођење од казне и дати конкретни услови који су претпоставка да суд примени ту меру. У Општем делу КЗ прописани су следећи основи за ослобођење од казне: *1. прекорачење граница нужне одбране услед јаке раздражености или прејасности изазване најодом; 2. прекорачење граница крајње нужде под нарочитио олакшавајућим околностима; 3. нејодобан јокушај; 4. добровољни одустанац; 5. добровољно сиречавање извршења кривичној дела.*

У Посебном делу КЗ прописани су основи за ослобођење од казне код следећих кривичних дела: *1. увреда чл. 170. стп. 3. (Ако је увређени увреду узвратио, суд може обе или једну страну казнији или ослободити од казне.); 2. одузимање малолетној лица чл. 191. стп. 4. (Учиниолац који добровољно преда малолетно лице лицу или усџанови којој је оно јоверено или омојући извршење одлуке о јоверавању малолетној лица, суд може ослободити од казне.); 3. злоујојреба у вези са јавном набавком чл. 234а стп. 4. (Учиниолац из стп. 1. овоја члана који добровољно ојкрије да се јонуда заснива на лажним јодацима или на недозвољеном дојовору са ојјалим јонуђачима, или да је јредузео грује јројивјравне радње у намери да ујиче на доношење одлука наручиоца јре нејо шјо он донесе одлуку о избору јонуде, може се ослободити од казне.); 4. неовлашћена јроизводња и сјављање у јромеј ојојних гроја чл. 246. стп. 5. (Учиниолац из стп. 1. до 4. овоја члана који ојкрије од која набавља ојојну гроју*

31 Опширније: Љ. Радуловић, „Нека питања међусобног односа и законског разграничења института ослобођења од казне са условном осудом, судском опоменом и незнатном друштвеном опасношћу“, *Анали Правној факултету у Београду*, 5/1988, 542–554.

може се ослободити од казне.); 5. неовлашћено држање ојојних дроја чл. 246а сш. 2. (Учиниолац дела из сш. 1. овоја члана који ошкрије од која набавља ојојну дроју може се ослободити до лазне.); 6. удруживање ради йроштивустйавне делайностйи чл. 219. сш. 3. (Учиниолац дела из сш. 1. овоја члана који ошкривањем йрује или орјанизиване криминалне йрује или на друји начин сйречи извршење кривичних дела йредвођених у сйаву 1. овоја члана, казниће се зайвором до 3 йодине, а може се и ослободити од казне.) и сш. 4. (Приядник йрује или орјанизоване криминалне йрује из сйава 1. овоја члана који је ошкрије йре нейо шйо је у њеном сасйаву или за њу извршио неко кривично дело йредвиђено у сйаву 1. овоја члана, казниће се зайвором до једне йодине, а може се и ослободити од казне.); 7. сйречавање службеной лица у вршењу службене радње чл. 322. сш. 6. (Ако је учиниолац из сйава 1. до 3. овоја члана био изазван незаконийим или йрубим йосйуйањем службеной лица може се ослободити од казне.); 8. найад на службено лице у вршењу службене дужностйи чл. 323. сш. 6. (Учиниолац дела из сш. 1. до 3. овоја члана који је био изазван незаконийим или йрубим йосйуйањем службеной лица може се ослободити од казне.); 9. давање лажной исказа чл. 335. сш. 5. (Учиниолац који добровољно ойозове лажни исказ йре нейо шйо се донесе коначна одлука, може се ослободити од казне.); 10. неизвршење судске одлуке чл. 340. сш. 2. (Ако лице из сйава 1. овоја члана изврши йравоснажну судску одлуку, може се ослободити од казне.); 11. удруживање ради вршења кривичних дела чл. 346. сш. 6. и 7. (Орјанизайори или йриядници йрује или орјанизоване криминалне йрује моју се ослободити од казне йод условима йройисаним у наведеним сйавовима чл. 346.); 12. давање мишја чл. 368. сш. 4. (Учиниолац дела из сш. 1. до 3. овоја члана који је йријавио дело йре нейо шйо је сазнао да је оно ошкривено може се ослободити од казне.); 13. избејавање војне обавезе чл. 394. сш. 5. (Учиниолац дела из сйава 1. до 3. овоја члана који се добровољно йријави надлежном државном орјану може се ослободити од казне.); 14. самовољно одсуствовање и бексйиво из Војске Србије чл. 399. сш. 7. (Учиниолац дела из сйава 2. и 3. овоја члана који се добровољно јави надлежном државном орјану ради вршења војне службе може се ослободити од казне.); 15. члан 405. ослобођење од казне за дела из чл. 400. до 404. (Ако је учиниолац био изазван незаконийим и йрубим йосйуйањем војной лица може се ослободити од казне.).

IX

СУДСКА ПРАКСА:

БР. 1. „Испитујући првостепену пресуду због одлуке о кривичной санкцији, Апелациони суд налази да је неоснован жалбени предлог да се пресуда у овом делу преиначи и да се, у смислу члана 58. став 2. КЗ, оптужени ослободи од казне.

У конкретном случају, из правилно утврђеног чињеничног стања, које се жалбом не оспорава, произилази да је у предметной саобраћајной незгоди смртно страдала супруга оптуженог, са којом је исти био у браку 32 године, а из побијане пресуде произилази и изјашњење оптуженог да је било боље да је поги-

нуо он него његова супруга и изјашњење оштећеног да је изгубио мајку и не би желео да изгуби и оца, док се жалбом истиче и то да је оптужени размишљао о суициду, јер га је тешко погодила смрт његове супруге. Из правилне оцене свих ових околности произилази да је услов субјективне природе за ослобођење од казне испуњен, те да су оптуженог последице дела тешко погодиле.

Међутим, овај суд налази да за ослобођење од казне није испуњен објективни услов који се тиче извршења кривичног дела из нехата, јер је доказима изведеним током поступка несумњиво утврђено да је оптужени био свестан да управљањем под дејством алкохола и неприлагођеном брзином кретања може угрозити јавни саобраћај и довести у опасност живот и тело људи, па је на то пристао, из чега произилази да је у односу на основни облик кривичног дела поступао са евентуалним умишљајем. Како у конкретном случају умишљајно поступање искључује могућност примене института ослобођења од казне, то овај суд налази да се правилност закључивања првостепеног суда у овом делу неосновано побија изјављеном жалбом.“ Пресуда Апелационог суда у Нишу, КЖ1. 2506/2010 од 5. априла 2011. године.

БР. 2. „Правилно је првостепени суд ценио све околности из члана 58. став 2. КЗ и то да се ради о кривичном делу тешко дело против безбедности јавног саобраћаја из члана 297. став 3. у вези члана 289. став 3. у вези става 1. истог закона које је учињено из *нехаја*, да су оштећени супруга окривљеног С. М. која је задобила тешку телесну повреду у виду прелома леве подколенице и ћерка окривљеног Д. М. која је задобила лаку телесну повреду у виду нагњечења меких ткива лица и на основу ових околности правилном применом наведених прописа ослободио окривљеног од казне.

Неосновани су наводи жалбе да првостепени суд није утврдио чињенице на основу којих је донео закључак да последице дела тешко погађају окривљеног и да је било потребно да преко вештака неуропсихијатра утврди патње или евентуалне промене у психичком стању настале код окривљеног услед телесних повреда које су задобиле његова супруга и ћерка.

Како се у овом случају ради о телесним повредама које су задобили најближи сродници окривљеног са којима је у блиском емотивном односу, то је очигледно да се ради о *последицама које у психичком смислу тешко погађају учиниоца*.“ Пресуда Окружног суда у Нишу, Кж. 90/2007. године.

БР. 3. „...Правилна је одлука првостепеног суда у погледу примене закона тако да је окривљени оглашен кривим за извршење кривичног дела крађе из члана 165 став 1 КЗС. Није правилно суд применио одредбу члана 44 ОКЗ када је окривљеног ослободио од казне. Наиме, није имао услова за примену тог института. Окривљени пре покретања кривичног поступка није одузету ствар вратио односно није уплатио утврђену висину штете, а што јасно предвиђа члан 165. став 2. КЗС. То значи да није имало места примени члана 44 ОКЗ, па је Окружни суд одлучујући о жалби окривљеног осудио на условну осуду како је наведено у изреци.“ Пресуда Окружног суда у Чачку, Кж. 171/2003 од 28. маја 2003. године.

Dr. Ljiljana Radulović
Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

REMISSION OF PUNISHMENT

Summary

Through the institution of remission of punishment, our Criminal Code affirms the principle „criminal law as ultima ratio“ and confirms ius puniendi as limited law. During the determination of the sentence, the court could be faced with cases where certain circumstances indicate that strict observance of specific sentencing provisions would be inappropriate and unfair, or that the punishment in general is not an appropriate and suitable option for the specific case. In this sense, the remission of punishment is one of the legally prescribed correctives, necessary to avoid excessive and/or unjustified repressive action in certain cases.

Key words: *Remission of Punishment. – Remorse. – Victim. – Offender settlement.*

Др Оливера Вучић*

ЈАВНОСТ РАДА УСТАВНИХ СУДОВА КАО ПОСЛЕДИЦА ПРИРОДЕ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ ИЛИ ПОКУШАЈ ДОПРИНОСА ВАЉАНОМ РАЗУМЕВАЊУ ПРИРОДЕ УСТАВНОГ ПРАВОСУЂА

Јавност рада уставној судској никако не може бити сврстана у ред једнозначних питања искључиво процедуралне природе, још мање у питања која се на једносаван начин уређују пословником о раду суда, као договорени начин рада тих органа који не намеће прејходно темељно разумевање и уважавање онога што представља систем уставној правосудја. Управо сујорно, ауторка у раду доказује да је јавност рада уставних судова изузетно сложено питање јер представља рефлекс и последицу особене природе уставној судске функције. Уставно правосудје може се разумети на јави и целовити начин само уколико се та, по ауторки, уз законодавну, извршну и судску, несумњиво „чејврша власт“, размајра проучавањем начина одређења уставној положеја органа који је врше, надлежност и усављене важећим уставом која јој се поверава, савља уставној судских органа и начина избора судија који тај сављавине, вршења процеса уставној судској пресуђења и дејства одлука које ти органи доносе. „Судити“ у уставној судском сјору сјоја директно зависи од свих поменутих чинилаца, као и од природе самој уставној судској сјора – предмет одлучивања, затим особене природе мерила (устава) које се приликом пресуђења користи, уз јавно разумевање интереса јавности који прати свако уставној судско деловање. Уз све то, бројне и давно прејознаје моућности различитих (не само политичких) ушњаја на рад уставној судских органа представљају сјално прашећу ојасност по независно појување и садржину одлука које ти органи доносе, тако да јавност њиховој рада треба сагледа-

* Аутор је редовни професор уставног права на Правном факултету Универзитета у Београду и судија Уставног суда Републике Србије, olivera.vucic.pfb@gmail.com.

вајни као вид ефикасне одбране од моћних ајџака на независно постојање и позицију уставној судства.

Кључне речи: Уставно судство. – Јавност рада. – Јавна расправа. – Ушлицај стичне и ојшће јавности. – Независност.

О ПРИРОДИ УСТАВНОСУДСКЕ ФУНКЦИЈЕ КАО ОДЛУЧНОМ РАЗЛОГУ У ПРИЛОГ ЈАВНОСТИ ЊЕНОГ ВРШЕЊА

Чини се да је недоумица о томе шта је по својој природи уставно судство и уставносудска делатност у времену свеопште примене уставносудских органа разрешена. На познато питање да ли је уставно судство чињење које у суштини не представља друго до вид особеног и посредног законодавног деловања, или је, на шта упућује и сам његов назив, у питању судска делатност – судска функција примењена у особеној врсти спорова, или је (управо због две претходне могућности и дилеме која се поставља) у питању посебна делатност државних органа која измиче традиционалним класификацијама и заслужује статус посебне, четврте гране власти, као делатност *sui generis*,¹ данас је одговор дат масовним опредељивањем за успостављање уставног судства које се у модерним државама позиционира као самостална, четврта грана власти.² И даље остаје, као несумњиво тачна, оцена да делом своје надлежности уставно правосудје учествује у законодавној надлежности. Иако позитивно законодавство не представља резултат стваралаштва уставносудских органа, ови утичу на систем позитивноправних прописа укидањем, елиминацијом, онемогућавањем даље важности појединих закона, услед оцене о њиховој неуставности.³ Као потврда те особене улоге уставног судства може се навести деловање његових одлука (*erga omnes*), различито од деловања од-

1 В. више, R. Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien 1963, 206.

2 Пошто уставни суд није доносилац закона и стваралац важећег законодавства, попут „правог“ законодавца – парламента, из разлога што не одлучује о томе шта ће бити нови закон, већ се његова улога исцрпљује у доношењу одлуке којом ће закон који уставни суд оцени неуставним бити укинут и престати да важи, нужно је подсетити на став Келзена о уставном суду као „негативном законодавцу“. Н. Kelsen, „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“, Veröffentlichungen der Vereinigen der Deutschen Staatsrechtslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928, Berlin und Leipzig 1929, 56.

3 Посебно питање је колико таквим поступањем уставно судство задире у надлежност законодавца, да ли и колико тим поступањем угрожава његову уставну позицију и какве су и коликих размера правне, још више политичке последице таквог деловања. За ову прилику и потребе теме којом се бавимо треба напоменути да Келзен у том суду није био усамљен и да уставне судове као учеснике у законодавној власти виде и други, као Капелети, на пример, који истиче да „вршећи контролу уставности закона уставни судија неизбежно учествује у самом стварању права“, што, притом, сматра потпуно легитимним. М. Cappelletti, „Necessite et legitimité de la justice constitutionnelle“, La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe, *Revue internationale de droit compare*, 2, april-juni 1981, 639.

лука редовног судства и допуштена мера слободе дејствовања у процесу пресуђивања. Класичан, редовни суд суди на основу закона, „служи“ закону, како каже Фаворе (Favoreu),⁴ строго је омеђен законом и ван њега кретање му није допуштено. Уставни суд је упућен на устав, на правни акт писан уопштеним нормама, сачињен од принципа, начелних одредаба које се могу широко тумачити, остављајући ономе ко је за то овлашћен велику слободу, самосталност, креативност. Разумљиво, и велику моћ. Уставном суду су, такође, постављени правни оквири његовог деловања, али је разлика у односу на редовни суд у ширини тих оквира, што ствара већу меру слободе, самосталности и креативности. То су својства која красе пре законодавца но судске органе и стога јесу, можда по снази не пресудан, али важан аргумент у прилог посебне природе и улоге уставног судства. Такође, и поред свега што је речено, остаје неспорно да, како пише Коринек (Korinek), „уставно судство јесте судство“ („Verfassungsgerichtsbarkeit Gerichtsbarkeit ist“),⁵ или да је уставни суд „у првој линији и у основном смислу суд“, како своје излагање о природи тога органа започиње Марчич (Marcic).⁶ Уставно судство је такво с обзиром на мерило којим се при пресуђивању служи, на метод којим своје одлуке доноси и строго прописани поступак којим се при томе креће.⁷ Мерило је чисто правно – доноси се оцена о уставности закона, о његовој сагласности с уставом, начин доношења одлуке такође, сам поступак је по својим одликама судски. Ангажовање уставног суда иницирано је постојањем спора, суд се управо и активира не би ли настали спор разрешио. Стране у спору су уставотворац и законодавац, а на суду је да одлучи која од њих је у датом случају у праву. Одлука уставног суда о томе јесте његова пресуда и странке је се морају придржавати. На другој страни, сасвим је извесно да постоје разлике у природи странака које се пред уставним судом јављају, поступку којим се суд служи и одлукама које доноси. Заговорници тог гледишта сматрају их последицом особене природе спорова који су уставном правосуђу поверени, о којима уставни суд пресуђује. Ово из разлога што уставно судство представља сваки судски поступак који непосредно треба да зајемчи садржину устава. Или, још потпуније, служећи се Трипеловим (Triepel) изразом, „уставно судство је судство у питањима устава а ради заштите устава“.⁸ Дакле, оно јесте судство, само судство чија је надлежност особена, другачије садржине од оне која се поверава редовном, класичном судству и због које је уставни суд, како то истичу бројни аутори, уставни орган обдарен највишим ауторитетом.

Ако би се из свега реченог изводио закључак, тежиште доказивања исправности става за који се залажу поборници и једног и другог гледишта

4 L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Paris 1986, 8.

5 K. Korinek, „Das Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen“, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, Heft 39, 1981, 15.

6 R. Marcic, 202.

7 K. Korinek, 15–16.

8 H. Triepel, „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928*, Heft 5, Berlin und Leipzig 1929, 5.

налази се у истицању онога што се може оценити као особеност уставног судства, те се оно не може сматрати ни органом који би се у великој мери могао сматрати врстом законодавног органа нити би се могао поистоветити са класичним судством. Уставни суд јесте судски орган, он јесте суд, али су странке о чијим правима он одлучује особене, мерило којим се служи није закон него устав, поступак кога се придржава је судски али нужно уподобљен свим наведеним својствима, особена је и пресуда, таква је и у њој садржана санкција.⁹ Сасвим особени су и спорови о којима се пресуђује. Зато је најприхватљивије, што пракса постојања и деловања уставносудских органа и показује, уставносудску власт сматрати посебном граном власти а органе који је врше – уставне судове, посебним органима који се својим својствима издвајају и од законодавних и од органа којима је поверена редовна судска власт, „класичних“ судова. Односно, чини се да је временом постало неупитно да је толико особеност везано за уставносудску власт и органе којима је њено вршење поверено само по себи показало да је у питању једна посебна делатност државних органа, различита од законодавства, од судства и извршења.¹⁰ Количина „особеног“ и тиме убедљивост присталица тога става расте када се свему реченом дода и посебан начин избора судија уставних судова, као и тежи и захтевнији услови у погледу њихове стручне, али и не само такве, легитимације за вршење тога посла. Круну посебности уставних судова засигурно представља и веома велики значај делатности која им је поверена и изузетна деликатност која се у њеноме вршењу очекује, а коју ће омогућити истанчани осећај за право, стицањем дугогодишњим стручним усавршавањем, уз то оплемењен доказано квалитетним искуством које одликују друштвено препознатљиви резултати. Али врхунац у том смислу чини *йолийичка димензија* како уставних судова као органа, тако и делатности коју врше. Она је, како је писао Трипел (Triepel), кључ свих особености.¹¹ У том смислу изјашњава се и Лицман (Lietzmann) јер каже да „уставни судови делују као политички учесници, који учествују у политичком процесу свога друштва“,¹² те представљају „политичке актере... који делују на пресеку краткорочне политичке праксе с дугорочним политичким

9 Н. Ј. Рариг сматра да „уставно судство унутар државности са поделом власти може да се опише као ‘права’ судска делатност, уколико су у њој предвиђене судска независност, регулисање законских надлежности и поступака као и мерило доношења одлука које је ограничено уставом“, али напомиње да „постоје специфичности у односу на остало судство: тако је типично за уставно судство да оно одлучује о правним оквирним условима под којима политика – дакле законодавна власт и челни људи извршне власти – могу да поступају и уређују односе. Такође је могуће, посебно када се има у виду уставносудска потврда или пре свега одбацување неког закона парламента, да укупан преглед свих надлежности уставног суда укаже на то да он има ‘удео и у политичком управљању земљом’“. Н. Ј. Рариг, „*Pravna država i ustavno sudstvo*“, *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, Београд 2010, 6.

10 Тврдња да се сваки покушај дефинисања уставносудске функције који је полазио од разликовања у односу на традиционалне државне функције показао неуспешним постала је скоро „опште место“ у разматрањима одређења природе те функције. Вид. више код М. Стојановић, *Судска контрола уставности*, Београд 1960, 29. и даље.

11 Н. Triepel, 8. и даље.

12 Н. Ј. Lietzmann, „Uloga ustavnog sudstva u političko-demokratskome procesu“, *Politička misao*, Vol XXXVIII, (2001), 4, 121.

пројектима у главама и имагинацијама грађана¹³. Уставни судови су, према мишљењу тог аутора, органи који доносе обавезне одлуке и који поступају као арбитри, при чему у оквиру те политичке функције одлучују према „јавним уставноправним критеријумима, често, на пр. у случају спора о компетенцијама, између два политичка тела“¹⁴.

Приказана разматрања одређења природе уставносудске функције и уставносудских органа који је врше упућују на закључак да утврђена мера различитости између органа са којима су уставносудски органи пореде непобитно доказује различитост која се мора уважити и од које се мора поћи у проучавањима било ког питања у вези са уставним правосуђем и уставносудском функцијом. На тај начин морају се посматрати како питања садржинске природе у смислу уставносудских резултата – донетих одлука, тако и питања уставносудских процедура. Једнако тако мора се разматрати и питање јавности рада уставних судова. То је сложено питање јер, сасвим неспорно, представља последицу и рефлекс природе уставносудске функције. Све што се подразумева под уставним правосуђем нужно се одражава на начин уставног одређења положаја уставносудских органа, њиховог односа према законодавној, извршној и власти редовног судства, односно органима којима је поверено вршење тих власти и актима које доносе, као и радњама које предузимају. Уставно судство има уставом успостављену надлежност која подразумева одређену ширину предвиђених захвата у односу на доносиоце аката или учиниоце радњи којима се вређа важећи устав и крши начело уставности и законитости и уставом ујемчена људска права. Уставносудска власт се поверава судијама које се бирају по уставом строго утврђеном поступку, различитом од поступка избора судија редовних судова. Судије уставног суда мора одликовати посебан професионални профил и висока стручност, праћена сразмерним угледом у стручној и општој јавности, као и друштвена препознатљивост и способност за јавно исказивање односа према појавама које су везане за претпостављену стручност. Циљ спора чијим се решавањем бави уставно судство, дакле уставног спора, јесте заштита начела уставности или законитости, при чему заштиту том начелу пружају и редовни судови, али тек посредно, решавањем конкретних спорова између странака, док уставни суд то чини непосредно. Уставни спор је спор између норми. Једна од тих норми је, по правилу, уставна норма, а друга је норма неког другог општег акта, која је у супротности с уставном нормом. Тако је уставни спор у суштини сукоб двеју правних норми, односно њихових доносилаца. Странке пред уставним судовима су у суштини доносиоци аката чија се ваљаност пред уставним судом оспорава и оних са којима се, као вишим, оспорени акти самеравају. То су акти „општег значења“ којима се регулишу поједини друштвени односи и чији се начин уређења

13 *Ibid.*

14 *Ibid.* И Крбек је сматрао да „предмети уставног судовања увек садрже политичке елементе, али да је сврха тога судовања управо деполитизирање“, односно да се, „обрнуто изражено уставном суцу не даје у надлежност неко питање због његовог политичког садржаја, већ да га реши првенствено правним, а не политичким резонавањем“. I. Krbek, *Ustavno sudovanje*, Zagreb 1960, 7.

оспорава од предлагача који је покренуо уставни спор. Оспорава се њихов однос према важећем уставу и уставни суд је дужан да својом одлуком настали уставноправни спор разреши. Како су доносиоци аката који се оспоравају као и оних у односу на које се цени уставност или законитост оспорених аката јавни делатници, који своје акте и радње доносе, и предузимају јавно, дужни су да их објављују у службеним гласилима, судбина тих акта решава се у уставносудској процедури на начин различит од начина на коју редовни судови разрешавају настале спорове за које су надлежни и где те „претходне“ јавности нема. Уосталом правила садржана у оспореним актима, као и у оним која уставном суду служе као мерило приликом оцене коју доносе односе се на грађане који представљају најширу јавност. Ако се свему решеном дода да се уставносудски органи сматрају „угледним градитељима правног поретка“, онда се јавност њиховог деловања мора подразумевати јер се и доношење правних аката, закона на пример, доноси уз знање и учешће јавности. Сагледано на овај начин, једино смислено чини се поступање уставних судова које је доступно јавности, јер суд говори да би се чуо како би се аргументи изнети у одбрани одређених правних решења разоткрили пред јавношћу на коју се, делујући *erga omnes*, и односе. Све казано иде у прилог разумевању потребе вишег степена јавности рада уставносудских органа у односу на органе редовног судства и разумевање питања јавности рада уставног правосуђа не као питања пуке процедуре, у смислу одабране и прописане „технолозије рада“ коју уставни судови примењују доносећи одлуке. То поготово није тема која се разрешава на пословничком нивоу и као таква сматра једноставно решивом.

УСТАВНО ПРАВОСУЂЕ У СРБИЈИ И НАЧЕЛО ЈАВНОСТИ – ОД УСПОСТАВЉАЊА ДО ДАНАС

Успостављање уставног судства у једној социјалистичкој земљи, Уставом Социјалистичке Федеративне Републике Југославије од 1963. године, поставило је пред творце нормативног оквира ове до тада, за социјалистички свет, непознате институције низ важних задатака. Један од кључних била је изградња односа новоуведеног уставног суда са неприкосновено позиционираним органом законодавне власти – скупштином, јер је цео систем власти, називан „системом скупштинске власти“ или, једноставније, „скупштинским системом“, претпостављао неприхватање било каквог нарушавања уставног положаја и уставом утврђене улоге народног представничког тела. Дакле, први задатак, од кога је зависило решавање свих осталих, било је обезбеђење скупштине, као централне институције устава и најважније институције целокупног уставног система, од могућег угрожавања угледа који је том органу био намењен и осигуран важећим Уставом. Уставно судство, као орган контроле уставности и законитости, неумитно обухвата контролу аката чији је творац и сама скупштина, пре свих закона, чиме се однос између тих органа нужно компликује јер се деловање уставног судства јавља као коректив рада непосредно изабраног органа – народног представништва. Питање судбине закона које је донела скупштина, а које је, ценећи њихову сагласност са Уставом, устав-

ни суд оценио неуставним, представљало је прави изазов начелу скупштинске владавине које је таквим поступањем уставног судства ако не негирано, оно бар озбиљно доведено у питање. Ово из разлога што уставни судови ни у својим првим данима у социјалистичкој земљи каква је била тадашња Југославија и њене републике, нису били, по речима академика Ђорђевића написаним у време успостављања уставног судства, „ни саветодавни органи ни органи који констатују повреде и предлажу доношење одговарајућих мера“,¹⁵ већ „органи који одлучују и њихови акти имају исту вредност као и они које оцене као противуставне и незаконите“.¹⁶ У светлости чињеница које су биле важне за особеност првог уставносудског органа у оквирима социјалистичке уставности треба посматрати и све друге елементе постојања и деловања тог органа, везане за вршење надлежности која је била уставом опредељена, дејство одлука које је доносио, па и процедуре по којима је поступао.¹⁷ Бавећи се начином рада (поступком) уставног судства, Ђорђевић је истицао да „особеност уставног судства и његове функције захтевају и својеврсност његовог начина рада (поступка) ... и да тај поступак мора бити истовремено судски, чврст и прецизан, али и ослобођен формалних и крутих процедура које употребљавају још увек редовни судови“.¹⁸ У том смислу наводио је да је основни принцип судског поступка „да о свим питањима оцене уставности и законитости одлучује сам Суд на седници“,¹⁹ да „по правилу, Суд одлучује на основу расправе и само кад је очигледно да изнети предмет није ‘уставни спор’ може решавати на седници без расправе“,²⁰ а да је „расправа (је) јавна (осим кад

15 Ј. Ђорђевић, *Нови уставни систем*, Београд 1964, 851.

16 *Ibid.*

17 Први Закон о Уставном суду, донет 1963. године, уредио је поступак пред Уставним судом Србије. Чланом 3. овога Закона било је утврђено: „Рад Уставног суда је јаван. Јавност се обезбеђује јавним расправљањем у поступку пред Уставним судом, објављивањем одлука, давањем саопштења средствима јавног информисања и на други начин. Уставни суд може искључити јавност само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку. Искључење јавности не односи се на учеснике у поступку, њихове пуномоћнике и представнике стручне јавности. Судија не може јавно износити своје мишљење о питању које је предмет спора пред Уставним судом“ (члан 3. Закона о Уставном суду, *Службени гласник СРС*, бр. 54/63). Следећи Закон којим је уређен поступак пред Уставним судом Србије, донет 1975. године, у члану 4. на сличан начин је уредио питање јавности рада Уставног суда: „Рад Уставног суда је јаван. Јавност рада Уставног суда обезбеђује се јавним расправљањем, објављивањем његових одлука, обавештавањем јавности о његовом раду и на други начин, сагласно актима Уставног суда донетим на основу закона“ (члан 4. Закона о поступку пред Уставним судом Србије, *Службени гласник СРС*, бр. 51/75).

18 Ј. Ђорђевић, 854.

19 Према Ђорђевићевом мишљењу: „...Други принцип јесте да седница није само облик колективног одлучивања, већ *ширина за свестрано претресање оспореног акта* (нагласила О. В.). На седници Уставног суда треба да се омогући учесницима да усмено и непосредно излажу своје ставове и да се свестрано изводе докази и испитују аргументи“. На крају, Ђорђевић закључује да „*седнице Суда треба да буду јавне*“ (нагласила О. В.). *Ibid.*

20 Ђорђевић је овом констатацијом да Суд изнети предмет може решавати на седници без расправе, како каже, очигледно, једино у случају да предмет није „уставни спор“, а да је расправа јавна, осим њеног отклањања из оправданих разлога од самога Суда, у суштини закључио да *Суд ради на јавним седницама, зато што природа уставног спора то усло-*

из оправданих разлога Суд одлучи да се отклони јавност). Расправа почиње излагањем стања ствари од стране судије и после тога учесници у поступку износе и образлажу своје ставове и захтеве. Пред Судом могу се појавити адвокати и други правни заступници учесника. Кад је расправа завршена Суд се повлачи и одлучује, али тада без присуства јавности.²¹ Очигледно је да је уставно судство од свога успостављања сматрано посебном активношћу државних самосталних и независних органа, који су своју уставом утврђену надлежност вршили на начин особен у односу на пут редовног правосуђа, што је условљавало и већи степен транспарентности рада тих органа, виши облик јавног поступања, који је подразумевао присуство јавности током расправа које су сматране приликом за свестрано претресање спорног питања, сучељавање аргумената, што је све довело до коначног налаза академика Ђорђевића да „седнице Суда треба да буду јавне“.

Доношењем Устава 1990. године Србија је напустила образац социјалистичке уставности и вратила се тековинама сопствених уставних достигнућа из XIX столећа, с једне стране, и вредностима европске уставности, с друге. Извршене темељне промене захватиле су и уставно правосуђе, које је, заједно са другим уставним институцијама, прилагођено новом типу уставности. Уставом је, између осталих потеза предузетих са циљем демократизације друштва, утврђено начело јавности рада државних органа, што се, разумљиво, односило и на Уставни суд.²² Дакле, и у условима битно измењене, могло би се рећи у односу на дотадашњу социјалистичку, и сасвим нове уставности, коју успоставља Устав од 1990. степен јавног поступања Уставног суда остаје неизмењен, чак, посматрано у светлости члана 10. Устава, оснажен *уставном*

вљава и налаже (истакла О. В.). Односно, уколико је предмет о коме Уставни суд одлучује уставни спор, јавно расправљање је логичан, примерен и самим тим оправдан начин његовог решавања. *Ibid.*, 855.

21 *Ibid.*

22 Члан 10. ст. 1. Устава Републике Србије од 1990. гласио је: „Рад државних органа је доступан јавности.“ Другим ставом истог члана било је уређено да се „јавност у раду државних органа може (се) ограничити или искључити само у случајевима који се законом одређују“. Закон о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, донет 1991, дефинисао је, као и дотадашњи правни прописи којима је било уређено питање јавности рада Уставног суда, да је: „Рад Уставног суда доступан јавности. Јавност рада Уставног суда обезбеђује се јавним расправљањем у поступку пред Уставним судом, објављивањем одлука, обавештавањем јавности о раду и на други начин који одреди Уставни суд. Јавност у раду Уставног суда може се изузетно ограничити или искључити само у интересу безбедности или одбране земље, или када то захтева други друштвени интерес утврђен законом, о чему одлучује Уставни суд“ (члан 8. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, „Службеник гласник РС“, бр. 32/91). У погледу овог уставног решења судија Уставног суда Србије Љубомир Поповић правилно истиче да „јавност у раду Уставног суда не треба везивати за одредбу члана 97. Устава и не треба је мешати са јавношћу у судском поступку. Наиме, члан 97. налази се у поглављу Устава које се односи на судове и јавна тужилаштва, а не на Уставни суд. Та одредба није начелног карактера као одредба члана 10. Устава која важи за рад свих државних органа, па према томе и за Уставни суд, већ је у питању одредба која се односи на начин остваривања судске власти и јавно расправљање пред судом“. Љ. Поповић, „Јавност рада Уставног суда“, *Уставни суд Србије – у сусрет новом устави*, Београд 2004, 217.

гаранцијом о јавности рада свих државних органа. Та гаранција доступности јавности рада свих државних органа нужно је подразумевала и доступност јавности рада Уставног суда, те се целокупан нормативни оквир рада и поступања Уставног суда у годинама важења Устава од 1990. године може разумети једино као даље унапређење јавности рада Уставног суда у Србији.²³ Сматрајући да је природа уставносудског спора таква да условљава, па и налаже, особен однос са јавношћу, у Уставном суду Србије је широко тумачена уставна и законска могућност „чињења доступним“ средствима јавног информисања својег одлучивања о уставноправним питањима која су се нашла на дневном реду седница Суда. Увођењем законске одредбе по којој се „јавност рада Уставног суда обезбеђује јавним расправљањем у поступку пред Уставним судом“ (члан 8. Закона и члан 44 до 49. Пословника о раду Уставног суда Републике Србије), „неизбежно су се јавиле дилеме по питању шта се сматра ‘расправљање’, а затим, који услови треба да буду испуњени да би се ‘расправљање’ сматрало јавним“.²⁴ Иако законска одредба о „јавном расправљању пред Уставним судом“ као начину „на који се обезбеђује јавност рада Уставног суда“ није обавезивала Уставни суд да о свакој спорној ствари одлучује на „јавној“ седници, није било препрека, при таквом правном оквиру (уставном, законском, па и пословничком), да сам Уставни суд, како то наводи судија Поповић, „по сопственом нахођењу“, своје расправе на седницама учини доступним јавности, сматрајући да уставноправна питања о којима Суд расправља треба да буду изложена праћењу средстава јавног информисања.

Након доношења Устава од 2006. и Закона о Уставном суду од 2007. године,²⁵ чијим решењима није промењен начин уређења питања јавности рада Уставног суда, наредне, 2008. године донет је Пословник о раду Уставног суда, којим се, између осталих начина, „јавност рада Уставног суда остварује (се) нарочито: присуством представника штампе и других средстава јавног информисања расправама на редовној седници Суда, као и јавним расправама у Суду“.²⁶ Поступајући на тај начин, Уставни суд је и на јавним расправама и на редовним седницама расправљао о спорним уставноправним питањима која су чинила текући дневни ред „пред очима јавности“. Интерес јавности за рад Уставног суда, за аргументе који се износе у прилог одређеног начина

23 Тако Љ. Поповић сматра да је: „Начином регулативе из члана 8. уводећи институт ‘јавности рада’ Закон (мисли се на Закон о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, донет 1991. – примедба О. В.), већ знатно проширио уставни захтев да рад Уставног суда као државног органа само мора бити доступан јавности“. *Ibid.*, 218.

24 *Ibid.*

25 Члан 3. Закона о Уставном суду (*Службени гласник РС*, бр. 109/07).

26 Чланом 95. Пословника о раду Уставног суда „јавност рада Уставног суда остварује се, поред наведеног, и објављивањем одлука Суда у службеним гласилима; достављањем службених обавештења средствима јавног информисања; одржавањем конференција за штампу; објављивањем на интернет страници Суда дневног реда и времена одржавања редовне седнице Суда и јавне расправе, одлука и уставносудске праксе, као и важнијих података везаних за рад Суда; издавањем збирке одлука Суда“. Пословник о раду Уставног суда (*Службени гласник РС*, бр. 24/08).

поступања у конкретном предмету био је уважен у пуној мери и јавност је могла да прати рад уставног суда путем извештавања средстава јавног информисања. Припремљене за расправу, судије су имале прилику да образложе своја становишта, трудећи се да озбиљним аргументима науке и струке докажу исправност решења која предлажу и за која се својим знањем и судијским интегритетом залажу. Са своје стране, представници средстава јавног информисања били су у прилици да сагледају разноврсност аргумената, да у јавно саопштеним мишљењима судија стекну увид у постојеће разлике разумевања спорних уставноправних питања, да сазнају које се све опције решавања насталог спора могу поставити и за које се међу њима, на основу предочене аргументације, судије опредељују. Како се већина спорова које решава уставно правосуђе односи на потенцијална кршења важећег устава, или неког од важећих закона, аргументација која се износи увек је у функцији одбране тих правних аката или, супротно, одбране аката који су оспорени из разлога што Суд не налази да су њиховим доношењем наступиле поменуте повреде. Тако Суд расправља о правним решењима, о добрим и ваљаним правничким радovima или о правним мањкавостима и начињеним пропустима у писању правних аката. Суштина деловања судија Уставног суда током расправа које воде јесте разматрање квалитета правног решења које се оспорава у смислу његовог склада са вишим правним актом и, коначно, са самим уставом. Зато реч судија током тих расправа представља правну анализу оспорених правних аката и њиховог односа са актима који су по рангу виши од њих, а све са циљем одбране законитости и уставности, као кључних уставних начела и самог устава, као највише рангираног права. Фокус јавности никада није био на судији појединцу, персоналној вези става и судије који га заступа, већ на ставу, аргументацији и степену прихватљивости изреченог у односу на важећи закон или устав. Међутим, део судијског колегијума такав начин рада Уставног суда сматрао је погрешним и тежио његовој измени, и то брзо и неодложно, чак и по сваку цену, а судија овога Суда М. Драшкић оценила је ово стање и описани начин поступања Уставног суда „неодрживим“.²⁷ Не сме се занемарити чињеница да је Суд (све судије које га чине, дакле једногласно) подржао доношење овог Пословника у целини, па тако и решење о начину рада Суда и присуству јавности. И иако је у питању ни мање ни више него институција као што је Уставни суд, а дејствујући актери судије које га чине,

27 То становиште износи судија Уставног суда Србије Марија Драшкић сматрајући, по моме суду нетачно, да је „ноторно, да оно што важи за парнични поступак, вреди и у сваком другом случају, у коме сваки суд, па и Уставни суд, треба да донесе одлуку“. Ради потпоре својој тези изједначавања уставног са сваким другим судом, понајпре „редовним“, Драшкић наводи ставове познатих познавалаца грађанског процесног права, пре свих, Б. Познића (*Грађанско процесно право*, Београд 1978, 275), затим А. Јакшића (*Грађанско процесно право*, Београд 2012, 506), као и С. Триве (*Грађанско парнично процесно право*, Zagreb 1983), који се о тој ствари не изјашњава – што Драшкић сматра доказом у прилог изнете тврдње да је изјашњавање о „очигледном“ и „општепознатом“ сасвим излишно. Вид. више М. Драшкић, „Јавност седница Уставног суда Србије – како је било и како је сада?“, *Свеске за јавно право*, Сарајево 22/2015, 74.

приступило се измени таквог „неодрживог“ стања на, према моме суду, не-одржив начин. Наиме, приступило се измени поменутог решења садржаног у важећем Пословнику, донетом уз поштовање прописане процедуре једногласном одлуком свих судија Уставног суда, на начин који је, опет према моме суду, означио грубо кршење тог важећег Пословника о раду Уставног суда, али и Закона о Уставном суду, па, у крајњем резултату, и самог Устава Републике Србије, са којим сви акти и предузете радње морају бити усклађени. Разумљиво, и без изузетка, и сви акти и радње које предузима и сам Уставни суд. Зато су судије Уставног суда том својом одлуком и својим радњама предузетим на основу ње повредиле начело законитости, начело саправности, које су по слову Устава дужне да штите.²⁸ Већином гласова судија Уставног суда (међу којима није била судија – писац овога рада), Уставни суд је донео Закључак којим је, како судија Драшкић истиче, као „привременим и палијативним решењем“, које је, такође по исказу судије Драшкић, „требало да премости време до доношења Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду“ и да, „са друге стране, послужи и као компромисно решење крајње супротстављених ставова самих судија Уставног суда у овом питању“, измењен начин и мера доступности јавности рада Уставног суда Србије утврђена важећим Пословником о раду Уставног суда. Ниво достигнутог степена јавности рада Уставног суда битно је смањен доношењем тог „привременог и палијативног“ решења. Суштина донетог Закључка била је у *огдјтрањивању јавности са ре-*

28 Судија Драшкић ће, коментаришући такво поступање Уставног суда и из њега произишле последице, написати да је не само неоправдано постављање питања сагласности тог Закључка са Уставом и Законом о Уставном суду, „већ, потпуно обрнуто, овај Закључак представља бар делимично довођење Пословника о раду Уставног суда у склад са Законом о Уставном суду“ јер, „имајући у виду да је и Пословник и Закључак донео Уставни суд, могло би се рећи да је Закључак донекле исправио очигледно незакониту одредбу Пословника и присуство јавности у поступку већања свео само на оне редовне седнице Суда на којима се разматрају предмети од ширег друштвеног значаја“, да би, закључујући, констатовала – „ако би се тако могло рећи, и Закључак *јесте био незаконит, али је иа незаконитијом била 'знајно мања' нејо незаконитијом Пословника*“ (нагласила О. В.). *Ibid.* 75. Тако се један судија Уставног суда одлучио за поступање које „представља мање зло“, за незаконитост која јесте белодана јер је нижим актом измењена садржина вишег и прекршена процедура којом се успостављају правила рада и поступања уставног суда, уз образложење да постоје веће и мање незаконитости и да се мање могу толерисати јер нису довољно велике да се не би смеле чинити и, уз све, да то може чинити нико други до сам Уставни суд, орган заштитник уставности и законитости. Мишљења сам да је незаконито или неуставно такво поступање по својој бити и о разликама се може говорити само у погледу последица које из таквих незаконитости могу наступити, а праг толеранције уставног суда на мање незаконитости, зато што су „мале“ никако није допустив. Цео поступак треба сагледавати у светлости чињеница да правно недопустиво поступање предузима сам Уставни суд, доношењем сопствене одлуке, уз аргументовано противљење, доиста, судијске мањине, свестан да тим поступком крши постојећи Пословник чија се измена мора предузети у прописаној процедури. Ако се судије Уставног суда сагласе да се право и сме и може кршити јер за то постоји неки виши интерес који то кршење правда, онда више нема уставног правосуђа јер се од тога момента све може правдати, само треба да се постигне договор да за то постоји оправдање. А то шта је и зашто је нешто оправдано биће потребно осам судијских гласова.

довних седница Уставног суда и њен опстанак, у смислу присуства средстава јавног информисања, страна у спору и опште јавности, „дозвољен“ је само приликом одржавања јавних расправа. Излишно је овом приликом помињати да је актом какав је *закључак* измењен важећи Пословник о раду Уставног суда и да је дотадашња пракса рада Суда, која није била праћена ниједном неприкладном последицом која би нарушавала интегритет саме институције или пак судија појединаца, напуштена. Нико није одговорио на питање који су то разлози који налажу хитну, ургентну промену дотадашње праксе, шта је видљив рђави ефекат јавности на редовним седницама Суда и да ли се таквим изнуђеним поступањем суштински не угрожава интегритет Уставног суда и судија које у њему суде. Шта су могуће претпоставке таквих разлога? Мени се чини да је лична нелагода појединих судија које нису биле спремне да јавно, пред представницима средстава јавног информисања, образлажу ваљаност аргумената које су сматрале релевантним за доношење одлука у спорним уставноправним питањима која су се нашла на дневном реду судских седница, била пресудна за описано поступање. Као разлог, посматрачу са стране, могао се учинити и страх од могуће идентификације става са будућом одлуком или против ње, затим релативно поуздано наслућивање наклоњености једном од могућих решења, или могућност препознавања персонално исказане стручности, познавања материје о којој се расправља, а која не би ишла у прилог судији који ју је изрекао. Можда аналитичари и критичари рада Уставног суда као разлог тог поступка препознају могућност спознаје јавности о блискости става појединог судије са званичним ставом актуелне политике, са „владајућим мишљењем“ о датом предмету или аргументима који иду у правцу решења спорног уставноправног питања који је трасирао доносилац акта који се оспорава – законодавни орган или влада, када се свако упитно решење правда „правом на вођење законодавне политике“ (дакле, целисходним а не нужно саправним поступањем), које може ићи до граница обесмишљавања деловања па и постојања уставног правосуђа. Разлог за укидање јавности која прати рад Уставног суда током расправа које се воде на редовним седницама може се тражити и у могућности непосредног увида у одустанак од лојалности важећем уставу и тиме огрешење о уставносудску основну дужност – поштовање важећег устава као мерила уставносудског поступања. Јавност је у том облику могла бити и сведок ризика стручног непристајања на јачи или слабији отклон од закона струке, које није било потом обелодањивано у издвајању мишљења које се објављује. И поред десетине могућих разлога, заговорници тог решења, донекле спроведеног на правно превратнички начин, помињали су само два – начин на који суде редовни судови и непостојање истих, чак ни сличних примера рада уставног судства. Дакле, заговорници те нагле, хитне и *иравно неисправне* одлуке – доношења спорног Закључка којим је измењен важећи *исправно* донет Пословник о раду Уставног суда, без других аргумената, истицали су само две ствари: прва је да је Уставни суд – суд и да зато мора поступати на начин како то раде судови, понајбоље кад суде у парници, а други да таквог поступања нема нигде, па када то нигде не постоји, не треба и не може да постоји ни у Србији. У написаном тексту покушала сам

да докажем да између редовног суда који поступа у парници и уставног суда постоји разлика, знатна и незаобилазна, без обзира на количину напора који се у правцу доказивања супротног улажу, а друга, једноставно, није тачна јер Уставни суд Србије није једини који је поступао на овај начин, о чему ће тек бити речи у делу који следи. Како већина доноси одлуке и њени аргументи управо из тог разлога претегну, неретко законом математике, а не из разлога њихове ваљаности, Уставни суд Србије је 10. фебруара 2011. године већином гласова и усвојио Закључак којим је рад Уставног суда на редовним седницама затворен за јавност, осим у случају разматрања предмета који, с обзиром на врсту оспореног општег акта или спорно уставноправно питање, имају шири друштвени значај.

Законом о изменама и допунама Закона о Уставном суду, који је ступио на снагу 4. јануара следеће 2012. године, јавност рада Уставног суда била је уређена на начин како је поменути Закључак из 2011. пројектовао.²⁹ Јавност, као непосредни посматрач рада Уставног суда, док Суд расправља о спорном уставноправном питању када судије износе своје аргументе којима се залажу за једно од могућих поступања, сучељавају своја гледишта, позивају се на ставове науке и струке, упоређују различита решења позната у упоредним системима, указују на рђаве последице по начело уставности или законитости од доношења акта који је оспорен или образлажу слабост и неоснованост аргумената стране која их је оспорила, престала је да постоји. Закон је подржао проблематично исходовао Закључак. Судије су се склониле у миран забран међусобног „убеђивања“, заклоњени од јавности која би сазнала њихова стајалишта и сврстала их у поборнике или опоненте неког решења и можда будуће одлуке Уставног суда. У јавност излази само „готова одлука“, одлука коју је донела институција која иза ње стоји, а чији се „тихи извођачи“ не могу препознати. Осим ако се нису одлучили да објаве своје издвојено мишљење и обелодане јавности своје неслагање са донетом одлуком иза које је стала судијска већина. Неспорно је да је одлука сваког уставног суда – одлука суда, не судија појединаца који су у њој учествовали, али је исто тако неспорно да нити је било нити се могло очекивати да би било штете по судије као појединце – угледне правнике са респектабилним правничким и животним стажом, уколико би се препознала аргументација за коју су се у процесу доношења одлуке залагали и својим знањем и стручношћу борили. Они су управо из тих разлога и изабрани за судије тог високог правничког дома –

29 „Рад Уставног суда је јаван. Јавност се обезбеђује објављивањем одлука Уставног суда, објављивањем саопштења са седница на интернет страници Уставног суда, одржавањем јавне расправе и расправе у поступку пред Уставним судом, давањем саопштења средствима јавног информисања, одржавањем конференција за медије и на други начин. Уставни суд може искључити јавност само ради заштите интереса јавне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку. Искључење јавности не односи се на учеснике у поступку, њихове пуномоћнике и представнике стручне јавности. Судија не може јавно износити своје мишљење о питању које је предмет спора пред Уставним судом.“ Чл. 1. Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 99/11.

зато што је, приликом предлагања претпостављено у сваком појединачном случају да судија зна, уме и сме. Увек и о свему у својој струци, струци судије уставног правосуђа.³⁰

ОСВРТ НА ЈАВНОСТ У РАДУ УСТАВНОГ ПРАВОСУЂА ДРУГИХ ЗЕМАЉА – РАЗЛИЧИТА ПРАКСА АЛИ ЗАЈЕДНИЧКА СВЕСТ О ИСТОВЕТНОЈ ПОТРЕБИ

Однос према начелу јавности у раду уставног судства није једнако регулисан у земљама у којима постоји и делује уставно судство. Далеко је чешћи случај да судови раде у „нејавним седницама“, што потврђују примери савезних уставних судова Немачке, Аустрије и Италије. Има и „мешовитих решења“, попут оног у раду швајцарског Савезног врховног суда, где појава изостанка сагласности свих судија о предлогу одлуке која се доноси изазива одржавање јавног већања, када се и само изјашњавање судија – гласање о предлогу одлуке, врши јавно, подизањем руке. Нама најближи је пример Уставног суда Хрватске, где представници средстава јавног информисања слободно присуствују радним седницама Суда на које се позивају објављивањем дневног реда следеће седнице Суда на интернет страници тога органа.³¹ Ипак, и поред

30 Опстанак јавне расправе и њено истицање као важног елемента јавности рада Уставног суда није од претежне важности за суштину овог питања. Јавна расправа јесте прилика када се пред Судом јавно расправља о одређеном спорном уставноправном питању, али стварни учесници јавне расправе су позвани стручњаци из праксе и научни радници који се спорним питањем баве у својим научним истраживањима, као и представници страна „које се споре“ поводом уставности одређеног правног акта. На јавним расправама Уставни суд, његове судије, ћуте, евентуално се укључујући постављањем понеког питања, не излажући своје виђење релевантних чињеница пред јавношћу. Тако се на јавној расправи, по правилу, окупе они који су се у јавности о спорном питању већ изјаснили, рекли свој став и подастрли аргументе које сматрају важним. Већина њих делује у јавности, објављује своје научне и стручне погледе на актуелна правна питања и, како се јавне расправе и организују о важним спорним питањима за која јавност исказује оправдани интерес, то су се ти појединци са својим образложеним ставовима у јавности већ огласили, управо из разлога што важност спорног питања то провоцира. Тако Суд, организовањем јавне расправе, у суштини само пружа прилику позванима да сакупљени на једном месту понове и можда допуне своја гледишта, додатно разјасне своје аргументе, непосредно се супротстављајући једни другима. Доносиоци оспореног акта стичу додатну прилику да га одбране, а страна која уставност тога акта оспорава прилику да пред судом та оспоравања непосредно изложи. Дакле, на јавној расправи пред јавношћу није Уставни суд, у суштинском смислу, односно судије Уставног суда. На јавној расправи је сабрана релевантна стручна и научна елита пред Уставним судом, коју судије овога Суда слушају, једнако као што њихову писану аргументацију могу прочитати. Судије Уставног суда се на јавној расправи не излажу јавности својим стручним судијским форматом, они се излажу „визуелно“, у својству педантног слушаоца, док снага њиховог судијског знања и умења и мера њиховог индивидуалног професионалног интегритета остаје и на јавној расправи непознаница за јавност.

31 Јавно деловање Уставног суда Републике Хрватске остварује се објављивањем уставно-судских одлука, издавањем збирки одлука, *присусијвом пресидијавника штиамие и других средсјава јавној информисања на седницама и јавним и савешјодавним расправама у Уставном суду* (истакла О. В.), осим кад постоје разлози за искључивање јавности,

различите праксе, као очигледна може се сматрати појачана брига за транспарентнији рад уставних судова. Та све снажнија тенденција „разоткривања јавности“ уставносудског поступања у мери већој него што је то случај са редовним правосуђем, последица је управо јаким разлога за уважавање разлика које постоје између редовног и уставног судства. Израстање уставног правосуђа у четврту грану власти која, уз законодавну, извршну и судску, представља целину система власти и која је, својим особеним својствима и значајем свога вршења са циљем заштите важећег устава, начела уставности и законитости и уставом ујемчених људских права, стекла атрибут незаобилазне функције у државама које својим уставима гарантују начело владавине права и чије језгро сачињава корпус људских и мањинских права и слобода, узроковало је и залагања за изградњу уставносудских процедура које ће својим нивоом одговорити нивоу који је достигнут у развоју уставног правосуђа. Једна од одлика усавршених уставносудских процедура јесте и доступност јавности рада уставних судова, односно остваривање потребног и довољног нивоа транспарентности поступања у доношењу одлука тих органа.

Тако се, у документу који је пред Венецијанском комисијом на конференцији Уставних судова у Рио де Жанеиру изнео Уставни суд Азербејџана, истиче да треба инсистирати на отвореним и јавним активностима Уставног суда јер један од основних циљева те врсте судова јесте транспарентност и јавност деловања која повећава поверење у правосудни систем уопште и у исто време олакшава грађанима приступ судској заштити. Даље се наводи да је транспарентност уставносудских процедура у интересу и друштва и правде јер „нема сумње да јавно мњење утиче на побољшање квалитета рада суда“.³² Са тим циљем, готово сваки уставни суд на свету има своју интернет страницу на којој објављује информације о исходима спорова, а велики део тих судова промовише своје одлуке и путем националних медија.³³ Узмимо пример вр-

телевизијским и радио преносом из Уставног суда (на седници Уставног суда и на јавним и саветодавним расправама у Уставном суду могу бити присутни само акредитовани новинари), достављањем службених саопштења средствима јавног информисања, одржавањем конференција за новинаре, објављивањем уставносудске праксе и важнијих података на службеној интернет страници Уставног суда. Вид. *Poslovnik Ustavnog suda Republike Hrvatske*, NN 83/14, čl. 4.

- 32 Даље се истиче да је „познато да у извршним и законодавним сферама власти постоји настојање да се измени узајамна равнотежа три гране власти, настојање да се интервенише и да се утиче, и то поготово на штету судског ауторитета, а самим тим и судске независности. Према томе, блиски односи уставних судова са масовним медијима ради постизања транспарентности и публицитета доприносе да овакве негативне појаве буду уклоњене. Уставни суд Републике Азербејџан предузима одређене кораке у овом смеру. Тако се одлуке Уставног суда као и информације о раду могу наћи на интернет страници Уставног суда. Поред тога, разни чланци и извештаји судија и запослених у Уставном суду о правним питањима се повремено објављују у правним часописима. Уставни суд има свој билтен у коме се објављују све одлуке као и друга обавештења о активностима Суда“.
- „Questions Concerning Independence of Constitutional Court as Body of State Authority“, http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AZE_Constitutional_Court_E.pdf, 26. октобар 2015.
- 33 Једно исцрпно истраживање свих европских и америчких (мисли се на обе Америке) врховних, уставних или међународних судова показује да 71% њих на својим интернет стра-

шења дела надлежности уставног судства у вези са оценом одговорности високих државних функционера. Постоји велики број упоредних истраживања која показују да неки уставни судови не показују довољно воље да позову на одговорност политичке функционере због њихових иначе врло сумњивих аката у системима поделе власти у којима формално постоји независност судства, али нестабилност политичких прилика и/или недостатак демократије доводе до оклевања уставних судија да раде свој посао.³⁴ Сва та истраживања полазе од претпоставке да на одлуке уставних судова по суштини уставног суда као тела утичу политичке преференције друштва, али истовремено истичу да политички утицаји других грана власти могу додатно да усмере избор уставних судија у правцу који те гране власти желе, што негативно утиче на независност рада уставног суда.³⁵ Ако се томе дода да законодавац и извршни функционери имају уобичајену меру контроле над судским институцијама у погледу одређивања њихове надлежности, буџета и дужине мандата, јасно је да та контрола политичарима даје непотребан утицај на судство, поготово у правним системима у којима се судске институције лако могу променити.³⁶ Ако се имају у виду ти механизми контроле, модели поделе власти предвиђају да су судови највишег ранга, попут уставног, склони да стратешки избегавају сукобе тако што ће подржати оспорене јавне политике, тим пре ако државни званичници придају већу важност тим политикама.³⁷

Бавећи се судским легитимитетом, теоретичари неретко износе став да се судови, с обзиром на чињеницу да су им сопствена принудна средства у односу на друге гране власти занемарљива, у великој мери ослањају на друштвено уверење о њиховом легитимитету како би обезбедили повиновање осталих грана власти. Легитимитет о коме је реч односи се на широку јавну подршку или дубоко поштовање институционалног интегритета правосуђа.³⁸ Тако Венберг (Vanberg) у свом аргументу у прилог јавности рада уставних судова управо полази од тих поставки теорије легитимитета. Према његовом мишљењу, судови и политичари међусобно делују под будним оком јавности, која је спо-

ницама објављује извештаје који садрже изводе барем појединих одлука које се сматрају нарочито значајним. *American Journal of Political Science*, 50(1), 2006, 98–112.

- 34 G. Helmke, „The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina Under Dictatorship and Democracy“, *American Political Science Review*, 96, 2002, 291–304; M. Iaryczower, P. T. Spiller, M. O. Tommasi, „Judicial Decision-Making in Unstable Environments, Argentina 1935–1998“, *American Journal of Political Science*, 46(4), 2002, 699–716; G. Vanberg, „Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review“, *American Journal of Political Science*, 45(2), 2001, 346–361.
- 35 Вид. више у Lee Epstein, Jack Knight, *The Choices Justices Make*, Washington: Congressional Quarterly Books, 1998, 22–51.
- 36 За ширу расправу о том питању вид.: J. Ferejohn, „Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence.“ *Southern California Law Review*, 72, 1999, 353–384; или M. J. Ramseyer, E. B. Rasmusen, „Why Are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?“ *American Political Science Review*, 95, 2001, 331–344.
- 37 G. Helmke, 294.
- 38 G. A. Caldeira, J. L. Gibson, „The Etiology of Public Support for the Supreme Court“, *American Journal of Political Science*, 36, 1992, 635–664.

собна да казни тврдоглаве политичаре ако је свесна постојећег сукоба. У том смислу, широка подршка јавности даје судовима одређену врсту политичког заклона. Наравно, то је случај само ако је народ обавештен о одлукама које судови наводно извршавају. Кључна емпиријска последица тако постављеног теоријског модела је да су уставни судови склонији да оборе јавне политике ако је јавност у могућности да прати реакције својих представника.³⁹ Пошто је јавност у већој могућности да прати спор ако га медији пренесе, овај модел указује на то да незаинтересованост медија ставља судије у тешку политичку ситуацију. *Без медијској историјора, уставни судови моју да буду приморани да се из стипаиешких разлоја ириклоне иолиитичком интјересу.* Стејтон (Staton) поставља још једно питање – шта ако уставни судови могу сами да утичу на медијску покривеност?⁴⁰ И даље, бавећи се јавношћу у раду уставних судова, тај аутор сматра да проблем по уставне судове може да представља и непрецизност медијских извештача у преношењу судског језика, наводећи притом истраживање Дејвиса који у интервјуима са судијама уставног суда доказује да медији често непрецизно пренесе *ratio legis* њихових одлука, што те судије чини одбојним према медијима.⁴¹ Стејтон се стога залаже за селективно промовисање решених случајева, које би подједнако обезбедило и медијску подршку у ситуацијама када је она нарочито потребна и прецизно преношење смисла и значења судске одлуке читалачкој јавности.

Иако сасвим сумаран, овај приказ различитих размишљања на тему јавности рада уставног судства, па и указивање на начин који је усвојен од неких уставних судова, неупитно показује да је питање јавности проблем о коме се не само озбиљно размишља и пише, већ о коме се теоретичари и познаваоци праксе потпуно слажу, истичући потребу што већег степена доступности јавности рада уставног судства као императива квалитета рада тих органа и одлука које они доносе. Иако су различити облици приступа јавности са циљем праћења поступања уставносудских органа данас све бројнији, већина њих се своди на мање-више исцрпно извештавање самих судова о своме раду и садржини одлука које су донете. Сви такви облици представљају извештавање о обављеним судским радњама, те се јавност информисе само о оствареном резултату, не долазећи у позицију да прати пут који је суд, односно судије које суде, прошао да би одлучио на одређени начин. Део судијског посла који представља расправљање о спорном уставноправном питању, различита виђења могућег решавања уставног спора тако остају изван сазнања и увида јавности, супротно од начина на који су акти који су оспорени доношени. Једноставније, ако је оспорени закон на путу свог настанка браћен одређеном аргументацијом својих заговорника, о чему је јавност била обавештена или у чему је

39 G. Vanberg, 347.

40 J. K. Staton, „Constitutional Review and the Selective Promotion of Case Results“, *American Journal of Political Science*, 50(1), 2006, 99.

41 R. Davis, *Decisions and Images: The Supreme Court and the Press*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1994, 31. Мексички врховни суд, који врши и уставносудске надлежности, у свом званичном билтену, изричито указује на ту појаву. *Commitment: A Newsletter of the Judicial Branch of the Federation*, 1 (Jul–Avgust), 21–22, наведено према J. K. Staton, 99.

и сама учествовала, нема ниједног разлога да аргументација која се истиче са циљем његовог оспоравања не буде доступна јавности.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Очигледно је да у науци постоји сагласност да су уставни судови, због природе своје надлежности у оквиру које се баве политичко-правним питањима, и начина постављања судија којим се у мањој мери обезбеђује судска независност у односу на судије редовних судова, склонији да потпадну под утицај политичког интереса и притиска који на њих врше друге гране власти у системима поделе власти. Управо медијска покривеност процедуре доношења одлука уставних судова може да буде противтежа тој негативној појави. Отвореност седница уставних судова за јавност, објављивање извода макар најважнијих одлука у медијима и редовно ажурирање интернет страница са најновијим одлукама и разлозима за њихово доношење јесу средства која у највећој мери користе предности медијске покривености. У том погледу не само да не би требало да постоје разлике у односу на редовне судове, већ се, штавише, потпуно оправдано чини да би уставни судови морали да иду и корак даље јер, уз све остале разлике које постоје између редовних и уставних судова, ови последњи трпе већи политички притисак, баве се питањима која су, по правилу, и политичког карактера, те су, редовно, у интересу најшире јавности. Вратимо ли се Лицману,⁴² кога смо наводили на почетку овог написа, и његовој оправданој и утемељеној тврдњи да „уставни судови не смеју бити „државна судишта“, већ органи којима се за подршку обраћају и грађани и друштвене организације, а који, на путу испуњења својих основних задатака који су им поверени од народа, односно писаног устава који су позвани да тумаче, имају одређене „институцијске заданости“, доћи ћемо опет до јавности, као једне од тих „заданости“. Зато Лицман сматра да „јавност вођења расправа“ јесте одговор на „неопходну транспарентност“ у деловању уставних судова, која се мора огледати у поступању уставних судова, у дебатама које воде и у критеријумима иза којих су стали, на основу којих су одлучили – пресудили. Јер се „једино тако може оправдати тенденцијски апсолутно претендовање на ваљаност њихових уставносимболичких одлука, јер су форум или ‘агора’ друштвених дискусија против већинскодемократског одлучивања, и нажалост, такође против парламентарне већине. У тој је јавности и самозаштита судова од парламентарних већина“.⁴³

42 Н. Ј. Lietzmann, 118.

43 Лицман помиње, како би учврстио своју тезу о потребној јавности у поступању уставних судова, да је „Немачки Савезни уставни суд увео (већ као амерички Врховни суд, али тек након дугог оклевања) објављивање ‘издвојених мишљења’ о пресудама“, што сматра, с правом, „битним сигналом транспарентности“. Затим да је „тек однедавно допустио више јавних расправа и, такође, телевизијских преноса“, а све то је овај Суд учинио како би могао, сматра Лицман, у што већој мери и што боље, испуњавати своје науке и обављати своју „модераторску улогу“, са којим циљем је проширио рад са штампом и јавношћу. „Чини се да то све афирмише“, закључује на крају Лицман. *Ibid.* 123.

Dr. Olivera Vučić
Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THE TRANSPARENCY IN THE WORK OF CONSTITUTIONAL
COURTS AS A CONSEQUENCE OF THE NATURE
OF CONSTITUTIONAL JUDICIAL FUNCTION,
OR
THE ATTEMPT TO CONTRIBUTE TO THE ADEQUATE
UNDERSTANDING OF THE NATURE
OF CONSTITUTIONAL JUDICIARY

Summary

The transparency in the work of constitutional judiciary must not be regarded as a simple question of procedure, and particularly not as a question which is simply regulated by the court's rules of procedure, as an agreed upon modality of operation of these organs which does not impose preliminary substantial understanding and evaluation of the meaning of the system of constitutional judiciary. Quite the contrary, the author suggests in the course of this article that the transparency in work of constitutional courts is a rather complex question, since it represents a reflex and a consequence of the special nature of the constitutional judiciary's function. Constitutional judiciary can be understood in an adequate and wholesome manner only if such, in the author's opinion, undisputable „fourth power“ among the legislative, executive and judicial branches, is considered through the research of manners in which the constitutional organ that exercises it is constituted, the competence delegated to it established by the valid constitution, the composition of the organs of constitutional judiciary and the modality of their election, the execution of the process of constitutional adjudication and the effects of decisions adopted by these organs. The adjudication in this type of dispute is therefore directly conditioned by all the aforementioned factors, as well as by the nature of the dispute – the subject matter, the special nature of the norm (the constitution) which is used during the adjudication, followed by the adequate understanding of the public interest in the constitutional adjudication. In addition to what has already been stated, numerous and long-ago recognised possibilities of various (not only political) influences on the operation of the constitutional judicial organs represent the ever present danger for the independent exercise of their judicial authority and the content of decisions which these organs adopt, so that the transparency of their work should be viewed as an efficient way of defense against the possible attacks on the independent exercise their judicial authority and position of the constitutional judiciary.

Key words: *Constitutional Judiciary. – Transparency in Work. – Public Discussion. – Influence of Professional and General Public. – Independence.*

Др Горан П. Илић*

О ПРЕДВИДЉИВОСТИ РЕТРОАКТИВНЕ ПРИМЕНЕ БЛАЖЕГ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА – ОСВРТ НА ОДЛУКУ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА: МИКУЛОВИЋ И ВУЈИСИЋ ПРОТИВ СРБИЈЕ

У раду је анализирана проблематика начела законитости у кривичном праву, иачније њен аспект који се односи на моћност ретроактивне примене блажег кривичног закона. У размишљању те теме аутор је изложио доктринарне ставове и представио домаћи нормативни оквир и стандарде које је у вези с њим представио Европски суд за људска права. Након тога је анализирана одлука Европског суда за људска права у предмету Микуловић и Вујисић против Србије, као и ставови изражени у одлукама Уставног суда и Врховног суда Србије које су јој претходиле. Ауторов приступ је уједињен на владавину права и захтевима демократској друштва о којима говори преамбула Европске конвенције о људским правима и њиховој примарној улози у тумачењу одредаба о људским правима и основним слободама. С обзиром на то да владавина права подразумева сагласност свих закона са уставом, односно јединство правног поретка, основни правни принципи који су садржани у законима системског карактера морају бити доследно примењени и у посебним законима, осим ако је системским законом изричито прописана моћност групе чије уређење одређеног питања. На основу тога аутор закључује да је у нашем правном систему постојао период од непуна четири месеца у којем суд, упркос томе што је смртна казна била прописана за два кривична дела предвиђена у републичком кривичном закону, није могао да је изрекне.

Кључне речи: *Владавина права. – Кривични закон. – Ретроактивност. – Блажи закон. – Системски закон. – Предвидљивост судске праксе. – Врховни суд Србије. – Врховни касациони суд. – Уставни суд. – Европски суд за људска права.*

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, gilic@ius.bg.ac.rs и заменик председника Уставног суда, goran.ilic@ustavni.sud.rs.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Један од проблема савременог кривичног законодавства јесу честе промене кривичних прописа, а то има за последицу стварање међусобно неусаглашених и недовољно одређених кривичноправних норми. Услед тога се кривично право појављује као случај а не као нужност, па се у доктрини с правом говори о „кривичном ризику“ који је неспојив с природом кривичног права. А њена суштина је садржана у начелу законитости које, изражено максимумом *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa et stricta*, обухвата неколико гаранција, од којих ће у овом раду бити истражена само забрана ретроактивне примене кривичног закона. О важности начела законитости у кривичном праву говори и то што оно има не само законски, већ и надзаконски карактер, то јест уређено је уставним и одредбама међународних докумената о људским правима.

У чл. 1 Кривичног законика¹ прописано је да никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено. Иако рубрум те одредбе КЗ гласи: Нема кривичног дела нити казне без закона, начело законитости у кривичном праву треба сагледати и у светлу чл. 5 КЗ, којим се уређује питање временског важења кривичног законодавства. У складу с тим, правило је да се на учиниоца кривичног дела примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела (чл. 5, ст. 1 КЗ). Одступање од тога је дозвољено само ако је после извршења кривичног дела измењен закон, једном или више пута, и тада се примењује закон који је најблажи за учиниоца (чл. 5, ст. 2 КЗ).

За разлику од одредаба КЗ, Устав Републике Србије² уређује ову проблематику у оквиру одредбе која је насловљена: Правна сигурност у казном праву. Разлика између уставне и законске формулације рубрума може се објаснити тиме што чл. 34 Устава, осим начела законитости у кривичном праву, садржи и нека друга јемства која постоје у области кривичног, али и казног права као целине.³ Уставно јемство начела законитости у кривичном праву подразумева најпре да се нико не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена (чл. 34, ст. 1 Устава). Посебан значај за проблематику која представља предмет анализе у овом раду има уставна гаранција да се казне одређују према пропису који је важио у време кад је дело учињено, изузев кад је каснији пропис повољнији за учиниоца (чл. 34, ст. 2 Устава).

1 Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – исправка, 107/05 – исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14.

2 Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

3 Реч је о претпоставци невиности, начелу *ne bis in idem*, изузетној могућности понављања правноснажно окончаног поступка и незастаривости гоњења и кажњавања за ратни злочин, геноцид и злочин против човечности (чл. 34, ст. 3. до 5. Устава).

Од међународних докумената о људским правима биће анализирана само Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП),⁴ тачније одредба њеног чл. 7, чији рубрум гласи: Кажњавање само на основу закона. О значају начела законитости у систему европске заштите основних слобода и људских права није потребно посебно говорити будући да оно прожима читаву Европску конвенцију. У доктрини се истиче да чл. 7 ЕКЉП представља посебан случај примене темељног начела правне државе у кривичној материји. У том смислу и Европски суд за људска права⁵ подсећа да је законитост кажњавања једна од основних тековина европске правне цивилизације и да чини суштински елемент владавине права.⁶ На значај одредбе о кажњавању само на основу закона упућује и чл. 15, ст. 2 ЕКЉП, који не допушта никаква одступања од гаранција садржаних у чл. 7, чак ни у доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације. Због тога је став Европског суда за људска права да чл. 7 ЕКЉП треба тумачити и примењивати на начин који ће осигурати делотворну заштиту против произвољног гоњења, осуде или кажњавања.⁷

У чл. 7, ст. 1 ЕКЉП прописано је да се нико не може сматрати кривим за кривично дело извршено чињењем или нечињењем које, у време када је извршено, није представљало кривично дело према унутрашњем или међународном праву. Исто тако, не може се изрећи строжа казна од оне која је била прописана у време када је кривично дело извршено. Према схватању Европског суда за људска права израженом у предмету *Коккинакис ѱроΐΐΐϐ Γρχκε*⁸, наведена одредба садржи следеће гаранције: а) начело законитости кривичних дела и казни (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), б) забрану ретроактивне примене кривичног закона и в) забрану стварања кривичног права путем аналогije.

Када је реч о забрани ретроактивне примене кривичног закона, неспорно је да се друга реченица чл. 7, ст. 1 ЕКЉП односи управо на то јер искључује могућност изрицања строже казне од оне која је била прописана у време када је кривично дело извршено. Реч је о забрани ретроактивне примене строжег кривичног закона, што представља само један аспект примене блажег кривичног закона. Међутим, у одредби чл. 7, ст. 1 ЕКЉП не говори се ништа о другом аспекту овог питања, то јест о могућности ретроактивне примене блажег кривичног закона. О томе се Европски суд за људска права изјаснио изричито у предмету *Скојола ѱроΐΐΐϐ Ιΐΐαλιје*.⁹ Том приликом је заузео став да чл. 7,

4 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) – ЕКЉП. Део нашег правног поретка постала је доношењем Закона о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима, уз неколико каснијих измена и допуна. *Службени лист СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – исправка и *Службени гласник РС – Међународни ујовори*, бр. 12/10 и 10/15.

5 Европски суд за људска права – ЕСЉП.

6 ЕСЉП, *S. W. ѱроΐΐΐϐ Уједињеној Краљевствџа*, 20166/92, 22. новембар 1995, § 34.

7 ЕСЉП, *C. R. ѱроΐΐΐϐ Уједињеној Краљевствџа*, 20190/92, 22. новембар 1995, § 32.

8 ЕСЉП, *Kokkinakis ѱроΐΐΐϐ Γρχκε*, 14307/88, 25. мај 1993, § 52.

9 ЕСЉП, *Scoppola ѱроΐΐΐϐ Ιΐΐαλιје*, 10249/03, 17. септембра 2009, § 109.

ст. 1 ЕКЉП не јемчи само начело забране ретроактивне примене строжег кривичног закона, већ подразумева и начело ретроактивне примене блажег кривичног закона. На тај начин је, у случају измене кривичног закона пре правноснажног окончања кривичног поступка, суд обавезан да примени блажи кривични закон на оптуженог.

Могућност ретроактивне примене блажег кривичног закона представља изузетак од правила да се на учиниоца примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела. Постојање тог изузетка се у доктрини оправдава не само интересом учиниоца, већ и интересом друштва да блажа норма буде примењена и на оне који су учинили дело у време важења претходног закона.¹⁰ Примена установе ретроактивности *in mitius* претпоставља да је одређена правна ситуација настала за време важења једног кривичног закона, а да је пре правноснажног окончања кривичног поступка у којој је о њој одлучено кривични закон измењен једном или више пута. У том случају, неопходно је да суд тумачењем правне норме дође до закључка који је закон блажи по учиниоца. То се чини узимањем у обзир свих кривичноправних прописа о кривичном делу и казни, при чему се норме упоређују по садржини, условима инкриминације, условима кажњивости, врсти и мери казне, квалификаторним и привилегујућим околностима, могућностима блажег или строжег кажњавања или ослобођења од казне. Ако се помоћу тих мерила не може утврдити који је закон блажи за учиниоца, остаје се при основном правилу и примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела.

2. СТРАЗБУРШКИ СТАНДАРДИ О РЕТРОАКТИВНОЈ ПРИМЕНИ БЛАЖЕГ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

Судско тумачење се приликом оцене који је кривични закон блажи по учиниоца (уосталом, као и у другим случајевима у којима се одлучује о правним питањима) појављује као нужан коректив помоћу којег се кривичним одредбама „удахњују“ одлике доступности, одређености и предвидљивости. Реч је о појмовима које се користе у пракси Европског суда за људска права, а на основу њих се оцењује да ли „закон“ задовољава одређене квалитативне захтеве. Када је реч о предвидљивости, у предмету *Сандеј Шајмс Ђрошив Уједињеној Краљевствима*¹¹ наглашено је да није неопходно да последице понашања буду предвидљиве са потпуном одређеношћу јер би то могло да води ка претераној крутости законских одредаба и немогућности њиховог прилагођавања променама ситуације.

О примени наведених квалитативних захтева у области кривичног права Европски суд за људска права се изјашњавао у предмету *Кафкарис Ђрошив Кијра*.¹² Том приликом је изнео став да квалитет кривичног закона подразуме-

10 Настанак установе ретроактивности *in mitius* се, према неким мишљењима, везује за средњи век и обичајно право.

11 ЕСЉП, *Sunday Times Ђрошив Уједињеној Краљевствима*, 6538/74, 26. април 1979, § 49.

12 ЕСЉП, *Kafkaris Ђрошив Кијра*, 21906/04, 12. фебруар 2008, § 140.

мева доступност и предвидљивост кривичних дела и казни, што значи да појединац из текста кривичноправне одредбе мора да зна, ако је потребно и помоћу судског тумачења те норме, која чињења или нечињења повлаче његову кривичну одговорност и која ће казна бити изречена. Штавише, предвидљивост закона није доведена у питање ако лице мора да затражи стручну помоћ да би, у степену који је разуман према околностима датог случаја, могло да оцени последице које могу да произађу из одређеног дела.

С обзиром на то да је судско одлучивање по својој природи ретроактивно, односно примењује се на дела која су учињена пре него што су изнета пред суд, неопходно је и да оно буде доступно и предвидљиво. У том смислу је Европски суд за људска права у поменутом предмету *Кафкарис њроџив Киџра*¹³ изнео гледиште да чл. 7 ЕКЉП не забрањује постепено разјашњавање правила о кривичној одговорности помоћу судског тумачења од случаја до случаја, „под условом да резултат буде у сагласности са суштином кривичног дела и да се може разумно предвидети“. За проблем који је анализиран у овом раду посебно је значајан став Европског суда за људска права изражен у предмету *Кокинакис њроџив Грчке*, о којем је у претходном разматрању било речи. Том приликом је наглашено да се о предвидљивости судског тумачења може говорити када постоји *јасно ујврђена судска њракса у вези с њрименом одређене законске норме* (истакао – Г. П. И.).¹⁴

Досадашње излагање упућује на закључак да и судско тумачење мора да задовољи захтеве за доступношћу и предвидљивошћу, што у суштини треба да допринесе правној сигурности у кривичном праву. Судско тумачење којим се на штету оптуженог мењају неки од конститутивних елемената кривичног дела, а да за то није било упоришта у претходној судској пракси, било би противно одредби чл. 7 ЕКЉП. Насупрот томе, у предмету *Г. њроџив Француске*¹⁵ утврђено је да не постоји повреда чл. 7 ЕКЉП у случају измене судске праксе у прилог оптуженог јер непредвидљивост новог, повољнијег тумачења кривичног закона не доводи у питање правну сигурност у кривичном праву.

3. ОКОЛНОСТИ ПРЕДМЕТА МИКУЛОВИЋ И ВУЈИСИЋ ПРОТИВ СРБИЈЕ

Непосредни повод за писање овог рада јесте предмет *Микуловић и Вујисић њроџив Србије*¹⁶, о којем је Европски суд за људска права одлучио 24. новембра 2015. године. Подносиоци представке су српски држављани који се налазе на издржавању казне затвора од 40 година. Осуђени су за кривична дело убиство које је г. Микуловић учинио 1992. године, а г. Вујисић 2000. године, дакле у време када је у оквиру општих одредаба савезног кривичног законо-

13 *Ibid.*, § 141.

14 ЕСЉП, *Kokkinakis њроџив Грчке*, § 40.

15 ЕСЉП, *Г. њроџив Француске*, 15312/89, 27. септембар 1995, § 26.

16 ЕСЉП, *Микуловић и Вујисић њроџив Србије*, 49318/07 и 58216/13, 24. новембар 2015.

давства био предвиђен систем казни које су могле да се пропишу за кривична дела садржана у савезном и републичком кривичном закону.

Специфичност тадашњег система казни произашла је из уставног решења¹⁷ које је искључивало могућност да се смртна казна предвиди за кривична дела која су прописана савезним законом. С обзиром на то да је систем казни био у савезној надлежности, савезни законодавац је, поштујући уставну норму, предвидео једино могућност да се смртна казна пропише републичким кривичним законом,¹⁸ што је и учињено¹⁹ у односу на кривично дело тешко убиство и тешки случај разбојништва и разбојничке крађе.²⁰ Након измена савезног кривичног законодавства које су ступиле на снагу 17. новембра 2001. године смртна казна је брисана из система казни,²¹ док је републички кривични закон измењен и допуњен 9. марта 2002. године одредбом којом је смртна казна замењена казном од 40 година затвора.²²

Основно упориште за доношење одлуке у предмету *Микуловић и Вујисић њројив Србије*²³ Европски суд за људска права је пронашао у судској пракси Уставног суда²⁴ и Врховног суда Србије.²⁵ У том смислу је наведена одлука Уставног суда који је у сличном предмету²⁶ заузео став да је *смртна казна у КЗ РС била њројисана у њнепрекидном њрајању* (истакао – Г. П. И.) све до 1. марта 2002. године,²⁷ дакле постојала је и у време извршења предметног кривичног дела, а била је прописана и за дело за које је подносилац оптужен и потом осуђен. На основу тога је Уставни суд утврдио да је за подносиоца уставне жалбе без сумње блажи Кривични законик, који смртну казну, као најтежу у *систему кривичних санкција* (истакао – Г. П. И.), не предвиђа. Свака казна за-

- 17 Реч је о чл. 21, ст. 2 Устава Савезне Републике Југославије – Устав СРЈ, *Службени лист СРЈ*, бр. 1/92, 34/92 и 29/00.
- 18 Измене су извршене доношењем Закона о изменама Кривичног закона Савезне Републике Југославије, *Службени лист СРЈ*, бр. 37/93. У складу с тим, у чл. 34, тач. 1 Кривичног закона Савезне Републике Југославије – КЗ СРЈ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 44/76, 36/77, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 и 54/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94 и 61/01, било је предвиђено да се смртна казна може изрећи кривично одговорним учиниоцима кривичних дела, када је прописана законом републике.
- 19 Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије, *Службени њласник РС*, бр. 47/94.
- 20 У питању су чл. 2а, 47, ст. 2 и чл. 169, ст. 2 Кривичног закона Републике Србије – КЗ РС, *Службени њласник СРС*, бр. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89, *Службени њласник РС*, бр. 16/90, 21/90, 26/91, 75/91, 9/92, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 11/02, 80/02, 39/03 и 67/03.
- 21 Закон о изменама и допунама Кривичног закона Савезне Републике Југославије, *Службени лист СРЈ*, бр. 61/01.
- 22 Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије, *Службени њласник РС*, бр. 10/02.
- 23 ЕСЉП, *Микуловић и Вујисић њројив Србије*, §§ 33, 34.
- 24 Уставни суд – УС.
- 25 Врховни суд Србије – ВСС.
- 26 УС, Уж-969/09, 24. 3. 2010, § 5.
- 27 У питању је датум када су у *Службеном њласнику РС* објављене измене КЗ РС којима је смртна казна замењена казном затвора од 40 година. Оне су ступиле на снагу 9. марта 2002. године.

твора је, према оцени Суда, увек блажа од смртне казне, јер је живот основна вредност сваког човека и посебан је предмет заштите и уставних и кривичноправних норми. Због свега наведеног, Уставни суд налази да подносиоцу уставне жалбе нису повређена права зајемчена у чл. 34, ст. 1 и 2 Устава.

Европски суд за људска права је указао и на став Врховног суда Србије²⁸ да је у КЗ РС смртна казна била прописана и у периоду од 9. новембра 2001.²⁹ до 1. марта 2002. године, када је поменути измена *дефинитивно* (истакао – Г. П. И.) укинута и замењена казном затвора у трајању од 40 година.

Након што је подсетио на властите стандарде који се односе на примену чл. 7 ЕКЉП, Европски суд за људска права је нагласио да су за укидање смртне казне у КЗ РС и њену замену казном затвора од 40 година биле потребне одговарајуће промене у КЗ СРЈ и КЗ РС. С обзиром на поделу надлежности у кривичним стварима, те измене и допуне су морале да буду донете у савезном и републичком парламенту, што је захтевало поступак у два стадијума. Временски размак између те две законодавне активности јесте природна особина федералног система и *не може се рећи да је у њом времену настао нови закон* (истакао – Г. П. И.) који је блажи за подносиоце предивавки. Уклањање смртне казне из општих одредаба савезног закона и истовремено увођење затворске казне од 40 година у истом закону је, стога, било само први корак у том процесу, који је завршен када је смртна казна уклоњена из КЗ РС нека четири месеца касније.³⁰ На основу тога Европски суд за људска права је закључио да је предивавка очигледно неоснована и одбацио је на основу чл. 35, ст. 3 и 4 ЕКЉП.³¹

4. КРИТИЧКИ ОСВРТ НА СТАВОВЕ ДОМАЋЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ О ПРИМЕНИ БЛАЖЕГ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

Једна од основних одлика европског система заштите основних слобода и људских права јесте супсидијарност. Њено постојање се оправдава чињеницом да су национални судови по правилу у повољнијем положају од Европског суда за људска права приликом тумачења одређене одредбе у националном праву. Тај приступ је примењен и у предмету *Микуловић и Вујисић иројив Србије*,³² уз подсећање да се тумачење и примена националног закона од националних судова не доводи у питање, осим ако је реч о очигледном непоштовању или произвољности у примени тог закона. Став Европског суда за људска права је да тога у поменутом случају није било.

Такав закључак не треба да чуди јер је Европски суд за људска права пред собом имао устаљену судску праксу Врховног суда Србије (а касније и Врхо-

28 ВСС, Кзп. ОК 3/07, 25. јануар 2008.

29 Реч је о датуму објављивања у *Службеном листу СРЈ* измена КЗ СРЈ којима је смртна казна брисана из система казни, а које су ступиле на снагу 17. новембра 2001. године.

30 ЕСЉП, *Микуловић и Вујисић иројив Србије*, § 42.

31 *Ibid.*, § 45.

32 *Ibid.*, § 44.

вног касационог суда)³³ и Уставног суда, засновану на ставу да је смртна казна у КЗ РС била прописана у *непрекидном трајању* све до 1. марта 2002. године када је *дефинитивно* укинута и замењена казном затвора у трајању од 40 година.³⁴ Суочен са таквом *предвидљивошћу* домаће судске праксе, Европски суд за људска права је закључио да у времену између 9. новембра 2001. године, када је смртна казна брисана из система казни које је предвиђао КЗ СРЈ, па до 1. марта 2002. године када је у КЗ РС смртна казна замењена казном затвора од 40 година *није настао нови закон*.

Став домаће судске праксе о постојању смртне казне у републичком законодавству све до 1. марта 2002. године треба размотрити најпре у светлу чл. 9, ст. 2 Устава СРЈ, којим је било предвиђено да закони морају бити сагласни с уставом. С тим у вези, одредба чл. 21, ст. 2 Устава СРЈ која је искључила могућност да се смртна казна предвиди за кривична дела која се прописују савезним законом довела је до измена у систему казни тако што је у чл. 34, тач. 1 КЗ СРЈ било предвиђено да се смртна казна може изрећи кривично одговорним учиниоцима кривичних дела, када је прописана законом републике. То је био основ да се 1994. године у чл. 2а КЗ РС уреде ограничења у погледу прописивања и изрицања смртне казне, с тим што је она била предвиђена за тешко убиство (чл. 47, ст. 2 КЗ РС) и тешки случај разбојништва и разбојничке крађе (чл. 169, ст. 2 КЗ РС).

Наведене законске одредбе су након неколико година оспорене пред Савезним уставним судом³⁵, који је поводом дате иницијативе покренуо поступак за оцењивање уставности чл. 34, тач. 1 КЗ СРЈ и чл. 47, ст. 2 и чл. 169, ст. 2 КЗ РС.³⁶ Том приликом је Савезни уставни суд истакао да се основано поставља питање да ли се смртна казна може уопште прописати савезним законом и као *моћућа* (истакао – Г. П. И.) врста санкције како је то учињено у чл. 34, ст. 1 КЗ СРЈ. Та дилема је отклоњена 9. новембра 2001. године брисањем чл. 34, тач. 1 КЗ СРЈ, чему је свакако допринело и ратификовање Другог факултативног протокола уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима.³⁷ На тај начин је смртна казна потпуно елиминисана из система кривичних санкција, без могућности да се пропише републичким кривичним законом.

Ако се остави по страни уставноправно питање које је поставио Савезни уставни суд, не би требало да буде спорно да је до 9. новембра 2001. године постојао одговарајући правни основ за прописивање смртне казне за кривична дела предвиђена у КЗ РС. То је била одредба чл. 34, тач. 1 КЗ СРЈ, будући да је систем казни, као и кривичних санкција уопште, могао да буде одређен једино одредбама КЗ СРЈ. Због тога се став домаће судске праксе о непрекид-

33 Врховни касациони суд – ВКС.

34 Ово су неки од предмета у којима је заузет поменути став: ВСС, Кзп. ОК 3/07, 25. јануар 2008; ВСС, Кзп. 299/08, 18. март 2009; ВКС, Кзп. 26/10, 25. март 2010; УС, Уж-969/09, 24. март 2010; УС, Уж-3499/10, 7. фебруар 2013.

35 Савезни уставни суд – СУС.

36 СУС, IУ бр. 63/94, 31. јануар 2001.

37 Закон о потврђивању Другог факултативног протокола уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који има за циљ укидање смртне казне, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/01.

ном трајању смртне казне и њеном дефинитивном укидању 1. марта 2002. године не може прихватити јер наводи на закључак да је на републичком нивоу могао да постоји систем кривичних санкција који је предвиђао смртну казну. У то време системски закон којим је био уређен систем казни које су могле да буду прописане савезним и републичким кривичним законима био је искључиво КЗ СРЈ. Другим речима, у периоду од 9. новембра 2001. до 1. марта 2002. године у систему кривичних санкција није постојала смртна казна, тако да је није било могуће изрећи ни за два кривична дела из КЗ РС за која је била прописана. У том временском периоду суд није могао да за поменута кривична дела изрекне ни казну затвора од 40 година јер она, упркос томе што је унета у систем кривичних санкција које су биле предвиђене КЗ СРЈ, није била прописана републичким кривичним законом. Може се закључити да је најстрожа казна коју би у та непуна четири месеца суд могао да изрекне учиниоцу кривичног дела тешко убиство или тешки случај разбојништва и разбојничке крађе могла да буде казна затвора од 15 година, с обзиром на то да је она представља општи законски максимум казне затвора, а наведена дела су била забрањена казном затвора од најмање 10 година.

Изложену анализу не могу довести у питање ни допуне Основног кривичног закона³⁸, које су извршене са циљем да се премости спорни четворомесечни период. Реч је о чл. 4, ст. 3 ОКЗ³⁹, којим је било предвиђено да ако је у време извршења кривичног дела за то кривично дело била прописана смртна казна, учиниоцу кривичног дела се може изрећи казна затвора од 40 година. *Ratio legis* доношења те законске одредбе јесте потреба да се створи правни основ за изрицање казне затвора од 40 година учиниоцима кривичног дела тешко убиство и тешки случајеви разбојништва и разбојничке крађе већ *ог њренујка брисања смртине казне* из система кривичних санкција, уместо *ог моменџа ѡройисивања наведене зајворске казне* за та кривична дела. С обзиром на то да је поменута законска одредба унета у наше кривично законодавство тек 2003. године, не треба трошити превише речи на то да је њоме уведена могућност ретроактивне примене *стїрожеј* кривичног закона.

Да се та материја може и мора анализирати једино на изложен начин, говори посредно и један предмет из области нормативне контроле, који се пре неколико година нашао пред Уставним судом.⁴⁰ У њему је проблематика правне сигурности у казненом праву размотрена у светлу начела о јединству правног поретка (чл. 4, ст. 1 Устава). Том приликом је оцењивана уставност појединих одредаба Закона о изменама и допунама Закона о јавном информисању од 2009. године.⁴¹

38 Основни кривични закон – ОКЗ, *Службени листї СФРЈ*, бр. 44/76, 36/77, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 и 54/90, *Службени листї СРЈ*, бр. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94 и 61/01, *Службени ѓласник РС*, бр. 39/03.

39 Та законска одредба је унета у ОКЗ доношењем Закона о изменама и допунама Кривичног закона Савезне Републике Југославије, *Службени ѓласник РС*, бр. 39/03. Том приликом је дошло и до промене назива из КЗ СРЈ у ОКЗ.

40 УС, ПУз-231/09, 22. јули 2010.

41 Закон о изменама и допунама Закона о јавном информисању, *Службени ѓласник РС*, бр. 71/09.

Приликом оцене сагласности оспорених законских одредаба са Уставом, Уставни суд је пошао од чл. 4, ст. 1 Устава којим се утврђује начело јединственог правног поретка као један од основних принципа на којима почива уставноправни систем Републике Србије. Иако Уставни суд, сагласно чл. 167 Устава, није надлежан да процењује међусобну сагласност закона, *уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду поштовани и у посебним законима, осим ако је тим системским законом изричито прописана могућност другачије уређивања истих институти* (истакао – Г. П. И.). То посебно важи за област казненог законодавства, имајући у виду да су норме казненог права, по својој природи, у непосредној вези са остваривањем основних људских права и слобода, тако да уређивање појединих института казненог права различито од начина на који су они уређени системским законом може озбиљно да угрози остваривање начела једнакости свих пред Уставом и законом из чл. 21, ст. 1 Устава и да доведе до дискриминације. Због тога је Уставни суд приликом оцене уставности оспорених законских одредаба узео у обзир и одговарајуће одредбе Закона о привредним преступима⁴² и Закона о прекршајима,⁴³ као системских закона у области тих казnenих дела.

Полазећи од начела јединства правног поретка и садржине појединих одредаба системског карактера којима се уређује материја привредних преступа и прекршаја, Уставни суд је, између осталог, утврдио неуставност одредбе о посебним максимумима прописаних новчаних казни јер они превазилазе општи максимум казне која се може прописати за ту врсту кажњивих дела, што је у супротности са системском одредбом из чл. 4 ЗПП. Исти став је заузет и у вези са оспореним одредбама којима су повећане новчане казне које се могу изрећи за прописане прекршаје у области јавног информисања.

5. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Гледиште које је заступано у овом раду могло би се сажети у неколико реченица. Смртна казна је у нашем правном поретку престала да постоји 9. новембра 2001. године. Њеним брисањем из система казни предвиђених у КЗ СРЈ нестало је системски основ не само за њено прописивање, већ и за изрицање учиниоцима кривичних дела садржаних у КЗ РС која су била забрањена смртном казном. У складу с тим, од 9. новембра 2001. године па до измена и допуна КЗ РС од 1. марта 2002. године није постојала могућност да суд изрекне смртну казну која је била прописана за тешко убиство и тешки случај разбојништва и разбојничке крађе, већ једино казну затвора. То, међутим, није била казна затвора у трајању од 40 година (такав закључак прихвата и пракса наших највиших судова), већ највиша мера казне затвора која је била одређена у системској одредби из КЗ СРЈ. Другим речима, у питању је био општи законски максимум казне затвора, а он је износио 15 година.

42 Закон о привредним преступима – ЗПП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 24/94, 28/96 и 64/01.

43 Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 101/05, 116/08 и 111/09.

Изложена анализа нуди одговор на питање преко којег домаћа судска пракса прелази заклањајући се иза формулација о постојању смртне казне у КЗ РС у непрекидном трајању све до њеног дефинитивног укидања 1. марта 2002. године када је замењена казном затвора у трајању од 40 година. Приступ који је заступан у овом раду полази од владавине права и захтева демократског друштва о којима се говори у Преамбули ЕКЉП и њихове примарне улоге у тумачењу одредаба о људским правима и основним слободама. С обзиром на то да се владавина права темељи на сагласности свих закона са уставом, односно на јединству правног поретка, неопходно је да основни правни институти који су садржани у законима системског карактера буду доследно примењени и у посебним законима, осим ако је системским законом изричито прописана могућност другачијег уређења одређеног питања. У предмету који је анализиран у овом раду такав изузетак није постојао.

ЛИТЕРАТУРА

- Berger, Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Editions Sirey, Paris 2002⁸, 332–343.
- Van Dijk, Piter *et al.*, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo 2001, 450–459.
- Васиљевић, Тихомир, *Систем кривичној процесној права СФРЈ*, Савремена администрација, Београд 1981³, 37–39.
- Илић, Горан П. *et al.*, *Коментар Законика о кривичном процесу*, Едиција Коментари, Службени гласник, Београд 2015⁸, 1043, 1044.
- Jakšić, Aleksandar, *Evropska konvencija o ljudskim pravima, komentar*, Biblioteka Priručnici, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2006, 234–238.
- Ovey, Clare, White, Robin C. A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2006⁴, 209–215.
- Омејес, Јасна, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava, strazburški acquis*, Novi informator d.o.o., Zagreb 2013, 1228–1230.
- Поповић, Драгољуб, *Евројско право људских права*, Едиција Међународни процеси и евројско право, Службени гласник, Београд 2012, 268–275.
- Pradel, Jean, Corstens, Geert, Vermeulen, Gert, *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris 2009³, 334–343.
- Rebut, Didier, „Le principe de la légalité des délits et des peines“, *Libertés et droits fondamentaux* (sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet), Dalloz, Paris 2012¹⁸, 639–654.
- Renucci, Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris 2002³, 208–217
- Rid, Karen (knjiga 1), *Evropska konvencija o ljudskim pravima – vodič za praktičare* (prevod L. Budimlić, N. Dobriković), Biblioteka Ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007, 199–204.
- Rolland, Patrice, „Article 7“, *La Convention européenne des droits de l'homme Commentaire article par article* (sous la direction de L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert), Ed. ECONOMICA, Paris 1999², 293–303.

- Sordino, Marie-Christine, „La protection de la personne poursuivie en cas de modification de la législation pénale“, *Libertés et droits fondamentaux* (sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet), Dalloz, Paris 2012¹⁸, 605–638.
- Sudre, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris 2001⁵, 221–223.
- Favoreu, Louis *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris 2009⁵, 499, 500.
- Harris, David *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2009², 331–339.

Dr. Goran P. Ilić
Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

ON PREDICTABILITY OF RETROACTIVE APPLICATION
OF MORE LENIENT CRIMINAL CODE – REVIEW
OF THE DECISION OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS:
MIKULOVIĆ AND VUJISIĆ V. SERBIA

Summary

The paper analyzes the problem of the principle of legality in criminal law, namely its aspect relating to the possibility of retroactive application of the more lenient criminal law. In considering these issues the author stated the doctrinal positions and introduced the domestic regulatory framework and standards in this regard that are set by the European Court of Human Rights. After that it was analyzed the decision of the European Court of Human Rights in the case *Mikulović and Vujisić v. Serbia*, as well as the views expressed in the decisions of the Constitutional Court and the Supreme Court of Serbia that preceded it. The author's approach is based on the rule of law and the requirements of a democratic society that is talking about the preamble to the ECHR and their primary role in the interpretation of the provisions on human rights and fundamental freedoms. Considering that the rule of law implies the compatibility of all laws with the Constitution, respectively the unity of legal system, basic legal institutes that are contained in the laws of systemic character must be consistently applied also in the special laws, unless if systemic law expressly provides the possibility of a different regulation of certain questions. On this basis, the author derives the conclusion that in our legal system there was a period of less than four months within which the court, despite the fact that the death penalty was prescribed for two offenses provided for in national criminal law, could not pronounce it.

Key words: *Rule of Law. – Criminal Law. – Retroactivity. – More lenient Law. – Systemic Law. – Predictability of judicial practice. – The Supreme Court of Serbia. – The Supreme Court of Cassation. – Constitutional Court. – The European Court of Human Rights.*

Др Наташа Делић*

КРИВИЧНОПРАВНИ ЗНАЧАЈ МРЖЊЕ У СВЕТЛУ ИДЕНТИТЕТСКОГ ПРЕОБРАЖАЈА СРБИЈЕ

Законодавна реформа која је уследила након стицања на снагу Кривичног законика из 2006. године до сада је обухватила доношење укупно пет закона. Давним законима извршене су одговарајуће измене и дојуне и у Оштем, и Посебном делу Кривичног законика. У контексту сложене проблематике актуелних законских новина, аутор се у раду бави питањем кривичноправног значаја мржње. Наиме, 2012. године мржња је први пут у виду мржње засноване на дискриминацији издвојена из околности „побуде из којих је кривично дело учињено“ и предвиђено је да има значај обавезне ошжавајуће околности. Сходно томе, у фокусу интересовања првог дела рада јесу ошћа правила према којима мржња своје кривичноправно дејство остварује на плану кажњавања – као факултативна ошжавајућа околност (члан 54, став 1. КЗ) и као обавезна ошжавајућа околност (члан 54а КЗ). Будући да су у одредби члана 54а КЗ кључни појмови мржња – као врста негативне емоције, и дискриминаторски став – као врста предрасуде, аутор правнодоимско разматрање допуњује и одговарајућим психолошким знањима, која представљају предмет истраживања кривичноправне законске психологије. У другом делу рада, аутор анализира законске описе кривичних дела у којима се мржња посредно или непосредно јавља као обележје бића (члан 114, тачка 5. КЗ; члан 137, став 2. КЗ; члан 317, став 1. КЗ; члан 344а став 1. КЗ и члан 387, ст. 3. и 4. КЗ) и кривичних дела у којима се субјективно обележје бића исцрпљује у мотивационом дејству одговарајуће дискриминаторског става (члан 128. КЗ; члан 174. КЗ; члан 371. КЗ и члан 387, став 1. КЗ). На крају рада дају су закључци и предлози de lege ferenda.

Кључне речи: *Кривични законик Републике Србије. – Реформа кривичног законодавства. – Редовно одмеравање казне. – Мржња. – Дискриминаторски став. – Злочини из мржње.*

* Ауторка је редовна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, ndelic@ius.bg.ac.rs.

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Доношењем Кривичног законика (КЗ) из 2006. године почела је нова епоха у развоју српског кривичног законодавства тиме што је наша земља добила модеран и савремен кривични законик који је настао као резултат свеобухватног критичког преиспитивања и анализе важећег нормативног система са аспекта начела законитости.

Законодавна реформа која је након тога уследила и која, у целини посматрано, представља један од круцијалних сегмената сложеног процеса идентитетског преображаја Србије, до сада је обухватила доношење више (пет) закона,¹ а извршене интервенције подразумевају имплементирање одређеног броја нових решења и у Општем и у Посебном делу Законика.

Иако се за Општи део Законика може констатовати да представља значајан корак у усавршавању кривичног законодавства јер садржи одређени број решења из ранијег законодавства која су се током протеклих година примењивања показала као ефикасна у пракси и која су потврдила своју доктринарну утемељеност, а у њему су такође имплементирана и многобројна нова решења, креирана на основу ставова савремене теорије кривичног права, и у извесној мери конципирана по узору на одређена компатибилна решења из појединих европских законика,² законодавац је ипак, током протеклих година, истина у мањој мери, уносио одређене новине у тај, по својој природи, статичан део функционално и структурално интегрисаног система кривичног права, и то пре свега у области кривичних санкција, односно одмеравања казни.³

С друге стране, ограничена аутономија посебног дела кривичног права, која детерминише његову наглашену динамику, омогућила је законодавцу да досадашњу реформу у највећем делу спроведе у сфери посебних норми кроз честе и многобројне измене и допуне законских описа појединих кривичних дела, предвиђање тежих казни, прописивање нових кривичних дела⁴ и сасвим спорадичну декриминализацију.⁵

У контексту сложене проблематике актуелних законских новина, наше научно интересовање усмерено је на питање кривичноправног значаја мржње

1 Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05 – испр. и 107/05. – испр.; Службени гласник РС, бр. 72/09; Службени гласник РС, бр. 111/09; Службени гласник РС, бр. 121/12; Службени гласник РС, бр. 104/13 и Службени гласник РС, бр. 108/14.

2 Вид. Н. Делић, *Нова решења ојшћих инстћиујуа у Кривичном законик у Србије*, Београд 2009, 1–185.

3 Вид. З. Стојановић, „Систем казни у кривичном праву Србије и потреба његовог даљег усавршавања“, у: *Казнена реакција у Србији, њећи ге*, Београд 2015, 1–24.

4 Вид. Н. Делић, *Нова решења у Посебном делу Кривичној законика Србије*, Београд 2014, 1–248.

5 Вид. Н. Делић, „Criminalisation Versus Decriminalisation – The Status and Perspectives of the Special Part of the Serbian Criminal Legislation“, у: *Казнена реакција у Србији, њећи ге*, Београд 2015, 88–104.

која је до 2012. године, за разлику од посебног дела кривичног права, у општем делу фигурирала једино посредно, да би тада први пут у једној општој норми била непосредно појмовно идентификована и добила одговарајући кривичноправни значај.

Наиме, одредбом новог члана 54а КЗ законодавац је ограничио овлашћења суда у области редовног одмеравања казне тако што је из генусног појма субјективне околности „побуде из којих је кривично дело учињено“ (члан 54, став 1. КЗ) издвојио једну ниску побуду – мржњу засновану на дискриминацији, и предвидео да, супротно општем правилу о факултативном значају олакшавајућих и отежавајућих околности, има значај обавезне отежавајуће околности.

Пошто је реч о мржњи заснованој на дискриминацији, није тешко уочити да је *ratio legis* датог правила у корелацији са тежњом законодавца да обезбеди појачану кривичноправну заштиту одређеним друштвеним групама, односно да допринесе креирању строже казнене политике судова у случајевима када је кривично дело учињено према припаднику неке од заштићених група.

Но, треба рећи да је током претходних фаза реформе законодавац свој утицај на казнену политику судова, по правилу, ограничавао на посебни део законика и у том смислу или подизао посебне минимуме и/или посебне максимуме прописаних казни или предвиђао квалификоване облике појединих кривичних дела.

Овога пута пак, као и у случају прописивања забране ублажавања казне за поједина кривична дела (члан 57, став 2. КЗ),⁶ законодавац интервенише у општем делу и на тај начин (поново) нарушава нормативну кохезију у области одмеравања казне. При томе, то чини прописивањем норме која је обликована под утицајем одговарајућих криминолошких схватања и отуда њено тумачење и примена отварају многа спорна питања.

Осим тога, у раду је одговарајућа пажња посвећена и нормама посебног дела кривичног права у оквиру којих се мржња јавља као обележје бића појединих кривичних дела. Наиме, мржња се као субјективно обележје посредно јавља у два кривична дела (члан 114, тачка 5. КЗ и члан 137, став 2. КЗ), а у три кривична дела непосредно представља интегрални део одређеног објективног обележја бића (члан 317, став 1. КЗ, члан 344а став 1. КЗ и члан 387, ст. 3. и 4. КЗ).

Најзад, будући да је у контексту одредбе члана 54а КЗ појам мржње функционално повезан са појмом дискриминаторског става, за критичку анализу дате проблематике значајна су и четири кривична дела у којима се субјективно обележје бића исцрпљује у мотивационом дејству одговарајућег дискриминаторског става (члан 128. КЗ, члан 174. КЗ, члан 371. КЗ и члан 387, став 1. КЗ).

6 Вид. Н. Делић, „Забрана (искључење) ублажавања казне у одређеним случајевима“, *Crimen*, Београд 2/2010, 228–245.

I

У општем делу кривичног права мржња се као релевантна јавља на два начина: посредно – у контексту генералне клаузуле „побуде из којих је кривично дело учињено“ (члан 54, став 1. КЗ)⁷ и непосредно – у виду мржње засноване на дискриминацији (члан 54а КЗ).

У складу са општим правилима, мржња кривичноправно дејство остварује на плану кажњавања – као факултативна отежавајућа околност и као обавезна отежавајућа околност.

Побуде из којих је кривично дело учињено имају значај приликом редовног одмеравања казне, то јест одмеравања казне у оквиру прописане казне за одређено кривично дело. Према законском тексту (члан 54, став 1. КЗ), основни критеријуми за редовно одмеравање казне јесу прописана казна, сврха кажњавања и олакшавајуће и отежавајуће околности. Олакшавајуће и отежавајуће околности представљају најважније околности које суд мора узети у обзир приликом одмеравања казне, оцењујући при томе сваку од њих са гледишта утицаја на одмеравање казне и њеног односа према другим околностима као и све околности у њиховој међусобној интеракцији. Законодавац није унапред, у смислу *numerus clausus*, дефинитивно одредио круг (каталог) релевантних околности⁸ нити њихов значај. Такав начин регулисања има две последице: прву – суд је приликом одмеравања казне дужан да осим наведених у обзир узме и све друге околности које у конкретном случају постоје, а које се не могу подвести ни под једну наведену у закону, и другу – због своје нормативне амбивалентности, једна иста околност, зависно од конкретног случаја, може бити олакшавајућа или отежавајућа. Дате околности могу бити субјективне или објективне. Једна од субјективних околности јесу „побуде из којих је кривично дело учињено“. Пошто су побуде подложне етичком вредновању, односно у сваком случају захтевају процену која непосредно или посредно почива на усвојеним друштвеним схватањима и моралним императивима – морал је примарни сводни именоватељ, оне по својој природи могу бити позитивне или негативне. Једном речју, као и друге релевантне околности, могу бити валоризоване као олакшавајуће или отежавајуће околности.⁹ Неспор-

7 У општем делу закона побуде, односно побуде из којих је кривично дело учињено, одговарајући значај такође имају и у оквиру следећих правила: опозивање условног отпуста (члан 47, став 2. КЗ), изрицање новчане казне (члан 48, став 2, КЗ), поврат (члан 55. КЗ), опозивање условне осуде (члан 67, став 2. КЗ) и протеривање странца из земље (члан 88, став 2. КЗ).

8 Ово долази отуда што је законодавац стао на становиште да је тешко унапред предвидети све околности у којима неко кривично дело може бити учињено, те је и њихово исцрпно одређивање унапред немогуће. Међутим, како је у већини случајева ипак реч о истоврсним околностима, законодавац уопштено одређује најчешће и најтипичније околности.

9 Како се наводи, „шта је добро и зло, шта је човечно, шта је нечовечно, не може се одредити унапред и једном заувек и за сва друштва. Међутим, постоје и извесне моралне норме које су више-мање истоветне у свим моралним системима, то су моралне константе“. Р. Лукић, *Основи социологије*, Београд 1995, 302.

но је да мржња представља негативну побуду и увек има значај отежавајуће околности.¹⁰

Отуда, уколико је неко (било које) кривично дело учињено из мржње (било какве мржње), дата околност би приликом одмеравања казне, применом аналитичко-синтетичког метода, са нагласком на појединачном вредновању релевантних околности, по природи ствари, имала значај отежавајуће околности, то јест околности која ће оправдати (аргументовати) одмеравање казне које се креће у правцу максимума казне прописане за одређено кривично дело.¹¹

По питању да ли етички вредноване побуде које имају значај олакшавајућих или отежавајућих околности имају утицај на кривицу, другим речима, да ли је мржња као негативна побуда од значаја за степеновање кривице, треба рећи да, иако у теорији постоје и другачија, по нама неприхватљива схватања да су побуде саставни део кривице и у том смислу је и непосредно одређују,¹² овде превасходно морамо поћи од законског појма кривице и прихваћене мешовите психолошко-нормативне теорије кривице.¹³

Према психолошко-нормативним теоријама кривице, умишљај и нехат су истовремено и елементи и облици кривице. Елементи зато што не садрже читаву кривицу (као у оквиру психолошких теорија), већ морају бити и вредновани. При томе, они су елементи од посебног значаја, и то из два разлога: првог, јер дају суштински печат кривици, и другог, јер се остали елементи (урачунљивост и свест о противправности) претпостављају, па је у највећем броју случајева утврђивањем умишљаја и нехата решено и питање кривице. Такође, умишљај и нехат су и два појавна облика кривице, односно два различита степена кривице јер у основи умишљај значи свесно кршење друштвених норми и отворено супротстављање темељним друштвеним вредностима,

10 З. Симић, „Појам ниских побуда“, *Анали Правној факултету у Београду*, Београд 1/1967, 93; Група аутора, редактор Н. Срзентић, *Коментар Кривичној закону СФРЈ*, Београд 1978, 199. и З. Стојановић, *Коментар Кривичној законика*, Београд 2012а, 399. У истом смислу изјашњава се и наша судска пракса, на пример, ВСС Кж. I 1462/04. Цит према, www.lexonline.pragaraf.rs.

11 Д. Атанацковић наглашава да приликом редовног одмеравања казне мотивима никако не треба давати одлучујући значај јер „извлачење“ мотива као субјективног феномена у кривичном праву у први план не доводи само до обичног замагљивања суштине ствари, већ истовремено значи и отварање врата крајњем субјективизму у решавању кривичноправних проблема. Д. Атанацковић, *Критеријуми одмеравања казне*, Београд 1975, 94–97.

12 Тако Љ. Јовановић истиче да мотив има веома важну улогу у формирању виности (кривице), пре свега умишљаја као најизразитијег облика. Аутор сматра да је и нехатно понашање у одређеној мери такође мотивисано, али само када је реч о свесном нехату (Љ. Јовановић, „Мотив и виност“, у: *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, Ниш 1982, 80–81). Љ. Јовановић у основи преузима мишљење Д. Суботића, који наводи да мотив представља конститутивно обележје умишљаја, истичући да је умишљај сложена категорија, а мотив каузални елемент који опредељује његов правац и садржај (Д. Суботић, *Моћив и његов значај у кривичном праву*, Нови Сад 1938, 73). У савременој литератури на наведено схватање наилазимо код А. Ђурића. А. Ђурић, *Моћив у кривичном праву*, ДД, Правни факултет у Нишу, Ниш 2005, 115.

13 Вид. Н. Делић, „Теорије кривице и кривичноправни значај правне заблуде“, у: *Стање криминалистике у Србији и правна средства решавања, други део*, Београд 2008, 170–188.

а нехат само равнодушност према њима. Сходно томе, кривично право узима у обзир одговарајуће социјално-етичко вредновање и правно га артикулише тако што се умишљајном и нехатном учиниоцу упућује прекор различите тежине. Дати поступак социјално-етичког вредновања, између осталог, подразумева да се одговарајућа побуда посредно садржински интегрише у умишљај, односно његов психолошки супстрат који на тај начин престаје да буде потпуно вредносно неутралан и етички безбојан. Другим речима, валоризацијом побуда (као и других субјективних околности) умишљај посредно добија своју примарну дозу нормативности која се потом у свом тоталитету остварује кроз суд о невредности дела којим учинилац крши норму и суд о његовом односу према тој норми и добру које норма штити – прекором који се упућује учиниоцу кривичног дела.

Сходно претходно реченом, може се закључити да побуде из којих је кривично дело учињено у суштини имају двоструку функцију: примарну, непосредну и конкретну – критеријум за редовно одмеравање казне и секундарну, посредну и апстрактну – детерминанта јачине прекора који се може упутити учиниоцу кривичног дела, што, у датом контексту разматрања, значи да постојање мржње као негативне побуде посредно имплицира и већи степен социјално-етичког прекора.¹⁴

Реформом кривичног законодавства из 2012. године круг околности које суд мора процењивати приликом одмеравања казне проширен је увођењем једне обавезне отежавајуће околности. Наиме, одредбом члана 54а КЗ предвиђено је да ће околност да је кривично дело учињено из мржње због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица имати значај отежавајуће околности уколико она није прописана као обележје кривичног дела.

На тај начин, законодавац из претходно поменуте околности „побуде из којих је кривично дело учињено“ (члан 54, став 1. КЗ) издваја једну негативну побуду – мржњу и даје јој значај обавезне отежавајуће околности.¹⁵

Треба нагласити да, сходно законској одредби, значај обавезне отежавајуће околности нема мржња као таква, односно било каква мржња, већ само одређена врста мржње – мржња заснована на дискриминацији.¹⁶

14 Иако има мишљења да, из разлога што утичу на степен кривице, побуде из којих је кривично дело учињено није требало посебно наводити у закону (Р. Novoselec, I. Војанић, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb 2013, 434), ипак треба сматрати да се побуде, као и друге субјективне околности, приликом степеновања кривице узимају у обзир у једном ширем контексту и на тај начин посредно доприносе формирању коначног суда о степену кривице и јачини прекора који се може упутити учиниоцу и стога није сметња да се оне непосредно и самостално вреднују и узму у обзир приликом одмеравања казне (З. Стојановић, 2012а, 243). О односу кривице и побуда у енглеском кривичном праву вид. И. Ђокић, „О појму умишљаја у енглеском кривичном праву“, *Правни животи*, Београд 9/2014, 272–273.

15 До сада је из дате генералне клаузуле у општем делу кривичног права био издвојен само мотив користољубља (члан 48, став 2. КЗ).

16 Z. Stojanović, „Racist and xenophobic motivation as an aggravating circumstance in sentencing“, *Strani pravni život*, Београд 2/2014, 16–17.

Иако одредба према којој мржња заснована на дискриминацији има значај обавезне отежавајуће околности у основи представља „озбиљно“ одступање од општих правила о одмеравању казне и отвара многа спорна питања, у теорији наилазимо на став да је такво решење оправдано пре свега због потребе усаглашавања домаћег законодавства са међународним правилима.¹⁷

Као што је претходно наведено, мржња као таква, односно мржња заснована на дискриминацији, у кривичноправном смислу представља једну врсту ниске/негативне побуде. Будући да се у кривичном праву, као што је познато, појмови побуде и мотиви користе као синоними,¹⁸ може се констатовати да је у члану 54а КЗ реч о кривичним делима која су мотивисана мржњом заснованом на дискриминацији – тзв. злочинима из мржње (злочинима мржње).

Језичким тумачењем дате норме долазимо до закључка да је за њену примену потребно да је учињено кривично дело мотивисано мржњом која је проистекла из дискриминаторског става према одређеним друштвеним групама. Другим речима, дискриминаторски став према одређеним друштвеним групама резултирао је мржњом која је мотив учињеног кривичног дела.

Два појма су овде кључна: мржња – као врста емоције, и дискриминаторски став – као врста предрасуда.¹⁹

-
- 17 Д. Коларић, „Мржња као отежавајућа околност“, у: *Нова решења у казненем законодавству Србије и њихова практична примена*, Златибор 2013, 418–420. Између осталих (Конвенција Уједињених нација о уклањању свих облика расне дискриминације усвојена 1965. године; Међународни пакт о грађанским и политичким правима усвојен 1966. године; Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и Протокол број 12 из 2000. године и друге), овде је посебно значајна одредба члана 4. Оквирне одлуке Савета Европске уније о борби против одређених облика и начина изражавања расизма и ксенофобије мерама кривичног права из 2008. године у којој је за државе чланице предвиђена обавеза да у национална законодавства имплементирају правила која ће омогућити да мржња заснована на расистичким или ксенфобичним ставовима обавезно буде узета у обзир приликом одмеравања казне. Вид. Д. Миладиновић Стефановић, *Редовно одмеравање казне у кривичном праву*, ДД, Правни факултет у Београду, Београд 2013, 481.
- 18 Како се наводи: „Побуде из којих је кривично дело учињено представљају мотив извршења дела те објашњавају разлоге због којих је учинилац дело остварио“ (Група аутора, редактор Н. Срзентић, 199). Међутим, у теорији има и мишљења се на тај начин неоправдано сужава појам мотива. Према том схватању, побуде представљају само један од иницијалних елемената који условљавају актуелизацију потреба услед чега долази до мотивационог процеса, односно процеса формирања мотива. Отуда, како се наводи, деловање побуде као иницијалног елемента не мора да значи да ће до формирања мотива и доћи јер побуда у оквиру мотивационог процеса може бити и одбачена пре него што је мотив формиран. Б. Симоновић, *Криминолошки, кривичноправни и криминалистички аспекти мотивива кривичног дела*, ДД, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 1991, 727.
- 19 У питању су појмови који улазе у поље легислативе, односно који се користе у кривичном праву, али изворно потичу из других ванправних научних дисциплина. Наиме, за њихово тумачење и боље разумевање неопходно су, пре свега, одговарајућа психолошка знања. Објашњењем психолошких, психопатолошких и психијатријских појмова који се користе у кривичном праву бави се законска кривичноправна психологија која представља део законске психологије, која је научна област у оквиру судске психологије у ширем смислу. Вид. Н. Делић, „Судска психологија као наставна и научна дисциплина“, *Crimen*, Београд 1/2012, 42.

Постоји веома велики број мотива који одређују људско понашање и ниједно набрајање не може да их исцрпи. Најчешћа подела мотива је на биолошке, социјалне и персоналне. Различите навике, интереси, ставови и друге особине личности такође могу деловати као мотиви. Веома чести мотиви су и емоције.

И у случајевима када емоције нису мотиви, оне ипак имају посебан значај за мотивацију јер мобилишу енергију човека. Тада емоције помажу остварење постојећих мотива, тако што дају интензитет и снагу активности изазваној мотивима.

У етимолошком смислу, појам емоција долази од латинског *emovere* – покренути. Сличан корен има и реч мотивација, *movere*, покретати, *motus*, покрет, кретање. Синоним за емоцију је осећање. У савременој психолошкој литератури емоција се дефинише као реакција субјекта²⁰ на стимуланс који је оценио као важан, а која висцеларно (органиски), моторно, мотивационо (покреће на одређену активност или је инхибира) и ментално (делује на друге менталне функције) припрема субјекта за адаптивну активност – понашање.²¹ За разлику од осета, који стално постоје, емоције егзистирају у дисконтинуитету, то јест само у неким ситуацијама. Да би настала емоција, треба да постоји стимулусна ситуација, да она буде опажена и ментално репрезентована. Стимулусна ситуација не мора реално да постоји, може бити и само представљена у процесу сећања или имагинације и да као таква реагује осећањем. Свако има способност да изабере како ће изразити своје осећање, што значи да постојање неког осећања не може бити оправдање за неприхватљиво понашање.²² Емоционалне реакције могу бити и несвесне, било примарно, када нису освешћене, или секундарно, када су резултат потискивања. Фројд је први указао на то да нека понашања могу бити детерминисана несвесним осећањима. Сва осећања се могу поделити на пријатна и непријатна. Пријатна су љубав, срећа, радост, а непријатна су страх, љутња, туга. Оно што је заједничко за све ситуације у којима постоје негативна осећања јесте субјективна процена да дата ситуација угрожава неку вредност оног ко осећа. С друге стране, пријатна осећања се јављају када стимулусна ситуација, по процени оног ко осећа, стимулише неку његову вредност. У процени интензитета осећања користе се оцене слабо, средње јако, јако и изузетно јако. Веома снажна осећања називају се афекти. Основно правило које важи за интензитет осећања јесте: што се нека стимулусна ситуација опажа као значајнија, то се осећа интензивнија емоција. Истраживање је показало да се непријатна осећања доживљавају скоро дупло интензивније од пријатних. Иако је интензитет осећања резултат субјективне процене стимулусне ситуације, и други људи такође процењују да ли је интензитет израженог осећања у разумљивом односу са стимулусном

20 Примера ради, Н. Рот емоцију одређује као „доживљај“ (Н. Рот, *Ојшѿа ѿсихолоѿија*, Београд 2000, 179), а В. Десимировић као „однос или став“. В. Десимировић, *Медицинска ѿсихолоѿија са основама ѿсихоѿаѿолоѿије*, Београд 1997, 151.

21 З. Миливојевић, *Емоције, ѿсихоѿераѿија и разумевање емоција*, Нови Сад 2014, 20.

22 О односу слободе воље и мотива још почетком 20. века писао је Ж. Топаловић. Вид. Ж. Топаловић, „Граничне међе умишљаја и нехата“, *Crimen*, Београд 1/2010, 117–120.

ситуацијом. Због тога је процена интензитета осећања један од параметара на основу којих се одређује адекватност осећања. Осећања се разликују и по трајању, уобичајено се разликују кратко, средње и дуго трајање осећања. Појмови осећања и емоције користе се за краткотрајна осећања, а осећања средњег и дугог трајања називају се расположења и сентименти. Расположење је осећање које дуго траје и које у неком временском периоду представља основни емоционални статус једне особе. Сентимент је осећање које је постало хронични однос према одређеном објекту и не постоји стално већ само онда када се на дати објект мисли или се са њим суочи. Због своје трајности и интензитета сентименти имају посебан значај у мотивацији и понашању. За разлику од емоције, која је актуелни доживљај, сентимент је трајна структура која представља диспозицију да се одређена емоција под одређеним условима поново доживи.²³ У теорији се као пример негативног сентимента, по правилу, наводи мржња.²⁴

Сматра се да је појам мрзети настао од *мрзнути* и да је највероватније повезан са хладноћом погледа особе која мрзи. Мржња је врста осећања, по својој трајности сентимент, које постоји према некој особи за коју се верује да је зла и да угрожава одређену вредност оног који осећа мржњу. Мржња по својој природи претпоставља три процене (когнитивна тријажа мржње). То значи да би неко другог проценио злим мора веровати да тај кога мрзи испуњава три услова: да битно угрожава неку његову високу вредност, да то чини без одговарајућег повода или оправдања и да то чини свесно и намерно. У суштини свака мржња је одређена контрамржња, односно реакција на стварну или умишљену претходну мржњу оног ко се мрзи. Верује се да је омрзнута ирационално деструктиван у односу на оног који мрзи или у односу на неку њему значајну вредност. Једном речју, онај који мрзи себе на одређени начин доживљава као жртву постојања омрзнутог и верује да би све било у реду када омрзнута не би постојао. Омрзнутом се приписују врховне антивредности и он се у односу на систем вредности оног који мрзи поставља као његова инверзија и негација. Све то чини да је мржња манифестација вредносног система оног ко мрзи и отуда онај ко учини неко друштвено неприхватљиво понашање из мржње, ма како оно другима изгледало сурово и нечовечно, не само да неће осећати кривицу и кајање због поступка, већ напротив може осећати понос и задовољство. У одређеним случајевима, а то је углавном онда када онај ко мрзи дође у перцептивни контакт са омрзнутим, мржња може прерасти у јак афект мржње, то јест гнев. Свим понашањима којима се објективизира осећање мржње заједничка је деструкција, односно настојање да се омрзнута на одређени начин повреди, да му се нанесе штета. Сврха тих деструктивних акција јесте да се омрзнута натера да пати, да испашта. Степен деструкције може варирати, али, по правилу, крајњи циљ мржње јесте да се омрзнута уништи. Оно што одликује деструктивност про-

23 З. Миливојевић, 19–26. Упор. Ч. Хајдуковић, *Судска психологија*, Београд–Зајечар 1981, 38–44.

24 Н. Рот (2000), 194; Н. Рот, С. Радоњић, *Психологија*, Београд 2012, 130–131. и З. Ђирић, *Судска психологија*, Београд–Ниш 2013, 81.

истеклу из мржње јесте њен посебан квалитет – свирепост или бруталност. Иако мржња претпоставља да онај ко мрзи верује како је омрзнати из ирационалних разлога угрозио неку његову високу вредност, односно учинуо му неку штету, могући су и случајеви када се неко мрзи зато што има исте особине као неко ко је оном ко мрзи или неком њему блиском лицу нанео одређено зло. У тим случајевима лоше искуство узрокује претерану генерализацију и мржњу која је усмерена према припадницима одређених група организованих по најразличитијим критеријумима: полу, раси, етничкој припадности и др.²⁵

Ставови би се могли одредити као тенденције да се позитивно или негативно реагује на неку особу, предмет, ситуацију или институцију. Прецизније речено, под ставом се подразумева неурална и ментална спремност, формирана на основу искуства, која врши директивни или динамички утицај на реаговање појединца. Сходно томе, ставови представљају трајну особину која има своју неурофизиолошку основу и диспозицију која се активира када појединац дође у контакт са одређеним објектима и ситуацијама. Ставови се под одређеним утицајима формирају током живота сваког појединца. Пошто имају директивни и динамички утицај, од њих зависи не само процена односно формирано мишљење о нечему већ и конкретна акција. Постоје три извора ставова: а) прихваћене социјалне и групне норме – усвајају се од родитеља, учитеља, других чланова друштва; б) лично искуство и знање о појавама према којима постоји одговарајући став – будући да су искуство и знање по правилу ограничени, у формирању ставова важну улогу имају одређени ауторитети, што значи да се ставови стварају на основу контакта са онима који о датој појави имају став и износе га и в) мотиви и трајне особине личности. Ставови значајно утичу на понашање људи јер постају интегративни део личности и утичу на различите менталне функције (опажање, мишљење и др.) и акцију. Ставови су релативно трајног карактера и сматра се да су главни разлози њихове отпорности према промени следећи: селективни карактер перципирања и сећања; избегавање ситуација које би могле утицати на мењање ставова и социјални притисак да ставови остану непромењени. Ставови се уобичајено манифестују у изјавама и акцијама. Могуће је да постоји несклад између става и акције јер је понашање сваког појединца многоструко детерминисано. Ставови могу бити позитивни и негативни. Најзад, ставови су по природи ствари праћени више или мање интензивним емоцијама.²⁶

Посебна врста ставова јесу предрасуде. То су интензивни и неосновани ставови који се тешко мењају. Другим речима, то је логички неоснован и изразито негативан став према припадницима појединих раса, нација и религија. Предрасуде као врсту ставова карактеришу следећи моменти: а) предрасуде изазивају одређене врсте дражи, пре свега припадност некој раси, нацији или социјалној групи; б) предрасуде укључују интензивну емоционалну реакцију према особома према којима постоји предрасуда – емоционална реакција која прати предрасуде много је интензивнија него она која прати „обичне“

25 З. Миливојевић, 435–436. и 443–446.

26 Н. Рот, *Социјална психологија*, Београд 2010, 367–418.

ставове; в) реаговање изазвано предрасудама по правилу представља негативан, непријатељски однос – предрасуде редовно означавају ниподаштавање, непризнавање вредности, потцењивање и осуду неке групе или њеног припадника; г) предрасуде се не заснивају на стварном стању, то јест на чињеницама, него су редовно супротне стварним чињеницама и д) предрасуде су тешко приступачне разумним разлозима – зато се тврдокорно одржавају и веома тешко мењају. Као и други ставови, и предрасуде се стичу током индивидуалног живота под утицајем околине (мала деца немају ни расних ни националних предрасуда). Односно, предрасуде се формирају на основу контаката са одређеним схватањима. Формиране предрасуде се упорно одржавају и снажно утичу на мишљење и деловање. Један од разлога за то је и чињеница да предрасуде пружају могућност за ослобођење нагомиланог незадовољства и негативних агресивних тенденција. Узрок акумулирања негативне агресивности јесте немогућност задовољења различитих мотива. Потиснуте негативне агресивне тенденције јачају и траже начин да се изразе. Појединац ће их се најлакше ослободити тако што ће нагомилану агресију управити према онима према којима је то лако и безопасно, а не према стварном узроку који је довео до дате негативне агресије. Одржавању предрасуда пре свега помаже њихова рационализација, односно њихово правдање мноштвом нерационалних различитих разлога и аргумената. Као и друге врсте ставова, и предрасуде утичу на мишљење и акције. Како предрасуде подразумевају негативан и непријатељски однос према одређеним групама, оне представљају друштвено негативне и штетне појаве.²⁷

У социјалној психологији посебна пажња се поклања изучавању негативних етничких и расних предрасуда. Иако по природи ствари све негативне групне предрасуде укључују негативне емоције и спремност да се приступи акцији против групе према којој постоје предрасуде, важно је разликовати предрасуде с обзиром на интензитет њихове емоционалне компоненте. Предрасуде које су последица конформирања (манифестовање ставова карактеристичних за групу којој се припада, а управо због тога што јој се припада) не морају бити праћене интензивним негативним емоцијама и непријатељством према групама према којима предрасуде постоје и као такве се најлакше сузбијају. Предрасуде које су повезане са традиционалним начином живота и традиционалним схватањима су дубље укоренење и теже их је отклонити. Најзад, предрасуде праћене веома интензивним негативним емоцијама, као што је мржња, које свој корен имају у личним особинама појединаца, у њиховој личној несигурности и у нагомиланој негативној агресивности, најтеже се отклањају јер су део њихове структуре личности.²⁸

Осим мржњом, предрасуде могу бити праћене и неким другим негативним емоцијама, на пример, љутњом, презиром или гађењем.

Љутња као осећање постоји када се процењује да се неко неоправдано понаша на начин који угрожава неку вредност оног који се љути. Првенстве-

27 *Ibid.*, 489–515.

28 *Ibid.*, 518.

но, љутња има функцију захтева другој особи да промени своје понашање. Веома интензивно осећање љутње јесте афекат љутње, то јест бес или срџба. Када се осећање љутње јавља као расположење, назива се огорченост. Понашање које проистиче из осећања љутње јесте агресивност. Агресивно понашање чине невербални (мрштење, стезање вилице, стезање песница, промена интензитета гласа) и вербални сигнали (вербализација захтева да се промени понашање) као и могуће одговарајуће физичко насиље. Будући да љутња и агресивност увек представљају захтев да други промени своје понашање, они нису усмерени на личност другог. Сходно томе, уколико се постигне тражена промена понашања, љутња престаје и нестаје потреба за агресивним понашањем.²⁹

У етимолошком смислу, реч презир је сложеница састављена од *џре*, *џреко* и *зир*, гледати, дакле гледати преко неког, не видети га. Презир је осећање које постоји према неком за кога се процењује да је недовољно вредно људско биће. Презир је социјално осећање са исходиштем у вредносном систему одређене културе, супкултуре, породице или појединца. Када не би постојали вредносни стандарди, не би било могуће ни осећање презира. Психичка функција презира повезана је са одржавањем субјективног вредносног система. Презир је осећање које је увек усмерено према некој особи или групи људи, и то према тоталитету бића особе која је објект презира (тотални презир) или према неким њеним карактерним цртама (парцијални презир). Понашања која проистичу из презира јесу игнорисање, одбацивање или понижавање које може бити остварено вербално (ругање, подсмехање, мимични израз гађења) или физички (пљување, шамарање, ударац рукавицом, шишање до главе, гађења јајима). Презир само изузетно може проузроковати агресивно понашање.³⁰

Осећање гађења постоји када се процењује да би некаква штетна супстанца могла бити унета у организам. У развијању осећања гађења према одређеним објектима велику улогу има социјализација. Објект гађења су првенствено предмети и мале животиње, а људи тек посредно. Гађење се осећа према оним људима који су запуштени и не држе до хигијене или који болују од заразних болести јер се верује да би могли пренети неке узрочнике заразе, то јест да у односу на њих постоји потенцијална инфективна контаминација. Постоји снажна веза између гађења и презира: оно што је гађење у релацији према свету предмета и животиња, то је презир у односу према другим људима. Често се презиру људи у односу на које постоји гађење.³¹

Сходно свему реченом, можемо да констатујемо следеће.

Мрзи се онај за кога се верује да је зао. Из осећања мржње произлази деструктивност, односно тежи се уништењу онога ко се мрзи. (Мржња и љубав се искључују.)

29 З. Миливојевић, 352–358.

30 *Ibid.*, 374–380.

31 *Ibid.*, 482–484.

Љутња је усмерена на понашање другог. Из осећања љутње може проizaћи агресивност. Но, будући да је агесија љуте особе усмерена на понашање другог, одговарајућа промена понашања отклања могућност агесије. (Љутња и љубав се не ускључују.)

Презир је усмерен ка нечијем бићу, његовој личности зато што се верује да је безвредан и тиме лош. Из осећања презира произлази деградација, а ретко агресивност. (Презир и љубав се искључују.)

Мржњу и презир повезује то што је у оба случаја представа о другом де-хуманизована. Мржња и презир представљају тзв. неадекватне (ирационалне) емоције. Иако имају своју унутрашњу логику и сврху, засноване су на погрешним премисама, односно на искривљеним претпоставкама о себи и другима и отуда презир може прећи у мржњу.

Оно што мржњу квалитативно диференцира у односу на друге наведене негативне емоције јесте чињеница да осећање мржње резултира деструкцијом, за разлику од љутње и презира, код којих постоји потенцијална агресивност.³²

Управо то би могао да буде и основни разлог због којег је законодавац у члану 54а КЗ предвидео да значај обавезне отежавајуће околности има само мржња заснована на дискриминацији, а не и нека друга негативна емоција.

При томе, као што је претходно објашњено, следствено законском тексту, мржња је непосредан мотив кривичног дела и стога у узрочно-последичном смислу „непосреднија“ кривичном делу него постојећи дискриминаторски став – предрасуде.³³

32 На потребу разликовања термина агесија и деструкција први је указао Е. Фром у свом делу *Анаитомија људске деструктивности*. Према његовом мишљењу, агесија означава дефанзивну, реактивну агесију. То је вид агесије који је биолошки адаптиван и служи животу. Деструкција је тип агесије који није адаптиван и не представља одбрану од угрожености, то јест није филогенетски програмирана и искључиво је човеково својство. Деструкција је биолошки штетна и манифестује се у виду телесних повреда или лишавања живота. Агресивност је по својој природи саставни део људске афективности и испољава се отворено или прикривено. Углавном јој се приписују два значења: негативно – према којем је спољни израз непријатељства, мржње или беса усмерених против спољног света или против себе и позитивно – према којем је она у основи позитивне акције, предузимљивости и приближавања другоме, као нека врста друштвене борбености. Социјално прихватљиво понашање претпоставља да су негативне агресивне и деструктивне тенденције које код неког евентуално постоје контролисане свешћу о друштвеним вредностима. Другим речима, негативно агресивно и деструктивно понашање по правилу није својствено људима са развијеним социјалним системом вредности. М. Костић, *Форензичка психологија*, Београд 2002, 132–134. Вид. В. Десиминовић, 156–158.

33 Треба приметити да се криминолошкој и виктимолошкој литератури наведено не уочава и да се сматра да је за „злочин мржње“ свеједно да ли ће у конкретном случају значај мотива имати мржња, нека друга негативна побуда или дискриминаторски став. Наиме, како се наводи, злочин мржње представља „дело које се врши из мржње, одбојности или негативне настројености извршиоца према групи или колективитету којима жртва, по његовом мишљењу припада“ (Ђ. Игњатовић, *Криминологија*, Београд 2015, 109. и Ђ. Игњатовић, Б. Симеуновић Пагић, *Виктимологија, Оштии гео*, Београд 2015, 121), односно, у питању је кривично дело које је учињено „због мржње, односно предрасуда“. Ђ. Игњатовић, „Злочини мржње“, *Правни животи*, Београд 9/2005, 7. Вид. D. Green, „Hate Crimes“, *University of*

Будући да је у датом контексту значај мржње одлучујући, њено постојање, порекло и мотивациони значај за настанак кривичног дела у сваком конкретном случају морају бити недвосмислено утврђени.

Најзад, у општем делу кривичног права мржња посредно може имати значај и за постојање неурачунљивости и битно смањене урачунљивости (члан 12, ст. 1. и 2. КЗ). Један од биолошких основа неурачунљивости и битно смањене урачунљивости јесу и привремене душевне поремећености, под којима се подразумевају тежи поремећаји краћег привременог или повремениог трајања који зависе од деловања одређеног егзогеног или ендогеног фактора. Између осталих, то могу бити и стања изазвана афектима.³⁴

Афекти су интензивна, краткотрајна осећања, праћена одговарајућим изражајним променама. Карактеришу их нагlost у настанку, релативно кратко трајање, изражен интензитет и буран ток. Постоје различите и бројне поделе афеката. Једна од њих је и подела на основу квалитета афективног доживљаја и карактеристика афективне реакције. У том смислу афекти се деле на физиолошке и патолошке.³⁵

Као што је већ речено, јак афекат мржње јесте гнев. Сматра се да једино гнев испољен у виду патолошког афекта може имати значај узрока привремене душевне поремећености као биолошког основа неурачунљивости и битно смањене урачунљивости.³⁶ Ово из разлога што, за разлику од физиолошког афекта, патолошки афекат може да оствари одговарајући утицај и на друге психичке функције, посебно на свест и вољномотивационе процесе и, сходно томе, може да доведе до немогућности реализације или битног смањења способности расуђивања или одлучивања. Треба нагласити да се патолошки афекат као узрок привремене душевне поремећености, по природи ствари, увек јавља у констелацији са још неким биолошким основом неурачунљивости и битно смањене урачунљивости. По правилу, то су душевна болест или заостали душевни развој. Физиолошки афекат пак, као облик нормалног емоционалног узбуђења, нема квалитативни потенцијал да у значајнијој мери компромитује друге психичке функције.

На крају треба рећи још и то да гнев као афекат мржње, уколико се јавља у виду физиолошког афекта, одговарајући кривичноправни значај као факултативни основ за ослобођење од казне има и у случају прекорачења границе нужне одбране услед јаке раздражености или препасти изазване нападом (члан 19. став 3. КЗ), будући да појам „јака раздраженост“ представља генералну каузулу која подразумева одговарајуће афективно стање.³⁷

Miami Law Review, Miami 1993–1994, 905–911. и F. M. Lawrence, „The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes“, *Michigan Law Review*, Michigan 1994–1995, 320–380.

34 Вид. Н. Делић, „Неке дилеме у вези утврђивања неурачунљивости и битно смањене урачунљивости (члан 23. КЗ)“, у: *Стање криминалистичка у Србији и њена средства решавања, први део*, Београд 2007, 157–159.

35 З. Ђирић, 93–94.

36 *Ibid.*, 101.

37 *Ibid.*, 106–107.

II

У посебном делу кривичног права мржња се јавља у законским описима неколико кривичних дела.

У два кривична дела значај допунског, односно основног обележја бића, мржња остварује посредно у виду „побуде“, прецизније речено, преко генералне клаузуле „ниске побуде“ (члан 114, тачка 5. КЗ) или „побуде засноване на било каквом облику дискриминације“ (члан 137, став 2. КЗ).

Да би постојало тешко убиство из ниских побуда (члан 114, тачка 5. КЗ), то јест да би се мржња могла сматрати ниском побудом која има значај допунске, квалификаторне околности, како се наводи, потребно је да је убиство учињено из мржње која се налази високо на скали негативног моралног вредновања. Није довољно само да се утврди да је убиство учињено из мржње, већ је потребно да се дата мржња градира и, сходно томе, на одговарајући начин валоризује, те да се дође до закључка да је реч о мржњи која са социјално-етичког становишта заслужује нарочиту осуду. Будући да градирање, односно валоризација мржње нису везани за унапред дефинисане критеријуме и да се „квантитет“ и „квалитет“ мржње углавном процењују у склопу свих околности конкретног убиства, квалификација тог кривичног дела по правилу зависи од става судске праксе.³⁸

Законски опис кривичног дела мучења (члан 137, став 2. КЗ) садржи два алтернативно предвиђена субјективна обележја. Прво – намеру дефинисану постизањем одговарајућег циља. Друго – „(друге) побуде засноване на било каквом облику дискриминације“ и, како се наводи, кривично дело постоји уколико је радња мучења предузета зато што у односу на пасивни субјект постоји неки облик дискриминације.³⁹ Из реченог произлази да у датом случају значај побуде има одговарајући став – дискриминаторски став. Но, будући да је у законском тексту прописано да се радња извршења предузима „из друге побуде засноване на дискриминаторском ставу“, језичким тумачењем закључујемо да се субјективно обележје бића не исцрпљује у дискриминаторском ставу који има значај побуде, већ да је потребно да је из дискриминаторског става проистекла одговарајућа побуда. Побуда која проистекне из дискриминаторског става и која непосредно мотивише радњу извршења може бити мржња или нека друга негативна емоција.

У три кривична дела мржња се изричито помиње, али не представља субјективно обележје већ се у законском тексту јавља као интегрални део одређеног објективног обележја бића кривичног дела (члан 317, став 1. КЗ; члан 344а став 1. КЗ и члан 387, ст. 3. и 4. КЗ).

Радња извршења кривичног дела изазивање националне, расне и верске мржње или нетрпељивости (члан 317, став 1. КЗ) прописана је алтернативно

38 З. Стојановић, (2012а), 399. Вид. Ђ. Ђорђевић, „Облици убиства у савременом кривичном законодавству“, *Правни живот*, Београд 9/2010, 10.

39 З. Стојановић, (2012а), 460. Упор. Р. Драгичевић Дичић, И. Јанковић, *Сиречавање и кажњавање мучења и других облика злостављања*, Београд 2014, 136.

и може се остварити као изазивање или као распиривање националне, расне или верске мржње или нетрпељивости међу народима или етничким заједницама које живе у Србији. Сходно томе, кривично дело постоји када се изазива или распирује осећање националне, расне или верске мржње (или нетрпељивости). *Ratio legis* дате инкриминације је у томе што мржња као негативно осећање према некоме често доводи до конфликтних ситуација и вршења кривичних дела. Према једном схватању, за постојање довршеног кривичног дела није неопходно да је радња изазивања проузроковала/довела до мржње (или нетрпељивости), односно да је радња распиривања повећала интензитет постојеће мржње (или нетрпељивости).⁴⁰ Према другом схватању пак, стварање, односно продубљивање мржње јесте последица кривичног дела.⁴¹

Радњу извршења кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу (члан 344а, став 1. КЗ) представља више алтернативно предвиђених делатности. Између осталог, кривично дело се може извршити и тако што неко својим понашањем или паролама изазива националну, расну, верску или другу мржњу (или нетрпељивост) засновану на неком дискриминаторском ставу, услед чега дође до насиља или физичког обрачуна са учесницима спортске приредбе или јавног скупа. Са гледишта законске одредбе, потребно је да је реч о изазивању, не и распиривању, националне, расне, верске или друге мржње (или нетрпељивости). Језичким тумачењем законског текста може се закључити да кривично дело постоји само уколико национална, расна, верска и друга мржња (или нетрпељивост) не постоји, већ се изазива одговарајућим понашањем или паролама. То се може чинити предузимањем различитих делатности које су по својој природи подобне да изазову националну, расну, верску или другу мржњу (или нетрпељивост), засновану на неком дискриминаторском основу, што зависи од карактера делатности која се предузима и од начина и услова под којима је у конкретном случају предузета. Кривично дело је довршено када је изазивање националне, расне, верске или друге мржње (или нетрпељивости), које је остварено на одговарајући начин, проузроковало насиље или физички обрачун са учесницима спортске приредбе или јавног скупа.⁴²

Кривично дело расна и друга дискриминација (члан 387. КЗ) има неколико облика. Један од три алтернативно прописана начина извршења облика кривичног дела предвиђеног у ставу 3. јесте пропагирање расне мржње, тзв. расистичка пропаганда. Осим тога, један од начина извршења облика кривичног дела који је предвиђен у ставу 4. јесте ширење или чињење на други начин доступним текстовима или сликама које садрже идеје или теорије које заговарају или подстрекавају мржњу (дискриминацију или насиље) против било којег лица или групе лица, заснованих на раси, боји коже, верској припадности, националности, етничком пореклу или неком другом личном својству.⁴³

40 З. Стојановић (2012а), 853.

41 Љ. Лазаревић, *Кривично право Југославије, Посебни део*, Београд 1998, 65.

42 Н. Делић, „Кривично дело насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу (члан 344а КЗ РС)“, *Правни живот*, Београд 9/2011, 248–251.

43 Вид. Н. Делић (2014), 212–213.

Најзад, мржња се, осим у наведеним кривичним делима, као обележје бића посредно јавља и у кривичном делу убиства на мах (члан 115. КЗ), будући да се за његово постојање, између осталог, захтева да је до лишења живота дошло у стању јаке раздражености које, као што већ речено, претпоставља физиолошки афекат мржње – гнев већег интензитета.

Постоји став да је мржња као мотив у ширем смислу укључена и у инкриминацију кривичног дела злочин против човечности (члан 371. КЗ).⁴⁴ Подсећања ради, радња извршења тог кривичног дела алтернативно је прописана и као један од начина њеног остварења наводи се „прогањање или протеривање на политичкој, верској, расној, националној, етничкој, културној, полној или каквој другој основи“. Према другом схватању, овде је реч о циљу, односно дискриминаторској намери да се другоме нашкоди као припаднику одређене заједнице или групе, што, како се истиче, том кривичном делу даје особен карактер и тежину.⁴⁵ Сматрамо да дато кривично дело као субјективно обележје не садржи намеру него мотив, али да то није мотив мржње, већ да значај мотива има дискриминаторски став. Као што је у претходном делу рада објашњено, дискриминаторски став, у смислу предрасуда, може бити праћен интензивним негативним емоцијама, но, сходно законском тексту, у овом кривичном делу мотивациону улогу немају емоције, прецизније речено, немају негативне емоције (мржња) произашле из дискриминаторског става, већ дискриминаторски став непосредно.

Дискриминаторски став се као обележје бића јавља у још три кривична дела. При томе, код два кривична дела законодавац наводи да се радња извршења предузима „због“⁴⁶ – кривично дело повреда равноправности (члан 128. КЗ)⁴⁷ и кривично дело повреда угледа због расне, верске, националне или друге припадности (члан 174. КЗ),⁴⁸ док се за једно кривично дело у законској формулацији користи термин „на основу“⁴⁹ – кривично дело расна и друга дискриминација (члан 387, став 1. КЗ).⁵⁰ Иако дати законски описи, исто као за претходно наведено кривично дело, непосредно не садрже појам мотива (побуде), треба узети да је овде реч о субјективном обележју бића које се остварује као мотивационо дејство одговарајућег дискриминаторског става.

Ако сада нашу пажњу поново усмеримо на кривична дела у којима мржња посредно или непосредно представља конститутивно обележје бића кривич-

44 З. Стојановић, (2014), 18.

45 М. Бабић, И. Марковић, „Злочин против човечности у Кривичном закону Босне и Херцеговине“, у: *Међународно кривично право и људске слободе*, Тара 2008, 183–184.

46 „Због“ показује повод, узрок нечему. *Речник српској језика*, Нови Сад 2007, 426.

47 „Због националне или етничке припадности, припадности раси или вероисповести, или због одсуства те припадности или због разлика у погледу политичког или другог убеђења, пола, језика, образовања, друштвеног положаја, социјалног порекла, имовног стања или неког другог личног својства.“

48 „Због припадности одређеној раси, боји коже, вери, националности, етничког порекла или неког другог личног својства.“

49 „Основ“ – разлог, мотив, аргумент за нешто. *Речник српској језика*, Нови Сад 2007, 892.

50 „На основу разлике у раси, боји коже, верској припадности, националности, етничком пореклу или неком другом личног својства.“

ног дела, треба рећи да због правила о забрани двоструког вредновања, она нема значај приликом одмеравања казне (члан 54, став 3. КЗ).

Међутим, у оним кривичним делима у којима у виду (ниске/негативне) побуде егзистира као субјективно обележје бића, мржња, осим за правну квалификацију, исто као и намера, одговарајући значај има приликом степеновања кривице – интензивира вољну компоненту умишљаја и имлицира директан умишљај.⁵¹

Као што је познато, у субјективна обележја бића кривичног дела, осим умишљаја и нехата (теорија о двострукој функцији умишљаја и нехата) спадају намера и побуда.

Намера и побуда представљају две одвојене самосталне субјективне категорије које постоје независно од умишљаја и утврђују се само уколико су у конкретном бићу предвиђене.⁵²

51 У складу са одлуком ВСС Кж. I 877/96 у којој се наводи да покушај кривичног дела убиства из безобзирне освете може бити извршен само са директним умишљајем, З. Стојановић констатује да сви облици тешког убиства који као квалификаторни елемент садрже одређену побуду подразумевају, по природи ствари, директан умишљај јер побуда и намера као субјективна обележја у бићу кривичног дела захтевају свест и вољу јаког интензитета, те су неспојиве са евентуалним умишљајем (З. Стојановић /2012а/, 399). У старијој судској пракси наилазимо и на другачије схватање да „није основано становиште да је правна квалификација убиства извршеног на свиреп начин и из ниских побуда могућа само уз постојање директног умишљаја код учиниоца. Наведено кривично дело може се извршити како са директним, тако и са евентуалним умишљајем, јер поменута законска одредба не прави у том погледу никакве разлике, а нити се из природе дела може извести да би таква разлика требало да постоји“ (СС Кжс. 8/75, цит. према: *Билтен судске праксе Савезној суда*, Београд 1/1975, 27). У истом смислу као З. Стојановић, говори и Д. Коларић када каже да се за кривично дело лишење живота из самилости, које представља привилеговани облик убиства, на субјективном плану захтева директан умишљај будући да се за постојање кривичног дела тражи и посебна побуда (самилост) као и то да извршилац одлуку о делу доноси на изричит захтев пасивног субјекта (Д. Коларић, *Кривично дело убиства*, Београд 2008, 322). Интересантно је приметити да иако у хрватској теорији постоји став да „кад постоји намера или мотив, онда постоји и директни умишљај“ (Е. Ваčić, *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb 1980, 255), има и аутора који сматрају да у сваком облику тешког убиства квалификованог побудама „учинилац може штети или барем пристати да другог лиши живота“. D. Derenčinović, L. Cvitanović, M. Munivrana i K. Turković, *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb 2013, 70.

52 З. Стојановић, *Кривично право, Ојшићи гео*, Београд 2014, 109. У истом смислу изјашњава се и наша судска пракса, на пример ВСС Кж. I 811/08. (Цит. према, З. Стојановић, Н. Делић, *Кривично право, Посебни гео*, Београд 2014, 205. Упор. Ј. Бутуровић, „Значај мотива за кривичну одговорност“, *ЈРКК*, Београд 1–2/1982, 28–29. Вид. Ј. Ђирић, „Убиства – мотиви, побуде“, *Правни животић*, Београд 9/2003, 146). Овде треба рећи да у неким кривичним делима, попут геноцида (члан 370. КЗ), однос између намере и мотива може бити далеко комплекснији него што се на први поглед чини. Ово из разлога што намера као субјективно обележје може бити тесно повезана са мотивом мржње или неким другим ниским мотивима који не улазе у састав бића. У таквим случајевима за кривично дело је ирелевантно да ли геноцидна намера постоји ради остваривања и неких других циљева или се заснива на неким мотивима као што су мржња или освета. Како се истиче, када се намера преплиће са другим субјективним елементима, утврђивање њеног постојања је знатно отежано. З. Стојановић (2012а), 975. Вид. М. Шкулић, „Геноцид као злочин над злочинима“, *Архив за љравне и друшћивене науке*, Београд 3–4/2006, 1997–2034.

Сам појам намере уско је повезан са појмом циља, под којим се углавном подразумева спољни (изван личности) објективни физички феномен, који се као представа одражава у свести човека, а уколико представа о циљу делује као мотив за предузимање одређене радње, тада постоји намера, као један искључиво психички феномен. Може се рећи да са намером поступа оно лице које под дејством представе о циљу предузима радњу да би остварило дати циљ. У суштини, свака човекова радња је намерна јер се сваком радњом иде ка остварењу неког циља и у том смислу учинилац сваког кривичног дела поступа са намером.⁵³

За поједина кривична дела законодавац прописује да дата радња представља кривично дело само уколико учинилац поступа у одређеној намери, то јест у намери да постигне одређени циљ који се практично налази изван бића тог кривичног дела. Сходно томе, за постојање кривичног дела није довољан само умишљај, већ се захтева и намера која се, за разлику од умишљаја, који обухвата битна обележја кривичног дела објективног карактера, односи на нешто што је изван бића (обично нека даља последица).⁵⁴

У доктрини је одувек било прихваћено схватање да постојање намере остварује одговарајући утицај на умишљај тако што га „унапређује“ у квалификовани облик кривице.⁵⁵ Разлог за то лежи у чињеници да намера по својој природи интензивира вољни елемент умишљаја.⁵⁶ Другим речима, у кри-

-
- 53 У савременој филозофији делања, намера је оно што једном људском поступку даје карактер људске радње. Појам намере осавременио је Ф. Brentano пред крај 19. века, и то у смислу „усмерености духа на неки објекат“. Према том аутору, менталне појаве од физичких догађаја разликује означавање одређеног садржаја који се налази у неком објекту. Не може се веровати, желети, надати, а да се не верује у нешто, жели нешто, нада се нечему. Уколико намера претходи аутономном избору, она утиче на то да се од свих отворених могућности изабере она која јој одговара. М. Костић, 121.
- 54 Има мишљења да се кривична дела која садрже намеру као посебан елемент увек састоје из најмање два циља: условни и главни, при чему се прво остварује условни циљ, а тек потом евентуално и главни циљ. То значи да је за постојање кривичног дела нужно да се оствари условни циљ, а главни циљ се може, али и не мора остварити. М. Карановић, „Намера као елемент кривичног дела“, *ЈРКК*, Београд 1/1976, 96.
- 55 Ж. Јовановић, М. Ђорђевић, *Кривично право ФНРЈ – Ойштии гео*, Београд 1955, 151; Н. Срзентић, А. Стајић, *Кривично право – ойштии и йосебни гео*, Сарајево 1968, 151. и З. Стојановић (2014), 109. Т. Живановић наводи да намера представља мотивисање (опредељивање на) радње представом о последици (општа намера) или о чему другом кривичноправно релевантном (посебна намера). Према том аутору, намера постоји када је представа о последици или чему другом кривичноправно релевантном била један од мотива одлуке да се изврши радња. Сходно томе, „намера увек представља умишљај и тежа је врста виности (кривице) од њега“ (Т. Живановић, *Основи кривичног права, Ойштии гео*, II књига, Београд 1937, 49). Има и аутора који заузимају супротан став, па тако, М. Карановић наводи да је неосновано тврдити да намера као посебан елемент кривичног дела повећава степен виности (кривице) и да у тим кривичним делима умишљај добија квалификовани облик виности (кривице) јер степен виности (кривице) искључиво зависи од каквоће субјективног односа учиниоца према оствареном кривичном делу, док намера као посебан елемент кривичног дела представља показатељ да се то кривично дело може извршити само са директним умишљајем. М. Карановић, 97.
- 56 Намерна радња је у основи вољна радња. Наиме, у ширем смислу речи, намерни поступак јесте поступак коме претходи замисао тог поступка или замисао његових непосредних

вичним делима у чије биће је унета намера, учинилац поступа са директним умишљајем и одређеном намером која мора постојати приликом предузимања радње извршења, али је за постојање довршеног кривичног дела ирелевантно да ли је намера и остварена.⁵⁷

Када предвиђа намеру као обележје бића кривичног дела, законодавац код највећег броја кривичних дела користи термин „у намери“. Међутим, код неких кривичних дела прописано је да се радња извршења предузима у одређеном „циљу“ (нпр. члан 388, став 1. КЗ), „ради“ нечега⁵⁸ (нпр. члан 246, став 1. КЗ) или да је учинилац „ишао за тим“ (нпр. члан 210. КЗ).

резултата, а који је одређен том замисли. Сваки намерни поступак замишљамо на неки начин пре него што га предузмемо и вољом/интенцијом/усмереношћу називамо баш ту духовну антиципацију, па тако када кажемо „нисам то учинио намерно“, тврдимо да није постојала воља да се учини дато дело, односно да се оствари његов непосредни резултат. P. Guillaume, *Psihologija*, Zagreb 1958, 131.

- 57 Супротно томе, када је реч о кривичном делу геноцида (члан 370. КЗ) које у свом законском опису као субјективно обележје садржи намеру – геноцидну намеру, специфичну по томе што претпоставља веома изражену вољу, при чему је наглашени интензитет воље, по правилу, примарно условљен њеном емоционално дефинисаном садржином, међу страним ауторима има и оних који заступају становиште да из криминално-политичких разлога појам геноцидне намере треба екстензивно тумачити и на тај начин проширити криминалну зону геноцида. Како се у нашој литератури, сасвим оправдано истиче, дато становиште је потпуно неприхватљиво, будући да „спуштање“ геноцидне намере на ниво евентуалног умишљаја не би одговарало природи и смислу инкриминације геноцида. Наиме, управо геноцидна намера оправдава широко постављену радњу извршења, односно широко постављену криминалну зону на објективном плану. Ј. Тирић, *Геноцидна намера*, *Crimen*, Београд 1/2015, 31–35; З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Београд 2012, 95. и З. Стојановић, Н. Делић (2014), 361–362.
- 58 Истину говорећи, већина домаћих аутора сматра да у законским описима у којима се јавља појам „ради“ (нечега) не означава намеру него побуду/мотив, на пример, убиство ради прикривања или извршења другог кривичног дела (члан 114, тачка 5. КЗ). Но, како наводи Т. Живановић, у тој врсти тешког убиства „једна особена намера чини убицу тежом врстом убице“ (Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије, Посебни део*, Београд 1938, 22). Наиме, као што се из самог назива види, тај облик тешког убиства се може јавити у два облика, зависно од тога да ли је циљ који се хтео постићи лишавањем живота неког лица био омогућавање извршења кривичног дела или прикривање већ извршеног кривичног дела. Оно што у првом случају убиство чини тешким јесте околност да је учинилац свесно и вољно лишио живота неко лице са намером да на тај начин олакша или омогући извршење неког кривичног дела. На субјективном плану то значи да је учинилац, приликом предузимања радње извршења, осим свести и воље да се пасивни субјект лиши живота, имао и представу о циљу који се тим убиством жели постићи – да се омогући или олакша извршење другог кривичног дела. У другом случају, пасивни субјект се лишава живота са намером да се на тај начин спречи откривање неког другог кривичног дела (Н. Делић, 2008, 149–150). Иначе, има и аутора који о циљу говоре као о самосталном субјективном елементу (М. Радовановић, *Кривично право СФРЈ*, Београд 1975, 192 и Б. Чејовић, *Кривично право, општи и посебни део*, Београд 2007, 201). Разликовање побуде и циља је у кривичном праву постојало још крајем 19. и почетком 20. века (вид. F. Berner, *Наука о казненом праву, Књига прва*, Београд 1870, 99; Ф. Лист, *Немачко кривично право (превод)*, Београд 1902, 188. и М. Доленц, А. Маклецов, *Систем целокупног кривичног права Краљевине Југославије*, Београд 1935, 111–112). О односу циља и побуде вид. И. Вуковић, „Субјективна обележја противправности у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 2/2011, 132.

Пошто је појам намере, као што је претходно истакнуто, уско повезан са појмом циља, није тешко закључити да је на субјективном плану за постојање датих кривичних дела такође неопходно утврдити намеру и директан умишљај.⁵⁹

Иако је, у психолошком и кривичноправном смислу, мотив садржински и квалитативно обухватнији од намере, с обзиром на то да се намера односи на оно „на шта се циља, оно што је изабрано да се постигне“, а мотив је „оно што одређује тај циљ или избор“,⁶⁰ неспорно је да се у једном ширем смислу појмови мотиви/побуде и намере садржински поклапају јер се везују за постизање одређеног циља и да, сходно томе, на једнак начин детерминишу вољну компоненту умишљаја.⁶¹

За разлику од намере,⁶² мотив се у пракси далеко теже утврђује и то је основни разлог због којег се као субјективно обележје јавља у далеко мањем броју кривичних дела.

ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Након свега реченог, може се констатовати да у српском законодавству мржња, схваћена у ширем смислу, има поливалентан кривичноправни значај.

Истини за вољу, у свом непосредном изворном појмовном облику мржња се у општем делу кривичног права јавља само у одредби члана 54а КЗ,

59 Ипак, постоји и мишљење да је за постојање кривичног дела трговине људима (члан 388. КЗ) довољан и евентуални умишљај, то јест знање извршиоца да ће пасивни субјект бити искоришћен у неки од алтернативно наведених циљева (сврха), и то од било ког лица. Како се наводи, дати закључак произлази из одговарајућих одредаба садржаних у Протоколу за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, који је послужио као непосредни основ за формулисање законског описа овог кривичног дела (З. Стојановић, /2012/, 1014. Упор. Н. Делић, „Кривично дело трговине људима – Критички осврт на законске измене и допуне Кривичног законика Србије“, *Правни живић*, Београд 9/2010, 58–59). Детаљно о „намери искоришћавања“ у кривичном делу трговине људима вид. Б. Ристивојевић, *Мишћ о трговини људима у међународном кривичном праву*, Нови Сад 2015, 91–99.

60 У датом контексту, примера ради, интересантно је питање дефинисања критеријума за разликовање намере стицања имовинске користи и мотива користољубља који се јављају као обележја бића појединих кривичних дела. При томе, намера стицања имовинске користи (материјалне и нематеријалне), по правилу, представља основно, а користољубље допунско обележје бића. Иако у теорији у вези са тим питањем постоји мноштво различитих мишљења (вид. Н. Делић /2008/, 147–149), може се рећи да користољубље има искључиво значај допунског обележја бића јер је као мотив по природи ствари „нешто више“ од „обичне“ намере стицања имовинске користи. Наиме, користољубље постоји када представа о циљу који се састоји у постизању материјалне користи иницира (покреће) предузимање одговарајуће радње извршења којом се повређује или угрожава добро које је по свом значају у очигледној несразмери са циљем који се жели постићи – материјална корист. Упор. Д. Миладиновић Стефановић, 376–377.

61 Често се у литератури наводи да је „воља емоционални део умишљаја“. М. Dolenc, *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Zagreb 1930, 44. и Ј. Ђирић (1/2015), 30–31.

62 Судска пракса стоји на становишту да намеру треба утврђивати посредно, посредством објективних околности, на пример, ВСС Кж. I 811/08. Цит према: З. Стојановић, Н. Делић (2014), 205.

а у посебном делу као интегрални део одређеног објективног обележја бића у три кривична дела. У свим осталим случајевима, мржња одговарајуће кривичноправно дејство остварује посредно и то путем генусног појма „побуде“, односно „ниске побуде“ или у контексту генералних клаузула „јака раздраженост“ и „привремена душевна поремећеност“.

У општем делу кривичног права предвиђено је да мржња може имати следећи кривичноправни значај: као „ниска побуда“ – факултативна отежавајућа околност (члан 54, став 1. КЗ); као „мржња заснована на дискриминацији“ – обавезна отежавајућа околност (члан 54. КЗ); као „јака раздраженост“ (уз испуњење других услова) – факултативни основ за ослобођење од казне (члан 19, став 3. КЗ) и као узрок „привремене душевене поремећености“ (уз испуњење других услова) – основ који искључује кривицу и постојање кривичног дела у објективно-субјективном смислу или факултативни основ за ублажавање казне (члан 23, ст. 2. и 3. КЗ).

У датом контексту посебну пажњу изазива одредба члана 54а КЗ, која је у наше право унета 2012. године и сходно којој мржња проистекла из дискриминаторског става има значај обавезне отежавајуће околности. На тај начин је мржња као негативна побуда издвојена из субјективне околности „побуде из којих је кривично дело учињено“ (члан 54, став 1. КЗ), садржински додатно прецизирана извором свог настанка – одговарајућим дискриминаторским ставом, то јест предрасудама и дат јој је кривичноправни значај који представља изузетак у односу на опште правило које се примењује приликом редовног одмеравања казне.

Интенција законодавца била је да општом нормом пропише тзв. злочин из мржње и на тај начин пружи посебну заштиту припадницима одређених „сензибилних“ група. Примена тог законског правила претпоставља да је приликом извршења (било ког) кривичног дела мотивационо дејство имала мржња као врста негативне емоције и да је у питању мржња која своје порекло има у предрасудама.

Утврђивање датих околности за судску праксу неће бити нимало лак задатак⁶³ првенствено из разлога што је сваки дискриминаторски став као врста предрасуда, по правилу, праћен већим бројем негативних емоција. То значи да би у „сплету“ емоција које су постојале у тренутку извршења кривичног дела најпре требало детектовати постојање мржње, а потом са високим степеном извесности утврдити да је у постојећој хијерархији негативних емоција мржња доминантна и да остварује улогу искључивог мотива. Непостојање позданих критеријума на основу којих би суд утврдио и валоризовао мржњу, у највећем броју случајева, учинило би неопходним спровођење психолошког вештачења. При томе, посебан проблем могу представљати следеће околности: прво – могуће је да мржња буде несвесни мотив; друго – предрасуде не

63 Како се наводи, „доктринарно тумачење нема за циљ примену права, али мора имати у виду ту примену“. З. Стојановић, „Кривичноправна доктрина и њен значај у тумачењу правних норми“, у: *Тумачење казненоправне норме и адекватности њене примене*, Београд 2009, 21.

морају увек резултирати мржњом и треће – кривично дело може бити учињено из мржње и када нема дискриминаторског става.

Уколико, пак, мржња као мотив буде недвосмислено утврђена, поставља се питање да ли је потребно, и на који начин, утврдити и њен интензитет. Другим речима, да ли то што суд мржњу засновану на дискриминацији мора увек ценити као отежавајућу околност значи да ће у сваком случају одмерити тежу казну од оне коју би одмерио да дато кривично дело није учињено из мржње засноване на дискриминацији, односно да ће тежина одмерене казне зависти од интензитета мржње.

Све речено отвара једно суштинско питање – да ли је због евидентне садржинске „релативности“ могућа злоупотреба правила садржаног у одредби члана 54а КЗ.

Сматрамо да у нормативном смислу није постојала реална потреба за уношење те одредбе у наше законодавство, односно да није било разлога да се мржња издваја из члана 54, став 1. КЗ јер је у контексту околности „побуде из којих је кривично дело учињено“ остваривала одговарајући кривичноправни значај.⁶⁴

Наиме, форма у којој је законодавац предвидео релевантне олакшавајуће и отежавајуће околности даје суду одређену слободу која претпоставља релативно широка законска овлашћења, која су конципирана тако да судска одлука, односно одмерена и изречена казна не може бити акт слободне и дискреционе оцене, већ примарно акт правно везане оцене. На тај начин постављен систем редовног одмеравања казни захтева од суда аналитичан и одговоран приступ решавању сваког појединачног случаја. У једном таквом креативном поступку законодавац не би требало да спутава суд одређеним крутим правилима већ, супротно томе, да обезбеди правом јасно дефинисан простор у чијим оквирима би била одмерена праведна и сразмерна казна која би, према уверењу суда, требало да на најбољи начин оствари циљеве специјалне и генералне превенције.⁶⁵

Иако о том питању у теорији постоји и другачије мишљење,⁶⁶ сматрамо да законодавац не би требало да на такав начин дезавуише примену општих правила у тој области. Ово из разлога што се датим поступањем, између осталог, и маргинализује значај систематског тумачења у кривичном праву јер норма губи своје јасно дефинисано место у односу на друге норме са којима је непосредно или посредно повезана, што у крајњој линији угрожава кохерентност и логичку коегзистентност кривичног права као затвореног система.⁶⁷

64 Истине ради, истраживања показују да је у судској пракси приликом одмеравања казне мотив у великој мери занемарен. Ј. Ђирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи, *Казнена политика судова у Србији*, Београд 2006, 90–91.

65 Вид. З. Стојановић, „Казнена политика судова у Србији: сукоб законодавца и судске праксе“, у: *Казнена реакција у Србији, дрући гео*, Београд 2012, 10–11.

66 Упор. З. Стојановић (2014/2), 14.

67 Вид. Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, *Увод у право*, Београд 2014, 347–349.

Но, будући да је норма садржана у члану 54а КЗ своју егзистенцију у систему општег дела кривичног права обезбедила на основу ауторитета одговарајућих међународних правила, стојимо на становишту да њена иоле ефикасна примена нужно претпоставља одређене садржинске измене које би се састојале у елиминисању мржње као супстантивног законског појма и стављању тежишта на дискриминаторски став.

Сходно томе, овде су у номотехничком смислу могуће две концепције.

Прва – према којој би дискриминаторски став имао значај мотива, а законска норма би гласила: „Ако је кривично дело учињено ‘због’ (или ‘на основу’) припадности одређеним групама (или свим групама формираним по било којем критеријуму)“ и друга – према којој би дискриминаторски став имао значај намере, а законска норма би гласила: „Ако је кривично дело учињено ‘у намери’ дискриминације због припадности одређеним (или свим) групама.“

Следеће могуће решење било би да се, по узору на мотив користољубља, у појединим кривичним делима, пре свега кривичним делима из главе против живота и тела, предвиде квалификовани облици који би постојали уколико је основни облик кривичног дела учињен „због“ (или „на основу“) припадности одређеним групама или „у намери“ дискриминације. Такође, и уколико је реч о основном обележју бића, у свим кривичним делима требало би предвидети да значај мотива (или намере) непосредно има дискриминаторски став (на пример, члан 137, став 2. КЗ).

Аргумент који говори у прилог предложеном видимо у чињеници да област одмеравања казни по својој природи није погодна за фиксно законско регулисање и стога било каква ограничења не могу бити оправдана, нити сврсисходна. Као што смо већ констатовали, у питању је таква област примене кривичног права у којој би у највећој могућој мери требало да дође до изражаја стваралачка улога суда, која се на прави начин може остварити једино уколико законодавац за поједина кривична дела пропише адекватне модификације, односно довољан број тежих и лакших облика и при томе уз јасно дефинисану сврху кажњавања омогући конструктивну примену општих правила о одмеравању казне.

На крају треба рећи још и то да смо свесни чињенице да је афирмисање становишта да је „боље“ решење уколико се одговарајући кривичноправни значај даје предрасудама испоњеним у виду дискриминаторског става, а не емоцијама испоњеним у виду мржње, са криминално-политичког аспекта врло дискутабилно јер репресија само у одређеној (веома ограниченој) мери може превенирати испољавање предрасуда на начине на које се угрожавају или повређују најважнија добра.

Борбу против предрасуда треба фокусирати на спречавање њиховог настанка и ширења. Најделотворније средство у тој борби јесте просвећивање и информисање о неоправданости предрасуда и, на првом месту, систематско хуманистичко васпитање против предрасуда. При томе, ни овде, нажалост, не треба имати превелика очекивања јер због неповољне опште друштвене климе уложени напор тешко да може бити сразмеран постигнутом учинку.

ЛИТЕРАТУРА:

- Атанацковић, Д. (1975): *Критеријуми одмеравања казне*, Београд.
- Бабић, М., Марковић, И. (2008): „Злочин против човечности у Кривичном закону Босне и Херцеговине“, у: *Међународно кривично право и људске слободе*, Тара.
- Ваčić, Ф. (1980): *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb.
- Бутуровић, Ј. (1–2/1982): „Значај мотива за кривичну одговорност“, *ЈРКК*, Београд.
- Berner, F. (1870): *Наука о казненом праву, Књига прва*, Београд.
- Васић, Р., Јовановић, М., Дајовић, Г. (2014): *Увод у право*, Београд.
- Вуковић, И. (2/2011): „Субјективна обележја противправности у кривичном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, Београд.
- Група аутора, редактор Срзентић, Н. (1978): *Коментар Кривичној закону СФРЈ*, Београд.
- Green, D. (1993–1994): „Hate Crimes“, *University of Miami Law Review*, Miami.
- Guillaume, P. (1958): *Психологија*, Zagreb.
- Делић, Н. (2007): „Неке дилеме у вези утврђивања неурачунљивости и битно смањене урачунљивости (члан 23. КЗ)“, у: *Стање криминалистике у Србији и правна средства решавања, први део*, Београд.
- Делић, Н. (2008): „Теорије кривице и кривичноправни значај правне заблуде“, *Стање криминалистике у Србији и правна средства решавања, други део*, Београд.
- Делић, Н. (2009): *Нова решења оштрих институција у Кривичном законнику Србије*, Београд.
- Делић, Н. (9/2010): „Кривично дело трговине људима – Критички осврт на законске измене и допуне Кривичног законика Србије“, *Правни животи*, Београд.
- Делић, Н. (9/2011): „Кривично дело насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу (члан 344а КЗ РС)“, *Правни животи*, Београд.
- Делић, Н. (2/2010): „Забрана (искључење) ублажавања казне у одређеним случајевима“, *Crimen*, Београд.
- Делић, Н. (1/2012): „Судска психологија као наставна и научна дисциплина“, *Crimen*, Београд.
- Делић, Н. (2014): *Нова решења у Посебном делу Кривичној законика Србије*, Београд.
- Делић, Н. (2015): „Criminalisation Versus Decriminalisation – The Status and Perspectives of the Special Part of the Serbian Criminal Legislation“, у: *Казнена реакција у Србији, други део*, Београд.
- Derenčinović, D., Cvitanović, L., Munivrana M., Turković, K. (2013): *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb.
- Десимировић, В. (1997): *Медицинска психологија са основама психопатологије*, Београд.
- Драгичевић Дичић, Р., Јанковић, И. (2014): *Сјерецавање и кажњавање мучења и других облика злостављања*, Београд.
- Dolenc, M. (1930): *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Zagreb.
- Доленц, М., Маклецов, А. (1935): *Систем целокујној кривичној права Краљевине Југославије*, Београд.

- Ђокић, И. (9/2014): „О појму умишљаја у енглеском кривичном праву“, *Правни живои*, Београд.
- Ђорђевић, Ђ. (9/2010): „Облици убистава у савременом кривичном законодавству“, *Правни живои*, Београд.
- Ђурић, А. (2005): *Моћив у кривичном љраву*, ДД, Правни факултет у Нишу, Ниш.
- Игњатовић, Ђ. (9/2005): „Злочини мржње“, *Правни живои*, Београд.
- Игњатовић, Ђ. (2015): *Криминолоџија*, Београд.
- Игњатовић, Ђ., Симеуновић Патић, Б. (2015): *Викџимолоџија, Оџиџи део*, Београд.
- Јовановић, Љ. (1982): „Мотив и виност“, у: *Зборник радова Правноџ факулџеџта у Нишу*, Ниш.
- Јовановић, Ж., Ђорђевић, М. (1955): *Кривично љраво ФНРЈ – Оџиџи део*, Београд.
- Карановић, М. (1/1976): „Намера као елеменат кривичног дела“, *ЈРКК*, Београд.
- Коларић, Д. (2008): *Кривично дело убистџва*, Београд.
- Коларић, Д. (2013): „Мржња као отежавајуџа околност“, у: *Нова решења у казненом законодавџву Србије и њихова љпрактична љримена*, Златибор.
- Костић, М. (2002): *Форензичка љсихолоџија*, Београд.
- Лазаревић, Љ. (1998): *Кривично љраво Јуџославије, Посебни део*, Београд.
- Lawrence, F. M. (1994–1995): „The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes“, *Michigan Law Review*, Michigan.
- Лист, Ф. (1902): *Немачко кривично љраво (љревод)*, Београд.
- Лукић, Р. (1995): *Основи социолоџије*, Београд.
- Миладиновић Стефановић, Д. (2013): *Редовно одмеравање казне у кривичном љраву*, ДД, Правни факултет у Београду, Београд.
- Миливојевић, З. (2014): *Емоџије, Психотераџија и разумевање емоџија*, Нови Сад.
- Novoselec, P., Војанић, I. (2013): *Орџи дџо казненог права*, Zagreb.
- Радовановић, М. (1975): *Кривично љраво СФРЈ*, Београд.
- Ристивојевић, Б. (2015): *Миџи о џрџовини џудима у међународном кривичном љраву*, Нови Сад.
- Рот, Н. (2000): *Оџиџа љсихолоџија*, Београд.
- Рот, Н. (2010): *Соџијална љсихолоџија*, Београд.
- Рот, Н., Радоњић, С. (2012): *Психолоџија*, Београд.
- Симоновић, Б. (1991): *Криминолошки, кривичнољравни и криминалистички аџеџкџи моћива кривичноџ дела*, ДД, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац.
- Симић, З. (1/1967): „Појам ниских побуда“, *Анали Правноџ факулџеџта у Беоџраду*, Београд.
- Срзентић, Н., Стајић, А. (1968): *Кривично љраво – оџиџи и љосебни део*, Сарајево.
- Стојановић, З. (2009): „Кривичноправна доктрина и њен значај у тумачењу правних норми“, у: *Тумачење казненољравне норме и адекватности њене љримене*, Београд.
- Стојановић, З. (2012): „Казнена политика судова у Србији: сукоб законодавца и судске праксе“, у: *Казнена реакџија у Србији, друџи део*, Београд.
- Стојановић, З. (2012): *Међународно кривично љраво*, Београд.
- Стојановић, З. (2012): *Коментџар Кривичноџ законика*, Београд.

- Stojanović, Z. (2/2014): „Racist and xenophobic motivation as an aggravating circumstance in sentencing“, *Strani pravni život*, Београд.
- Стојановић, З. (2014): *Кривично право, Ојшњи гео*, Београд.
- Стојановић, З. (2015): „Систем казни у кривичном праву Србије и потреба његовог даљег усавршавања“, у: *Казнена реакција у Србији, ијшњи гео*, Београд.
- Стојановић, З., Делић, Н. (2014): *Кривично право, Посебни гео*, Београд.
- Суботић, Д. (1938): *Мојшв и његов значај у кривичном праву*, Нови Сад.
- Топаловић, Ж. (1/2010): „Граничне међе умишљаја и нехата“, *Crimen*, Београд.
- Ђирић, З. (2013): *Судска исихијајџирија*, Ниш–Београд.
- Ђирић, Ј. (9/2003): „Убиства – мотиви, побуде“, *Правни живои*, Београд.
- Ђирић, Ј. (1/2015): „Геноцидна намера“, *Crimen*, Београд.
- Ђирић, Ј., Ђорђевић, Ђ., Сепи, Р. (2006): *Казнена џолишника судова*, Београд.
- Хајдуковић, Ч. (1981): *Судска исихијајџирија*, Београд–Зајечар.
- Чејовић, Б. (2007): *Кривично право, ојшњи и џосебни гео*, Београд.
- Живановић, Т. (1937): *Основи кривичној права, Ојшњи гео, II књија, Београд*.
- Живановић, Т. (1938): *Основи кривичној права Краљевине Јуославије, Посебни гео*, Београд.
- Шкулић, М. (3–4/2006): „Геноцид као злочин над злочинима“, *Архив за џравне и друшшвене науке*, Београд.

Dr. Nataša Delić

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

THE CRIMINAL SIGNIFICANCE OF HATE IN THE LIGHT OF THE IDENTITY TRANSFORMATION OF SERBIA

Summary

The coming into force of the new Criminal Code in 2006 was immediately followed by the Serbian legislation reform which has so far included the enactment of five laws. The interventions made by the enactment of these laws included the introduction of a number of new solutions, both in the General and Special Parts of the Criminal Code. The author deals with the significance of hate in criminal law within the complex issues of the current legal innovations. In 2012, because of its discriminatory nature, the hate motive was for the first time separated from other common „motives out of which the offence was committed“ (article 54, paragraph 1, CC), and given the meaning of a mandatory aggravating circumstance. In line with this, the first part of the paper is focused on the basic rules according to which the hate motive affects criminal sentencing – both as an alternative (article 54, paragraph 1, CC), and a mandatory aggravating circumstance (article 54a, CC).

Since two key notions contained in the article 54a of the Criminal Code refer to hate (as a negative emotion) and to discriminatory attitude (as a type of prejudice),

the author complements the legal dogmatic consideration with relevant psychological knowledge based on the study of criminal psychology. In the second part of the paper the author analyses the circumstances of criminal acts in which hate is involved directly or indirectly (article 114, item 5, CC; article 137, paragraph 2, CC; article 317, paragraph 1, CC; article 344a, paragraph 1, CC and article 387, par. 3–4, CC), as well as the criminal acts in which the subjective characteristic manifests through the motivational effect of a certain discriminatory attitude (articles 128, 174, 371, and article 387, paragraph 1, CC). Finally, some conclusions and proposals *de lege ferenda* are presented.

Key words: *Criminal Code of the Republic of Serbia. – The Reform of Criminal Legislation. – General Rules for Sentencing. – Hate. – Discriminatory Attitude. – Hate Crime.*

Др Гордана Павићевић Вукашиновић*

ТРАНЗИЦИЈА И МОДЕРНИЗАЦИЈА: ТЕМЕ И ДИЛЕМЕ

Закасна сръска транзиција одвија се у светском и европском окружењу које одређује њен карактер, због чега се у овом тексту разматра неколико ширих тема и отворених дилема које аутор сматра значајним и за овај процес.

У првом делу рада „Од (модерној) развоја ка неолибералној глобализацији“ разматрају се: 1. замена светске филозофије националној развоја и различитих типова модернизације пројектом неолибералне глобализације; 2. крај зајадној модерној развоја чији је пројект био инспириран вредностима просветитељства; 3. дерегулација кинешала која је омогућила огромну концентрацију глобалне економске моћи у рукама малој броја доминантно финансијских корпорација (англоамеричких), која је довела и до финансијске кризе у САД-у 2008. године, којом је зајочела „велика рецесија“ зајадној киниализма.

У другом делу рада „Европске интеграције између идеала и стварности“ разматрају се: 1. развој Европске уније ка све тежињој и све широј интеграцији, а посебно положај постсоцијалистичких земаља централне и источне Европе, неуспех економске конвергенције и стварање односа центар-периферија; 2. криза ЕУ и посебно еврозоне, конзервативна политика финансијске консолидације и штедње која разара социјалну државу и радна права, ново економско управљање које тура ЕУ у федерализацију без демократској легитимитету, па је ЕУ све даље од идеала демократске и социјалне Европе.

То већ тежило станање ЕУ даље појоршавају нова нејовољна збивања: економске санкције са Русијом, опасност радикалној исламској тероризма, најезда муслиманских избеглица из рајом захваћеној Блиској истока и северне Африке.

Кључне речи: *Неолиберална глобализација. – Крај зајадној модерној развоја. – Светска финансијска олигархија. – Криза Европске уније. – Нова периферија Европе.*

* Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, rago@ius.bg.ac.rs

1. ОД (МОДЕРНОГ) РАЗВОЈА КА НЕОЛИБЕРАЛНОЈ ГЛОБАЛИЗАЦИЈИ

Од Другог светског рата до осамдесетих година 20. века у свету је доминирала филозофија развоја, која је националним државама оставила слободу да управљају економским растом на начин који им одговара (на пример, јапански државни капитализам, немачки корпоративизам, амерички либерални капитализам подупрт војном потрошњом), најчешће по формули кејнзијанско-фордистичке политичке економије. То су подржавали монетарни режим успостављен Bretton Woods споразумом 1944. године и улога Међународног монетарног фонда. Према неким тумачењима, циљ је био да се светски капитализам на тај начин стабилизује у условима хладног рата, али је био и универзални пројекат у том смислу што се од свих националних држава очекивало да на неки начин остваре идеал западног развоја, пре свега индустријализацију. Тај приступ развоју омогућио је и економску модернизацију, то јест убрзану индустријализацију социјалистичког „Другог света“, а тумачен је и као шанса за модернизацију неразвијених земаља по угледу на развијени „Први свет“ и за смањење јаза између развијених и неразвијених земаља.¹ Упркос неким примерима успеха (новоиндустријализоване земље источне Азије и Латинске Америке), он генерално није смањио јаз у развијености.

А онда је уочено да је филозофија развоја замењена пројектом глобализације, који настоји да стабилизује капитализам глобалним економским управљањем, али сада не првенствено имитирањем развијених земаља већ пре специјализацијом, па зато диференцира државе и регионе, укључујући и маргинализацију. Многе постојеће институције су опстале, али пошто функционишу у трансформисаном свету, добиле су другачији карактер, улогу и значај у светском поретку. Елите које су везане за пројекат глобализације, осим државних управљача који прихватају либерализацију, јесу нове финансијске елите и врхови транснационалних корпорација, заједно са менаџерима мултилатералних институција као што су Међународни монетарни фонд, Светска банка, Светска трговинска организација – које чине зачетак глобалне владајуће класе.²

Овај велики заокрет, када је пројекат развоја замењен пројектом неолибералне глобализације, тумачен је и као напуштање напора да се смање неједнакости и да су оне признате као сталне, па чак и функционалне за раст светске економије. То истовремено значи да социологија развоја више нема смисла, закључили су неки аутори, јер је постао доминантан тржишни приступ и пристанак влада да прате политички диктат међународних финансијских организација које су прихватиле то становиште. Критички аналитичари су констатовали да је то био смишљени пројекат: конзервативни економисти око Бела Беласе из Светске банке формулисали су средином осамдесетих година „капиталистички манифест“ за неразвијене земље Латинске Америке, који је

1 Philip McMichael, *Globalisation: Myths and Realities* (1996), у: J. T. Roberts and E. Hite (eds.), *From Modernisation to Globalisation*, Blackwell, Oxford 2000, 277–279.

2 *Ibid.*

представљао радикално нов неолиберални економски модел који је обухватио: једнострано трговинско отварање, екстензивну приватизацију државних предузећа, дерегулацију роба, услуга и тржишта рада, либерализацију тржишта капитала са обимном приватизацијом пензионих фондова, фискално прилагођавање засновано на драстичном смањењу јавне потрошње, реструктурирање и смањење државних социјалних програма са фокусом на програме за најугроженије, крај „индустријске политике“ и свих других облика државног капитализма.³

Ефекти такве политике структуралног прилагођавања могли би се сумирати на следећи начин: економски резултати су под знаком питања, а социјални су дефинитивно негативни и указују на „глобализацију сиромаштва“.⁴ Уз то је ишло велико повећање неједнакости, како у неразвијеном свету, тако и између развијених и неразвијених, па искуство са неолибералним развојем „Трећег света“ углавном не охрабрује. Успешније су биле земље које нису биле наклонене слободном тржишту већином из југоисточне Азије, а посебно комунистичка Кина која је глобализацију капитала искористила за економску модернизацију, односно за индустријализацију и тако успела да постане „највећа радионица света“ и друга највећа светска економија.

Идеолошки и политички неолибералну економску доктрину вратиле су у политички живот Западна конзервативне владе Регана у САД и Маргарет Тачер у Британији – тзв. нова десница – као одговор на кризу западног капитализма седамдесетих година 20. века. Неки теоретичари су одмах закључили да у ове две државе није била у питању само преоријентација у економској политици (питање пореза, јавне потрошње и дистрибуције прихода) већ „пројекат новог друштва, буржоаска револуција“, по смислу контрареволуција, јер је први пут након неколико деценија десница имала сопствени историјски пројекат – да ослободи акумулацију капитала и дистрибуцију прихода од свих ограничења која је наметнула демократија. Према том тумачењу, у питању је било настојање да се изгради нови хегемонистички пројекат неолиберално-неоконзервативног дискурса који обједињује неолибералну одбрану слободног тржишта са дубоко антиегалитарном културом и друштвеном традицијом конзервативизма.⁵ Та доктрина стоји и иза промене политике и деловања мултилатералних институција са седиштем у Вашингтону и договора између ММФ-а, Светске банке и Министарства финансија САД-а, који је познат као Вашингтонски консензус.

Од осамдесетих година прошлог века стигле су и поруке угледних западних теоретичара да је једна фаза модерног развоја Западна такође завршена, а можда и целокупна модернизација која је из просветитељства, рационализма,

3 Alejandro Portes, *Neoliberalism and the Sociology of Development* (1997), у: J. T. Roberts and E. Hite (eds.), *From Modernisation to Globalisation*, Blackwell 2000, 358.

4 На српском језику издвојила бих: Мишел Чосудовски, *Глобализација сиромаштва и нови светски њоредак*, Артист, Београд 2010; Мирослав Печујлић, *Глобализација: два лика света*, Гутенбергова галаксија, Београд 2002.

5 Adam Przeworski, *Capitalism and Social Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge 1985, 219.

индивидуализма, демократске и индустријске класне борбе црпела своју инспирацију за рационалну реконструкцију друштва ради остварења слободе и једнакости.

Западни теоретичари су наговестили настанак неког новог типа друштва, уз различите оцене шта су његове карактеристике, што се могло видети и по називима који су употребљени: постиндустријско (Данијел Бел), посткапиталистичко (Ралф Дарендорф), технотроничко (Збигњев Бжежински), програмирано (Алан Турен). Инсистирали су на новим карактеристикама западних друштава, на прелазу са производње добара на стварање услуга као доминантне делатности, на повећаном значају знања и науке, на новим „интелектуалним“ технологијама везаним за информатику и кибернетику, на друштвеном значају интелектуалаца и технократских елита, а најчешће и на неklasном карактеру новог друштва. Алан Турен је био један од ретких који је и ново друштво (које је он назвао технократско или програмирано друштво) сагледао као нови тип класног друштва у којем сукоб више није поводом експлоатације већ због отуђења и доминације, па је кључна подела у вези са поседовањем знања и информација на основу којих се доносе одлуке и закључио је да је то основа на којој се формира нова управљачка класа.⁶

Један од најугледнијих левичарских филозофа Јирген Хабермас закључио је осамдесетих година да су утопијске енергије потрошене јер је реформа друштва која је проистекла из борбе и „утопије друштва рада“ завршена са компромисним резултатом социјалне државе као најбољим резултатом, око којег се и даље воде борбе, али да се из тог хоризонта не види перспектива за даљи развој.⁷ Левичарска политичка и друштвена теорија отворила је и дискусију о „другој“ или „рефлексивној“ модерности, коју је започео Урлих Бек са намером да истакне значај сталног нормативног процењивања процеса модернизације са становишта основних вредности модерне културе – људског достојанства и једнакости, људских права и човечности.⁸ Западни левичарски теоретичари су зато критиковали конзервативну и инструменталну интерпретацију модернизације која се концентрише на средства и начине развоја, док су циљеви којима то треба да служи потпуно остали ван видокруга јер је деведесетих година у ери економске глобализације „модернизација“ постала лозинка за неутралну адаптацију императивима глобалне економске конкуренције, дакле само једно економистичко виђење света.⁹

Када је деведесетих година у друштвеној теорији завладала тема глобализације, теорије глобализације су замениле и апсорбовале две до тада доминантне теорије објашњења друштвеног развоја – теорију модернизације и њој супротстављену теорију зависности, која се ослањала на теорију империја-

6 Alain Touraine, *Постиндустријско друштво*, Глобус, Загреб 1980.

7 Јирген Хабермас, „Нова непрегледност“, у: Вукашин Павловић (ур.), *Обнова ујојијских енергија*, ССО Србије и ПК ССО Југославије, Београд 1987, 27.

8 Урлих Бек, *Ризично друштво: У сусрет новој модерни*, Филип Вишњић, Београд 2001.

9 Thomas Meyer, „Modernity: Beyond Left and Right?“, у: René Cuperus and Johannes Kandel (eds.), *European Social Democracy: Transformation in Progress*, Wiardi Beckman Stichting/Friedrich Ebert Stiftung, Netherlands, 1998, 54–55.

лизма. Како запажа Даглас Келнер, међу теоретичарима глобализације остала је важна подела на оне којима је то била замена за појам модернизације и оне којима је заменила појам империјализма јер две супротстављене интерпретације дају потпуно различит смисао глобализацији, једна позитиван, друга негативан. Уз то, коментарише Келнер, дискурс глобализације може бити артикулисан и у оквиру модерне као и постмодерне теорије, јер се налазимо у интеррегнуму између модерности и настајуће постмодерне ере.¹⁰

Са своје стране, постмодерна теорија је радикално најавила „смрт ума“ и крај филозофије, заједно са окончањем читавог историјског пројекта модерне и европског просветитељства. Постмодерна се окренула против филозофије историје као „метанарације“ која је пружала „легитимацијски дискурс“ науци да своја сазнања легитимише као истинита и одређене друштвене институције као праведне. Правда се позива на велику нарацију, исто као и истина, каже оснивач постмодерне теорије Лиотар, али у постиндустријском друштву постмодерна култура уважава оперативни критеријум информатике, који је технолошки и није погодан за суђење о истинитом и праведном.¹¹ Заправо, постмодерна теорија је саопштила да је готово са свим прогресивним пројектима и целокупним рационалистичким еманципаторским дискурсом: модерна историја је завршена, а постмодерни свет је изразито индивидуалистички, плуралистички и разноврстан, мобилан и еластичан.

Крах комунизма 1989–1991. био је повод америчком државном функционеру јапанског порекла Френсису Фукујама да (ослањајући се на Хегела) понуди објашњење да је дошао „крај историје“, односно крај идеолошке еволуције – историје са значењем и циљем који се могу рационално утврдити. Закључио је да су либералнодемократски системи у формалном и институционалном смислу, економски и политички, највиши и коначни домет западне историје која је стремилa остварењу слободе и једнакости. Констатовао је да су либерални принципи, као супериорни, тријумфовали над радикалним противницима какви су били фашизам и комунизам, као и да су они једини способни за ширење светом јер представљају идеологију универзалних вредности. Тако је предвидео ширење модерне технологије, капитализма и потрошачке културе, а истовремено и људске борбе за признање достојанства и статуса у слободи и једнакости.¹²

Међутим, у односу на ту обновљену идеју једне универзалне цивилизације, Семјуел Хантингтон је упозорио и подсетио: западна експанзија се заснивала на надмоћној технологији, водећој улози у индустријској револуцији и употреби силе. „Запад је освојио свет не надмоћношћу својих идеја, вредности или своје религије (у коју је неколицина чланова других цивилизација била конвертована), него својом надмоћношћу у примени организованог насиља. Западњаци често заборављају ову чињеницу; незападњаци никада.“¹³

10 Douglas Kellner, „Globalisation and Postmodern Turn“, у: В. Вулетић (ур.), *Глобализација: мий или сиварносй*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2003, 61–62.

11 Жан-Франсоа Лиотар, *Постмодерно сйање*, Братство-јединство, Нови Сад 1988, 5–7.

12 Френсис Фукујама, *Крај исијорије и йоследњи човек*, ЦИД, Подгорица, 1997.

13 С. Хантингтон, *Сукоб цивилизација и йреобликовање свейској йорейка*, ЦИД, Подгорица 1998, 55.

Због тога је предвидео у глобалној политици нове конфронтације дуж културних и цивилизацијских линија, између нација и група различитих цивилизација, где би се могло очекивати да главни значај имају религијска припадност, нација и етницитет. Многи су се у последње време сетили те прогнозе поводом сукоба са радикалним исламизмом и Исламском државом.

У последње три деценије посебно левичарске анализе указивале су и на мутацију у којој се капитал померао навике из производње у финансије (тзв. финансијализација), ширио до сваке тачке планете, убрзао своје кретање до милисекунда, проширио своју контролу на „све“. Закључак је да сви данас живимо у ери глобалног финансијског капитализма.¹⁴ То је потврдило једно истраживање три теоретичара сложених система у Швајцарском федералном институту за технологију у Цириху, које је доказивало претпоставке да је притом остварена велика глобална концентрација економске моћи и богатства јер тврде да су успели да распетљају тему контроле у светској економији и емпиријски идентификују мрежу моћи и власништва међу транснационалним корпорацијама.¹⁵

Истраживачки тим је пошао од података Орбиса 2007, који наводи 37 милиона компанија и инвеститора у свету, издвојио је 43.060 транснационалних корпорација (ТНЦ) и власништво које их повезује, конструисао је модел и добио структуру економске моћи, то јест које компаније контролишу друге путем деоничарске мреже, заједно са текућим приходима сваке компаније. Открили су „језгро“ од 1.318 компанија са повезаним власништвом, а свака од њих је имала везе са две или више других компанија (у просеку двадесет); иако оне остварују 20% глобалног текућег прихода, тих 1.318 компанија изгледа да колективно (на основу деоница) поседује значајан број светских производних фирми које остварују 60% глобалних прихода. Уз то, контрола је неравномерније расподељена од власништва јер најкрупнији актери имају контролу десет пута већу но што би се очекивало у односу на њихову својину.

Када су даље размрсали власничку мрежу и контролу, открили су да многе везе иду до „суперјезгра“ од 147 чврсто повезаних компанија које имају скоро пуну контролу над собом јер њихово власништво држе други чланови „суперјезгра“, а оно контролише 40% укупне економске вредности у читавој светској мрежи ТНЦ. Тако испада да је мање од 1% компанија у стању да контролише 40% читаве глобалне корпоративне мреже, а две трећине тог „суперјезгра“ чине финансијске корпорације углавном англоамеричког порекла.¹⁶ Аутори истраживања који нису друштвени теоретичари уздржали су се од ширих закључака, али су коментарисали да таква концентрација економске

14 Richard Peet, „Contradictions of Finance Capitalism“, *Monthly Review* 2011, Volume 63, Issue 07 (December).

15 *New Scientist*, 24 October 2011, Magazine issue 2835, „Revealed – the capitalist network that runs the world“./www.newscientist.com/article/mg21228354.500-revealed-the-capitalist-network-that-runs-the-world/, 8. новембар 2011.

PLOS ONE „The Network of Global Corporate Control“ <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0025995>, 18. децембар 2015.

16 *Ibid.*

моћи може имати негативне последице за глобалну финансијску стабилност, као и да постоји опасност да „суперјезгро“ ради усаглашено у заједничком интересу рецимо у отпору промени и регулисању њихове активности.

Када је 2007–2008. избила финансијска криза, иницијално у САД-у јер је пукао велики финансијски балон који је нарастао на хипотекарним кредитима, брзо се проширила на реалну економију и прелила се у Европу. Доминантна неолиберална економска доктрина правдала је финансијску дерегулацију ефикасношћу тржишта и рационалношћу актера, а показали су се похлепа и склоност манипулацијама који су загадили читав западни финансијски систем. Неки су на томе добро зарадили, али остали су морали да плате цену. Било је и политичке попустљивости јер је тај балон омогућио да се у демократском капитализму кредитима одржи висока потрошња становништва у време стагнације реалних примања, а политичарима да остану на власти, уз несумњиво деловање и моћних лобија на политику. Претходно, куповали су време уз изобиље јефтиног новца. Али, када је балон пукао, показале су се грешке неолибералне доктрине и опасности нерегулисаног тржишта, посебно финансијског.

Левичари би рекли да су се заостриле противречности између интереса тржишта капитала и интереса бирача, које све време карактеришу демократски капитализам. Теоријска дијагноза једног од њих гласи овако: послератни „демократски капитализам“ је садржао основну противречност између интереса тржишта капитала и интереса бирача, али та тензија се од седамдесетих година успешно деценијама измештала неодрживим процесом „позајмљивања од будућности“, док од 2008. дијалектика демократије и капитализма није добила невероватно убрзање. Сада је јасно да демократске државе немају само једног суверена већ два: свој народ, доле, и међународна „тржишта“, горе; глобализација, финансијализација и европска интеграција ослабиле су првог, а ојачале другог – па се односи моћи брзо померају ка врху. Раније су били потребни лидери који разумеју и говоре језик народа, а данас треба да владају језиком новца јер је поверење инвеститора важније од поверења бирача, па зато партије левог као ни десног центра преузимање власти од оних који имају поверење капитала не виде као проблем већ као решење.¹⁷

Након три деценије хегемоније, од избијања кризе 2007. изгледало је да је неолиберална доктрина дошла у питање и многи су очекивали да ће бити напуштена као главни кривац за дерегулацију који је омогућио финансијску кризу западног капитализма. На почетку је могло изгледати и да ће се прибећи новом интервенционистичком дискурсу када су државе ступиле на сцену да спасавају банкарски сектор (и одабране индустрије) и подстакну раст у „великој рецесији“ која је уследила. Али, као што се видело у наставку, неолиберализам није дошао у питање, иако је можда изложен мањим корекцијама.

У књизи *Чудно неумирање неолиберализма* Колин Кроуч поставља питање како то да се неолиберализам појављује из финансијског колапса који је изазвао политички моћнији него икада. Он сматра да се одговор и обја-

17 Wolfgang Streeck, „Markets and Peoples: Democratic Capitalism and European Integration“, *New Left Review* 73, Jan-Feb 2012, 63–71.

шњење налазе у очуваној моћи финансијских корпорација, чијим интересима одговара нерегулисани капитализам. За њега је централна чињеница да стварно постојећи неолиберализам, за разлику од чисто идеолошког, није ни приближно посвећен слободном тржишту како се тврди, већ омогућује доминацију гигантских корпорација над јавним животом. Конфронтација између тржишта и државе, која је наизглед доминирала политичким сукобом у многим друштвима, по његовом мишљењу, прикрила је постојање те треће снаге која је моћнија од обе и преображава њихово деловање. Он тако објашњава зашто политика на почетку 21. века наставља тренд започет у претходном веку, појачана а не ослабљена кризом и закључује: могли бисмо да причамо о тројној конфронтацији између државе, тржишта и корпорација, али он даје предност тези да није реч о конфронтацији већ о „лагодној акомодацији“ између све три.¹⁸

Политичка моћ корпорација је најочигледнија у невероватној лобистичкој активности која се одвија пре свега у Конгресу САД-а, али такође и око многих других законодавних тела и влада. Такође је веома видљива у способности транснационалних корпорација да „купе“ режиме када бирају у којим деловима света ће инвестирати. Стога, сматра Кроуч, треба даље истражити шта се догађа демократији и политици, када многе корпорације не праве само снажне притиске, већ представљају и главне учеснике у политичком процесу. То је нешто што ниједна економска и политичка теорија не брани нити заговара, али то је кључна стварност нашег политичког живота, а једна од последица је да је демократија, уз тржиште, нека врста жртве.¹⁹

У САД покрет „Окупирајмо“ тврди да је проговорио у име 99% губитника у неолибералном капитализму на супрот 1% добитника, чије се учешће у приходима дуплирало и којима у САД-у иде 25% свих прихода.²⁰ Бољи познаваоци су их исправили: богати који су имали огромно повећање прихода чине свега 0,1%.²¹ Међутим, протест се проширио и на многе европске земље, па многи констатују „глобализацију протеста“, оцењујући да је то највећа глобална мобилизација после 1968. Познати социолог Зигмунд Бауман мисли је да ће 2011. година можда бити означена у историји као „година народа у покрету“ и дао своју дијагнозу: за сада је (бар њима) јасно од чега беже, али није јасно где хоће да стигну, или шта треба учинити уместо постојећег стања које више не желе. Зато овај тренутак он посматра као „интеррегнум“ – време у коме је сваког дана све јасније да се даље не може на стари познати начин, али ефикасније замене још нема на видуку.²²

18 Colin Crouch, *The Strange Non-Death of Neoliberalism*, Polity Press, Cambridge 2011, viii–ix.

19 *Ibid.*

20 John Quiggin, „Occupy Wall Street and Percentiles“ /www.social-europe.eu/2011/10/occupy-wall-street-and-percentiles/, 28. децембар 2011.

21 Према званичним подацима у периоду 1979–2005. Американци са средњим примањима су имали повећање за 21%, а најбогатијих 0,1% повећање за 400%. Paul Krugman, „We are the 99,9%“, *The New York Times*, November 24, 2011.

22 Zygmunt Bauman, „2011 – The Year of People on the Move“, 28. децембар 2011. /www.social-europe.eu/2011/12/2011-the-year-of-people-on-the-move/

Мада нема јасне артикулације ни интерпретације тих покрета, занимљива је оцена бугарског теоретичара Ивана Крастева да је садашњи студентски протест по карактеру „1968. у рикверц“, јер су млади некада објавили да желе да живе у другачијем свету од њихових родитеља, а сада су на улицама да изразе жељу да живе у свету својих родитеља. Друго је питање да ли покрет протеста представља демонстрацију против оних на власти или им се обраћа са поруком да треба да се стиде јер су прекршили друштвени уговор и узајамне обавезе.²³

2. ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ ИЗМЕЋУ ИДЕАЛА И СТВАРНОСТИ

После два светска рата у којима су европске нације међусобно ратовале, европска интеграција је, према тумачењу Мануела Каstellса, настала на основу политичких иницијатива и стварања институција које су имале циљ да заштите земље-чланице од различитих опасности које су схваћене као изазови, дакле, на дефанзивним политичким пројектима који су дуго били остваривани углавном економским средствима.²⁴ Први политички циљ европске интеграције био је мир међу западноевропским нацијама, то јест да се избегне нови рат, а тај политички циљ је реализован економским средствима. Европска интеграција је започела стварањем Економске заједнице за челик и угљ 1951. године, која је укључила шест земаља у заједничко тржиште индустрија које су биле стратешки важне за рат. Нешто касније створен је Еуроатом, да координира политику у новој стратешкој индустрији – нуклеарној енергији, као и Европска економска заједница да унапреди трговину, али и да заштити индустрију челика и пољопривреду у време када је међународна трговина била најважнија одлика глобалне економије јер је заједничко тржиште значило заједничку спољну трговинску политику. То је омогућило и да Европска економска заједница игра значајну улогу у одбрани европских трговинских интереса у свету.

Пораст економске интеграције изабацио је у први план и различите визије интеграционог процеса: једни су замишљали федералну државу (Жан Моне), други су је видели као међународну организацију (Де Гол), а Немачка као међународну платформу која је погодна да допуни њену ограничену међународну улогу. Британија се придружила ЕЕЗ почетком седамдесетих, заједно са Ирском и Данском, и унела још једно виђење европске интеграције: слободна трговинска зона, без значајнијег уступања политичког суверенитета. Та економска визија је доминирала готово деценију и успорила даљу интеграцију. Економска криза тих година додала је песимистичке тонове јер се већина европских нација осећала политички немоћно у односу на две суперсиле, технолошки декласирано развојем информационе технолошке револуције углавном

23 Jan-Werner Mueller, „The Language of Global protest“
/www.project-syndicate.org/commentary/mueller6/English, 28. децембар 2011.

24 Manuel Castells, *End of Millenium*, 2nd ed., Blackwel, Oxford 2000, 340–345.

изван европских граница, и економски заостало, не само у односу на САД већ и у односу на нове азијске конкуренте.²⁵

Подстицај даљој европској интеграцији током осамдесетих година дошао је под притиском глобализације. С једне стране, пораст глобалних токова капитала тражио је од европских земаља да појачано брину о стабилности својих валута, док је, с друге стране, повећана међународна конкуренција наметала потребу да парирају економској и технолошкој надмоћи америчких и јапанских компанија. Укључење јужноевропских држава Грчке, Шпаније и Португала у интеграцију, после укидања политичких диктатура, донело је нове подстицаје да се усагласи политика у неким новим областима. Од 1987. године процес интеграције је обележио нови квалитативни корак у успостављању јединственог тржишта, а економске мере су комбиноване са технолошком политиком (Еурека програм) и са јачањем европских институција – Европске комисије, Европског савета и Европског парламента. Тако су економске потребе и мере успостављања заједничког тржишта за капитал, робе, услуге и рад, допринеле даљој политичкој интеграцији, па је Европска економска заједница постала Европска заједница.

Затим су изненадне промене у геополитичком окружењу 1989–1991. поставиле нова политичка питања на европском континенту после распада комунистичког блока и уједињења Немачке. Нова уједињена Немачка са 80 милиона становника и око 30% европског бруто производа била је нова реалност, што јој је дало нову позицију и тражило од остатка ЕЗ да то има у виду. Немачка је пристала да се одрекне своје потцењене марке, да пристане на евро и независну Европску централну банку под одређеним условима: да европске економије усвоје дефлаторну политику усвајањем монетарне политике која одговара немачкој економији, да се ојачају европске институције и да се ЕЗ прошири на север и исток. Улазак Аустрије, Шведске и Финске као богатих земаља требало је да буде равнотежа укључењу сиромашније јужне Европе, а укључење централне и источне Европе требало је да стабилизује у економском и политичком погледу тај регион, да створи територијално залеђе према Русији, а вероватно и да омогући Немачкој да игра своју стару улогу као централна и источноевропска сила. Бивше чланице источног војног блока то су тражиле из својих разлога, да побегну заувек од руског утицаја, па су одмах тражиле и чланство у НАТО.

Деведесете године су тако означиле нову фазу политичке интеграције, што је симболисала промена имена: Европска заједница је постала Европска унија. Уговором из Мастрихта 1992. године направљен је кључни корак одлуком да се успостави економска и монетарна унија (1999), да се хармонизује фискална политика, потпуно уједини европска економија и оснаже европске институције у областима као што су инфраструктура, технологија, истраживање, образовање, екологија, регионални развој, имиграција, правосуђе и полиција. Даља европска интеграција, сматра Кастелс, стога се може схватити истовремено као реакција на процес глобализације, али и као њен најразвије-

25 *Ibid.*, 341–342.

нији израз, а такође и као доказ да глобални економски систем добија регионалну структуру, у којој старе националне институције и нова наднационална тела још увек имају главну улогу у организовању економске конкуренције.²⁶ Као одговор на изазове глобализације, земље ЕУ су створиле најснажнију регионалну економску интеграцију на свету, јединствено слободно тржиште за кретање роба, људи, услуга и капитала, са системом неометане тржишне конкуренције. Предвиђена су и друга подручја за будућу продубљену сарадњу, на пример заједничка спољна и одбрамбена политика, али на том плану ништа није учињено и ЕУ је остала под безбедносним штитом САД-а и НАТО-а. Друга важна одлука тичала се проширења: Аустрија, Финска и Шведска су примљене 1995, а планирано је и проширење на земље централне и источне Европе.

Распад социјалистичког војног блока Варшавског савеза и самог СССР-а и крах једнопартијског државно-социјалистичког модела развоја дао је коначни замаха да се неолиберални приступ успостави као доминантан у свету и после неразвијених земаља такође примени на бивше социјалистичке земље, некадашњи „Други свет“ средње економске развијености. Углавном мирне „плишане“ револуције нису донеле ништа ново у историјском смислу, већ настојање да копирају западни образац развоја: омогућиле су политичку модернизацију увођењем вишепартијске демократије, а масивна приватизација државне имовине требало је да створи претпоставке за тржишно пословање у вери да ће то омогућити ефикаснији економски раст. Међутим, нада да ће их та имитација учинити сличним западноевропским друштвима показала се као проблематична у новим условима неолибералне глобализације.

Како сумира Радмила Накарада, резултати постсоцијалистичке транзиције нису били исти у свим земљама јер је различит однос транснационалних елита, као и квалитет домаћих, имао различите последице: у појединим земљама су глобални актери и домаћа елита направили „савез пљачкаша“ и активно учествовали у подели плена, распродаји имовине и стварању клановске, мафијашке државе, а у другима су деловали као „савез реформатора“. Али у готово свим земљама постсоцијалистичке транзиције социјална цена је била драматична: повећали су се сиромаштво, незапосленост и социјалне неједнакости, а општи стандард је опао, што се одразило и у повратку старих болести, повећању морталитета, смањењу просечног века старости и сл.²⁷

Када је „стара“ ЕУ-15, економски развијена и са консолидованим либералним демократијама, своја врата отворила за пријем постсоцијалистичких држава централне и источне Европе, поставила је услове да јој постану „сличне“ у разним важним областима. Европски савет је 1993. године у Копенхагену дефинисао кључне услове: прво, чланство подразумева да је држава кандидат достигла стабилност институција које гарантују демократију, владавину права, људска права и поштовање и заштиту мањина; друго, тражи се постојање

26 *Ibid.*, 348.

27 Радмила Накарада, *Распад Југославије. Проблеми тумачења, суочавања и транзиције*, Службени гласник, Београд 2008, 203–205.

функционалне тржишне економије, која је способна да се ухвати укоштац са конкурентским притиском и тржишним снагама унутар ЕУ; треће, чланство претпоставља и способност кандидата да преузме обавезе чланства, укључујући прихватање циљева политичке, економске и монетарне уније. Касније, током процене напора земаља кандидата да се квалификују за чланство, Европски савет је разрадио и проширио услове, прецизирао теме и фазе процеса приступања.

Пошто није понуђена прецизнија дефиниција демократије, тржишне економије и способности за тржишну утакмицу, те одредбе су остале дискутабилне, подложне различитим интерпретацијама и дискреционој оцени Комисије у годишњој оцени о напретку државе-кандидата. Трећи услов о обавезама чланства односи се на примену *acquis communautaire*, корпуса правила ЕУ, политичких принципа, судских одлука, директива и декларација – на регулативу која је још 1995. имала око сто хиљада страна правних текстова, који су се даље увећавали ширењем ЕУ политике на нове области, а за проширење 2004. су широко протумачени као „сва постојећа и потенцијална права и обавезе ЕУ система и његовог институционалног оквира“. Европска унија нема препоруке како то постићи јер њена правила и захтеви никада и нису прављени као развојни програм за треће земље, већ представљају резултат западноевропског развоја и тешко постигнуте сагласности међу чланицама о заједничким правилима за њих саме.²⁸

То је већ било довољно да покаже да је услов за укључење постсоцијалистичких држава у ЕУ тражио да оне претходно направе трансформацију у свим областима живота, згуснути сажетак промена чији су стандард резултати које је Западна Европа постигла током своје вишевековне модернизације, уз додатак који је направила путем интеграције. То је несумњиво огроман подухват политичког инжењеринга, који се одвија правном хармонизацијом и институционалном изградњом, великим променама у многим областима државне политике, и захвата широко поље, од стварања тржишне регулативе, реформе јавних институција, регионалне самоуправе, буџетске процедуре, до контроле граница, хигијенских стандарда итд. У начину на који се то изводи аналитичари су уочили парадокс: док се, с једне стране, тражи стабилност демократских институција као један од три општа услова за прикључење, сам процес придруживања налаже формирање једног привилегованог јаког централног тима у извршној власти да води тај процес усвајања и примене многобројних правних и процедуралних правила, па то иде на штету других грана и нивоа власти – укључујући и законодавну власт и регионалне актере.²⁹

Неким аналитичарима је изгледало да је потребно и више од експлицитних услова: културна трансформација. Пољски социолог Пјотр Стомпка је направио дијагнозу да проблеми постсоцијалистичке транзиције показују значајно одсуство претпоставки за учешће у модерној цивилизацији Запада и

28 Heather Grabbe, „Central and Eastern Europe and the EU“, у: S. White, J. Butt and P. G. Lewis (eds.), *Developments in Central and Eastern European Politics*, Palgrave Macmillan, Houndmills 2007, 113–115.

29 *Ibid.*, 118.

идентификовао их као синдром „цивилизацијске некомпетентности“ за „повратак у Европу“. Као најважније манифестације навео је: недостатак предузетничке културе (а нарочито обележја као што су: иницијативност, мотив за постигнуће, индивидуалистичка компететивност, рационална калкулација); недостатак грађанске културе (посебно недостатак политичког активизма и спремности на партиципацију, владавине права, бриге за јавне ствари, дисциплине, поштовања опонената); недостатак дискурзивне културе (пре свега толеранције, отворености духа, прихватања различитости и плурализма); недостатак свакодневне културе (у првом реду уредности, чистоће, тачности и других својстава важних за живот у урбанизованом, технолошки уређеном и ка потрошњи оријентисаном друштву). Наведене четири садржинске поткатегорије коинцидирају са четири главна подручја модерног развијеног друштва: економијом, политиком, друштвеном свешћу и свакодневним животом. Стога је Стомпка закључио да „повратак у Европу“ постсоцијалистичких земаља источне и централне Европе захтева фундаменталну трансформацију менталног, културног и цивилизацијског ткива тих друштава, а то значи радикалну и свеопшту промену матрице мишљења, понашања и делања, која је заједничка за већину обичних припадника једног друштва.³⁰

Али, има констатација да су геополитички разлози надвладали све те нормативне услове: велико проширење ЕУ 2004. за десет чланица многим изгледа контроверзно, а посебно пријем Бугарске и Румуније 2007. уз велико залагање САД-а, што се тумачи као очигледан доказ да су геополитички разлози за проширење много важнији од копенхангенских јер је тако заокружена евроатлантска линија фронта око Русије од балтичких држава на северу до Турске на југу.³¹ И неке економске анализе указују на то да је проблем у томе што се целокупан процес европских интеграција руководио политичким разлозима, а не економским принципима, због чега су настале неравнотеже у еврозони које су значајно допринеле кризи. Грчка и Италија су пуштене у монетарну унију иако су имале јавни дуг знатно изнад 60%, колико је предвиђено Уговором из Мастрихта. Разлог: пројекту евра је била потребна критична маса Италије, једне од потписница Римског уговора из 1957. и једне од највећих европских економија; Грчка је примљена у време припрема за Олимпијаду када су велике инвестиције подстакле економски раст, а сматрало се и да је сувише мала економија да би могла значајно утицати на стабилност монетарне уније.³² Али, то би се могло посматрати и другачије: да су медитеранске придошлице у демократски капитализам пуштене да се придруже ЕМУ и снабдевене приватним кредитом јер је за европске банке то био профитабилан и наизглед сигуран посао, а такође било је у интересу извозних индустрија северних држава јер тако нису морале да страхују да ће се те земље заштитити од продуктивнијих северних економија помоћу девалвације валуте.

30 Наведено према: Вукашин Павловић, *Цивилно друштво и демократија*, Удружење за политичке науке Србије и Црне Горе, Београд 2004, 229–230.

31 Миша Ђурковић, *Илузија Европске уније*, Catena mundi, Београд 2015, 32.

32 P. Subacchi, S. Pickford, „The Euro on the Brink: „Multiple“ Crisis and Complex Solutions“, *Macro Economy Proceedings*, Issue no 7, January 2012, Nomura Foundation, 1–2.

Такође, претпоставка о економској и социјалној конвергенцији на јединственом тржишту показала се као илузорна, као и сам концепт стратегије развоја ЕУ који предвиђа један тип развоја, као да су све чланице на истом путу – само на различитим деоницама. Главни разлог је у томе што ЕУ нема развојну стратегију за мање развијене земље, а јединствено тржиште их излаже конкуренцији коју не могу да издрже, нарочито ако су прихватиле евро. Тачно је да су ради конвергенције предвиђени механизми солидарности (структурни фондови, фондови конвергенције, већи буџет Заједнице) и да се „социјална Европа“ још увек добро држала захваљујући већини партија левог центра на власти између 1995. и 2005. које су инсистирале на економској координацији и социјалној димензији интеграције (запошљавање, координација надница, регулација тржишта рада и више области социјалне политике), у чему је посебну улогу имала и Европска синдикална конфедерација.³³

У медитеранским земљама (Грчка, Шпанија, Португал) приступање Европској унији је праћено делимичном деиндустријализацијом јер су државе изгубиле способност да воде националну индустријску политику, а уласком у зону евра изгубиле су и могућност да заштите домаћу индустрију девалвацијом сопствене валуте. Претпостављало се да ће заједничка валута олакшати кретање капитала из центра, где га има у изобиљу, ка периферији, где је мало капитала али постоји обиље радне снаге – и да ће то довести до економске конвергенције. Међутим, иако су значајне количине капитала дошле тим правцем, он је углавном отишао у потрошњу, у два посебно рањива сектора – туризам и грађевинарство, и допринео да се надује мехур у цени некретнина, посебно у Шпанији (и Ирској). Економски раст је заснован на задуживању, посебно код немачких и француских банака, што је било олакшано и дерегулацијом финансијског сектора у ЕУ и јефтиним кредитима, због чега је дефицит платног биланса астрономски растао. Када је избила криза 2008. године, погодила их је углавном финансијским каналима јер се страни капитал смањило или повлачио – што је ударило у саме темеље њиховог модела раста. А када су се нашле на мети спекулативних напада и на ивици банкротства, Немачка и Француска су се суочиле са неугодним избором: да спасавају презадужене државе или, уколико оне банкротирају, да спасавају сопствене банке. Зато наметнути програми „спасавања“ држава који наизглед имају главни циљ да смање буџетски дефицит, имају још један значајан циљ: да смање дефицит платног биланса и страна финансијска потраживања. У пракси, наметнути програми су „купили време“ да се западне банке повуку из јужне Европе.³⁴ И јасно је да није реч о солидарности са грчком или неком другом нацијом већ, како је иронично прокоментарисано, са „нашим“ банкама и заправо са „тржиштем“.³⁵

Ни нове чланице ЕУ, бивше социјалистичке земље на истоку ЕУ, нису у битно другачијој ситуацији: њих је већ почетком деведесетих година у првој

33 C. Degryse, M. Jepsen, P. Pochet, *The Euro crisis and its impact on national and European social policies*, Working Paper 2013.05, ETUI, Brussels, 2013.

34 EuroMemo Group, *The deepening crisis in the European Union: The need for a fundamental change*, EuroMemorandum 2013, 30–32. //www.euromemo.eu

35 W. Streeck, 63–71.

фази транзиције обележила значајна деиндустријализација (посебно балтичке државе), а од краја деведесетих и раст заснован на задуживању. У балтичким и државама југоисточне Европе раст је у највећој мери зависио од експанзије кредита, углавном у страним валутама, прилив страног финансијског капитала подстакао је нагли пораст некретнина и увоза, прецењени курс је дестимулисао индустријску производњу – што је водило дефициту платног биланса, чак већем него у медитеранским земљама. Од почетка кризе је смањени прилив или повлачење капитала поткопало сваку могућност раста и већ од јесени 2008. тешко погодило балтичке земље, Румунију и Бугарску, као и Мађарску.

Криза је затекла у бољој ситуацији „државе Вишеграда“ (Чешка, Мађарска, Пољска и Словачка) и Словенију: ту је, осим задуживања, индустријски сектор тесно повезан са немачком извозном индустријом обезбедио други стуб раста. Уз то, њихови дугови су изражени у националној валути, изузимајући Мађарску, која је имала ту невољу да је велики део дуга номиниран у швајцарским францима. Додуше, Словачка и Словенија, које су прихватиле евро, биле су такође теже погођене кризом него Чешка и Пољска. Битно је да и земље из те групе потпуно зависе од потреба немачке извозне индустрије – што више не делује обећавајуће због опште политике штедње у Европи и успоравања раста у светској економији. И вероватно је да је развојни модел чланица те групе већ постигао свој лимит.³⁶

Има теоретичара који указују на то да су нове чланице из централне и источне Европе формирале и један нови модел капитализма унутар ЕУ (поред англосаксонског, нордијског, континенталног и медитеранског модела). Његове специфичне карактеристике проистичу из три главна фактора: недостатка капитала, слабог цивилног друштва и синдикалне организованости, као и дејства ЕУ и других међународних организација. Захваљујући тим факторима и карактеристикама развила се посебна подела рада између нових и старих чланица ЕУ у виду „асиметричне међузависности која може бити трајна“, што значи да се унутар ЕУ репродукује исти однос центар–периферија који је био типичан за период од краја 19. века до Другог светског рата.³⁷

Зато изгледа да су са кризом земље ЕУ периферије, сем неколико изузетака, запале у ћорсокак и да је њихова друштвено-економска ситуација без излаза из дужничког ропства. То се у највећој мери односи на медитеранске чланице еврозоне – Грчку, Португал и Шпанију – као и на балтичке и југоисточне државе ЕУ.

У кризи од 2008. наовамо подела на „више Европа“ постала је сасвим очигледна: једна подела је између држава центра и периферије еврозоне; друга је између старих и нових чланица ЕУ, то јест оних пре и после проширења на централне и источне европске земље – које представљају периферију ЕУ. Криза је даље продубила јаз између развијених земаља центра и обе периферије, па би се данас могло рећи да је реч о структурној и трајној неравнотежи.

36 EuroMemo Group, 31–33.

37 B. Farkas, „The Central and Eastern European model of capitalism“, *Post-Communist Economies*, 23:01, 2011, 15–34.

Та подела је постојала и пре процеса европске интеграције, али ју је неолиберални пројекат интеграције даље продубио после 2005. када су у ЕУ превагу однеле конзервативне снаге, као и у многим земљама, и модел интеграције помериле од социјалнотржишног ка либералнотржишном.

Драматичан ударац избијањем финансијске кризе западног неолибералног система 2008. гурнуо је ЕУ у стање вишегодишње вишеструке кризе и велику трансформацију због начина на који настоји да „решава“ кризу. Уследили су криза евра и еврозоне – који су онда сагледани као највећа грешка и клопка ЕУ, банкарска криза и са њом повезано велико повећање јавне задужености јер су државе спасавале банке, вишегодишња економска криза из које излази споро и неуједначено, рекордно висока незапосленост која се не смањује, драматичан пораст сиромаштва који обухвата четвртину становника ЕУ, даље продубљивање постојећих подела и неједнакости унутар и између (група) држава. Друштвено раслојавање се јако повећава, а продубиле су се и поделе између земаља еврозоне и осталих, између земаља кредитора и дужника, као и између све ужег центра и периферије. Многи мисле да то нису неизбежне последице саме финансијске кризе већ начина на који је ЕУ на њу реаговала, намећући фискалну консолидацију и политику штедње.

У тој ситуацији она је успоставила нови режим економског управљања који је означио промену модела интеграције у монетаристичком духу, у правцу федерализације и неолибералне разградње социјалне државе. Доне-то је ново законодавство (као „пакет шест“) које је заострило правила која се односе на дефицит и задуженост; нови уговори и међудржавни споразуми (као Фискални уговор) који су додатно заострили правила о дефициту и задужености јавног сектора и предвидели да се она уграде у национално законодавство; нове процедуре (као Европски семестар) које су омогућиле Европској комисији и Савету ЕУ да надгледају макроекономске политике и реформске програме држава чланица и да дају специфичне препоруке свакој земљи које се тичу свих аспеката јавне политике; регулатива (као „пакет два“) која, између осталог, од чланица еврозоне тражи да поднесу нацрте буџета Комисији на разматрање сваког октобра пре расправе у националном парламенту. То омогућује да се одлуке доносе у Савету, у којем доминирају снажне државе предвођене Немачком, и у Комисији, која их иницира и надзире све аспекте економске и социјалне политике држава чланица. Тако ЕУ изабране народне представнике лишава моћи да воде политику коју сматрају најбољом за своју земљу јер су је преузели именовани бриселски бирократи. Неки критичари зато мисле да је смисао свих тих промена да се слабије државе подвргну свеобухватном систему туторства.³⁸

И нема ту места за договоре шта је економски, социјално и политички прихватљиво, као што је видела грчка левичарска Сириза, већ само за диктат Европске комисије и моћних држава пред којим је морала да капитулира да не би потпуно банкротирала. Није ли противречно да ЕУ инсистира на демокра-

тији у националним државама а да ту демократску вољу игнорише и својим недемократским устројством негира и притом намеће економску политику са тако лошим економским и социјалним последицама у многим чланицама?

Многи аналитичари, као и европски синдикати, закључили су да је главни циљ наметнуте политике штедње и препорука структурних реформи неолиберална разградња постојећих модела социјалне државе, то јест реформе социјалног законодавства, и смањење социјалне заштите, трошкова здравства, школства и пензионих система, као и регресивне реформе радног законодавства и дерегулације колективног преговарања како би се смањили трошкови рада у конкурентском оквиру тржишта рада.³⁹ Сматрају да је главни разлог настојање европског капитализма да повећа своју глобалну конкурентност на терет широких слојева друштва.

Коначно, важан знак одступања од политике „стежања каиша“ дошао је у марту 2015. и са доста закашњења према мишљењу многих економиста и влада еврозоне, када је Европска централна банка започела велики програм штампања новчане емисије од 1.100 милијарди евра (по 60 милијарди евра месечно) да преко националних централних банака купи државне хартије од вредности на секундарном тржишту, расподељујући је према величини националне економије (изузимајући грчку централну банку). Упркос гласном противљењу, Немачка и Холандија ту одлуку нису могле да спрече јер се одлучује већином уз правило једна држава – један глас. Европска централна банка очекује да ће на тај начин стимулирати анемичну економију еврозоне, зауставити дефлаторне процесе и подигнути стопу инфлације из минуса на пожељних два процента, да ће тиме додатно оборити каматне стопе и на државне обвезнице и на банкарске кредите и да ће тако подстаћи тражњу – потрошњу и инвестиције. Немачки економисти су против тога под снажном традицијом доктрине ордолиберализма, према којој је штетна свака интервенција државе која ремети тржиште, било да је монетарна или фискална. Уз то, указују на два члана Споразума о функционисању Европске уније: један забрањује тзв. монетизацију буџетских дугова (покривање буџетских рупа штампањем новца или куповином државних обвезница), а други забрањује социјализацију дугова у еврозони јер она није замишљена као трансферна већ валутна зона, па не треба ни рачунати на неку међусобну помоћ.⁴⁰

Уз то већ тешко болесно стање ЕУ, поделе и неслагања, стигле су и нове невоље. Грађански рат у дубоко подељеној Украјини 2014. био је повод да отпочне нови хладни рат, да САД уведу санкције Русији и натерају невољну ЕУ да им се придружи (и добије контрасанкције), што је нанело озбиљне губитке и економији ЕУ. Током 2015. она се суочила са терористичким радикалним исламизмом на свом тлу, посебно у Француској, као и са несавладивом реком избеглица из ратом захваћених земаља на Блиском истоку и северу Африке,

39 C. Degryse, M. Jepsen and P. Pochet, 9–10, 37–38; *Benchmarking Working Europe 2014*, ETUI, Brussels 2014, 5–12.

<http://www.etui.org/Publications2/Books/Benchmarking-Working-Europe-2014>, 3. јули 2015.

40 Небојша Катић, *Из грυιοι уїла*, Catena mundi, Београд 2015, 118–121.

па је низ земаља подигао жичане и друге ограде и вратио граничну контролу, тако да су се Шенген и слобода кретања урушили за кратко време, а ЕУ се нашла практично у ванредном стању.

Dr. Gordana Pavićević Vukašinović
Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

TRANSITION AND MODERNISATION: TOPICS AND DILEMMAS

Summary

The delayed Serbian transition takes place in both the global and European environment which determines its character, and that is why the author considers some wider topics and open dilemmas as important for that process.

In the first part of the paper („From (modern) development to neoliberal globalisation“) the author tackles the (1) replacement of the world philosophy of national development and various types of modernisation by a project of neoliberal globalisation; (2) the end of the Western modern progressive development inspired by Enlightenment; (3) the deregulation of capital markets which enabled a huge concentration of the global economic power in the hands of a small number of predominantly financial corporations (Anglo-American), bringing about the financial crisis in the USA in 2008, which set off „the great recession“ of the Western capitalism.

The second part of the paper („European integration between ideals and reality“) is focused on the (1) development of the EU towards a deeper and wider integration, highlighting the situation of post-socialist countries of Central and Eastern Europe, the failure of economic convergence and the creation of center-periphery relations; (2) the crisis of the EU, and particularly the eurozone, the conservative policy of financial consolidation and austerity eroding welfare states and workers' rights, the new economic management which pushes EU into federalisation without democratic legitimacy, and thus moving the EU further away from the ideals of democratic and social Europe.

The already unhappy state of the Union is further aggravated by new adverse events: the economic sanctions against Russia, the threat of radical Islamic terrorism, the inrush of Muslim refugees from the war-affected Middle East and North Africa.

Key words: *Neoliberal globalization. – End of Western modern development. – Global financial oligarchy. – Crisis of the European Union. – New periphery of Europe.*

Др Рајко Јелић*

ОБЈЕКТИ ЈАВНЕ СВОЈИНЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Према њироуди овлашћења, објекти јавне својине чине њокрећине и не њокрећине ствари грађанској њрава, док су с друе стране, то јавна добра, материјална добра на којима се усјосјављају јавна овлашћења и обавезе. Струкиурално, објекти јавне својине сасјоје се од: 1. њриродних бојисјава; 2. добара у ојшој ујојреби; 3. мреже-ствари за њројок материје и енерџије; 4. средсјава државних орјана и локалне самоујраве; 5. њокрећиних и не њокрећиних ствари које служе за обављање комерцијалне деланосји. Из тооја њроизилази да у највећој мери објекте јавне својине њредсјављају јавна добра, али њроблем насјаје њри њокушају да се џај њојам дефинише. У домаћој и страној њравној лиџератури њосјоје различита схвања њојма јавној добра. Прихвалљиво би било мишљење да је јавно добро део материјалне њприроде које њо својој сушјини или намени служи обављању јавне функције, а њри томе се налази у својини јавних субјекта. Зашијита јавне својине зависи од њприроде њоврећеној њрава ња разликујемо: 1. грађанскоуравну зашијиту њуштем које се шјишје субјективна грађанска њрава; 2. јавноуравну зашијиту која њодразумева јавноуравне акте, средсја и мере којима се шјишји јавна функција односно јавноуравна овлашћења и обавезе.

Кључне речи: *Јавно добро. – Својина. – Јавна деланосји. – Државни орјани. – Субјективна њрава.*

1. ПОЈАМ ОБЈЕКТА

Објекти јавне својине су оно на чему субјекти остварују права и обавезе из садржине права јавне својине. То су разноврсна материјална добра поводом којих се успостављају различити правни односи. Природа правног односа, то јест да ли је у питању грађанскоправни или јавноправни однос, определиће суштину објекта јавне својине на: 1) покретне и непокретне ствари грађан-

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

ског права; 2) материјална добра (покретне и непокретне ствари) која чине јавно добро. Међутим, није лако одредити природу правног односа а тиме и природу објекта јер у правној теорији постоји спор на основу којег критеријума одредити разлику између јавне и приватне својине.¹ На пример, чињеница да је субјект јавноправан (држава) није довољна да одреди природу односа и објекта па се морају користити и други критеријуми (јавни интерес, односи субординације) у садејству, а понекад се постојање различитих елемената може разграничити тек на основу утврђивања претежнијег садржаја (јавна функција, јавна корист).

Разликовање појма „ствари“ од појма „јавног добра“ додатно компликују важећи правни прописи. Закон о јавној својини Републике Србије, у настојању да изрази један неолибералан, цивилистички приступ дефинисању јавне својине, занемарио је а понекад и изоставио да изрази јавни сегмент тог облика својине, што може да створи проблеме у практичној примени. На то указује одредба по којој се на стицање, вршење, заштиту и престанак права јавне својине примењују одредбе закона којима се уређује право приватне својине. Затим, уместо термина „јавно добро“, за добра у општој употреби користи се израз „ствари за посебне намене“. Слично је и са осталим објектима јавне својине, као што су мреже и средства која користе државни органи – сада су то покретне и непокретне ствари, збир ствари или непокретне ствари са припацама.²

2. СТРУКТУРА ОБЈЕКТА

Подела материјалних добара може се извршити и на основу других критеријума, а не само према правном режиму и природи овлашћења. Једна од важних подела је према својству и намени ствари: сходно томе, разликујемо: 1) добра у општој употреби (путеви, воде, мреже); 2) природна добра (руде, биљни и животињски свет); 3) средства за рад државних органа; 4) предмете посебне вредности (културна добра).

2.1. Добра у општој употреби

Добима у општој употреби у смислу закона сматрају се оне ствари које су због своје природе намењене употреби свих и које су као такве одређене законом (јавни путеви, јавне пруге, мостови, тунели, улице, тргови, јавни паркови, гранични прелази и др.)³. Иако законодавац набраја шта све чини добра у општој употреби, тиме се ова листа не исцрпљује јер правна теорија про-

1 В. Водинелић, *Грађанско право, уводне теме*, Београд 1991, 109. Вид. *Лексикон грађанског права*, одредница „Приватно право“, Београд 1996. Аутор наводи преко четрдесет критеријума за разликовање на „јавно“ и „приватно“ право. Најзначајнији су: односи субординације или односи координације, природа аката и средства заштите, природа субјектата, природа делатности, врста интереса и сл.

2 Чл. 10. ст. 1. Закона о јавној својини Републике Србије (ЗЈС).

3 Чл. 10. ст. 2. ЗЈС.

ширује тај појам.⁴ Добра у општој употреби означавају се као јавна добра у најужем смислу. Пошто им је природа или намена да служе општој употреби, јавноправни режим је овде најнаглашенији. У начелу, те ствари не могу бити у режиму права својине, а не могу бити ни објекти за стицање других субјективних стварних права. Та добра се у грађанском праву означавају као ствари ван правног промета (*res extra commercium*), што у суштини представља другу врсту поделе.⁵ Промет тих добара има јавноправни карактер јер је реч о преносу јавноправних овлашћења и обавеза, а прималац добра наставља да врши јавну управу, па су то често „померања у оквиру саме управе“.⁶ Природа или намена добара у општој употреби одређује целокупан правни режим. Право опште употребе припада свим субјектима права, без обзира на лична својства (раса, пол, нација и сл.), тако да свако има право да та добра користи у складу са својим потребама, на начин прописан законом или одлуком органа правног лица коме су та добра дата на управљање. Законодавац уноси нова решења за располагање тим добрима тако што се оно може вршити путем концесије, чиме се преносе овлашћења, али и обавезе у вези са вршењем јавне делатности, или на други начин, који је ближи грађанском праву, када се путем закупа преносе овлашћења употребе (*usus*) и прибирање плодова (*fructus*). Добра у општој употреби чине државну својину Републике Србије, док су државни путеви II реда у својини аутономне покрајине ако се на тој територији налазе, као и некатегорисани општински путеви, улице, тргови и јавни паркови који су у својини локалне самоуправе.

2.2. Природна добра

У Закону о јавној својини Републике Србије таксативно се набраја шта улази у састав тих добара, а то су: воде, водотоци и њихови извори, минерални ресурси, ресурси подземних вода, геотермални и други геолошки ресурси и резерве минералних сировина, као и друга добра одређена посебним законом.⁷ Та добра чине објекте јавне својине односно њен најзначајнији сегмент који се означава као државна својина Републике Србије. Други прописи на сличан начин дефинишу појам природног богатства: као природне вредности сачињене од ваздуха, воде, земљишта, шума, геолошких ресурса, биљног и животињског света.⁸ У сваком случају, то су вредности које представљају спољашње животне услове који окружују појединца или друштво у целини и

4 А. Финжгар, „Добра у општој употреби“, *Енциклопедија имовинских права и права удруженој рада*, I том, Београд 1971, одредница „Друштвена својина“, 275. Добра у општој употреби чине: путеви, воде луке, пристаништа, ваздухопловна пристаништа и морске обале и сл.

5 *Res extra commercium* биле су познате у римском праву и ту су спадале *res communes omnium* као што су: реке, мора, ваздух као најшире ствари по људским законима у *res publicae* (тргови, улице, пристаништа, стадиони, купатила) која припадају држави.

6 О. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin 1924, 62–63.

7 Чл. 9 ст. 1 ЗЈС РС.

8 Чл. 9. Закона о заштити животне средине Републике Србије (ЗОЗЖС); *Службени гласник РС* 135/2004; 36/2009.

у начелу нису резултат људског рада. Из тога даље произилази да су природна добра: 1) природа у ужем смислу, а то је целокупан биљни и животињски свет који окружује човека у његовом животном простору – земљи, води и ваздуху, као и њихова биолошка равнотежа; 2) природни ресурси – вода, ваздух, тло и њихови саставни делови. У том правцу се изјашњава и правна литература.⁹ Постоје мишљења да природна добра имају и додатна својства јер су једнако доступна свима па попримају обележја добара у општој употреби, што би значило да за њих важи двоструки правни режим. Исто тако, постоје природна добра у ширем смислу као: пољопривредно земљиште, шуме и шумско земљиште и сл. То су истовремено добра од општег интереса и могу имати статус јавног добра само ако служе јавној сврси (земљиште за војне потребе).

Корисници природног богатства дужни су да обезбеде рационалну употребу природног богатства и примену прописа и мера заштите животне средине. Ти субјекти имају обавезу сарадње, координације и усклађују се у доношењу и спровођењу одлука. Природно богатство се може употребљавати под условом да се не изазивају трајна оштећења или значајне промене природних облика, загађивање или деградирање животне средине на други начин. Целокупан режим употребе, располагања и заштите природних добара почива на многим принципима које формулише законодавац. То су: 1) начело интегралности; 2) начело превенције; 3) начело очувања природних вредности; 4) начело одрживог развоја; 5) начело одговорности загађивача; 6) начело „загађивач плаћа“; 7) начело „корисник плаћа“; 8) начело супсидијерне одговорности; 9) начело подстицајних мера; 10) начело информисања и јавности; 11) начело заштите права на здраву животну средину.¹⁰ Слична начела изградила је и правна теорија.¹¹

Природна добра док су у природном изворном стању (у води, земљи, шумама) имају статус јавног добра у најужем смислу, што значи да су у изразитом јавноправном режиму, заштита се остварује у управном поступку и спору, не могу бити у правном промету, као ни предмет принудног извршења. Држава може управним актом (дозвола, одобрење) или посебним уговором о концесији пренети право употребе и газдовања природних добара на друге субјекте права. Корисник природног добра стиче посебно право да врши присвајање, апропријацију тих добара под одређеним условима, као што су: експлоатација руде, лов дивљачи, издвајање, обележавање и друге радње које имају карактер индивидуализације.¹²

9 Енциклопедија имовинској љрава, I том, одредница „Друштвена својина“, Лексикон љрађанској љрава одредница „Природна богатства“. У старијој француској правној теорији природни јавни домен састојао се од два елемента: 1) водно јавно добро и 2) ваздушно јавно добро.

10 Чл. 9 ЗОЗЖС.

11 В. Ракић Водинелић, „Еколошко право као право човека“, Правни живоић 9/95, 18; М. Петровић, Д. Палачковић, „Еколошка политика ЕЗ/ЕУ“, Правни живоић 9/1996.

12 А. Финжгар, Сџварно љраво, Љубљана 1972, 74; Л. Костић, Админисџрайивно љправо Краљевине Јуославије, Београд 1936, 325.

2.3. Средства за рад државних органа организација и служби

То су пре свега ствари у јавној својини које користе органи, организације и службе Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе за вршење њихових права и дужности. То су првенствено уставна и законска овлашћења јавноправног карактера путем којих се остварује законодавна, извршна и судска функција, односно врши власт (*imperium*). Али, једним мањим делом, то су добра за обављање делатности која има привредни, комерцијални карактер, па су у питању односи координације, што за наведене субјекте представља споредну функцију. Правна теорија и законодавство разликују више врста подела тих објеката, зависно од различитих критеријума (порекло, преносивост, природа овлашћења и сл.).¹³

Једна од подела тих добара извршена је према пореклу, односно према томе да ли је у њих уложен рад или су узета готова из природе. Највећим делом та материјална добра су створена људским радом па се означавају као вештачко јавно добро или вештачки јавни домен у француском праву. Међутим, то могу бити и природна добра која својом наменом служе остваривању послова и задатака државних органа. Пољопривредно земљиште може да служи за обављање привредне делатности државе, али природно добро може да служи за остваривање послова и задатака војних органа (војно јавно добро).

Закон о јавној својини Републике Србије, сходно концепту јавне својине, највише простора посвећује подели средстава на покретне и непокретне ствари. Иако таксативно набраја шта све чини покретна и непокретна средства, тиме се листа не исцрпљује јер се могу укључити и друге ствари које нису изричито споменуте. Непокретне ствари чине: стамбене и службене зграде, пословне просторије, гараже, непокретности за репрезентацију и дипломатско-конзуларне послове и непокретности за посебне намене. Покретне ствари су: превозна средства, културна добра, опрема, потрошни материјал, покретне ствари за посебне намене, новац, хартије од вредности и сл.¹⁴

Најзначајнија подела средстава државних органа може се извршити према природи овлашћења. Прва група представља фискалну или финансијску имовину државе. Те ствари се не користе за остваривање управних послова и за-

13 Према једној подели, прави се разлика на управно јавно добро, а то су покретне и непокретне ствари намењене за рад и обављање служби управних органа, и војно јавно добро, које чине средства намењена војним јединицама и војним органима. С. Поповић, *Управно право*, Београд 1981, 763. Према другој подели, разликују се: а) општа јавна државна имовина, у коју спадају природна богатства и добра у општој употреби и б) посебна, управна државна јавна имовина, у коју спадају ствари које директно служе државном апарату. З. Томић, „О државној имовини и државној својини у праву Савезне Републике Југославије“, *Анали Правној факултета у Београду*, 2–3/1996, 158.

14 Чл. 54. ст. 1, 2. и 3 ЗЈС. Службене зграде и пословне просторије су зграде, делови зграде и просторије изграђене, купљене или на други начин прибављене од надлежних органа, чл. 53 ЗЈС. Стамбене зграде и станови су зграде, станови, гараже и пословни простор које су изградњом куповином или по другом основу прибавили надлежни органи, чл. 54 и 55 ЗЈС. Непокретности за репрезентативне потребе јесу: резиденције, гостинске виле и друге непокретности за потребе државе, чл. 57 и 58 ЗЈС. Покретне ствари су превозна средства, опрема, канцеларијски и потрошни материјал и сл., чл. 69 ЗЈС.

датака органа и организација, већ могу допринети њиховом лакшом вршењу стварањем адекватне материјалне основе. То су ствари у грађанском праву, могу бити у правном промету и предмет принудног извршења (земљишта, зграде, предузећа, новац, хартије од вредности). Другу групу средстава чини управна јавна имовина. Реч је о покретним и непокретним стварима које служе за обављање послова и задатака државних и управних органа, односно за вршење јавних служби. То су добра која су по природи ствари грађанског права (аутомобил, компјутер, зграда), али по намени добијају једно правно својство које их сврстава под јавноправни режим. Трећу групу законодавац ближе одређује као јавно добро у ужем смислу или ствари за посебне намене. То су покретне и непокретне ствари које због посебне функције коју обављају потпадају под изразит јавноправни режим употребе, располагања и заштите. То су ствари за војне потребе које користи министарство одбране и ствари за потребе послова безбедности министарства унутрашњих послова и служби безбедности (наоружање, војна и техничка опрема, превозна средства и сл.). Режим управљања, употребе и располагања тим добрима ближе се регулише законским прописима из те области као и подзаконским актима надлежних министарстава.

2.4. Предмети посебне вредности (културна добра)

Законом о јавној својини Републике Србије ближе се одређује појам културних добара. То су писани и други историјски документи, скулптуре, слике, предмети од племенитих метала, теписерије и други предмети и дела од историјско-документарног, културног и уметничког значаја. Уколико су у јавној својини, ти предмети могу се давати музејима и другим културним институцијама на коришћење ради излагања. Влада Србије ближе уређује начин коришћења, управљања, чувања и заштите културних добара у јавној својини¹⁵. Културна добра чине непокретне ствари као што су: споменици културе, просторне културно-историјске целине, археолошка налазишта и знаменита места, и с друге стране, покретне ствари у које спадају: уметничко-историјска дела, архивска грађа, филмска грађа, старе и ретке књиге и сл.¹⁶ Културна добра уписују се у регистар културних добара према врстама. Регистри културних добара јавног су карактера.

Све категорије културних добара могу бити објекти јавне својине. Међутим, законодавац прописује да су нека културна добра због своје природе искључиво у јавној својини, на пример културна добра у води или земљи, која имају изузетан значај за културу, уметност и историју. Друга културна добра на основу правног посла или управног акта постају објекти јавне својине. Правни режим употребе, располагања и заштите добија наглашенији јавноправни карактер када је реч о културним добрима која имају посебну (претходну) заштиту. Поменути активности држава остварује посредством

15 Чл. 62 ЗЈС.

16 *Лексикон грађанској права*, одредница „Културна добра“. У смислу закона, културно добро може бити и збирка или фонд покретних културних добара ако представљају целину.

посебних установа заштите као што су: музеји, библиотеке, архиви, заводи и сличне, а делатност заштите свих културних добара врши се управноправним и другим мерама прописаним законом.¹⁷

Културна добра од великог значаја имају статус добара у општој употреби, што значи да је њихова употреба у великој мери социјализована. Општост употребе зависи од врсте културног добра, али у сваком случају дело мора бити доступно јавности на начин да задовољи потребе у тој области. Ту се држава, иако власник, пре јавља као чувар или заштитник који има обавезу да омогући употребу другима него као господар ствари. Културно добро може бити доступно само појединим категоријама лица (стручњаци, научници), али само ако постоје оправдани разлози и временски ограничен период (заштита, рестаурација). Располагање културним добрима зависи од њихове врсте и облике својине. Промет културних добара мањег значаја је слободан. Акти располагања културним добрима већег значаја подложни су ограничењима. Установе заштите могу међусобно да размењују покретна културна добра ради образовања целине или збирки. Установе заштите могу размењивати, уз сагласност централне установе заштите, покретна културна добра са правним и физичким лицима, ако је реч о добрима исте вредности. Културна добра могу се само изузетно износити или извозити у иностранство, али уз дозволу надлежног државног органа.

3. ПОЈАМ ЈАВНОГ ДОБРА (ЈАВНЕ СТВАРИ)

Јавно добро или јавна ствар може се одредити на основу различитих критеријума. Природа или суштина материјалног добра може бити таква да служи обављању јавне делатности, јавне службе. Таква су, на пример, добра у општој употреби, као што су путеви, обале, пристаништа, која по својој природи служе општој користи. Такође, природна добра (биљни, животињски свет, руде) својом суштином служе јавној сврси. Отуда нема спора да те две категорије добара чине појам јавног добра у ужем смислу, па су тиме јавноправна правила најпотпуније спроведена. Међутим, постоје материјална добра која су по својој природи покретне или непокретне ствари грађанског права, али кад уђу у укупност средстава државних органа, организација или служби, долази до промене њихове намене. Наиме, надлежни орган управним актом утврђује да таква ствар сада служи за обављање јавне делатности. Аутомобил је покретна ствар грађанског права, али кад уђе у укупност средстава неког министарства, стиче јавну функцију, то јест служи за превоз службених лица. Сличну правну судбину имаће и друге покретне и непокретне ствари (компјутери, зграде, канцеларијски материјал). Ако би суштину јавног добра изразили само на основу функције, па би то биле

17 Та културна добра чине непокретне ствари као што су: споменици културе, културно-историјске целине, археолошко налазиште, знаменито место или покретна културна добра: уметничко-историјско дело, архивска грађа, филмска грађа и ретка књига. Установе заштите стичу многе обавезе са циљем заштите и очувања тих културних добара (одржавање, надзор, излагање, стручне анализе, поправке, чишћење и сл.).

ствари које служе остварењу јавних потреба, могло би се десити да статус јавног добра стекну и неке ствари изван режима јавне својине. Због тога треба увести додатни критеријум, а то је својинска припадност. Тако би јавно добро представљало део материјалне природе које по својој природи или намени служи обављању јавне функције, а при томе се налази у својини јавних субјеката. Јавно добро не чине покретне и непокретне ствари у својини државних органа организације и служби, а служе за обављање привредне, односно комерцијалне делатности државе.

Понекад се јавно добро помеша са појмом добара од општег интереса.¹⁸ Ипак, те две категорије не могу се потпуно изједначити, и то из више разлога: 1) добра од општег интереса представљају знатно ширу групацију добара, која обухватају јавна добра, али и друге ствари од интереса за друштво (пољопривредно земљиште, грађевинско земљиште, шуме и шумско земљиште итд.); 2) јавна добра служе остваривању посебне врсте општег интереса, а то је задовољавање општих потреба грађана, вршење јавне службе или остваривање функција државних органа; 3) таква функција јавних добара намеће правни режим друкчији од режима осталих добара од општег интереса. Јавна регулатива је овде далеко израженија, при чему су нека јавна добра потпуно у јавноправном режиму. Чак и када је реч о јавним добрима која су у мешовитом правном режиму, управноправни елементи у виду управне заштите, многобројних обавеза, мера контроле и надзора и сл. знатно су заступљенији него код осталих добара од општег интереса; 4) јавна добра су у јавној својини, а кад постоје изузеци, морају се изричито навести у највишим правним актима. Остала добра од општег интереса могу бити у свим облицима својине. Пољопривредно земљиште је највећим делом у режиму права својине, грађевинско земљиште је претежно у јавној својини, а шуме и шумско земљиште могу бити у свим облицима својине.

3.1. Јавно добро у правној теорији

Схватања о појму јавног добра могу се сврстати у неколико група: 1) схватања која сужавају појам јавног добра па га најчешће изједначавају са добрима у општој употреби; 2) схватања која појам јавног добра тако одређују (проширују) да се понекад губи разлика са појмом ствари у грађанском праву; 3) схватања која уравнотежено сагледавају тај појам било да до њега долазе таксативним набрајањем добара или утврђују критеријуме за одређивање те категорије.

Први приступ чине теорије које су настале у француској правној литератури, и то при доношењу Француског грађанског законика, у чијим се одредбама (чл. 538) предвиђају добра у општој употреби. Анализом тог члана закона дошло је до дистинкције између јавног домена који не може бити у приватној

¹⁸ Добра од општег интереса су ствари које због свог значаја за друштво имају посебан правни режим употребе, располагања и заштите. Ту спадају: природна добра, културна добра, пољопривредно и грађевинско земљиште, шуме и шумско земљиште. На овај начин законодавац даје само једну оквирну дефиницију ових добара, чл. 10 ЗЈСРС.

својини и осталих добара.¹⁹ Најзначајнији представник те теорије која је била доминантна у целом 19. веку био је Прудон, а неки аутори су је заступали и у 20. веку.²⁰ Постојала је и у нашој предратној и социјалистичкој правној теорији.²¹ То схватање не може да објасни правни режим и природу осталих добара (природна добра, средства државе). Исто тако, може да створи дилему поводом употребе средстава, заштите, надлежности суда и сл.

Друго схватање постоји у немачком праву и по њему велики број јавних добара остаје у приватној својини без обзира на то ко управља. Власник има обавезу да трпи употребу других субјеката на својој ствари која има статус јавног добра у оквиру специфично одређене намене (јавна употреба, институционална употреба).²² У нашем праву то схватање је изражено ставом: „Јавном се може назвати свака ствар – без обзира ко је титулар права својине над њом – помоћу које се, уз мередован правни благослов, претендује на задовољење јавних потреба и остваривање јавних интереса. Јасно је да тада појам јавног добра (јавна ствар) далеко промашује оквире предмета државне јавне имовине.“²³ Наш законодавац великим делом прихвата тај концепт. Чак се уместо термина „јавна добра“ говори о стварима за посебне намене и сл. И тај приступ може створити проблеме. На пример, ако јавни субјект користи приватну ствар за обављање јавне функције, каква ће средства заштите имати на располагању?

Трећи приступ најпотпуније сагледава појам и садржину јавне својине и јавног добра. То гледиште се усталило у нашој правној теорији и судској пракси. Прихватљиво је и због тога што отклања могуће неспоразуме који постоје у претходним схватањима.

4. ЗАШТИТА ЈАВНОГ ДОБРА

Заштита јавне својине (јавног добра) има циљ да се отклоне неки од облика повреде, било да је јавно добро оштећено или је на неки начин тим повредама онемогућено вршење јавне функције. Са тим циљем оштећена страна, односно тужилац, може да подигне различита правна средства и правне мере (тужбе, жалбе, приговори, противзахтеви) из арсенала грађанског права, али се могу предузимати средства и мере које имају јавноправни карактер којима се штити јавна функција, односно јавна овлашћења и обавезе. Законодавац не води рачуна о сложености јавне својине јер говори само о класичним облицима заштите.

19 Вид. Ch. Debbasch, J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, *Institutions et droit administratifs*, Paris 1996, III том, 27.

20 Proudhon, *Traite du domaine public*, Paris 1834, 62, видети: Ch. Debbasch, J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, 31, 32.

21 Л. Марковић, *Грађанско право*, Београд 1927, I књ., 180; И. Крбек, *Право југословенске јавне управе*, Загреб 1995, III књ., 131.

22 J. Salzwendel in Erichsen-Martens, *Allgemeins Wervltungsrecht*, Berlin – New York 1988, 480, 481. Аутор наводи пример јавне својине на територији града Хамбурга која је ван правног промета.

23 З. Томић, 158.

4.1. Грађевинскоправна (имовинска) заштита

Циљ тог облика заштите је да се отклоне повреде имовинских права (стварна, облигациона, интелектуална) или да се омогући реституција јавних добара као имовинских вредности. Као субјект заштите јавља се надлежно јавно правобранилаштво. Тај орган подиже тужбе, жалбе, ревизије, предлоге за дозволу извршења, приговоре, противзахтеве пред судовима, арбитражама покреће поступак пред уставним судом за оцену уставности и законитости закона и општих правних аката. Републичко јавно правобранилаштво предузима правне радње и правна средства ради остварења имовинских права и интереса Републике Србије, њених органа, организација и служби. На нивоу покрајине, града или општине заштита се остварује путем надлежних јавних правобранилаштва.²⁴ Уколико дође до неслагања у вези са предузетим поступком или средствима заштите између јавног правобранилаштва и органа кога заступа, став о томе заузима највиши извршни орган (Влада, Извршно веће). Сва правила у вези са тужбеним захтевом, терети доказивања, рокови за тужбе, жалбе или приговоре примењују се и у случају заштите јавне својине. Једина особеност је у томе што се одступа од начела диспозиције.²⁵

4.2. Јавноправна заштита

Циљ тог облика заштите је очување природе и намене јавног добра, његове материјалне судстанце и јавне функције, односно заштита јавноправних овлашћења и обавеза од различитих врста повреда. Као субјект заштите појављују се државни орган, јавно предузеће, друге организације и службе које имају обавезу да се старају о јавном добру. Министарство за културу штити културна јавна добра, Дирекција за путеве је субјект заштите путева, министарство одбране предузима средства заштите за војно јавно добро и сл. Облици јавноправне заштите могу бити различити. Субјект заштите може предузети управноправне акте у управном поступку који имају карактер принуде. Може се покренути управни спор пред управним судом и у вези са њим предузимати сва расположива процесна средства. Могу се предузимати и многе друге радње и активности којима се обезбеђују нека начела (принципи): а) обавеза очувања; б) правна постојаност јавног добра; в) казненоправна заштита²⁶. Обавеза очувања (одржавања) јавног добра обухвата све радње којима се јавно добро одржава материјално и функционално. То су разне поправке, преправке, чишћења, одржавање и сл. Правна постојаност јавног добра састоји се од неколико принципа: 1) принцип неотуђивости јавног добра подразумева да те ствари не могу бити у правном промету; 2) нити објекти субјективних

24 Чл. 37, 38, 39 ЗЈС.

25 Ова правила изградила је правна теорија у вези са заштитом друштвене својине, али због постојања јавног интереса могу се применити и на јавну својину. Вид. М. Орлић, *Друшћивена својина и самоујрављање*, Београд 1984, II том, 13.

26 Л. Костић изражава нешто друкчију поделу заштите јавних добара, и то су: фискално старање, полицијска делатност и привредно старање. Вид. *Административно право Краљевине Југославије*, Београд 1936, 346.

стварних права. Нема одржаја хипотеке и других средстава обезбеђења; 3) јавна добра не могу бити предмет принудног извршења. Коначно, постоји начело казненоправне заштите које обухвата различите врсте санкција и дела. То су разне врсте прекршаја и кривичних дела која су уперена против јавних добара и односа угрожених на тај начин.

Dr. Rajko Jelić
Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THE OBJECTS OF PUBLIC PROPERTY IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In regard to the nature of authorisation, objects of public property are mobile and immobile effects of civil rights, while on the other hand, those are public goods, material goods on which public authority and obligation are established. By structure, objects of public property consist of: 1) natural resources; 2) goods in common use 3) networks-effects for material and energy flow 4) assets of state and local administration 5) mobile and immobile effects for commercial purposes. The consequence is that to the greatest extent objects of public property represent public goods, but problems arise while trying to define this word. In domestic and international literature exist different opinions of the definition of public goods. It would be acceptable the opinion that public goods are part of the material nature which by its essence and purpose is used for executing public service, and therefore they are in property of public subjects. Protection of public property depends on the nature of violated rights so we distinguish: 1) civil rights protection by protection of individual civil rights; 2) public legal protection meaning public legal acts, assets and measures for the protection of public service that is public legal service authorisation and obligations.

Key words: *Public goods. – Property. – Public service. – State administration. – Individual rights.*

Др Ивана Крстић*

ПРАВО РОДИТЕЉА НА ОБРАЗОВАЊЕ ДЕЦЕ КОЈЕ ЈЕ У СКЛАДУ СА ЊИХОВИМ ВЕРСКИМ И МОРАЛНИМ УВЕРЕЊИМА

У раду се износе релевантни међународни стандарди поштовања права родитеља на образовање деце које је у складу са њиховим верским и филозофским уверењима. Иако је то право гарантовано у великом броју међународних инструмената, Комисији за људска права и Европски суд за људска права постављају границе у уживању тог права и налашавају да познавање религија представља интелектуални део знања о људској историји и цивилизацији. Државе могу организovati часове из историје религије и етике, али се материја мора изучавати на објективан, критички и плуралистички начин. То подразумева да наставни план и програми и учбеници преносе објективне садржаје, а да наставници поштују слободу мишљења, савести и изражавања. Родитељи морају имати право да израже ослобађање од одређених активности, ако се она косе са њиховим верским уверењима. Уколико, ипак, држава уводи наставу из одређене религије, мора се обезбедити недискриминаторни алтернативни курс за мањине. Процедура за ослобађање од наставе или похађање алтернативних предмета мора бити једноставна и не сме намењати тешкоће родитељима. Такође, деца која похађају алтернативну наставу не смеју бити изложена кажњавању, мерама пријиска, нишанења или конфликтној лојалности и мање вредности. Поменути стандарди односе се на државне школе јер приватне школе могу рефлектовати посебне образовне интересе или потребе деце и њихових родитеља. Државе немају обавезу да финансирају такве школе, али уколико одлуче да их финансијски подрже, то морају чинити без дискриминације.

Кључне речи: *Образовање. – Религија. – Секуларизам. – Плурализам – Индоксинација.*

* Ауторка је ванредна професорка на Правном факултету Универзитета у Београду, ikrstic@ius.bg.ac.rs.

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Право на образовање је једно од најстаријих гарантованих права из корпуса људских права, које је своје место нашло у бројним међународним конвенцијама. То право се класификује првенствено као културно право, али у неким међународним инструментима оно се посматра и као економско или социјално право. Такође, из много разлога то право је виђено и као грађанско и политичко право, пошто има централни значај за уживање осталих права и указује на њихову међузависност и недељивост. Иако су титулари права на образовање деца, уживање тог права махом је посматрано кроз призму одраслих, и то како права родитеља на образовање деце које је у складу са њиховим уверењима, тако и потребе друштва за обезбеђењем квалификоване и образоване популације.

Право на образовање гарантовано је још Универзалном декларацијом о људским правима из 1948. године,¹ којом је предвиђено да образовање треба да тежи остварењу пуног развитка људске личности и чвршћем поштовању људских права.² Иако се не каже експлицитно да родитељи имају право на образовање деце које је у складу са њиховим филозофским и верским уверењима, у члану 26. став 3. Универзалне декларације родитељима се признаје право првенства у избору врсте образовања за њихову децу. То право унето је у Универзалну декларацију као реакција на политике индоктринације које су постојале у нацистичкој Немачкој.³ Тек се у Декларацију Генералне скупштине о верској нетолеранцији из 1981. године⁴, у члану 5, изричито предвиђа право родитеља да организују породични живот који је у складу са њиховом вером или уверењем, укључујући и морално образовање.⁵ У ставу 2. тог члана предвиђа се да свако дете има право на приступ образовању у области вере или уверења које је у складу са жељама његових/њених родитеља и неће бити изложено учењу које је противно њиховој жељи, док ће водећи принцип бити најбољи интерес детета.

Овај рад има циљ да укаже на релевантне међународне инструменте којима се гарантује право родитеља на образовање деце које је у складу са њиховим филозофским и верским уверењима. У раду ће бити показано да пракса

- 1 Резолуција A/RES/217, 10. децембар 1948. У члану 26. став 1. Универзалне декларације предвиђа се да основно образовање мора бити бесплатно и обавезно, док стручно образовање треба да буде свима подједнако доступно, на основу њихове способности.
- 2 Према Универзалној декларацији, образовање има циљ да унапреди разумевање, трпељивост и пријатељство међу народима и разним верским и расним групама.
- 3 Henry J. Steiner, Philip Alston, Ryan Goodman, *International Human Rights In Context: Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, 3rd ed., 2007. Међутим, таква пракса постојала је и раније. О праву родитеља да контролишу верско образовање деце у периоду од 16. до 19. века видети у Lee M. Friedman, „The Parental Rights to Control the Religious Education of a Child“, *Harvard Law Review*, Vol. 29, No. 5 (Mar. 1916), 485–500.
- 4 Резолуција је усвојена на 36. заседању Генералне скупштине, 25. новембра 1981, 36/55. Текст Резолуције на енглеском језику доступан је на http://www.religioustolerance.org/un_dec.htm, 8. април 2015.
- 5 У целом тексту право родитеља односи се и на законске заступнике детета.

Комитета за људска права и јуриспруденција Европског суда за људска права утврђују стандарде у тој области, постављајући и извесна ограничења у вршењу тог права.

1. УНИВЕРЗАЛНИ ИНСТРУМЕНТИ КОЈИМА СЕ ГАРАНТУЈЕ ПРАВО РОДИТЕЉА НА ОДГОВАРАЈУЋЕ ОБРАЗОВАЊЕ ЊИХОВЕ ДЕЦЕ

Иако су два поменута документа донета на универзалном плану, тек 1960. године усвојена је прва међународна конвенција, као обавезујући инструмент за државе које су га прихватиле, која се позива на гарантовање права на образовање из Универзалне декларације и забрањује сваку дискриминацију. У члану 5. Конвенције против дискриминације у образовању из 1960. (донете у оквиру UNESCO-а) предвиђа се да је од есенцијалне важности признање права родитеља на избор институције коју ће њихово дете похађати, као и да им се обезбеди да верско и морално образовање деце буде у складу са њиховим уверењима.⁶ Конвенцијом се даље гарантује да ниједна особа не треба да буде присиљена да прими верске инструкције које су у супротности са њеним уверењима.

Неколико година касније усвојен је Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима,⁷ који у члану 13. уједно доноси најекстензивнију одредбу у међународним оквирима.⁸ Чланом 13. ставом 3. признаје се право родитеља на образовање и васпитање деце које одговара њиховим моралним и верским уверењима.⁹ То право је даље разрађено у општем коментару број 13 из 1999. године,¹⁰ у којем Комитет за економска, социјална и културна права истиче да члан 13. став 3. Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима садржи два елемента. Први елемент се односи на обавезу држава уговорница да поштују слободу родитеља да њихова деца добију образовање које је у складу са њиховим верским и моралним уверењима, док други елемент дозвољава државним школама да организују наставу из опште историје религије и етике, уколико се она одвија на објек-

6 Конвенција је усвојена 14. децембра 1960. године у Паризу. Текст Конвенције на енглеском доступан је на http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#ENTRY, 8.4.2015.

7 *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71. Након одрицања од континуитета са СФРЈ и давања сукцесорске изјаве, Република Србија је прихватила важење Пакта 12. у марту 2001.

8 И овај члан указује на циљ образовања, а то је развој људске личности и достојанства и чвршће поштовање људских права. Међутим, овај члан иде и корак даље и указује на то да образовање, између осталог, треба сваком лицу да омогући да „игра корисну улогу у слободном друштву, да потпомаже разумевање, толеранцију и пријатељство свих народа“.

9 Више о члану 13. Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима видети у Manisuli Ssenyonjo, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Hart Publishing, Oregon 2009, 355–400.

10 CESCR General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13), E/C.12/1999/10, 8 December 1999. Текст на енглеском доступан је на <http://www.refworld.org/publisher,CESCR,GENERAL,,4538838c22,0.html>, 8. април 2015.

тиван начин, поштујући слободу мишљења, савести и изражавања.¹¹ Уколико школа организује наставу у оквиру које се изучава одређена религија, таква пракса је у супротности са преузетим међународним обавезама државе, осим уколико постоје недискриминаторна алтернатива решења која могу задовољити жеље родитеља.¹² Други елемент члана 13. став 3. Пакта представља слободу родитеља да изабере приватну школу која испуњава минималне образовне стандарде који су прописани у датој држави,¹³ док држава има обавезу да обезбеди да то право не доведе до екстремних диспаратитета у образовним могућностима за одређене групе у друштву.¹⁴

Конвенцијом о правима детета из 1989. године такође се гарантује право на образовање,¹⁵ али се то право први пут посматра као право које припада детету.¹⁶ Док је у члану 28. Конвенције прописана обавеза државе да предузме низ мера како би образовање учинила доступним без икакве дискриминације, наредни члан му даје квалитативну димензију јер указује на урођено достојанство сваког детета. Тако је у члану 29. став 1. тачка а) прописано да је образовање детета усмерено на „развој дететове личности, талената и менталних и физичких способности“, док је у члану 29. став 1. тачка ц) предвиђено поштовање дететових родитеља, али и дететовог културног идентитета, језика и вредности, као и националних вредности земље у којој оно живи. Ипак, Конвенцијом се не напушта потпуно концепт права родитеља на образовање деце које је у складу са њиховим верским и филозофским уверењима, те ова обавеза проистиче из члана 14. којим се гарантује слобода мисли, савести и вероисповести. Тако је у члану 14. став 2. Конвенције о правима детета предвиђено да ће државе уговорнице „поштовати права и обавезе родитеља ... ради усмеравања детета на остваривање његовог/њеног права на начин који је у складу са развојним способностима детета“. У општем коментару бр. 1 из 2001. године који се односи на циљеве образовања,¹⁷ Комитет за права детета наглашава потребу за образовањем које у сам центар ставља потребе детета и омогућава му/јој развој вештина и капацитет да ужива у људским правима и унапређује културу.¹⁸

11 *Ibid.*, пар. 28.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*, пар. 29.

14 *Ibid.*, пар. 30.

15 *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97. Након одрицања од континуитета са СФРЈ и давања сукцесорске изјаве, Република Србија је прихватила важење Пакта 4. октобра 2001.

16 Након Конвенције о правима детета донета је 1990. године Конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихове породице. Она поново у фокус ставља права родитеља, те у члану 12. став 4. предвиђа да ће државе уговорнице поштовати слободу родитеља, од којих је макар један радник мигрант, да обезбеде да образовање њихове деце буде у складу са њиховим верским и моралним уверењима. Резолуција Генералне скупштине 45/158 од 18. децембра 1990. Текст Конвенције на енглеском доступан је на <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>, 8. април 2015.

17 General comment no. 1, Article (29) 1: the aims of education, CRC/GC/2001/1, 17 April 2001.

18 *Ibid.*, пар. 2.

1.1. Пракса Комитета за људска права

И Међународни пакт о грађанским и политичким правима, донет исте године када и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, штити право родитеља на образовање деце које је у складу са њиховим уверењима у оквиру одредбе о слободи вероисповести. Тако је у члану 18. став 4. Пакта предвиђено да се државе уговорнице обавезују да поштују слободу родитеља да обезбеде својој деци верско и морално образовање које је у складу са њиховим сопственим убеђењима.¹⁹ Комитет за људска права у општем коментару бр. 22 из 1993. године²⁰ истиче да је то право повезано са гаранцијама слободе учења религије или уверења, које је садржано у члану 18. став 1. Пакта о грађанским и политичким правима.²¹ Комитет поставља стандарде у тој области, које касније прихвата и Комитет за економска, социјална и културна права. Тако Комитет за људска права наглашава да државне школе могу да организују наставу из опште религије и етике, али се материја мора изучавати на неутралан и објективан начин. Дозвољено је организовање наставе о одређеној религији или уверењу, али тада морају бити предвиђена недискриминаторна алтернативна решења које задовољавају жеље родитеља.²² Занимљиво питање представља и употреба верских симбола у учионицама, па Комитет сматра да државе морају остати верски неутралне како би поштовале принцип једнакости према ђацима различитих вера и уверења.²³ Такође, Комитет посебно указује на чињеницу да дете у одређеном узрасту може да прави сопствене изборе и да се његово/њено мишљење мора уважити по питању вере или уверења,²⁴ што је приступ садржан у Конвенцији о правима детета.

Комитет за људска права је више пута разматрао да ли државе уговорнице поштују право садржано у члану 18. став 4. Пакта о грађанским и политичким правима. Тако Комитет сматра да је неопходно правити разлику између информације о вери или уверења и самог учења, иако у неким ситуацијама може доћи до њиховог преклапања.²⁵ Због тога је важно задржати приступ којим се поштују људска права и у којем се школе доживљавају и као место учења, али и као место на којем може доћи до маргинализације одређене групе. Комитет признаје да већина школа које организују верско образовање заправо

19 *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71. Након одрицања од континуитета са СФРЈ и давања сукцесорске изјаве, Република Србија је прихватила важеће Пакта 12. марта 2001.

20 General comment no. 22 on Article 18, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 September 1993.

21 У члану 18. став 1. Пакта о грађанским и политичким правима се каже: „Свако лице има право на слободу мисли, савести и вероисповести. Ово право подразумева слободу исповедања и примања вере или убеђења по свом нахођењу, као и слободу да ту веру или убеђење испољава појединачно или заједно са другима, како јавно тако и приватно, кроз култ, вршење верских и ритуалних обреда и веронауку.“

22 General comment no. 22, пар. 6.

23 Видети Excerpts of relevant paragraphs of 25 years mandate reporting practice (1986–2011), A/HRC/16/53, пар. 59.

24 *Ibid.*, пар. 51.

25 *Ibid.*, пар. 47.

рефлектује захтеве већинске популације, која има интерес да се њихова деца упознају са основним доктринама и правилима сопствене религије.²⁶ Међутим, то право увек мора бити у складу са посебним гаранцијама које се дају верским мањинама. Другим речима, мањине морају имати могућност да оптирају за неки други наставни садржај и та могућност не сме бити повезана са бирократским процедурама, нити сме водити кажњавању.²⁷ То питање је дошло до изражаја у једном предмету против Норвешке.²⁸

У Норвешкој чак 86% популације припада државној Лутеранској цркви. Влада је у августу 1997. године увела обавезан верски предмет хришћанско знање и верско и етичко образовање („*Christian Knowledge and Religious and Ethical Education*“).²⁹ Предвиђено је да тај предмет пружа знање о Библији и хришћанству као културном наслеђу, али и као лутеранској вери, знање о другим верама и филозофијама живота, етичким и филозофским питањима, промовише разумевање и поштовање хришћанства и хуманих вредности и унапређује знање, поштовање и способност да се води дијалог са људима различитих погледа на веру и филозофију живота. На основу писаног обавештења родитеља, ученици се могу ослободити похађања делова наставе које сматрају праксом друге вере или привржености другој животной филозофији. Након обавештења, школа је у обавези да у најкраћем могућем року, а посебно на нижим нивоима образовања, потражи решење за те часове. Међутим, на основу једног истраживања спроведеног 2000. године, уочено је да деца која траже ослобађање од часова доживљавају конфликт лојалности, осећају притисак да се прилагоде и повинују већини, док су нека деца изложена и међувршњачком насиљу и осећају беспомоћности.³⁰ Родитељи којима је одбијено право на ослобађање дела наставе сматрали су да се цела настава у оквиру тог предмета изучава кроз библијске приче, док се друге религије само овлаш помињу. На тај начин, детету није остављена могућност да се дистанцира од хришћанства нити да стави било какву резерву или критикује систем вредности успостављен у Библији, чиме је доведено у ситуацију да прихвати да је та вера синоним за „добро“, те чешће долази у сукоб са родитељима. Комитет за људска права је пронашао да су деца друге вере била у обавези да рецитију религијске текстове током хришћанских празника, те су на тај начин излагана извесним верским идејама. С друге стране, делимично ослобађање од редовне наставе у конкретном случају било је тешко спроводиво у пракси, тако да није задовољило жеље родитеља.

Такође, у једном предмету против Финске, подносилац комуникације је сматрао да је Закон о школском систему у супротности са чланом 18. став 4. Пакта о грађанским и политичким правима.³¹ Законом је предвиђено да деца

26 *Ibid.*, пар. 49.

27 *Ibid.*, пар. 50.

28 *Leirvåg v. Norway*, communication No. 1155/2003, Views adopted on 3 November 2004.

29 *Ibid.*, пар. 2.3.

30 *Ibid.*, пар. 2.5.

31 *Hartikainen v. Finland*, communications No. 40/1978, Views adopted on 9 April 1981.

хришћанске оријентације похађају часове из предмета религија, док је за децу осталих верских конфесија и за децу чији су родитељи атеисти Закон предвиђао обавезно похађање часова историје религије и етике. Иако је у конкретном случају постојао алтернативни предмет, поставило се питање наставног плана и важећих уџбеника за тај предмет. Истраживање је показало да се доминантно нуде садржаји из хришћанства и да је материја прилично субјективно написана.³² Влада се бранила чињеницом да тај предмет омогућава деци да добију генерално знање о религији, које је корисно пошто велика већина популације има снажна верска уверења. Међутим, Комитет за људска права је поново подсетио да се алтернативни предмет мора изучавати на неутралан и објективан начин, тако да није у супротности са уверењима родитеља који су атеисти.³³

Комитет признаје да приватне школе могу рефлектовати посебне образовне интересе или потребе деце и њихових родитеља, нарочито у односу на одређену веру. Државе немају обавезу да финансирају такве школе, али уколико одлуче да их финансијски подрже, то морају чинити без икакве дискриминације.³⁴ Комитет је о том питању одлучивао у једном предмету против Канаде.³⁵ Систем финансирања школа датира још од Устава Канаде из 1867. године, када је дозвољено да, осим државних школа, и римокатоличке школе имају право на финансирање из државних фондова.³⁶ У то време, католици су у новоформираној покрајини представљали само 17% популације, док је протестаната било 82%, те је постојала бојазан да ће они контролисати католике. Године 1982, Устав Канаде је измењен тако што је у његов текст инкорпорирана Повеља о правима и слободама којом се свима гарантује законска једнакост. Подносилац комуникације је сматрао да је финансирање римокатоличких школа у супротности са чланом 26. Пакта о грађанским и политичким правима којим се гарантује законска једнакост.³⁷ Он је тврдио да грађани не могу равноправно да уживају у својим верским слободама, а таква пракса је изгубила

32 *Ibid.*, пар. 2.2.

33 *Ibid.*, пар. 10.4. Комитет је посебно поздравио то што се Влада бави тим проблемом и што је предузела кораке да се часови на алтернативном предмету унапреде у смислу да обезбеде: образовање из људских односа који су засновани на етичким принципима, образовање које унапређује пун развој људске личности и образовање које омогућава разумевање културног наслеђа и постојеће културе сопствене нације и различитих народа, с посебним акцентом на различите религије.

34 *Ibid.*, пар. 54.

35 *Waldman v. Canada* communication No. 694/1996, Views adopted on 3 November 1999.

36 *Ibid.*, пар. 2.3–2.4.

37 Подносилац комуникације указује и на кршење члана 18. став 1 Пакта у вези са чланом 2, јер има финансијских тешкоћа да својој деци обезбеди образовање у складу са јеврејском вером, што их ограничава у уживању права на манифестовање сопствене вере. Такође, он тврди и да се таква пракса не може оправдати изузецима садржаним у члану 18. став 3. Пакта јер је таква пракса заснована на простој традицији. Коначно, он тврди да када је признато право на финансирање верског образовања из државних фондова, не сме се правити разлика по основу вере, нити се може применити одредба о очувању идентитета мањинске заједнице (члан 27. Пакта) када се таква пракса односи само на једну мањину. *Ibid.*, пар. 3.4–3.5.

упориште и не може се више сматрати разумном.³⁸ Тако је још 1991. године у Онтарију било 44% протестаната и 36% католика, док је 8% популације припадало другим религијама. Међутим, држава се бранила тиме да је разликовање засновано на објективним и разумним критеријумима: римокатоличке школе имају посебан статус у државном школском систему који је гарантован у Уставу и овде постоји разликовање између државних и приватних школа, а не између приватне римокатоличке школе и других приватних школа.³⁹

Комитет за људска права није прихватио аргументе државе наглашавајући да разликовање садржано у највишем правном акту не чини овакву праксу разумном и објективном, посебно што је разлог за такав различит третман одавно отпао. Комитет је узео у обзир да је у конкретном случају подносилац комуникације у ситуацији да своје дете образује у приватној јеврејској школи јер државна школа његовом детету не омогућава образовање које је у складу са његовом вером. Комитет није прихватио аргумент да остале државне школе пружају секуларно образовање, те тиме остављају могућност подносиоцу комуникације да своје дете образује на неутралан начин. Држава није у обавези да финансира верске школе, али уколико одлучи да то учини, мора омогућити такво финансирање без дискриминације, осим уколико таква пракса није објективна и разумна.⁴⁰

Овај предмет показује међузависност између члана 18. став 4. и члана 26. Пакта о грађанским и политичким правима, што је посебно изражено у издвојеном мишљењу професора Мартина Шаинина (*Martin Scheinin*).⁴¹ Он сматра да тај случај треба да се посматра кроз призму члана 27. Пакта, којим се признају извесна права мањинама, јер држава има право да предузме позитивне мере како би мањинама обезбедила образовање које води очувању њиховог идентитета.⁴² Држава те мере може применити само на одређене мањине и такво поступање може оправдати константним захтевом за таквим образовањем, док је за већину мањина довољно да имају секуларно образовање у редовним државним школама.⁴³ Тако би, према његовом мишљењу, легитиман критеријум за признање истог статуса другим мањинама био довољан број деце одређене вере који поставља такав захтев. Међутим, професор Шаинин уопште није узео у обзир чињеницу да се број католика данас приближио броју протестаната у Онтарију па је питање да ли се они могу још увек сматрати мањином, нити се бавио тиме да ли би припадници других верских конфесија могли да добију исти статус као и католици и када би поставили такав захтев.

38 *Ibid.*, пар. 3.1.

39 *Ibid.*, пар. 10.3.

40 *Ibid.*, пар. 10.6.

41 Individual opinion by member Martin Scheinin, пар. 3.

42 Члан 27. Пакта каже: „У државама где постоје етничке, верске или језичке мањине, лица која припадају тим мањинама не могу бити лишена права да имају, заједно са другим члановима своје групе, свој посебни културни живот, да испољавају и упражњавају своју сопствену веру или да се служе својим језиком.“

43 Individual opinion by member Martin Scheinin, пар. 5.

2. ПРАВО РОДИТЕЉА НА ОДГОВАРАЈУЋЕ ОБРАЗОВАЊЕ ЊИХОВЕ ДЕЦЕ У РЕГИОНАЛНИМ ИНСТРУМЕНТИМА

Регионални инструменти за заштиту људских права такође углавном садрже одредбу којом се гарантује право родитеља на образовање деце које је у складу са њиховим верским и филозофским уверењима. Међутим, само европски систем заштите људских права доноси и значајне стандарде у тој области.

Међуамеричком конвенцијом о људским правима у члану 12, којим се гарантује право на слободу религије, гарантује се и право родитеља да се њиховој деци обезбеди образовање које је у складу са њиховим верским и моралним уверењима (став 4).⁴⁴ До сада није било предмета пред Међуамеричком комисијом и Међуамеричким судом за људска права који се бавио тим питањем, што не изненађује имајући у виду да су земље Латинске Америке верски хомогене.⁴⁵ С друге стране, Афричком повељом о људским правима и правима народа у члану 17. гарантује се право на образовање, али не и право родитеља да њихова деца добију образовање које је у складу са њиховим верским и моралним уверењима.⁴⁶ Ипак, у оквиру овог регионалног система донета је Афричка конвенција о правима и благостању деце⁴⁷, у чијем се члану 9. предвиђа право сваког детета на слободу мисли, савести и вероисповести, док родитељ има обавезу да му/јој омогући смернице у вршењу тог права, а државе морају поштовати то право родитеља у складу са националним законима и политикама.

Најдаље иде Повеља ЕУ о основним правима, у чијем се члану 14. став 3. предвиђа право родитеља да обезбеде образовање и учење деце које је у складу са њиховим верским, филозофским и педагошким уверењима, у складу са националним правима којима се уређује уживање тог права и слободе.⁴⁸ Дакле, први пут се у тексту једног међународног инструмента, осим верских и филозофских уверења, помиње и педагошко уверење. Ипак, то право је ограничено националним прописима. Остаје да се види како ће ту одредбу тумачити Суд правде ЕУ, који до сада није имао прилике да се изјашњава о њој.

44 Конвенција је усвојена у Сан Хозеу (Костарика) 22. новембра 1969. године. Текст Конвенције на енглеском језику доступан је на <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm>, 8. април 2015.

45 Било је случајева који се тичу прогона припадника Јеховиних сведока и одрицања од права на образовање за њихову децу. Најпознатији случај свакако је Case 2137 – *Jehovah's Witnesses vs. Argentina* (1978).

46 Афричка повеља је усвојена 27. јуна 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982). У члан 17. се каже: „1. сваки појединац има право на образовање. 2. сваки појединац може слободно да узме учешће у културном животу заједнице. 3. држава је обавезна да унапређује и штити морал и традиционалне вредности признатих у заједници.“ Текст Повеље на енглеском доступан је на http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf, 8. април 2015.

47 African Charter on the Rights and Welfare of the Child, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990).

48 Повеља о основним правима у ЕУ усвојена је 18. децембра 2000. и инкорпорирана у текст Лисабонског споразума, Official Journal of the European Communities, C 364/1.

2.1. Пракса Европског суда за људска права

Једино право из корпуса културних права које је гарантовано Европском конвенцијом и њеним протоколима јесте право на образовање. Међутим, и поред свог несумњивог значаја, право на образовање гарантовано је тек Првим протоколом уз Европску конвенцију⁴⁹ јер је било тешко постићи консензус држава о самој формулацији текста одредбе.⁵⁰ Тако се у члану 2. Првог протокола каже да „нико не може бити лишен његова права на образовање“, за разлику од првобитног текста, који је гласио да „свака особа има право на образовање“ (курзив наш), како гласи одредба у свим претходно поменути међународним конвенцијама. Разлоге за такву формулацију треба тражити у бојазни држава да употреба речи „право на образовање“ подразумева позитивне мере, које су оне хтеле да избегну.⁵¹

Право на образовање, како то произлази из праксе Европског суда, подразумева да држава појединцима гарантује право приступа постојећим образовним установама, као и да имају користи од стеченог образовања тиме што су им званично признате завршене студије.⁵² Права гарантована тим чланом односе се и на државне и на приватне институције, то јест односе се подједнако на ученике и студенте у државним и приватним школама.⁵³ Међутим, државе немају обавезу да о свом трошку оснивају нити да помажу приватне школе или универзитете.

Титулар права на образовање јесте ученик, односно студент. Међутим, и родитељи имају извесна права у вези са образовањем деце, ради остварења плурализма у образовању, које се сматра од виталне важности за очување „демократског друштва“.⁵⁴ Тако се у члану 2. Првог протокола у другом делу истиче „право родитеља да обезбеде образовање и наставу која је у складу са њиховим верским и филозофским уверењима“⁵⁵ (курзив наш). Док се под „образовањем“ подразумева цео образовни процес у једном друштву, под „наставом“ се подразумевају преношење знања и интелектуални развој.⁵⁶ Међутим, чланом 2. Првог протокола не пружа се апсолутна гаранција да ће деца бити образована у складу са уверењима њихових родитеља. Држава није у обавези да организује посебан систем образовања и учења, већ су државе у принци-

49 *Службени гласник СЦГ*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр.

50 Више о разумевању овог члана и пракси Европског суда за људска права видети у Christoph Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary* –, С.Н. Beck, Hart, Nomos, Helbing Lichtenhahn Verlag, Switzerland 2014, 389–398.

51 О томе сведочи и велики број резерви стављених на овај члан. Видети D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, UK (2nd ed.), 2009, 697.

52 *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education v. Belgium*, no. 1474/62 et al., 23. јули 1968, пар. 4.

53 *Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo v. Sweden*, Eur. Comm., no. 11533/85, 6. март 1987. Видети и *Leyla Sahin v. Turkey*, no. 44774/98, 10. новембар 2005, пар. 153.

54 Видети C. Grabenwarter, 395.

55 Слична одредба налази се и у чл. 18, ст. 4 Пакта о грађанским и политичким правима, као и у чл. 5, ст. 1, тач. б) Конвенције о забрани дискриминације у образовању.

56 *Campbell and Cosans v. UK*, no. 7511/76 et al., 25. фебруар 1982, пар. 33.

пу слободне да одреде садржај образовања. Међутим, оне морају поштовати верска и филозофска уверења родитеља обезбеђењем плуралистичког образовања. Родитељи не могу тражити од државе да организује алтернативни курс у односу на онај који је несагласан са њиховим уверењима, што произлази из права државе да одређује и финансира образовање,⁵⁷ али морају имати могућност да траже и добију ослобађање од часова који су у супротности са њиховим уверењима.

2.2. Поштовање филозофских уверења родитеља

Чланом 2. Првог протокола уз Европску конвенцију признаје се право родитеља у односу на њихова филозофска и верска уверења. Док је „верска уверења“ лакше препознати, Европски суд је у својој пракси установио принципе којима се указује на то када ће неко „филозофско уверење“ бити релевантно са становишта примене тог члана.

У случају *Кемџел и Козанс против Уједињеној Краљевства* из 1982. године поставило се питање да ли је претња телесним кажњавањем у школама у Шкотској у супротности са правом на образовање. Две мајке које су поднеле представку сматрале су да телесно кажњавање, између осталог, вређа и право родитеља да образовање њихове деце буде у складу са њиховим верским и филозофским уверењима. Европски суд је, разматрајући то питање, дошао до закључка да „уверење“ није синоним за изразе „мишљење“ или „идеје“, који су употребљени у члану 10. Европске конвенције, већ је ближи изразу „уверења“, садржаном у члану 9. Европске конвенције, те означава гледишта која достижу одређени ниво уверљивости, озбиљности, доследности и важности.⁵⁸

С друге стране, израз „филозофски“ није подложен једној свеобухватној дефиницији, а Европска комисија за људска права је истицала да се тај израз користи да означи или потпуно развијен систем мисли, или пак мисли о мање-више тривијалним стварима. Европски суд се слаже са Европском комисијом да се ниједно од та два екстремна гледишта не може применити на члан 2. Првог протокола уз Европску конвенцију. Када се узме у обзир целокупан текст Европске конвенције, а посебно њен члан 17,⁵⁹ Европски суд долази до закључка да се изразом „филозофска уверења“ означавају уверења која заслужују поштовање у „демократском друштву“, која нису у супротности с људским достојанством и нису у супротности с фундаменталним правом детета на образовање.⁶⁰ Уверења која заслужују поштовање у „демократском друштву“ подразумевају вредности попут плурализма, толеранције и широких схватања и појединачни интереси некада могу бити подређени групи, али

57 *Bulski v. Poland*, nos. 46254/99, 31888/02, 30. новембар 2004.

58 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, пар. 36.

59 Члан 17. Европске конвенције односи се на забрану злоупотребе права и предвиђа да се ништа у Конвенцији не може тумачити тако да „подразумева право било које државе, групе или лица да се упусте у неку делатност или изврше неки чин који је усмерен на поништавање било ког од наведених права и слобода или на њихово ограничавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом.“

60 *Campbell and Cosans*, пар. 36.

демократија не значи да мишљење већине увек односи превагу: „потребно је постићи равнотежу која ће обезбедити правичан и одговарајући третман мањина и избећи било какву злоупотребу доминантне позиције“.⁶¹ Дакле, родитељи треба да докажу да су њихова уверења вредна поштовања, да нису у супротности са људским достојанством и да нису у супротности са фундаменталним правом детета на образовање.⁶² Примењујући тај тест, Европски суд је у конкретном случају пронашао да телесно кажњавање утиче на интегритет личности и тиме представља повреду права на образовање.

2.3. Преношење градива на објективан и плуралистички начин

Европски суд за људска права је неколико пута потврдио и став Комитета за људска права да школе служе обезбеђењу плурализма у друштву, те градиво мора бити преношено на објективан и критички начин. У једном предмету против Белгије, родитељи деце која су ишла у основну државну школу, противила су се обавезној настави из сексуалног васпитања, која је била у супротности са њиховим моралним и хришћанским уверењима.⁶³ У том предмету, Европски суд није пронашао кршење члана 2. Првог протокола уз Европску конвенцију, али је нагласио да држава мора водити рачуна о томе да се градиво преноси на објективан, критичан и плуралистички начин.⁶⁴ Та обавеза се односи на целокупан програм образовања, и то како на државне, тако и на приватне образовне институције. Другим речима, забрањено је промовисање одређене религије, моралног или филозофског гледишта, односно индоктринације, којим се не поштују религијска и филозофска уверења родитеља.⁶⁵ Европски суд посебно наглашава значај наставника за обезбеђење поштовања тог права у мирној атмосфери и без намере преобраћања (прозелитизма).⁶⁶

У једном предмету против Норвешке, подносиоци представке су сматрали да је повређен члан 2. Првог протокола јер су два предмета – хришћанство и филозофија живота, замењени једним – хришћанство, религија и филозофија, а они нису успели да ослободе своју децу похађања наставе, што је супротно њиховим религијским и филозофским уверењима.⁶⁷ Европски суд је тесном

61 Видети *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, no. 7601/76; 7806/77, 13. август 1981, пар. 63.

62 *Campbell and Cosans*, пар. 36.

63 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, no. 5095/71 et al., 7. децембар 1976.

64 *Ibid.*, пар. 53.

65 Члан 2. став 2. Првог протокола уз Европску конвенцију подразумева да држава мора омогућити и подстицати стварање приватних школа, чиме би заштитила децу од евентуалне индоктринације која постоји у државним школама.

66 Lori G. Beaman and Leo Van Aragon (eds.), *Issues in Religion and Education: Whose Religion?*, Brill Nijhoff, the Netherlands 2015, 286.

67 *Folgerø and Others v. Norway* (GC), no. 15472/02, 29. јун 2007. Према мишљењу норвешких власти, настава из тог предмета треба ђацима да омогући знање о главним светским религијама и тежи обезбеђењу отвореног и инклузивног школског окружења. Предвиђено је да дете може тражити ослобађање од појединих активности, попут учења напамет, рецитовања молитви и сл. У том случају, школа је у обавези да детету понуди различито подучавање исте материје.

већином пронашао да се у том предмету доминантно изучава хришћанство са циљем хришћанског и моралног развоја деце и установио повреду члана 2. Првог протокола.⁶⁸ Суд је посебно нагласио да не би било повреде када би се у оквиру тог предмета изучавале заједно и остале религије и филозофије, што би омогућило постојање отворене и инклузивне средине, или уколико би било дозвољено потпуно ослобађање од те наставе.

У једном предмету против Турске⁶⁹, поставило се питање да ли је обавезно похађање часова из верске културе и етике, почев од четвртог разреда основне школе, у супротности са чланом 2. Првог протокола уз Европску конвенцију. У конкретном случају, деца подносиоца представке припадају алевијској традицији, која има дубоке корене у турском друштву и историји, а разликује се од сунни разумевања ислама које се учи у школама. У питању је уверење које има одређени ниво „убедљивости, озбиљности, кохезије и значаја“, које се захтева за признање конфесије.⁷⁰

Турска влада се бранила тиме да се поменути предмет изучава у складу са принципом секуларности и слободе мисли, савести и вероисповести и да има циљ да „подстиче културу мира и контекст толеранције“⁷¹ као и да пренесе знање о свим главним религијама.⁷² Такође, држава је нагласила да је изучавање религије у школама одговарајући метод за сузбијање фанатизма. Међутим, анализа материјала за тај курс показала је да, осим преношења уопштеног знања о религијама, постоје и текстови који пружају инструкције о главним принципима ислама и општи преглед обреда,⁷³ те је кључно питање за утврђивање постојања повреде Европске конвенције било да ли се може разумно очекивати да ће присуствовање тим часовима утицати на ум младих људи.⁷⁴ Европски суд је пронашао да већи број предмета, у мањој или већој мери, садржи одређене ставове филозофске, космолошке или моралне природе.⁷⁵ Међутим, држава у области образовања мора водити рачуна о томе да се информације и знање, које је укључено у наставни план и програм, представљају на објективан, критичан и плуралистички начин, које омогућава деци да развију критички однос према религији у мирној атмосфери ослобођеној

68 У издвојеном мишљењу, судије су сматрале да нема квалитативне разлике у учењу хришћанства и осталих религија. Видети и предмет против Турске, где је постојала могућност за хришћанску и јеврејску децу да се ослободе наставе из религије и етике у оквиру које се изучавала углавном муслиманска вера, али таква могућност није постојала за муслиманску децу, која су припадници алевијске традиције, слободарског муслиманског учења. *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, 9. октобар 2007.

69 *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, 9. октобар 2007. Видети и *Şefika Köse and 93 Others v. Turkey*, no. 26625/02, 24. јануар 2006.

70 *Ibid.*, пар. 66.

71 Годину дана касније и Парламентарна скупштина Савета Европе прихватила је да су школе главно место за успостављање интеркултуралног дијалога и толеранције. Видети *Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation no. 1804 on State, religion, secularity and human rights*, June 29th, 2007.

72 *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, пар. 58.

73 *Ibid.*, пар. 61.

74 *Ibid.*, пар. 64.

75 *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, пар. 52.

од индоктринације.⁷⁶ Држава је у обавези да заузме непристрасан и неутралан став поводом различитих религија, вера и уверења и мора се уздржати од процене легитимности религијских уверења или начина на који су они изражени.⁷⁷ Имајући у виду те критеријуме, Европски суд је пронашао да се материја у конкретном случају није изучавала на објективан и плуралистички начин.⁷⁸ Такође, није постојала процедура изузимања са тих часова за децу исламске вероисповести, док су деца хришћенске и јеврејске вероисповести имала такву могућност. Међутим, процедура изузимања захтевала је откривање верских и филозофских уверења и наметала тежак терет родитељима.⁷⁹

Европски суд је недавно поново имао прилике да се изјасни о усклађености верске наставе у Турској са Европском конвенцијом.⁸⁰ Представку је поднело 14 турских држављана који су представници алевијске традиције, чија деца похађају средњу школу. Они тврде да су обавезни часови религије и етике и школама засновани на сунни огранку ислама и да се косе са схватањима мањинске фракције, којој припадају. Родитељи су 2005. године тражили од Министарства правде да иницира консултативни процес са водећим члановима њихове заједнице, како би се у часове увеле наставне јединице које се односе на њихову културу и филозофију. Предлог је одбијен, након чега је поднета тужба Управном суду у Анкари. Суд је засновао своју одлуку на експертском извештају професора исламских студија и предавача који предају социологију религије, а који тврде да настава не даје приоритет некој посебној вери, већ да се изучава доминантан приступ исламу. Такву одлуку потврдио је и Врховни управни суд.

Европски суд је приступио анализи тог случаја са становишта наставног плана обавезног предмета из религије и етике, али је узео у обзир и значајне промене које су се десиле након пресуде у предмету *Хасан и Ејлем Зенџин*. Те измене су се углавном односиле на информације о различитим уверењима у Турској, укључујући и алевијску веру, али главни аспекти наставног плана нису се променили. Европски суд је нагласио да се алевијско и сунни разумевање ислама до те мере разликују да родитељи могу легитимно сматрати да ће приступ који је усвојен на часовима вероватно код деце изазвати конфликт припадности између школе и сопствених вредности. Додатно, турски систем омогућава деци хришћенске и јеврејске вере да се изузму из тих часова, чиме је указано на значај избегавања конфликта између подучавања вере у школи

76 *Ibid.*, пар. 53.

77 *Ibid.* Видети и *Manoussakis and Others v. Greece*, no. 18748/91, 26. септембар 1996; и *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, [GC], no. 30985/96, 26. октобар 2000.

78 *Ibid.*, пар. 68.

79 *Ibid.*, пар. 76. У издвојеном мишљењу у предмету *Фолјеро и друџи њројив Норвешке* истакнуто је да се не може сматрати ненормалним пракса тражења разлога од родитеља за ослобађање од верске наставе. Другим речима, према њиховом мишљењу, не би се могло сматрати нелегитимним да грађани у свом односу са властима пруже неке информације, чак и када су оне личног карактера, како би оствариле ослобађање од опште обавезе. Видети *Folgerø and Others v. Norway*, Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Lorenzen, Birsan, Kovler, Steiner, Borrego Borrego, Hajiyev and Jebens.

80 Видети *Mansur Yalçın and Others v. Turkey*, no. 21163/11, 16. септембар 2014.

и верских и филозофских мишљења родитеља. Суд је посебно узео у обзир да све државе чланице нуде ђацима могућност да се изузму из часова веронауке, или да похађају алтернативни предмет, или је похађање веронауке опционо. Дакле, Суд закључује да турски образовни систем још увек није адекватан да обезби поштовање родитељских уверења.

Међутим, када је реч о учешћу у неким активностима које школа организује, Европски суд је мање спреман да пронађе кршење члана 2. Првог протокола, посебно уколико активност има и неки легитиман интерес. Тако је у једном случају против Грчке⁸¹ дете суспендовано са наставе на два дана због одбијања да присуствује паради која је организована на дан 28. октобра, у знак сећања на 1940. годину када је избио рат између Грчке и Италије. Родитељи детета су одбили да присуствују војној паради као припадници Јеховиних сведока, који се противе војној служби и оружју. Европски суд је осудио то што је дете било у обавези да присуствује паради изван зграде школе и у време празника, али је узео у обзир да парада није имала претежно војни карактер и да је организована како би се продужило памћење међу младима на један важан историјски догађај. Иако је Европски суд прихватио да то може увредити мирољубива уверења подносилаца представке, узео је обзир да такви догађаји такође имају мирољубиве циљеве и организују се у јавном интересу.⁸² Суд је сматрао да наметањем те обавезе детету које је ослобођено часова из религије и православља родитељи нису лишени права да саветују своју децу и да им буду главни едукатори или да изведу децу на пут према сопственим верским или филозофским уверењима.⁸³

2.4. Употреба верских симбола у школама

Међутим, употреба појединих верских симбола у школама, која није праћена индоктринацијом деце, може бити дозвољена и поред тога што родитељи мањинске верске конфесије могу истицати да је противна њиховим верским уверењима.

У чувеном случају *Лауци*, мајка двоје малолетне деце која су ишла у италијанску државну основну школу сматрала је да се распеће на зиду учионица коси са секуларизмом.⁸⁴ Она се позвала на одлуку италијанског Касационог суда из 2000. године да се стављање распећа на гласачка места коси са принципом секуларне државе. Управни одбор школе је донео одлуку да остави распећа на зиду учионица, а Министарство образовања је донело препоруку директорима државних школа да следе тај пример. Како ни Управни, а ни Уставни суд Италије нису пронашли да је та пракса у супротности са италијанским Уставом и Европском конвенцијом, случај је доспео до Европског суда.

81 *Efstathiou v. Greece*, no. 24095/94, 28. мај 1996. Видети и *Valsamis v. Greece*, no. 21787/94, 13. септембар 1995.

82 *Ibid.*, пар. 32.

83 *Ibid.* У овом предмету је Европски суд такође указао на то да израз „поштовање“ права родитеља из члана 2. Првог протокола уз Европску конвенцију значи више од „признати“ или „узети у обзир“. *Ibid.*, пар. 28.

84 *Lautsi and Others v. Italy*, no. 30814/06, 3. новембар 2009.

Италија се бранила чињеницом да је распеће симбол италијанске историје, државе и идентитета, а не само верски симбол.

Веће је, међутим, сматрало да је распеће могло лако бити протумачено код деце као верско обележје, што није подстицајно за децу која нису католици.⁸⁵ Веће је нагласило да се слобода неприпадања ниједној вери мора штитити, када иза одређеног уверења стоји држава, а појединац се налази у ситуацији коју не може да избегне или то захтева несразмерно велике напоре. Веће је заузело став да пракса стављања распећа у учионице не може бити оправдана жељама других родитеља, који желе да виде религијске симболе у школи јер је то у складу са њиховим уверењима.⁸⁶ Тако, држава има обавезу да одржи верску неутралност у државним школама и да оспособи ученике да критички размишљају,⁸⁷ а не да ограничава право родитеља да васпитавају децу према сопственим уверењима, као и право детета да у нешто верује или не верује.⁸⁸

И Велико веће је приметило да се одредбама италијанског законодавства којима је прописано постављање распећа у учионицама државних школа, већинској вероисповести у држави обезбеђује претежна уочљивост у школској средини.⁸⁹ Велико веће није имало дилеме да је распеће првенствено религијски симбол, и поред неких других значења која нису од значаја за доношење одлуке у конкретном случају.⁹⁰ Према мишљењу Великог већа то, међутим, само по себи није било довољно да посведочи да италијанска држава спроводи процес индоктринације. Штавише, Велико веће је пронашло да нема доказа да тако пасивно постављен религијски симбол може утицати на ученике, те се не може ни тврдити да он може имати ефекта на младе људе чија се убеђења тек формирају.⁹¹ Суд констатује да Европа обилује разликама у култури и историји, али да је та чињеница не ослобађа обавезе поштовања права и слобода гарантованих Европском конвенцијом.⁹² Међутим, у конкретном случају, Велико веће закључује да држава има поље слободне процене да одлучи да ли ће распеће бити постављено у њеним школама, посебно што нема консензуса међу европским државама који говори у прилог том приступу, те је задатак Суда само да утврди да ли је држава својом праксом прешла дозвољену границу.⁹³ Велико веће је заузело став да није прекршен члан 2. Првог протокола уз Европску конвенцију, пошто распеће које је постављено на зид

85 *Ibid.*, пар. 55.

86 *Ibid.*, пар. 56.

87 *Ibid.*

88 *Ibid.*, пар. 57.

89 *Lautsi and Others v. Italy* (GC), no. 30814/06, 18. март 2011.

90 *Ibid.*, пар. 66.

91 *Ibid.*

92 *Ibid.*, пар. 68.

93 *Ibid.*, пар. 70. За супротно видети Dissenting Opinion of Judge Malinverni joined by judge Kalajdžieva. Судија Малинверни сматра да се Суд сувише ослања на појам „консензус“ како би извео закључак да се може применити поље слободне процене. Међутим, он сматра да та доктрина има смисла само ако се схвати у комбинацији са многим другим фак-

учионица у суштини представља пасивни симбол, чији се утицај на ученике не може упоредити са утицајем који би имало дидактичко наставничко обраћање или учешће у верским активностима, а које је пронађено у случају против Норвешке и Турске због садржаја предмета којима се у знатној мери давала предност хришћанству, односно исламу.⁹⁴

ЗАКЉУЧАК

Иако је у Европи последњих година много актуелније питање употреба верских симбола, веронаука у државним школама и даље се налази у живи интересовања, првенствено због улоге образовања у процесу интеграције у мултикултурално друштво. Школе се сматрају главним форумом за успостављање дијалога и учењу о толерантном понашању, што је од великог значаја у савременој ери миграција.

Право родитеља на образовање деце које је у складу са њиховим верским и филозофским уверењима гарантовано је у великом броју међународних инструмената. Комитет за људска права и Европски суд за људска права постављају стандарде у тој области и наглашавају да познавање религија представља интегрални део знања о људској историји и цивилизацији. Зато је државама дозвољено да организују часове из историје религије и етике, уз ограничење да се материја изучава на објективан, критички и плуралистички начин. Држава је у обавези да заузме непристрасан и неутралан став према различитим религијама, верама и уверењима и треба да се узржи од сопствене процене легитимности религијских уверења или начина на који су они изражени. Овде није од значаја само проучавање силабуса за тај предмет, већ и преглед уџбеника и утицај наставника који садржаје морају преносити на поменути начин, поштујући слободу мишљења, савести и изражавања. Када материја подразумева вршење обреда или учење напамет појединих делова из верских текстова, родитељи морају имати право да траже ослобађање од таквих активности, уколико се оно коси са њиховим верским уверењима.

Уколико у некој држави становништво доминантно припада одређеној религији, већина има интерес да се њихова деца упознају са основним доктринама и правилима сопствене религије. Међутим, то право увек мора бити у складу са посебним гаранцијама које се дају верским мањинама. Другим речима, у тој ситуацији школа је у обавези да мањинама обезбеди недискрими-

торима: конкретним правом, озбиљношћу повреде, постојању европског консензуса и сл., која захтева пажљиву анализу.

94 *Ibid.*, пар. 72–73, 77. О критикама те пресуде видети Lorenzo Zuca, „A Comment on Lautsi“, *European Journal of International Law: Talk!*, 19. март 2011, доступно на <http://www.ejiltalk.org/a-comment-on-lautsi/#more-3161>, 14. април 2015; Stijn Smet, *Lautsi v. Italy: the Argument from Neutrality*, *Strasbourg Observers*, 22. март 2011, доступно на <http://strasbourgobservers.com/2011/03/22/lautsi-v-italy-the-argument-from-neutrality/>, 14. мај 2015; Nicolas Hervieu, *Conventionalité de la présence des crucifix dans les salles de classe d'écoles publiques, Combats pour les droits de l'homme*, 21. март 2011, доступно на <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/03/21/crucifix-dans-les-salles-de-classes-la-capitulation-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l%E2%80%99homme-cour-edh-gc-18-mars-2011-lautsi-c-italie/>, 14. мај 2015.

наторна алтернатива решења која могу задовољити жеље родитеља. У сваком случају, процедура за ослобађање од наставе или похађање алтернативних предмета мора бити једноставна и не сме наметати тешкоће родитељима. Такође, деца која похађају алтернативну наставу не смеју бити изложена кажњавању, мерама притиска, нити осећати конфликт лојалности и мање вредности. Ипак, тешко је одржив став Комитета за људска права, истакнут у предмету *Фоліеро и друџи њројив Норвешке*, да пракса тражења објашњења од родитеља за ослобађање од верске наставе представља за њих одређени терет. Чини се да се не може сматрати нелегитимним да грађани у свом односу са властима пруже неке информације, чак и када су оне личног карактера и откривају верски идентитет, како би се ослободили обавезе која се противи њиховим верским уверењима.

Поменути стандарди важе за државне школе. С друге стране, приватне школе могу рефлектовати посебне образовне интересе или потребе деце и њихових родитеља, нарочито у односу на одређену вероисповест. Државе немају обавезу да финансирају такве школе, али уколико одлуче да их финансијски подрже, то морају чинити без икакве дискриминације, што је дошло до изражаја у једном предмету против Канаде пред Комитетом за људска права.

Међутим, пракса два поменута међународна тела разликује се у погледу употребе верских симбола у учионицама. Тако Комитет за људска права сматра да државе морају остати верски неутралне како би поштовале принцип једнакости према ђацима различитих вера и уверења. С друге стране, Европски суд за људска права прави разлику између активних и пасивних симбола. Тако је у случају *Лауци*, Велико веће Европског суда пронашло да распећа која су постављена на зидове у учионицама државних школа представљају пасиван симбол, који не може имати утицаја на ученике, те се не може ни тврдити да има ефеката на младе људе чија се убеђења тек формирају. Међутим, таква одлука се мора критиковати. Без обзира на чињеницу што је распеће симбол италијанске државности и њене историје, оно је превасходно верски симбол. Остаје нејасно како се принцип неутралности може поштовати у таквом случају, када он намеће државама обавезу да се суздрже од постављања верских симбола у школске учионице. Тако је и веће Европског суда било у праву када је пронашло да се слобода неприпадања ниједној вери мора штитити, посебно онда када иза одређеног уверења стоји држава, а појединац се налази у ситуацији коју не може да избегне или то захтева несразмерно велике напоре. Практика стављања распећа у учионице не може бити оправдана жељама других родитеља, који желе да виде религијске симболе у школи, али се већински став може поштовати увођењем посебног предмета у којем ће деца добити неопходна знања о својој вери. Коначно, Велико веће уопште није узело у обзир чињеницу да је италијанска Влада одмах наредила уклањање распећа са бирачких места, чим се одређени број бирача побунио против такве праксе. С друге стране, у случају госпође Лауци, одмах је издата инструкција школама да ни случајно не уклањају распећа из учионица. Такав однос државе према бирачима и према деци, која су много подложнија утицају па самим тим за-

хтевају и већу заштиту, не може се бранити. Напротив, указује на чињеницу да распеће није потпуно пасивни симбол, како то проналази Велико веће Европског суда.

Dr. Ivana Krstić
Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THE RIGHT OF PARENTS TO ENSURE THE EDUCATION OF THEIR CHILDREN IN CONFORMITY WITH THEIR RELIGIOUS AND PHILOSOPHICAL CONVICTIONS

Summary

This paper explores the international standards related to the right of parents to ensure the education which is in conformity with their own religious and philosophical convictions. Although this right is guaranteed in numerous international instruments, the Human Rights Committee and the European Court of Human Rights set certain limitations to the enjoyment of this right, and emphasize that the understanding of religion forms an integral part of our knowledge of human history and civilization. States can provide teaching about the history of religion and ethics, but the subject matter must be presented in an objective, critical and pluralistic manner. This means that the curriculum and textbooks convey objective content, and that teachers respect the freedom of thought, conscience and expression. Parents must have the right to seek exemption from certain activities, if they are not in conformity with their religious beliefs. However, if the State introduces the teaching of a particular religion, it must ensure non-discriminatory alternative courses for minorities. The procedure for exemptions from attending the classes should be simplified and cannot impose difficulties to parents. Also, children who attend alternative classes should not be subjected to punishment, or come under pressure, feel a conflict of loyalties or low self-esteem. These standards apply to public schools, as private schools may reflect specific educational interests or needs of children and their parents. States do not have an obligation to fund private schools, but if they decide to support them financially, they must do so without any discrimination.

Key words: *Education. – Religion. – Secularism. – Pluralism. – Indoctrination.*

Наталија Лукић*

ПРАЊЕ НОВЦА – УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИСТУП

У раду је анализирано кривично дело прања новца. Најпре је иажња посвећена правним пројектима Европске уније имајући у виду значај који на обликовање европских националних законодавстава имају ти пројекти. Затим је извршена анализа решења садржаних у немачком и аустријском кривичном законодавству. Ти правни системи, а посебно немачко, одабрани су због изузетно развијене кривичноправне доктрине и утицаја на српско кривично право. Најослејку, анализирана је инкриминација садржана у српском Кривичном законнику и упоређена је са поменућим правним решењима. Закључено је да је, с једне стране, домаће право решење уже представљено у упоређењу са осталим правним системима, што донекле ограничава криминалну зону, док је, с друге стране, предвиђање нехајног облика прања новца у српском КЗ решење које није карактеристично за друге представљене правне системе.

Кључне речи: Прања новца. – Кривично дело. – Упоредноправни приступи. – Европска унија. – Немачка. – Аустрија. – Србија.

1. УВОД

Кривично дело прања новца најпре је било прописано у савезном Закону о спречавању прања новца из 2003. године, да би, након доношења Кривичног законика и Закона о спречавању прања новца из 2005. године, то кривично дело постало део основног кривичног законодавства.¹ Осим кривичног дела прања новца регулисаног у Кривичном законнику, посебно је значајан и Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма из 2009. године². Значај спречавања прања новца огледа се у потреби заштите привредног система на националном као и на интернационалном плану. Прања новца је повезано

* Ауторка је асистенткиња Правног факултета Универзитета у Београду, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

1 З. Стојановић, Н. Делић, *Кривично право, посебни део*, Београд 2014, 184.

2 *Сл. гласник РС*, бр. 20/2009, 72/2009, 91/2010, 139/2014.

са деловањем терористичких и организованих криминалних група због чега примена те инкриминације има значаја управо на плану сузбијања криминалних активности тих група. У раду ће пажња бити посвећена прописима Европске уније, као и правним решењима садржаним у немачком и аустријском кривичном законодавству. Потом ће бити анализирано кривично дело прања новца у домаћем кривичном законодавству, уз поређење са осталим правним решењима.

2. ПРАЊЕ НОВЦА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Правна регулатива Европске уније о сузбијању прања новца обухвата велики број докумената: директиве, оквирне одлуке, одлуке и заједничке акције. Први корак у борби против те криминалне активности учињен је 1991. године када је донета Директива бр. 308/1991 о спречавању коришћења финансијских система са циљем прања новца (у даљем тексту: *Прва директива*).³ Осим увођења обавезе за државе чланице да у својим законодавствима забране прање новца, предвиђене су и дужности за кредитне и финансијске институције (идентификовање странака, вођење евиденција, пријављивање сумњивих трансакција надлежним властима) како би се утицало на редуковање прања новца стеченог криминалним активностима. Државама чланицама је препуштено да одлуче о врсти санкција у случају да се финансијске и кредитне институције не придржавају предвиђених дужности.⁴ Како је Прва директива усвојена пре ступања на снагу Уговора из Мастрихта, требало је пронаћи правни основ којим се државе чланице обавезују да у својим националним законодавствима предвиде одредбу из кривичноправне области која је у искључивој надлежности држава. У Уговору о Европској заједници није пружен такав основ. Комисија је првобитно предложила да државе чланице треба да инкриминишу прање новца као кривично дело. Но, њихови представници су реаговали у Савету, истичући да Комисија нема ту врсту надлежности. Решење је пронађено у чињеници да се прањем новца угрожава интегритет финансијског система и унутрашњег тржишта Европске заједнице, а предлог Комисије да прање новца буде предвиђено као кривично дело замењен је формулацијом да државе чланице имају обавезу да забране прање новца без прецизирања на који начин ће то бити постигнуто, односно којом врстом правних норми. Но, како је спречавање прања новца немогуће замислити без прописивања кривичних санкција, државама чланицама није остављено много простора за слободно одлучивање.

Након једне деценије, Комисија је учинила предлог измена и допуна Прве директиве, који је Европски парламент усвојио 2001. године под називом

3 Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering, *OJ L* 166, 28. јуни 1991, 77–83.

4 V. Mitsilegas and B. Gilmore, „The EU Legislative Framework Against Money Laundering and Terrorist Finance: A Critical Analysis in the Light of Evolving Global Standards“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, Issue 01, 2007, 119–140.

Директива о изменама и допунама Директиве бр. 308/1991 о спречавању коришћења финансијских система са циљем прања новца (у даљем тексту: *Друга директива*).⁵ Новине у Другој директиви обухватале су: проширење круга кривичних дела од којих потиче имовина која је предмет потоњег прања новца, проширење круга обвезника и диференцирање дужности зависно од категорије обвезника.

Напослетку, 2005. године усвојена је Директива бр. 60/2005 о спречавању коришћења финансијских система са циљем прања новца и финансирања тероризма (у даљем тексту: *Трећа директива*).⁶ Другу директиву, која је имала свега 18 чланова, директива усвојена 2005. године знатно премашује са својих 47 чланова. Осим проширења борбе и на спречавање финансирања тероризма, Трећа директива уводи низ новина, а једна од њих односи се на предвиђање дужности степеновања ризика у складу са којим обвезници предузимају различите активности како би се спречило прање новца, односно финансирање тероризма. И у Другој и у Трећој директиви и даље се наводи обавеза држава чланица да забране прање новца. За разлику од Прве директиве, која је усвојена пре ступања на снагу Уговора из Мастрихта, Друга и Трећа директива су усвојене у периодима када је правни оквир ЕУ значајно промењен.⁷

Осим директива, постоје и други правни акти ЕУ који су усвојени и са циљем спречавања прања новца. У 1998. години усвојена је Заједничка акција бр. 699/1998 о спречавању прања новца, идентификацији, проналажењу, забрани располагања, одузимању и конфискацији предмета коришћених у извршењу кривичног дела или стечених кривичним делом⁸ (у даљем тексту: *Заједничка акција бр. 699/1998*), док је 2001. године донета Оквирна одлука бр. 500/2001 о спречавању прања новца, идентификацији, проналажењу, забрани располагања, одузимању и конфискацији имовине проистекле из кривичног дела (у даљем тексту: *Оквирна одлука бр. 500/2001*).⁹ У наставку текста биће указано на решења садржана у Трећој директиви.

5 Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001 amending Council Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering, *OJ L* 344, 28. децембар 2001, 76–81.

6 Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, *OJ L* 309, 25. новембар 2005, 15–36.

7 О томе више у: J. Vogel, Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV – in: K. Ambos (ed.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, Göttingen 2011, 29–44.

8 Joint Action 98/699/JHA of 3 December 1998 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds from crime, *OJ L* 333, 9. децембар 1998, 1–3.

9 Council Framework Decision 2001/500/JHA of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime, *OJ L* 182, 5. јули 2001, 1–2.

2.1. Радња прања новца

У чл. 1 Треће директиве предвиђена је обавеза за државе чланице да правним прописима забране прање новца, односно финансирање тероризма. Не помиње се на који начин то треба остварити, односно не указује се на то да прање новца и финансирање тероризма треба предвидети као кривично дело. Радња прања новца у Трећој директиви одређена је алтернативно и може се састојати у: 1) конверзији или преносу имовине са знањем да та имовина потиче из криминалне активности са намером да се прикрије њено илегално порекло; 2) скривању или лажном приказивању порекла имовине, њеног извора, локације, кретања или власништва са знањем да та имовина потиче из криминалне активности; 3) стицању, поседовању или коришћењу имовине са знањем да та имовина потиче из криминалне активности. Такође је предвиђено да се под прањем новца подразумева помагање, затим подстрекавање, давање савета и омогућавање да се изврши нека од наведених активности. Трећом директивом се налаже да се забрани и покушај прања новца.

Криминална активност из које потиче имовина која је предмет прања новца подразумева сваки облик учествовања у извршењу *тешкој* кривичног дела.¹⁰ Круг кривичних дела био је проширен већ доношењем Друге директиве и обухватао је сва *тешка* кривична дела која су била дефинисана на исти начин као у Оквирној одлуци бр. 500/2001.¹¹ Један од разлога за проширење круга кривичних дела било је и јачање борбе против организованог криминалитета, чије активности свакако подразумевају и прање новца. Тешка кривична дела дефинисана су у чл. 3, ст. 5 Треће директиве и обухватају следеће инкриминације: а) понашања предвиђена у чл. 1–4. Оквирне одлуке бр. 475/2002 о сузбијању тероризма из 2002. године¹² (државе чланице имају обавезу да забране следећа понашања: тероризам, организовање терористичких група, друга кривична дела која су повезана са тероризмом – тешка крађа, изнуда или фалсификовање службених докумената уколико им је циљ вршење терористичких аката – као и подстрекавање и помагање у терористичким активностима или њихов покушај); б) дела која су предвиђена у чл. 3(1)(а) Конвенције УН против недозвољене трговине опојним дрогама и психотропним супстанцама (Бечка конвенција); в) организовање криминалне групе како је предвиђено у чл. 1 Заједничке акције бр. 733/1998; г) превара како је дефинисана у чл. 1(1) и чл. 2 Конвенције о заштити финансијских интереса Европских заједница; д) корупција; њ) остала кривична дела за која је запређена казна лишења слободе од најмање годину дана, односно од шест месеци у државама у којима је то најмањи посебни минимум.

10 Чл. 3, ст. 4.

11 Под тешким кривичним делима подразумевала су се: неовлашћена трговина опојним дрогама, организовани криминалитет, превара и корупција – осим корупције, остала кривична дела дефинисана су позивањем на правне инструменте усвојене од УН или ЕУ. Такође, под тешким кривичним делом подразумева се оно за које се може изрећи тежа казна у држави чланици. Нав. према: V. Mitsilegas, B. Gilmore, 124.

12 Council Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on combating terrorism, *OJ L* 164, 22. јуни 2002, 3–7.

2.2. Субјективни елемент

У чл. 1 Треће директиве предвиђено је да се под прањем новца подразумева умишљајно предузимање неке од наведених радњи. За све те радње захтева се и постојање знања о криминалном пореклу имовине, а у случају конверзије односно преноса имовине и намера да се прикрије њено илегално порекло. Уколико би се десило да лице изврши пренос или конверзију имовине са знањем о њеном незаконитом пореклу али без намере да на тај начин прикрије криминално порекло, постојала би могућност да одговара за други облик прања новца, то јест за прикривање имовине која потиче из криминалне активности.¹³ У Трећој директиви се не помиње нехатни облик прања новца, што према мишљењима неких аутора није адекватно решење јер омогућава изигравање одредаба и вршење прања новца.¹⁴ Но, државе чланице могу предвидети и строже услове у својим законодавствима тако што ће инкриминисати и нехатни облик прања новца.

Од 2015. године почела је да се примењује нова Директива о превенцији коришћења финансијских система ради прања новца или финансирања тероризма (Четврта директива¹⁵). У чл. 1 прање новца дефинисано је на исти начин као и раније.

3. ПРАЊЕ НОВЦА У НЕМАЧКОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Кривично дело прања новца уведено је први пут у немачко законодавство 1992. године доношењем Закона о сузбијању трговине опојним дрогама и других облика организованог криминалитета (OrgKG).¹⁶ Од тада је та инкриминација више пута модификована. Према важећем законском решењу, прање новца чини лице које прикрива порекло предмета који потиче од противправог дела предвиђеног у чл. 261, ст. 2 Кривичног законика или ремети, опструише или угрожава истраживање његовог порекла, проналажења, конфискације, службеног обезбеђења. У ст. 2 законодавац као кривична дела од којих потичу новац или ствари који су објект прања новца предвиђа сва тежа кривична дела (*Verbrechen*)¹⁷, док лакша кривична дела (*Vergehen*)¹⁸ законодавац таксативно набраја. Објект те

13 Тако, на пример, ако би супруга лица које је новац прибавило неовлашћеном продајом опојних дрога, са знањем да новац потиче из криминалне активности, купила накит тим новцем, учинила би кривично дело прања новца. Нав. према: J. Jasco-Potyka, *Bekämpfung der Geldwäscherei in Europa*, Berlin 2007, 85.

14 *Ibid.*, 85–86.

15 Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC, *OJ L*, 141, 5. јуни 2015, 73–117.

16 Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (*BGBI. I S. 1302*).

17 У питању су кривична дела за која је предвиђена казна затвора од једне године или више (чл. 12 КЗ).

18 То су она дела за која је запређена казна затвора у трајању мањем од једне године или новчана казна (чл. 12 КЗ).

инкриминације је материјално добро које је стечено вршењем неког у претходним редовима поменутог кривичног дела. То могу бити покретне, непокретне ствари, потраживања, права, хартије од вредности.¹⁹ Кривично дело којим је стечен предмет прања новца мора бити противправно, али се не захтева постојање елемента кривичности.²⁰ Такође, учинилац тог дела не мора учествовати у потоњем прању новца.²¹

Проблем који се јавља у вези са инкриминацијом прања новца састоји се у утврђивању да ли предмет заиста потиче од кривичног дела. Под појмом „потичање“ не подразумева се само кривичним делом непосредно стечен објект, већ и сваки предмет који у каснијим употребама представља његову замену. Ипак, да би тај услов био испуњен, треба да постоји каузална и адекватна веза између кривичног дела и конкретног објекта.²² У таквом случају сматра се да замењени предмет потиче од кривичног дела. Ако је дошло до мешања ствари, води се рачуна да ли је могуће одвојити их или није. У потоњем примеру поставља се питање како решити ситуације у којима део ствари има „криминалну природу“ од оног дела који је настао легалним путем (уколико је, на пример, аутомобил у вредности од 20.000 € купљен тако што је половина датог новца криминалног порекла, а друга половина потиче од легално стечених прихода). Поједини аутори сматрају да треба одредити квоту, на пример у висини половине или четвртине вредности ствари. Но, законодавац није прихватио такву могућност јер би свако прецизирање могло довести до изигравања норме. Ако је у конкретном случају део ствари који има криминалну природу минорне вредности, постоје и материјалноправна и процесноправна решења у кривичном законодавству која могу представљати адекватно решење.²³ Законодавац је предвидео да се води рачуна о вредности предмета, односно да и прерађени предмет потиче од кривичног дела све док не представља „каснији учинак трећег лица“.²⁴

Радња кривичног дела састоји се у прикривању предмета, лажном приказивању порекла предмета, ометању или угрожавању истраживања, проналажења, конфискације и службеног обезбеђења предмета који потиче од кривичног дела. Прикривање подразумева сваку активност којом се отежава проналажење ствари (на пример, то може бити давање ствари другоме како се не би пронашла, пребацавање новца на рачуне у страним банкама итд.).²⁵ Лажно приказивање

19 A. Schönke, H. Schröder *et al.*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München 2001, 2036.

20 K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 2011, 1212.

21 У чл. 261, ст. 9 КЗ предвиђено је да се лице које кривично одговара за претходно кривично дело не кажњава за прање новца.

22 A. Schönke, H. Schröder *et al.*, 2036.

23 K. Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 4, §§ 185–262*, München 2012, 1350–1351. Тако и: U. Kindhäuser, *Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 5. Auflage, 2011, 364.

24 На пример, ако крадљивац уникатне бронзане статуе ову прода а купац, мислећи да је реч о доброј копији оригинала, статуу истопа, тако добијен метал више не потиче од учињеног кривичног дела крађе јер је вредност изгубљена. *Ibid.*

25 Поставља се и питање разликовања кривичног дела прања новца од неких других инкриминација. На првом месту то је кривично дело прикривања из чл. 259 немачког КЗ. Биће тог кривичног дела састоји се у прибављању себи или другоме, куповини, прикривању или помагању у прикривању ствари која је прибављена крађом или неким другим кривич-

вање порекла предмета обухвата радње преварног карактера којима се настоји приказати да је предмет стечен легалним активностима (на пример, уношење лажних података у пословне књиге, мешање илегално и легално стечене имовине, вођење рачуна под лажним именом).²⁶ Осим те две радње извршења, у истом ставу је предвиђено да ће се казнити и лице које омета или угрожава истраживање порекла, проналажења, конфискације или службеног обезбеђења имовине стечене кривичним делом.²⁷ У ст. 2 забрањена је иста казна и за лице које себи или другом прибавља ствар која потиче од кривичног дела или са знањем о незаконитом пореклу ствар чува, односно за себе или другог користи. Прибављање ствари тумачи се на исти начин као и у случају кривичног дела прикривања из чл. 259 КЗ и подразумева да ће та радња извршења постојати ако се ствар прибавља због њене имовинске вредности, а не због неке друге сврхе.²⁸ Како је став

ним делом против имовине са намером остваривања противправне имовинске користи. За разлику од кривичног дела прања новца где имовина, која је предмет радње извршења, може бити стечена било којим кривичним делом, у чл. 259 је предвиђено да се прикривања предмети стечени искључиво кривичним делима против имовине. Даље, законодавац за кривично дело прања новца не захтева постојање намере да се оствари противправна имовинска корист. Занимљиво је и да имовина која је објект радње извршења кривичног дела прикривања мора бити она која је непосредно прибављена неким кривичним делом против имовине и не може се радити о замењеној ствари, док је ситуација обратна у случају кривичног дела из чл. 261. Такође треба направити разлику у односу на кривично дело пружања помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела из чл. 257 немачког КЗ. Биће тог кривичног дела састоји се у пружању помоћи учиниоцу противправног дела са намером да то лице сачува корист добијену учињеним кривичним делом. У теорији се наводи да је за кривично дело прања новца карактеристично постојање намере да се прикрије незаконито порекло имовине, а не да се помогне учиниоцу кривичног дела да сачува прибављену противправну имовинску корист. Но, законодавац не помиње постојање посебне намере у случају кривичног дела прања новца. Уколико користи, на пример, једно лице повери другом ствар прибављену кривичним делом, неопходно је утврдити да ли то лице само чува имовину, што би могло да представља кривично дело прања новца из ст. 2, или постоји намера да се другом помогне да сачува незаконито стечену имовину. Нав. према: G. Sotiriadis, *Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, Berlin 2010, 216–217. Тако, рецимо, Јегер (нем. *Jäger*) даје пример на основу којег се може уочити разлика између поменутих инкриминација: лице А је извршењем разбојништва украо десет новчаница од по 50 евра. Новац је дало на чување лицу Б које је знало за његово криминално порекло. Радња чувања предвиђена је у бићу кривичног дела прања новца, али и у бићу кривичног дела пружања помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела. Аутор закључује да се, услед недостатка намере да се ствар (у овом случају новац) сачува за лице А и да му се тиме обезбеди противправна имовинска корист, радња лица Б може подвести под кривично дело прања новца из чл. 261, ст. 1. Нав. према: C. Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht Besonderer Teil*, Heidelberg 2011, 274.

26 A. Schönke, H. Schröder *et al.*, 2039; K. Lackner, K. Kühl, 1216.

27 Тако дефинисана радња извршења изложена је критикама појединих аутора. Наиме, осим радње ометања, предвиђено је и угрожавање истраживања порекла, проналажења, конфискације или службеног обезбеђења имовине стечене кривичним делом. На тај начин су у бићу истог кривичног дела садржане и последица повреде и последица угрожавања, што је атипично законско решење. У погледу радње ометања, није јасно да ли је за довршено кривично дело потребно да су надлежни органи онемогућени у спровођењу неке од наведених радњи или је довољно да је само дошло до њеног одлагања. Но, како се последица може састојати и у угрожавању, то питање и није толико релевантно. С друге стране, може се појавити проблем у разграничењу радњи ометања и угрожавања са кривичним делом ометања кривичног поступка из чл. 258 немачког КЗ. Нав. према: G. Sotiriadis, 221–222.

28 A. Schönke, H. Schröder *et al.*, 2040. Тако и: U. Kindhäuser, 365.

2 доста широко одређен, законодавац је прибегло његовом ограничењу предвиђањем става 6, у којем се дефинише да кривично дело из става 2 неће постојати уколико је претходно предмет стекло савесно лице које тиме није учинило кривично дело. Ограничење које се састоји у неприхватању неограниченог ланца стицања требало би да омогући одвијање правног промета. Не захтева се да је треће савесно лице ствар стекло у складу са одредбама грађанског права (ако је, на пример, савесно прибавило украдену ствар при чему није стекло и право својине). Услов је да стицањем ствари није учињено кривично дело, а у теорији се прихвата да у обзир долази само кривично дело из чл 261 КЗ.²⁹

На субјективном плану захтева се умишљај, при чему је довољно да постоји и евентуални умишљај. Учиниоца мора имати представу да предмет потиче од неког Закоником предвиђеног кривичног дела, а не само свест да је предмет илегалног порекла.³⁰ Свест о незаконитом пореклу имовине мора постојати у тренутку када се предузима нека од радњи извршења из става 2, одакле произлази да *dolus subsequens* нема значај.³¹ Међутим, код радњи извршења из става 1 учинилац може бити савестан у тренутку стицања предмета, а по сазнању за његово илегално порекло предузети неку од предвиђених радњи.³² Осим умишљајног, законодавац је у чл. 261, ст. 5 предвидео и нехатни облик тог кривичног дела³³, тачније грубу непажњу (*Leichtfertigkeit*).³⁴

29 *Ibid.* Тако и: K. Miebach (Hrsg.), 1354.

30 U. Kindhäuser, 367.

31 A. Schönke, H. Schröder *et al.*, 2040.

32 U. Kindhäuser, 367.

33 Одлука законодавца да предвиди и нехатни облик прања новца подвргнута је критикама. Против инкриминисања тог облика кривице били су и представници финансијског и банкарског сектора који су сматрали да ће наведена законска формулација утицати на нормално одвијање њихових свакодневних послова. Но, због могућности да се у пракси оптужени увек позову на незнање о криминалном пореклу имовине и тиме избегну кривичну одговорност, законодавац је остао при решењу које инкриминише и нехатни облик. Управо се такав аргумент подвргава критици имајући у виду да мањкавости кривичнопроцесне природе не смеју представљати основ за новине или измене у материјалном кривичном праву. У супротном би за сва кривична дела за која је тешко доказати постојање умишљаја требало предвидети и нехатни облик. С друге стране, кривично процесно законодавство по правилу пружа и проширене могућности доказивања одређених кривичних дела (што је случај и са прањем новца) предвиђањем посебних доказних техника. Потом, груба непажња као облик нехата заснива се на обавезама пажљивог поступања које су регулисане различитим правним актима. Без обзира на то што законодавац не указује на обавезе које се повређују нехатним обликом прања новца, њихово нормирање не би било адекватно решење јер постоји сијасет модалитета за проверу трансакција чије исцрпно регулисање није могуће (у крајњем случају, запослени могу на неколико начина да испитају сумњивост трансакције, али то не значи да прање новца не би било извршено). Такође, наведене обавезе би се могле нормирати само у одређеним сферама (на пример, банкарска и адвокатска професија), док се правна норма односи на све грађане. Тешко је замисливо да би било могуће обавезати грађане да испитују порекло имовине у свакој трансакцији коју обављају. G. Sotiriadis, 230–234.

34 У питању је облик нехата који би одговарао грађанскоправном појму грубе непажње. Но, како Роксин (Roxin) истиче, тај појам нема јасне контуре ни у цивилном праву због чега и није подобан да буде прихваћен у кривичном. Тај облик нехата би постојао, на пример, у следећим ситуацијама: када је учинилац показао груби немар у погледу елемената који чине биће кривичног дела, неозбиљну лакоумисленост у погледу јасне могућности

За основни облик прања новца предвиђена је казна од три месеца до пет година затвора. За тежи облик (када се учинилац професионално бави тим кривичним делом или као члан банде) предвиђена је казна затвора у трајању од шест месеци до десет година, док за нехатни облик тог кривичног дела законодавац предвиђа казну затвора до две године или новчану казну.

Од увођења тог кривичног дела у кривично законодавство Немачке дошло је до више законских измена, а међу њима је било посебно карактеристично проширивање броја лакших кривичних дела. Закон о јачању борбе против организованог криминалитета (1998) у области сузбијања прања новца проширио је круг кривичних дела од којих потиче имовина која је предмет прања новца. У питању су следећа кривична дела: кријумчарење, пореска утаја ако се учинилац бави вршењем тих кривичних дела (а у случају кријумчарења и ако је то учинила банда), трговина људима, посредовање у проституцији, крађа, изнуда, прикривање, недозвољено организовање игара на срећу, кривична дела против животне средине, рачунарска превара, при чему се захтева да је неко од тих кривичних дела учињено или од члана банде или да се учинилац професионално бави тим кривичним делима.³⁵ Законом о сузбијању утаје пореза претходно је уведено ново кривично дело у Порески закон – бављање утајом пореза или ако је дело учинила група чиме је и оно постало претходно дело за прање новца.³⁶

да учини кривично дело или када је повредио какву озбиљну обавезу. Више о томе у: C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, München 2006, 1092–1093. Две године по усвајању Закона о сузбијању трговине опојним дрогама и других облика организованог криминалитета учињен је предлог измена тог закона. Једна од предложених новина односила се на предвиђање нехатног облика (*Fahrlässigkeit*) кривичног дела прања новца, чиме би биле проширене границе кривичне одговорности. Према појединим мишљењима, предвиђање тог облика кривице представљало би додатно оптерећење за финансијске и кредитне институције на које се закон односи. Сматра се, наиме, да службеници у тим институцијама не само да не поседују потребно криминалистичко знање за утврђивање да ли је једна трансакција сумњива или не, већ је и фактички немогуће то утврдити имајући у виду бројност трансакција, њихову уобичајеност и неутралност. G. Sotiriadis, 319.

35 Занимљиво је да то није први пут да је немачки законодавац одлучио да прошири каталог кривичних дела којима се прибавља имовина која је предмет прања новца. Законом о сузбијању криминалитета из 1994. године тај круг је проширен следећим кривичним делима: утаја, превара, субвенцијска превара, злоупотреба поверења, фалсификовање исправе и коруптивна кривична дела из чл. 332, ст. 1 и ст. 3 и чл. 334 КЗ, под условом да су неко од тих дела учинили припадници банде и то професионално (под професионалним вршењем кривичних дела сматра се бављење криминалним активностима са циљем да се у одређеном временском периоду на тај начин остварује имовинска корист).

36 То кривично дело, предвиђено у чл. 370а Пореског закона, представља тежи облик утаје пореза јер се учинилац или у виду заната бави његовим вршењем или га је учинила банда. Нејасно је, пак, због чега је законодавац сматрао да је утаја пореза квалификована наведеним околностима повезана са организованим криминалитетом. Наиме, организоване криминалне групе пореску утају најчешће врше као споредно кривично дело, а врло ретко као дело које претходи прању новца. Такође, професионално вршење кривичних дела представља проблематично решење јер намера да се бављењем криминалним активностима стиче имовинска корист може постојати већ у првом учињеном кривичном делу одакле би произлазило да се учинилац теже кажњава само због испољене намере, што је неприхватљиво. Друго, нејасно је како одредити предмет прања новца на основу претходно учињене по-

4. ПРАЊЕ НОВЦА У АУСТРИЈСКОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Кривично дело прања новца регулисано је чл. 165 аустријског Кривичног законика. У литератури се наводи да је циљ тог кривичног дела покривање одређених ситуација на које се не може применити чл. 164 којим је регулисано кривично дело прикривања. Наиме, уколико би ствар прибављена кривичним делом била замењена (на пример, украдени новац буде размењен) лице које би прибавило замењену ствар не би могло одговорати за кривично дело прикривања јер је ствар променила идентитет. Осим тога, инкриминација прикривања не може се применити у случају нематеријалних ствари, као и поклоне и накнада добијених за извршено кривично дело. Кривично дело прикривања ограничено је на ствари које су добијене извршењем кривичних дела против имовине, што није случај са прањем новца.³⁷

И у аустријској догматици кривичног права не постоји јединствен став о правном добру које се штити том инкриминацијом. Има мишљења да се заштита примарно пружа функционисању привредног и финансијског система, док је секундарно заштита усмерена на имовину под условом да је претходно кривично дело, од кога потиче имовина која је предмет прања новца, учињено против имовине. Према другим мишљењима прописивање прања новца треба првенствено да онемогући учиниоца кривичног дела да ужива у користи коју је на тај начин стекао, док има и мишљења да је та инкриминација усмерена на заштиту функционисања правосуђа.³⁸

За разлику од немачког КЗ, у аустријском Кривичном законнику изричито је регулисано под којим се условима сматра да имовина потиче од кривичног дела (чл. 165, ст. 5). Објект радње прања новца је имовина стечена кривичним делом (у виду накнаде или добитка) или она вредност која је за њу добијена и која представља део укупне имовине учиниоца. Дакле, за разлику од прикривања, не прати се идентична ствар већ привредна вредност која потиче

реске утаје. У највећем броју случајева избегавање плаћања пореза не доводи до увећања имовине већ до спречавања њеног умањења. Како се у ставу 1 чл. 261 КЗ говори о предмету који потиче од кривичног дела, поставља се питање како одредити и издвојити предмет криминалног порекла из имовине чије је умањење спречено утајом пореза. Могло би се тврдити да је целокупна имовина „инфицирана“ пореском утајом, али такво решење ипак не би било прихватљиво. Стога је свега неколико месеци после увођења те инкриминације дошло до законских измена КЗ. У ставу 1 чл. 261 КЗ предвиђа се следеће: „Прање новца постоји и у случају да је кривично дело из чл. 370 Пореског закона учињено од стране групе или професионално, при чему је предмет прања новца кроз пореску утају уштеђени трошак или противправно стечена пореска надокнада, односно противправно стечена средства по основу повраћаја пореза.“ Иако је предвиђањем да предмет прања новца чине и уштеђени трошкови законодавац хтео да реши проблем који је претходно поменут, и даље су упућивани приговори да тако уштеђене трошкове није увек могуће одвојити од остатка имовине. Више о томе: G. Sotiriadis, 352–374.

37 Наведено према: H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht, Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen (Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Privatsphäre, Vermögen)*, Wien 2009, 193.

38 M. Löschnig-Gspandl, „Österreich“, *Rechtliche Initiativen gegen Organisierte Kriminalität*, (Hrsg. W. Gropp, L. Schubert, M. Wörner), Freiburg 2001, 575.

од кривичног дела, а која мора бити инкорпорисана у нову ствар. Но, сматра се да није оправдано умножавање објекта радње (на пример: лице А је новцем стеченим продајом опојне дроге купило аутомобил од лица Б које је знало за порекло тог новца). Јасно је да у том случају и лице А и лице Б чине кривично дело прања новца. Међутим, питање је да ли новац добијен продајом аутомобила може бити објект радње прања новца ако се нађе код трећег лица по неком основу? Сматра се да на то питање треба негативно одговорити јер се прање новца везује за лице и увек се односи на имовину учиниоца. У супротном би целокупан привредни систем био контаминиран „прљавим“ новцем.³⁹ У другом примеру лице А је украдо аутомобил, затим га је продало и тим новцем купило неке хартије од вредности, при чему је продавац, лице Б, знало за порекло новца. Продавац хартија од вредности чини прање новца тако што прибавља новчанице које потичу од кривичног дела, а лице А чини прање новца на хартијама од вредности као објекту радње. У имовини лица А су на место новца дошле хартије од вредности, на којима се даље може вршити прање новца. Ако треће лице Ц купи хартије од вредности са знањем о њиховом пореклу, чини прање новца. Међутим, ако оно даље прода те хартије, купац не би одговарао за прање новца јер се више не може утврдити идентитет вредности. У супротном би цео привредни систем био контаминиран. То важи за стицање уз накнаду, али ако би у питању било располагање без накнаде, сматра се да веза не би била прекинута и у претходном случају би одговарало и последње лице које је стекло хартије од вредности.⁴⁰

Када је у питању мешање легално и илегално стечене имовине, у литератури се наводи да уколико је немогуће утврдити однос тако стечених имовина, треба поћи од тога да је искључена кривична одговорност за прање новца. Ако се, међутим, може успоставити граница, онда је могуће да лице одговара за прање новца у погледу дела имовине која је илегално стечена. Тако, на пример, ако се на рачуну лица А нађе 100.000 € стечених разбојништвом и 20.000 € стечених легалним путем, од чега 50.000 € буде уплаћено лицу Б, јасно је да је бар 30.000 € стечено кривичним делом, због чега у висини тог износа не би била искључена кривична одговорност лица Б.⁴¹

Прање новца из чл. 165 чини лице које имовину (и њено порекло) која потиче од тежег кривичног дела (*Verbrechen*⁴²), кривичних дела против имовине за која је запређена казна затвора од најмање једне године, таксативно наведених лакших кривичних дела (*Vergehen*), кривичних дела против права интелектуалне својине, кријумчарења и избегавања увозних и извозних обавеза прикрива или у правном промету лажно приказује порекло и права на имовини. Радња се, дакле, слично као и у немачком законодавству, састоји

39 Наведено према: Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, 195.

40 Наведено према: С. Bertel, К. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil (§§ 75 bis 168e StGB)*, Wien 2010, 313–314.

41 Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, 195.

42 У питању су умишљајна кривична дела за која је најмања запређена казна у трајању од три године затвора или доживотна казна затвора (чл. 17 КЗ), док су сва остала лакша кривична дела.

у прикривању, што подразумева сваку активност којом се отежава проналажење ствари, као и у давању лажних података о имовини стеченој кривичним делом. У ст. 2 предвиђено је да радњу тог кривичног дела чини лице које имовину која потиче од кривичних дела набројаних у ст. 1 прибавља, чува, користи, преноси на треће лице или конвертује. У литератури се тако дефинисане радње извршења критикују због потешкоћа у разграничењу са ст. 1.⁴³

За разлику од ст. 1 у којем се наводи да је на субјективном плану довољно и постојање евентуалног умишљаја, законодавац је у ст. 2 предвидео да учинилац мора знати за криминално порекло имовине, што је и оправдано имајући у виду поменуто критику.⁴⁴

Учинилац кривичног дела прања новца може бити само лице које није учествовало у извршењу претходног кривичног дела.

За ст. 1 и ст. 2 предвиђена је казна затвора у трајању до три године.

У ст. 3 предвиђена је иста казна за лица која по налогу или у интересу криминалне организације или терористичке организације са знањем о криминалном пореклу имовине такву имовину стиче, чува, користи, преноси на треће лице или конвертује. У том случају није реч о имовини која потиче од неког кривичног дела наведеног у ст. 1, већ о имовини која припада тим организацијама. Циљ те инкриминације је да се онемогући њихово било какво привредно пословање. У пракси, међутим, та одредба нема велики значај због потешкоћа у доказивању да имовина припада организацији, а не њеном члану.⁴⁵

У ст. 4 предвиђен је тежи облик тог кривичног дела. Он ће постојати у две ситуације. Прва се односи на вредност имовине која је предмет прања новца и она износи 50.000 €, а други тежи облик постојаће уколико лице учини кривично дело прања новца као члан криминалне организације која је основана са циљем вршења тих кривичних дела. У оба случаја забрањена је казна затвора у трајању од једне до осам година затвора.

У чл. 165а предвиђено је да се неће казнити лице које је добровољно, пре него што се сазнало за његово учињено кривично дело, пријавило прање новца или је на други начин обезбедило значајнији део имовине која је била предмет прања новца. Ако је то обезбеђење било могуће и без помоћи учиниоца, он се неће казнити под условом да је и сâм предузео све да обезбеди ту имовину.

5. КРИВИЧНО ДЕЛО ПРАЊА НОВЦА У СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ

У КЗ Србије кривично дело прања новца налази се у групи кривичних дела против привреде. У теорији постоји схватање да је објект кривично-правне заштите кривичних дела прописаних у тој глави привредни систем,

43 M. Löschnig-Gspandl, 580.

44 *Ibid*, 579–580; H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, 196.

45 C. Bertel, K. Schwaighofer, 316.

односно његови поједини сегменти.⁴⁶ И међу страним ауторима постоји мишљење да се предвиђањем кривичног дела прања новца заштита пружа привредном и финансијском систему, односно „чистоћи“ тог система и „поверењу“ које грађани у њега имају.⁴⁷ Имајући у виду да кривично право штити човека и друге основне друштвене вредности (чл. 3 КЗ), које се схватају као она друштвена добра која су у функцији постојања и остваривања основних добара човека⁴⁸, може се поставити питање која су то добра или права човека која се штите у кривичном делу прања новца. Могло би се, на пример, говорити о повреди права конкуренције од оних привредних субјеката који послују захваљујући имовини која потиче од кривичних дела. Став да се прањем новца пружа заштита привредном систему изложен је критикама неких аутора. Сматра се да је такво одређење објекта заштите нејасно и непрецизно и да у том случају нема оправдања да учинилац кривичног дела прања новца може бити било које лице, већ би било логичније да то буду лица која обављају привредне активности.⁴⁹ Поједини аутори сматрају да се објект заштите у случају прања новца односи на добро које је повређено чињењем претходног кривичног дела којим је прибављена имовина која је предмет прања новца.⁵⁰ Напоследку, постоји и мишљење да се предвиђањем кривичног дела прања новца заштита пружа функционисању кривичног правосуђа. Наиме, суштина кривичног дела прања новца састоји се прикривању илегалног порекла имовине, што за последицу има онемогућавање органа кривичног гоњења да је пронађу и одузму.⁵¹ Тако је, на пример, у немачком Кривичном закону то кривично дело у групи дела која је означена као помагање учиниоцу кривичног дела и прикривање. У истој групи се налази и кривично дело ометања кривичног поступка (чл. 258 КЗ). С друге стране, у аустријском КЗ кривично дело прања новца предвиђено је у групи дела против имовине.⁵²

Објект радње јесте имовина која потиче од вршења кривичног дела. Тај појам треба схватити најшире тако да се под њим подразумевају новац,

46 З. Стојановић, Н. Делић, 173.

47 J. Vogel, „Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften*, n. 2, 1997, 350.

48 З. Стојановић, *Кривично йраво – ойийиу geo*, Београд 2013, 133.

49 J. Vogel (1997), 352–353.

50 Такво гледиште доводи у везу кривично дело прања новца са кривичним делом прикривања, чије се неправо састоји у оснаживању једног противправног имовинског положаја и продубљивању имовинске штете. Види: J. Vogel (1997), 350. Но, такво гледиште важи за она кривична законодавства у којима се прикривање може вршити само у односу на имовину која је прибављена кривичним делима против имовине. Како је код нас усвојен став да то могу бити било која кривична дела, произлази да се не може радити о продубљивању штете (у виду одузимања или оштећења) која је проузрокована на имовинском добру како код кривичног дела прикривања тако и код кривичног дела прања новца.

51 *Ibid*, 351, K. Miebach (Hrsg.), 1340–1341.

52 О имовини као заштитном објекту код кривичног дела прања новца види у: G. Helmers, „Zum Tatbestand der Geldwäsche (261. StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 3, 2009, 525.

покретне и непокретне ствари, имовинска права и слично.⁵³ Може се поставити питање да ли и овде, као у кривичном делу прикривања, у обзир долазе и ствари које су добијене у замену, прерађене или помешане ствари. Док за кривично дело прикривања законодавац изричито предвиђа да објект радње може бити замењена ствар или оно што је добијено продајом ствари, за кривично дело прања новца нема сличне одредбе. Но, ни у другим анализираним кривичним законима не предвиђа се да се под имовином подразумевају замењене или прерађене ствари, али се у пракси и литератури прихвата да је то могуће. Како је у поређењу са ствари имовина генерични појам, чини се да би имало оправдања прихватити такво схватање и када је у питању чл. 231 КЗ.

На основу упоредноправног приказа могуће је уочити да се у свим законодавствима прави разлика између две групе радњи прања новца. На првом месту то су радње преноса или конверзије имовине која потиче од кривичног дела и радње прикривања или лажног приказивања порекла имовине. У Трећој директиви ЕУ наводи се изричито свака од тих радњи прања новца. Немачки законодавац говори о прикривању имовине, али се под том радњом подразумева свака активност којом се отежава проналажење ствари, што укључује и конверзију и пренос. Лажно приказивање порекла предмета немачки законодавац изричито наводи као једну од радњи тог кривичног дела. Сличну формулацију садржи и аустријски КЗ у чл. 165, ст. 1. Друга врста радњи обухвата стицање, коришћење или држање имовине која потиче од кривичног дела. За разлику од прве категорије, овде су у питању неутралне радње супсидијарног карактера које су само повезане са прањем новца.⁵⁴ Законодавство Немачке предвиђа и трећу групу радњи која обухвата активности којима се отежава или угрожава истраживање порекла имовине, њеног проналажења или конфискације.

У чл. 231, ст. 1 Кривичног законика предвиђају се три алтернативне радње. Под конверзијом се подразумева претварање једног правног стања у друго потпуно или делимично, а у контексту тог кривичног дела у обзир би дошла, на пример, замена новца, односно његово претварање из једне валуте у другу или, на пример, конверзија новца у хартије од вредности.⁵⁵ Пренос имовине подразумева својински пренос који може бити остварен на разли-

53 З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2006, 553.

54 К. Ambos, 242. Прва група радњи одговара и криминолошком схватању прања новца. Тако се у енциклопедији о криминалитету белог оковратника наводи следеће: „Прање новца подразумева процес у коме лице прикрива порекло имовине која потиче из криминалних активности. Ради се о конвертовању или преносу средстава добијених вршењем кривичних дела како би могла потом да се користе у различите сврхе.“ D. E. Ross, „Money Laundering“, *White Collar and Corporate Crime* (ed. L. M. Salinger), vol. 1, London 2005, 542.

55 Овде се мисли на конверзију у ужем смислу, која подразумева претварање ништавог посла у други, пуноважан, који је у складу са изјављеном вољом странака. Код конверзије у ужем смислу посао је дефинитивно неважећи (ништав), а намеравана дејства коначно изостају. Изјављене воље (воља) испуњавају услове постојања и пуноважности другог посла, који производи дејства у складу са намером странака, али се та дејства разликују од оних на која се циљало ништавим послом. Наведено према: О. Станковић, *Лексикон грађанског права*, Београд, 1996, 293.

чите начине: продајом, поклоном, цесијом итд. Када је у питању новац, може се радити о готовинском и безготовинском платном промету који се састоји у преносу средстава са једног рачуна на други рачун. Прикривање или лажно приказивање чињеница у вези са имовином која потиче од кривичног дела постоји када се одређене релевантне чињенице не саопштавају надлежним органима или када се те чињенице приказују на начин који не одговара објективном стању ствари.⁵⁶

Друга група радњи обухвата стицање, држање или коришћење имовине која потиче од кривичног дела. Стицање имовине значи успостављање права својине над њом, независно од конкретне форме у којој је то остварено, на пример, поклоном, куповином, разменом. Држање подразумева фактичко поседовање такве имовине без могућности њене употребе и располагања, док коришћење обухвата употребу имовине која потиче од кривичног дела.⁵⁷

У вези са стицањем као једном од радњи прања новца може се поставити питање разграничења са кривичним делом прикривања. Кривично дело прикривања (чл. 221 КЗ) чини лице које ствар за коју зна да је прибављена кривичним делом или оно што је за њу добијено продајом или заменом прикрива, протура, купује, прима у залогу или на други начин прибавља. Осим радње протурања, у осталим ситуацијама постоји сличност са радњом стицања код прања новца. Разлику чини то што се прикривањем прибавља ствар, док се прањем новца стиче имовина, која, осим ствари, обухвата и права. Ствар у кривичном делу прикривања може бити и покретна и непокретна ствар као и новац.⁵⁸ Новац, као и ствари и права прибављени новцем такође се по природи ствари појављују у кривичном делу прања новца.⁵⁹ На основу наведеног може се видети да у пракси разлика између имовине и ствари не би била од великог значаја за разграничење тих кривичних дела.⁶⁰ Ипак, према мишљењима неких аутора, новац као објект радње не треба доводити у везу са кривичним делом прикривања већ са прањем новца.⁶¹ Разлика се не може пронаћи ни у субјективном елементу јер се прикривање врши без одређене намере, а исто важи и за стицање имовине која потиче од кривичног дела.⁶²

56 Цит. према: Н. Делић, „Кривично дело прања новца – међународни оквири и позитивноправна регулатива“, *Примена међународној кривичној йрава од сййране међународних и домаћих судовоа*, Тара 2006, 345–346.

57 *Ibid.*

58 Љ. Лазаревић, 611.

59 Н. Делић, 347.

60 У кривичним законима (Немачка, Аустрија) у којима је прикривање могуће само у односу на ствар прибављену кривичним делом, а не и у односу на замењену или прерађену ствар, јасније се може успоставити разлика у односу на кривично дело прања новца. W. Mitsch, *Strafrecht, Besonderer Teil II, Vermögensdelikte (Kernberich) / Teilband 1*, Berlin 2003, 621; Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, 193. У литератури се наводи да се код прикривања ради о утврђивању идентитета ствари, док је код прања новца у питању утврђивање идентитета вредности. Нав. према: С. Bertel, K. Schwaighofer, 313.

61 W. Mitsch, 615.

62 Супротно је у немачком Кривичном законнику, где се предвиђа (чл. 259) да је за кривично дело прикривања потребно и постојање намере да се оствари противправна имовинска корист.

Но, поједини аутори сматрају да би критеријум требало да буде управо намера да се стицањем прикрије илегално порекло имовине, иако она није изричито законом предвиђена.⁶³ Даље, разлика не постоји ни у погледу кривичних дела чијим је вршењем прибављена ствар – имовина. И код прикривања⁶⁴ и код прања новца у обзир долазе сва кривична дела предвиђена и у основном и у споредном кривичном законодавству. Има мишљења да би радњу стицања требало довести у везу са вршењем конверзије или преноса имовине која потиче од кривичног дела, при чему су у питању, наравно, различити учиниоци. Лице које врши конверзију или пренос то чини са намером да прикрије порекло имовине, а ту имовину стиче друго лице.⁶⁵ На тај начин законодавац омогућава кажњавање како лица које врши конверзију или пренос имовине која потиче од кривичног дела, тако и лица које са знањем о криминалном пореклу имовине предузима радњу стицања, држања или коришћења. Поједини аутори сматрају да радњу стицања треба посматрати у складу са сврхом кривичноправне норме која је предвиђена ради спречавања лица да даље повређује заштитни објект претходног кривичног дела којим је имовина стечена. Предвиђањем прања новца илегално стечену имовину треба оставити ван правног промета, а учиниоце претходних кривичних дела на тај начин изоловати.⁶⁶ У нашем праву разлика се може видети и у групном заштитном објекту јер кривично дело прикривања улази у групу кривичних дела у којима се као групни заштитни објект појављује имовина, а не функционисање привреде. Према неким мишљењима, између прања новца и прикривања не може постојати стицај јер се прање новца појављује као посебан облик прикривања⁶⁷, односно кривично дело прања новца има супсидијарни карактер у односу на прикривање.⁶⁸

Кривично дело прања новца, како је предвиђено у чл. 231 КЗ, довршено је предузимањем неке од наведених радњи, односно представља делатносно кривично дело. У немачком Кривичном закону прави се разлика, као што је већ речено, између три групе радњи прања новца. За разлику од прве две групе, које су делатносна кривична дела, трећа група обухвата радње ометања (последика повреде) и угрожавања истраживања порекла, проналажења, одузимања или службеног обезбеђења имовине, што представља последицу у виду конкретне опасности.⁶⁹

У Кривичном закону РС предвиђено је да имовина која је предмет прања новца мора потицати од кривичног дела. Може се радити о добити

63 Више о томе у: O. Stolpe, *Strategien gegen das Organisierte Verbrechen: Geldwäschekämpfung und Gewinnabschöpfung im Kamp gegen die Mafia, Fallstudie: Italien*, Köln 2004, 176–177.

64 З. Стојановић, Н. Делић, 170.

65 O. Stolpe, 177. Ипак, могуће је замислити и ситуације у којима стицање, држање, коришћење као облик радње прања новца могу постојати без обзира на то што истовремено није учињена конверзија или пренос. То би, на пример, био случај са коришћењем имовине коју је лице сâмо прибавило кривичним делом.

66 A. Schönke, H. Schröder *et al.*, 2040.

67 З. Стојановић (2006), 552.

68 H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, 193.

69 K. Miebach (Hrsg.), 1353.

која је остварена извршењем неког кривичног дела, али и о накнади која је учиниоцу плаћена за извршење кривичног дела. Круг кривичних дела није ограничен, што значи да имовина може потицати од било ког кривичног дела предвиђеног у основном или споредном кривичном законодавству. С друге стране, немачки и аустријски кривични законодавци предвиђају да у обзир долазе тачно одређена кривична дела. Но, како је реч о доста широком кругу кривичних дела, тешко да се може говорити о битној разлици у односу на законодавства која не садрже ограничење.

На субјективном плану захтева се умишљај, а експлицитно се захтева и знање да је имовина криминалног порекла. Што се тиче тренутка у коме знање треба да постоји, у Кривичном законнику изричито се наводи да је код треће алтернативно прописане радње неопходно да је учинилац знао да имовина потиче од кривичног дела у тренутку њеног пријема. Када су у питању прве две радње извршења, могло би се сматрати да ће кривично дело постојати и уколико учинилац прибави имовину не знајући да она потиче од кривичног дела, али за ту околност сазна пре него што предузме радњу конверзије, преноса или прикривања и лажног приказивања порекла имовине. С друге стране, ако би био савестан у тренутку пријема, а сазнао за криминално порекло имовине током њеног коришћења или држања, не би био остварен битан елемент кривичног дела одакле произлази да лице не би било кривично одговорно.⁷⁰

Следеће питање које се може поставити односи се на степен знања који се захтева. Законодавац изричито наводи да у свим радњама извршења мора постојати знање о пореклу имовине, иако је опште правило да знање представља саставни елемент умишљаја.⁷¹

Упоредноправни приказ законских решења показује да се стандарди у погледу овог елемента разликују. У Немачкој се за основни облик захтева постојање умишљаја који мора да обухвати радњу, последицу, објект радње као и знање да објект радње потиче од кривичног дела.⁷² Довољан је у том смислу и евентуални умишљај. У директном умишљају знање је актуелно, док је у евентуалном умишљају оно изражено у виду могућег знања или у држању вероватним да објект радње потиче од кривичног дела. Немачки законодавац предвиђа и нехатни облик прања новца, али као што је већ наведено, у питању је груба непажња (*Leichtfertigkeit*), док се одговорност за нехат (*Fahrlässigkeit*), било свесни било несвесни, не предвиђа. Што се тиче аустријског правног решења, наведено је да се за чл. 165, ст. 1 захтева умишљај, при чему је довољно постојање и евентуалног умишљаја, док је у ст. 2 законодавац изричито навео да се потребно знање о криминалном пореклу имовине. У Трећој директиви

70 Према одредбама КЗ, једино лице које би било у обавези да, пошто сазна да имовина потиче из кривичног дела, пријави да је кривично дело учињено јесте службено или одговорно лице, док то није случај са осталим грађанима (чл. 332 КЗ). Супротно, у италијанском кривичном законодавству предвиђена је инкриминација (чл. 709) која обухвата сва лица која не пријаве да је учињено кривично дело пошто су, након стицања имовине, сазнали за њено криминално порекло.

71 З. Стојановић (2006), 553.

72 К. Miebach (Hrsg.), 1357.

ЕУ предвиђен је само умишљајни облик прања новца уз захтев за постојањем знања да имовина потиче од кривичног дела. Нехатни облик се не предвиђа, што, наравно, не обавезује државе чланице.

У српском Кривичном законуку изричито је наведено да учинилац поступа са знањем да имовина потиче од кривичног дела. Осим тога, за прве две радње потребно је и да се предузимају у одређеној намери, што указује на захтев за постојањем директног умишљаја.⁷³ Било би стога оправдано знање о криминалном пореклу схватити као актуелно, а не потенцијално. Међутим, у радњама стицања, држања и коришћења не мора постојати и намера као субјективни елемент бића, што отвара могућности за другачије интерпретирање елемента знања. У нашој литератури постоји став да знање улази у умишљај и појачава интензитет свести у погледу обележја бића кривичног дела. По правилу ће тада бити реч о директном умишљају, осим када се знање везује само за једну околност кривичног дела, а у односу на последицу постоји свест о могућности њеног наступања. У том случају би постојао евентуални умишљај.⁷⁴ Сходно томе, тај елемент бића би се тумачио као актуелно знање. Но, у том случају поставља се питање да ли би било оправдано да лице које је сматрало да је вероватно да је имовина криминалног порекла не одговара за кривично дело прања новца.

У ст. 5 предвиђен је нехатни облик који постоји уколико је лице било дужно и могло је да зна да новац или имовина представљају приход остварен кривичним делом. Законодавац дакле омогућава, за разлику од решења у већини других држава, кажњавање и у случају да лице није знало за криминално порекло, али је било дужно и могло је да зна, што представља обележје несвесног нехата. Одатле произлази да су услови за кривичну одговорност у српском Кривичном законуку у поређењу са другим анализираним решењима најниже постављени. И нехатни облик прања новца изложен је одређеним критикама. Осим већ поменути неадекватности превазилажења процесних потешкоћа у доказивању знања о криминалном пореклу предвиђањем и нехатног облика, могу се упутити још два приговора. Прво, ако лице поступа са евентуалним умишљајем, оно не може одговорати за основни облик, ако се прихвати да мора постојати актуелно знање и сходно томе директни умишљај. Тиме би се оно неоправдано ставило у знатно повољнији положај од лица које није уопште имало знање о криминалном пореклу, али је имало дужност и могућност да зна за ту околност. Друго, предвиђање нехатног облика знатно проширује криминалну зону, што посебно долази до изражаја у обављању бројних пословних активности које подразумевају свакодневно вршење великог броја трансакција, при чему лица која их обављају немају потребно криминалистичко знање, о чему је већ било речи.

73 У теорији је изражено мишљење да намера указује на постојање директног умишљаја. Види: Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика, Београд 2006, 87; Н. Срзентић (ур.), Коментар Кривичног закона СФРЈ, Београд 1978, 82. О мишљењу да намера појачава вољни елемент код умишљаја види: З. Стојановић (2006), 67.

74 Љ. Лазаревић, 88.

У погледу намере као субјективног елемента, могуће је уочити одређене разлике у поређењу са решењима у другим правним системима. Кривични законик РС захтева постојање тог субјективног елемента у прве две алтернативно прописане радње, у конверзији и преносу као и у лажном приказивању и прикривању чињеница у вези са имовином која је предмет прања новца. У немачком и аустријском кривичном законодавству намера не представља елемент бића кривичног дела. Иако је ситуација слична у готово свим кривичним законима држава чланица ЕУ⁷⁵, решење које предвиђа намеру као субјективни елемент има за последицу сужавање криминалне зоне, а осим тога, може служити као додатни критеријум разграничења у односу на кривична дела чије радње могу бити сличне радњама прања новца.⁷⁶ У Трећој директиви ЕУ предвиђена је намера у истим радњама прања новца као што је то случај у српском кривичном законодавству.

Што се тиче квалификованих облика, у чл. 231, ст. 2 КЗ предвиђена је тежа казна уколико износ новца или имовине из ст. 1 прелази милион и петсто хиљада динара, а у ст. 4 законодавац предвиђа још један тежи облик који ће постојати уколико је кривично дело учињено у групи.

У ст. 3 Кривичног законика РС предвиђено је да ће се казнити и лице које учини прање новца из ст. 1 и 2 у односу на имовину коју је само прибавило извршењем кривичног дела. У том случају законодавац предвиђа исту казну као и у ст. 1, односно у ст. 2. То решење је уведено у наше законодавство изменама и допунама КЗ из 2009. године. Пре тога је био заступљен став да се, иако има криминално-политичких оправдања, не може прихватити да лице одговара за прање новца у случају да је само прибавило имовину извршењем кривичног дела.⁷⁷ Може се поставити питање да ли је оправдано да лице које је извршило претходно кривично дело буде одговорно за неку радњу прања новца која улази у другу категорију (стицање, држање, коришћење). Чини се да би у односу на прве две радње одговор на то питање био негативан. Дакле, самим извршењем претходног кривичног дела учинилац долази у посед одређене имовине и не би било оправдано да се иста радња (стицање) поново кажњава на основу чл. 231. Слично би се могло рећи и за радњу држања, док би у случају коришћења имовине ситуација била другачија (лице, на пример, убира камату на новац стечен кривичним делом). У немачком законодавству захтева се да је учинилац претходног кривичног дела друго лице, односно искључена је могућност да учинилац таквог дела одговара и за прање новца, а исто решење је прихваћено и у аустријском законодавству. Међутим, проблем који се јавља у немачкој судској пракси односи се на случајеве у којима је тешко доказати да је лице учествовало у вршењу претходног кривичног дела, али та могућност није сасвим искључена. У једној одлуци, Врховни савезни суд је заузео становиште да без обзира на то што претходно кривично дело није доказано, лице може

75 Само грчки, шпански, португалски и белгијски законодавац предвиђају тај субјективни елемент у опису кривичног дела прања новца.

76 О проблему разграничења прања новца и пружања помоћи учиниоцу кривичног дела у немачком законодавству већ је било речи.

77 З. Стојановић (2006), 553–554.

одговорати за кривично дело прања новца. Та одлука је наишла на оштре критике у литератури због довођења у питање принципа *in dubio pro reo*.⁷⁸

У ст. 6 КЗ предвиђено је да ће се казном прописаном како за умишљајни тако и за нехатни облик казнити и одговорно лице у правном лицу. Одговорним лицем у правном лицу сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, као лице коме је фактички поверено обављање тих послова.⁷⁹

6. ЗАКЉУЧАК

У раду је извршена упоредноправна анализа елемената кривичног дела прања новца. Поређење је омогућило извођење неколико закључака. Прво, радња кривичног дела прања новца није на исти начин формулисана у свим законодавствима. Може се закључити да је, на пример, у поређењу са немачким, српско кривичноправно решење уже постављено, имајући у виду да немачки КЗ предвиђа да радњу прања новца чини и отежавање или онемогућавање проналажења или истраживања криминалног порекла имовине. Друго, српски КЗ садржи још једно обележје због кога је кривично дело прања новца уже дефинисано у односу на друга анализирана законодавства. У питању је субјективни елемент намере да се предузимањем радње прикрије или лажно прикаже криминално порекло имовине. С друге стране, решење српског КЗ које омогућава кажњавање и за нехатни облик прања новца није заступљено у упоредном законодавству. На тај начин је криминална зона у нашем праву шире постављена, а тај облик кривице није предвиђен ни директивама ЕУ. Такође, српски законодавац предвиђа и посебан облик прања новца који чини лице које је извршило претходно кривично дело којим је прибављена имовина која је предмет прања новца, што није случај са осталим законодавствима чија су решења приказана.

Natalija Lukić

Assistant

University of Belgrade Faculty of Law

MONEY LAUNDERING – COMPARATIVE VIEW

Summary

This paper analyzes the criminal offence of money laundering. First and foremost, the attention is paid to the relevant EU regulations considering their impact on national legislations in Europe. Furthermore, the legal solutions provided by both German and Austrian criminal legislation have been tackled. These two le-

78 J. Vogel (1997), 346.

79 Чл. 112, ст. 5 КЗ.

gal systems, especially the German, have been chosen because of their extremely developed criminal law dogmatics and their influence on the Serbian criminal law. Finally, the legal solutions offered by the Serbian Criminal Code have been analyzed and compared to those mentioned above. The author, in conclusion, says that the national solution concerning the criminal offence of money laundering is, on the one hand, narrowly tailored, thus limiting the criminal zone, while, on the other hand, the negligent form of that crime prescribed by Serbia's Criminal Code is not provided by other legal systems which have been analyzed.

Key words: *Money laundering. – Criminal offence. – Comparative view. – EU. – Germany. – Austria. – Serbia.*

Урош Живковић, LL.M.*

ПИТАЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ И КЛАУЗУЛА
НАЈПОВЛАШЋЕНИЈЕ НАЦИЈЕ У ПРАВУ СТРАНИХ
ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА:
КРИТИКА ЛОГИКЕ СЛУЧАЈА *MAFFEZINI*

*„Ipsa dictante naturali ratione jus est ei,
cui quid promissum est, promissorem cogere ad id,
quod recta interpretatio suggerit.“*

(H. Grotius, *De jure belli ac pacis*)

У овом раду аутор критички анализира широкоприхваћени стандард у тумачењу клаузуле најповлашћеније нације, који се усвојио након одлуке о надлежности у постојећу Мафезини (*Maffezini*), као и могућности да се на основу недовољно јасне клаузуле најповлашћеније нације може проширити надлежности арбитраже односно изменили или упростили постојећи механизам за решавање спора између страног улагача и државе пријемнице улагања. Узимајући у обзир издвојено мишљење проф. Б. Стерн у постојећу *Имперељо* и мишљење неколицине критичара, аутор издваја три кључна разлога збој којих је логика арбитраже који је постојао у случају Мафезини погрешна и сувишна суштини клаузуле најповлашћеније нације у међународном праву страних директних улагања. Тако издвојени разлози треба да послуже као основ за ближе разумевање проблема тумачења клаузуле најповлашћеније нације и стварање

* Аутор је асистент на предметима међународно приватно право и арбитражно право на Правном факултету Универзитета у Београду, uros.zivkovic@ius.bg.ac.rs.

Рад је настао као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду, док је претежни део истраживања спроведен током ауторовог боравка на постдипломским студијама права на Волфсон колеџу Универзитета Кембриџ (*Wolfson College, University of Cambridge*) школске 2014/2015. године, као стипендисте Чивнинг и Кембриџ Траст фондације (*Chevening Scholarship funded by the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom in cooperation with the Cambridge Commonwealth, European & International Trust*).

йоййуније слике о йойенцијалним йоследицама неадекватној йумачења. Аутор се у закључним разматрањима йакође осврће на релевантносй йумачења клаузуле за даљи развој националних сйрајтејја Србије, имајући у виду све већи број инвестиционих сйорова у којима се држава нашла на йуженој сйрани.

Кључне речи: Мафезини (*Maffezini*). – Клаузула најйовлашћеније нације. – БИТ. – Сйрана улајања. – Инвестициона арбијража.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Проблем тумачења клаузуле најповлашћеније нације и проширења надлежности инвестиционе арбитраже теме су којима се научна јавност већ годинама веома исцрпно бави у материји страних директних улагања и решавања инвестиционих спорова.¹ Та питања су нашла посебно место и у све већем броју арбитражних поступака који се воде између страних улагача и држава пријемница улагања, као и у преговорима за закључење нових или ревизију постојећих двостраних уговора о промовисању и подстицању страних директних улагања.² Аутор се приступима у тумачењу и проблемима који настају у пракси већ бавио у досадашњем истраживању, посебно имајући у виду дилеме које могу настати приликом тумачења клаузуле најповлашћеније нације у оквиру БИТ-ова које је закључила Република Србија.³

Један део прелиминарних разматрања предметног рада нужно ће се стога ослањати на приказ и анализу праксе који се већ могу наћи у раније објављеним чланцима. Основна хипотеза предметног рада аутора, међутим, представља кришйку тренда који се може учити у одлукама инвестиционих арбитра-

- 1 Вид., примера ради, G. Schwarzenberger, „The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice“, *British Yearbook of International Law* 22/1945, 98–103 и даље; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), „Most-Favored-Nation Treatment“, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements I*, New York 1999, 12–13; M. F. Houde, F. Pagani, „Most-Favored-Nation Treatment in International Investment Law“, *OECD International Investment Law: A Changing Landscape*, OECD, Paris 2005, 128–129; Y. Banifatemi, „The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration“, *Investment Treaty Law: Current Issues III: Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law* (eds. A. K. Bjorklund, I. A. Laird, S. Ripinsky), British Institute of International and Comparative Law, London 2008, 241–273; M. Kinnear, „A Further Update on Most-Favoured-Nation Treatment: In Search of a Constant Jurisprudence“, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (ed. A. W. Rovine), Martinus Nijhoff, Leiden 2010, 15–82; S. L. Parker, „A BIT at a Time: e Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties“, *Arbitration Brief* 2 1/2012, 30–63.
- 2 У току даљег излагања, како у тексту, тако и у фуснотама, аутор ће двостране споразуме о заштити и подстицању страних директних улагања означити и широкоприхваћеном скраћеницом „БИТ“, имајући у виду прихваћену терминологију у упоредном праву; за преглед праксе након случаја Мафезини и повезаних проблема вид. Z. Douglas, „The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails“, *Journal of International Dispute Settlement* 2.1/2011, 88–93.
- 3 Вид. У. Живковић, „Проблем тумачења клаузуле најповлашћеније нације у праву страних улагања и праву Републике Србије“, *Право и йривреда* 10–12/2013, 43–61.

жа и који је у једном тренутку стекао статус „златног стандарда“ у одлучивању о питању проширивања надлежности уз помоћ клаузуле најповлашћеније нације – пратећи премисе одлуке о надлежности у случају Мафезини. Сходно томе, у централном делу рада аутор ће разматрати проблеме који настају са доследном применом логике случаја Мафезини у тумачењу клаузуле најповлашћеније нације, као и друге приступе у интерпретацији које би требало применити у будућим случајевима у којима се као спорно питање постави утицај предметне клаузуле на надлежност арбитражног трибунала.

Проблем који и данас постоји суштински се огледа у питању: да ли страни улагачи могу користити клаузулу најповлашћеније нације да уклоне одређене процесне кораке и директно покрену арбитражни поступак против државе пријемнице улагања, да искористе нека друга арбитражна правила/арбитражну институцију за вођење поступка која нису доступна у БИТ-у по којем се тражи заштита, прошире надлежност трибунала *ratione materie* или *ratione personae*, а све то имајући у виду да страни улагачи из неких трећих држава имају олакшан/другачији приступ арбитражи према одредбама неког другог, релевантног БИТ-а који је закључила држава пријемница улагања.

Скоро две деценије од доношења одлуке о надлежности арбитраже у случају Мафезини, уз многе арбитражне одлуке институционалних и *ad hoc* арбитража, није пронађен унификован одговор на претходно постављено питање. Штавише, дивергенција која настаје у постојећој пракси јасно показује да је стање ствари поларизовано, са широком сивом зоном између, у којој нијансе могу одвајати страног улагача од могућности да води поступак против државе пријемнице пред арбитражом коју сам изабере. Проф. Пеле (*Pellet*) наводи у свом Лаливе предавању из 2013. године да и поред тога што су одређена питања која се тичу права страних улагања у великој мери решена као неспорна те се јављају као константа у јуриспруденцији међународних трибунала и арбитража, тумачење клаузула најповлашћеније нације спада у круг оних „несрећних“ питања која су још увек у стању несрећеног „јуриспруденционог хаоса“.⁴

Такво стање ствари проблематично је из најмање два разлога. Прво, као што наводи проф. Даглас (*Douglas*), извесност у примени правила поступка има суштинску важност за сигурност међународног правног поретка који уређује материју страних улагања.⁵ То питање је посебно важно за стране улагаче који нису спремни да своја права штите пред националним судовима државе пријемнице улагања већ желе да о њиховим правима одлучује независно арбитражно веће састављено од стручњака у материји страних директних улагања. С друге стране, извесност је неопходна претпоставка преговарања приликом закључења БИТ-а јер државе пријемнице улагања дају сагласност за вођење поступка у пажљиво састављеној одредби о решавању спорова. Дивергентно тумачење клаузула најповлашћеније нације одмаже у процени

4 A. Pellet, „2013 LALIVE Lecture – The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration“, *ICSID Review* Vol. 28 2/2013, 224.

5 Z. Douglas, 98.

сигурности и извесности вођења поступка и улива неповерење у систем решавања спорова, имајући у виду да страни улагач користи механизам на који држава пријемница улагања није дала сагласност. Друго, тренд који се може увидети у пракси арбитражних трибунала у тумачењу клаузуле најповлашћеније нације указује на то да постоји одређена пристрасност према страним улагачима, односно да се поступци воде у светлу у којем се полази од тога да је држава пријемница прекршила своје обавезе по БИТ-у – јер у супротном не би ни било спора.⁶ Када такав тренд пронађе пут да утиче на стандард тумачења одредаба БИТ-а, настаје проблем који је и довео до дивергенције интерпретације клаузула најповлашћеније нације.

Правна несигурност и пристрасно тумачење сасвим извесно представљају проблеме са којима се инвестициона арбитража сусреће данас. Да бисмо боље разумели те проблеме, морамо сагледати већ поменути одлуку о надлежности у случају Мафезини. Следећи одељак се бави управо праксом која се развија од Мафезинија па све до данас и стандардима који су се издвојили као водећи стубови интерпретације тог питања.

2. ЛОГИКА ТРИБУНАЛА У СЛУЧАЈУ МАФЕЗИНИ

Начин на који се приступа клаузули најповлашћеније нације битно одређује стандард тумачења који се користи у пракси. Наиме, нема сумње да се клаузуле најповлашћеније нације традиционално користе како би се материјалноправни третман страних улагања или улагања из једног БИТ-а пренео путем клаузуле на инвеститора из друге земље који тражи заштиту статуса као улагач из најповлашћеније нације. Да ли ће у питању бити инкорпорација супстантивног стандарда правичног и равноправног третмана и пуне заштите и безбедности или забрана експропријације, неће правити разлику на нивоу проблема у тумачењу.⁷ Такође, неспорно је да сваки страни улагач има јасан интерес да за своје улагање оствари што повољнију улагачку климу, те да без обзира на евентуални спор који може настати обезбеди најбољи доступан третман од тренутка од када изврши улагање.

Међутим, проблем настаје онда када се клаузула најповлашћеније нације користи за превазилажење процесног корака који прописује БИТ (којом се суштински мења уговорени механизам за решавање спорова), имајући у виду да други двострани уговори које је закључила земља пријемница улагања дозвољавају страним улагачима приступ арбитражи без претходног вођења

6 Вид. за више детаља о оваквој расправи О. Chung, „The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration“, *Virginia Journal of International Law* 47/2007, 953; слично закључује и I. T. Odumosu, „The Antinomies of the (Continued) Relevance of ICSID to the Third World“, *San Diego International Law Journal* 8/2007, 345.

7 Вид. Одлуку о меритуму Међународног суда правде, 19 мај 1953. године, случај Амбателос (*Ambatielos Case*), <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=81&p1=3&p2=3&case=15&p3=5>, 2. децембар 2015. године; вид. и класично тумачење клаузуле најповлашћеније нације у R. Claude, „La clause de la nation plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice“, *Journal de Droit International* 82 1/1955, 79–85.

поступка пред националним судовима. Емилио Мафезини је тражио управо такав уступак на основу клазуле најповлашћеније нације када је, ослањајући се на клазулу из БИТ-а који је закључила Аргентина са Шпанијом, захтевао да му се омогући директан приступ арбитражи, без обзира на обавезу вођења поступка пред националним судовима у трајању од 18 месеци пре иницирања арбитраже. Арбитражни трибунал је, одлучујући о том захтеву, закључио следеће:

„Уколико уговор који је закључен са трећом страном садржи одредбе о решавању спорова које су повољније од оних садржаних у основном БИТ-у, такве одредбе могу се проширити у својој примени и на корисника клазуле најповлашћеније нације, имајући у виду да је такво тумачење у потпуности у складу са *ejusdem generis* принципом.“⁸

Из цитираног пасуса може се закључити да је арбитражни трибунал јасно навео да страни инвеститор има право да се ослони на клазулу најповлашћеније нације како би искористио механизам за решавање спорова уз коришћење повољнијих услова из другог БИТ-а који је држава пријемница улагања закључила са трећом земљом. Међутим, ни двострани уговор на којем је Мафезини засновао свој захтев ни преговори који су довели до заључења БИТ-а не указују на постојање било чега што би експлицитно дозволило проширење ефекта клазуле најповлашћеније нације или евентуалних граница у тумачењу који се морају имати у виду.⁹ Имајући у виду да сам уговор не даје одговор на то питање, нејасно је где је трибунал пронашао логику за доношење предметне одлуке.

Основ се може потражити у схватању механизма за решавање спорова као интегралне заштите инвеститорских интереса, која самим тим треба да буде најповољнија – уколико је улагачу гарантован третман најповлашћеније нације. Аутор се слаже са чињеницом да заштита права страних улагача путем механизма за решавање спорова заиста представља део суштине двострано обавезујућих уговора о заштити страних улагања. Међутим, то не повлачи

8 Вид. параграф 56 Одлуке трибунала на приговор о ненадлежности арбитраже *ICSID* центра од 25. јануара 2000. године у поступку *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain Case no. ARB/97/7*, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565_En&caseId=C163, 1. децембар 2015.

9 Питање да ли је могуће проширити ефекат клазуле најповлашћеније нације и на одредбе о решавању спорова поставља се у ситуацијама када БИТ не садржи изричиту одредницу у том смислу. Наиме, одређени модел БИТ-а садржи изричиту забрану или дозволу да се ефекат клазуле најповлашћеније нације прошири и на одредбе о решавању спорова – вид. чл. 3. ст. 3 Модел БИТ-а из 2008. године Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске, 2008 Draft Agreement Between The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of [Country] for The Promotion and Protection of Investments, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>, 1. децембар 2015; за ефекат који је супротан вид. чл. 3, ст. 4 нацрта Модел споразума о узајамном подстицању и заштити страних улагања Републике Србије, <http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>, 10. децембар 2015. год., тако и М. Stanivuković, „National Report for Serbia–Annex III“, *International Handbook for Commercial Arbitration* (ed. Jan Paulsson), The Hague 2011.

аутоматски за собом последицу да се клаузула најповлашћеније нације може користити за измену услова уговореног механизма за решавање спорова.

Разлози за такво тумачење нису само историјске природе. Класичан начин интерпретације клаузуле најповлашћеније нације – да је у питању одредба међународног уговора којом се земља пријемница улагања обавезује да страном улагачу призна сва она права, преимућства, повластице или олакшице које је учинила доступним или ће учинити доступним у будућности страним улагачима из неке треће земље¹⁰ – подразумева право страног улагача да може захтевати материјалноправне привилегије које су посебним споразумом гарантоване за инвеститоре који долазе из неке треће државе. Међутим, уколико државе нису прецизирале да ли се клаузула најповлашћеније нације у свом домаћају односи само на материјалноправне или обухвата и процесноправне одредбе БИТ-а, а не постоје посебне индикације у припремним радњама за састављање нацрта уговора (*travaux préparatoires*), трибунал не може претпоставити да је воља уговорних страна била да се БИТ и клаузула тумаче на такав начин.

Међутим, не само да трибунал у случају Мафезини није узео у обзир вољу уговорних страна и покушао да објасни тумачење клаузуле најповлашћеније нације на тај начин, већ је запоставио и разликовање процесних гаранција од материјалноправних у БИТ-у. Управо због тих недостатака логика одлучивања арбитражног трибунала остала је ускраћена за систематичан приступ анализи питања која се као претходна морају решити пре доношења одлуке о томе да ли се страном улагачу у наведним условима уопште може дозволити да покрене поступак супротно одредбама предметног међународног уговора.

Усвајајући (окрњену) логику трибунала који је поступао у случају Мафезини, арбитражни трибунали у другим, каснијим поступцима донели су скоро идентичне одлуке, пратећи (према ауторовом схватању) погрешан тренд у тумачењу клаузуле најповлашћеније нације. Случајеви Сименс (*Siemens Case*)¹¹ и Гас натурал (*Gas Natural Case*)¹² на врло занимљив начин преузимају логику одлуке у случају Мафезини и без улажења у питања системског тумачења двостраног уговора о подстицању и заштити страних директних улагања долазе до истих закључака. Наиме, трибунал у случају Гас натурал подвукао је да се примена клаузуле најповлашћеније нације на питања решавања спорова може посматрати са одређеном дозом сумњичавости и да у другачијим окол-

10 Вид. дефиницију клаузуле најповлашћеније нације коју је предложила Комисија за међународно право Уједињених нација 1978. године – Art. 5 „Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses (ILC Draft)“, *Yearbook of the International Law Commission* Vol. II Part 2, New York 1978, 2; тако и К. Ј. Vandervelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, New York 2010, 349–350.

11 Вид. параграф 79 и даље Одлуке о надлежности од 3. августа 2004. године у случају *Siemens A. G. v. The Argentine Republic Case No. ARB/02/8*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>, 2. децембар 2015.

12 Вид. Одлуку о прелиминарним питањима надлежности арбитражног већа од 17. јуна 2005. године у случају *Gas Natural SDG, S. A. v. The Argentine Republic Case No. ARB/03/10*, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf>, 2. децембар 2015.

ностима неки други трибунал може доћи до закључка који ће бити супротан. Међутим, као основно оправдање за своју одлуку трибунал као суштински елемент заштите страног улагача издваја механизам за решавање спорова, наводећи да, осим уколико није потпуно јасно да су се стране уговорнице другачије споразумеле, клаузула најповлашћеније нације обухвата у свом ефекту и одредбе о решавању спорова у БИТ-у.¹³ Иако на први поглед такво тумачење рефлектује идеје повећане заштите страних улагача и њихових инвестиција у земљи пријемници улагања, линија аргументације је неконзистентна из перспективе правила о тумачењу међународних уговора – имајући у виду правила кодификована Конвенцијом УН о уговорном праву из 1969.¹⁴

Наиме, иако се упрошћавањем и изменом услова за решавање спорова постижу ефекти који одговарају страним улагачима, питање тумачења уговора односи се на тумачење воље земаља које су двострани уговор потписале и ратификовале. Давање сагласности за вођење поступка у оквиру самог БИТ-а и конструкција одредаба о решавању спорова са будућим страним улагачима не потпадају под материјалноправне стандарде заштите у међународним уговорима иако се директно тичу заштите страног улагача и његовог улагачког подухвата. Самим тим, иако на први изглед прогресивно и логично, тумачење клаузуле најповлашћеније нације која прати оквире које је задао трибунал у случају Мафезини није засновано на циљном и системском тумачењу двостраног уговора о заштити и подстицању страних улагања и природе саме клаузуле већ на погрешној логици експанзивне заштите страних улагача.

Сагласност државе да се против ње води спор због повреде неког од третмана страних улагања пред међународном арбитражом условљено је поштовањем механизма који предвиђа двострани уговор о заштити страних улагања. Када би се путем клаузуле најповлашћеније нације мењао механизам тако да страни улагачи могу водити поступак пред било којом арбитражом која је предвиђена неким трећим међународним уговором, давање сагласности за само одређени механизам за решавање спорова не би имало много смисла. Управо је такву критику упутио арбитражни трибунал у случају Плама (*Plama case*)¹⁵, што је представљало први озбиљан помак од слободног приступа тумачењу који је започет са Мафезини трендом. Штавише, трибунал је такође апострофирао да чињеница да двострани уговор не садржи јасну одредницу да ли се клаузула најповлашћеније нације односи и на механизам за решавање спорова не дозвољава аутоматску претпоставку да је одговор на то питање увек потврдан. Фокус анализе трибунала у случају Плама, међутим, није био на *природи* клаузуле најповлашћеније нације и системском тумачењу међународног уговора већ на специфичности одредбе о решавању спорова у БИТ-у,

13 *Ibid.*, пара. 49

14 Вид. чл. 1, 31–33. Бечке конвенције о уговорном праву – Уредба о ратификацији Бечке конвенције о уговорном праву, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и споразуми*, бр. 30/72.

15 Вид. параграф 207 Одлуке о надлежности у случају *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria Case no. ARB/03/24*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>, 13. децембар 2015.

као и сагласности државе за вођење поступка. На исти начин, мада са радикалније постављеним ставом, поступили су и арбитри у случају Винтершел (*Wintershell case*) закључивши да се сагласност државе односи на сваки поједи-ни корак у поступку за решавање спорова и за сваку препреку која може бити постављена страном улагачу у том смислу.¹⁶ Уколико би се клаузулом најповлашћеније нације избегао неки од корака који су предвиђени одредбом о решавању спорова, сагласност државе била би нулификована – а сагласност за вођење поступка представља незаобилазан основ арбитражног одлучивања.¹⁷

Чињеница је да су трибунали након случаја Мафезини заузимали ставове који су били оријентисани не према самој формулацији клаузуле најповлашћеније нације већ према ефекту који арбитража жели да постигне. Недоследност у језичком тумачењу на коју указују аутори¹⁸ сасвим сигурно је била условљена и чињеницом да се већина трибунала није истовремено позабавила и системским тумачењем двостраног уговора у којем је клаузула најповлашћеније нације била садржана. Управо због тога аутор сматра да је неопходно погледати цело питање у једном новом светлу, са другачијим полазним приступом у тумачењу, што и представља предмет наредног одељка овог рада.

3. „ПРАВИЛНА“ УПОТРЕБА КЛАУЗУЛЕ НАЈПОВЛАШЋЕНИЈЕ НАЦИЈЕ

Пратећи логику одлуке донете у случају Мафезини, већинска одлука донета у случају Импрељо (*Impreglio case*)¹⁹ применила је клаузулу најповлашћеније нације на механизам за решавање спорова. Италијанска компанија Импрељо успешно је аргументовала свој став да препрека и предуслов подношења случаја на разматрање пред судовима Аргентине не треба да буде брана за арбитражно одлучивање имајући у виду да клаузула најповлашћеније нације дозвољава коришћење повољнијег механизма из споразума који је Аргентина закључила са САД-ом. Већински став арбитра у трибуналу довео је до одлуке која у потпуности прати стандард који је у тумачењу коришћен у случају Мафезини. У свом издвојеном мишљењу, један од арбитра у поступку – проф. Брижит Стерн (*Brigitte Stern*), на веома дидактичан начин указује на грешке у тумачењу које са након случаја Мафезини јављају као константа и закључује следеће:

„Постоје права и постоје основни услови за остваривање тих права. Другим речима, постоје правила која преносе материјалноправна

16 Вид. параграф 160 Одлуке од 8. децембра 2008. године у случају *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic ICSID Case No. ARB/04/14*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0907.pdf>, 11. децембар 2015.

17 *Ibid.*

18 Вид. J. A. Maupin, „MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There any Hope for a Consistent Approach?“, *Journal of International Economic Law* 14 1/2011, 168.

19 Вид. Одлуку од 21. јуна 2011. године у случају *Impreglio S. p. A. v. The Argentine Republic, Case no. ARB/07/17*, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf>, 15. децембар 2015.

и процесна права страним инвеститорима ради заштите њихових улагачих подухвата, и постоје правила која се тичу приступа тим правима од стране инвеститора која међународни уговор гарантује. Сматрам да се клаузула најповлашћеније нације може односити искључиво на права која страни инвеститор може уживати, али да не може изменити основне услове за остваривање тих права, другим речима, непремостиве услове приступа правима која су гарантована двостраним уговором.²⁰

Фокусирајући се на суштину саме клаузуле најповлашћеније нације у светлу системског тумачења двостраног уговора који ту клаузулу садржи, питање решавања спорова заправо не улази у круг права која се инвеститору могу проширити, изменити или допунити уколико неки други БИТ садржи повољније услове за стране улагаче из неке треће земље. Права и стандарди заштите који су инвеститору гарантовани у БИТ-у представљају савршен пример права на која улагач може да се ослони и која може да подведе под дејство клаузуле најповлашћеније нације. С друге стране, услови који дефинишу примену двостраног уговора *ratione personae*, *ratione materiae* и *ratione temporis* морају бити испуњени како би се страном улагачу омогућила заштита права по БИТ-у.

То су границе које обликују БИТ и које представљају услове за примену одредаба самог уговора – па самим тим и клаузуле најповлашћеније нације у том смислу. Аутор због тога сматра да се клаузула најповлашћеније нације стога може посматрати као својеврстан прозор у БИТ-у којим се стандарди заштите шире, али архитектуру прозора, његову величину и оквир предвиђа и ограничава сам двострани уговор. Такође, аутор истиче да стандард најповлашћеније нације, иако општеприхваћен, није стекао статус обичајног правила²¹ – што додатно указује на то да уколико саме државе потписнице двостраног споразума не предвиде клаузулу најповлашћеније нације, такав третман страним улагачима којима се пружа заштита по БИТ-у неће ни бити гарантован. Самим тим, разумевање клаузуле најповлашћеније нације као механизма којим се мењају услови приступа правима превазилази природу саме одредбе и супротно је вољи уговорних страна које такав третман гарантују страним улагачима. Управо се у томе огледа недоследност логике трибунала у случају Мафезини, која је – без улажења у суштину третмана најповлашћеније нације – претпоставила да се страним улагачима гарантује и право на решавање спорова које сасвим извесно улази у круг основних права која БИТ гарантује.

Иако се у праву страних улагања издвојена мишљења ретко кад узимају за водећи стандард у решавању спорних питања, аутор сматра да полазно тумачење које у неколико прецизних реченица проф. Стерн изводи у свом мишљењу неопходно имати у виду када се у поступку између страног улагача и државе пријемнице улагања та дилема појави.

20 Вид. параграф 47 Издвојеног мишљења проф. Стерн од 21. јуна 2011. године у случају Импрељо, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0420.pdf>, 14. децембар 2015.

21 Вид. R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2012², 206.

Проблем са Мафезини логиком, на самом крају, није толико сам процес аргументовања колико чињеница да већина трибунала која је на то питање давала одговор врло лакомислено пратила логику случаја који је – изгледа у једној мери и случајно – постао стандард за одлучивање. Стварање позамашне праксе која на исти начин гледа на ствари представља оптерећење за арбитраже који одлучују у новим случајевима јер се трендови проинвеститорски оријентисане струје не гасе нити довољно критикују. То даље утиче на одлучивање од случаја до случаја јер арбитражи често запоставе специфичности поступка у којем одлучују зарад употребе стандарда који се широко употребљава. Аутор стога сматра да се тумачењу клаузуле најповлашћеније нације мора приступати врло пажљиво, системски и са јасно постављеним циљевима тумачења – сврха тумачења није да се постигне одлука коју је трибунал предвидео већ да се утврди истинска садржина норме која је предмет тумачења па да се тек онда донесе одлука о томе да ли се страном улагачу може или не може дозволити да уз помоћ клаузуле најповлашћеније нације модификује механизма за решавање спорова из БИТ-а.

4. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Државе и страни улагачи улазе у многе односе од којих највећи број заврши као успешан улагачки подухват. У одређеном броју подухвата, међутим, страни улагач заштиту својих права тражи пред инвестиционом арбитражом. Управо ће се у тим ситуацијама многа питања у вези са тумачењем одредаба двостраног уговора о заштити и подстицању страних улагања показати као спорна и трибунал који одлучује биће суочен са изазовом да на одређена од тих питања донесе одлуку која ће имати далекосежне последице и за државу пријемницу улагања и за страног улагача. Имајући у виду да је вредност инвестиционих спорова у порасту²², разумевање питања проширења надлежности трибунала или измене механизма за решавање спорова уз помоћ клаузуле најповлашћеније нације има кључну важност за државе за које постоји ризик да ће постати тужена страна у инвестиционом спору.

Из тих разлога, а посебно у случају Републике Србије, која је према ауторовим сазнањима тужена страна у бар три засебна инвестициона спора која су у току, те да се услед проблема који су настајали са приватизацијама у претходном периоду може очекивати још покушаја незадовољних инвеститора да своја права остваре у арбитражном поступку, питање тумачења клаузуле најповлашћеније нације лако се може јавити као спорно. Као додатна аргументација на коју се државе пријемнице улагања ретко фокусирају управо и лежи у разликовању природе саме клаузуле најповлашћеније нације и неосноване тежње страних улагача да воде поступак по механизму са којим се држава суштински није сагласила. Због тога што се такви аргументи ретко представљају у арбитражним поступцима, трибунали без већих проблема прелазе

22 J. B. Simmons, „Valuation In Investor-State Arbitration: Toward A More Exact Science“, *Berkeley Journal of International Law* 1/2012, 196.

преко те суштинске разлике па самим тим тренд погрешне логице примењене у случају Мафезини лакше опстаје.

Додатно, у изради националног плана који ће се стратешки бавити тим питањима такође се мора размотрити и тај проблем – иако је добар помак већ направљен објављивањем Модела БИТ-а, који експлицитно искључује примену клаузуле најповлашћеније нације на механизам за решавање спорова²³ – јер последице неблаговременог третирања таквог проблема могу бити веома негативне за привредни развој земље. Штавише, како питања процедуре и решавања спора по својој природи не спадају у домен ефекта клаузуле најповлашћеније нације, треба имати у виду да већ више од 15 година трибунали запостављају ту разлику те да се иста судбина може лако поновити у неком од наредних поступака у којима ће се Република Србија јавити као тужена страна.

На крају, чињеница је и да због потребе да се што више страних улагача привуче нашем тржишту, уступци које је држава правила у прошлости указују на недовољно познавање далекосежности ефеката које формулисање одредаба двостраног уговора о заштити и подстицању страних улагања има за правни, политички и економски оквир једне земље која постаје пријемница страног капитала – када се преузете обавезе прелако схвате, долази тренутак када ризик покретања поступка у којем ће се утврђивати одговорност несразмерно расте, а потенцијална штета превазилази објективне могућности једног државног буџета.

Uroš Živković, LL.M. (Cantab)
Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

ISSUES OF JURISDICTION AND MFN CLAUSES IN THE LAW OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT: CRITIQUE OF THE INTERPRETATIVE LOGIC OF THE *MAFFEZINI* CASE

Summary

The author challenges the widely accepted standard of interpretation of the most favoured nation clause that came into life after the infamous decision on jurisdiction in the *Maffezini* case. The paper levels criticism on the stance that unclear MFN clauses should be utilized to expand or improve the existing mechanisms for dispute resolution in a bilateral investment treaty, which essentially impedes upon the consent of the host state that agreed to a particular mechanism in the BIT. The author places special emphasis on the dissenting opinion of Prof. Brigitte Stern in the widely quoted decision of the arbitral tribunal in the *Impreglio* case and the

23 Вид. фн. 9.

interpretative stance utilized to discern and argue why MFN clauses are not fit to alter the dispute resolution mechanisms embedded in the treaty. These arguments should be used in the future to more closely examine the dilemma at hand and shed additional light as to how some future tribunals may approach this issue and depart from the „erroneous“ Maffezini standard. In its concluding remarks, the author also underlines the importance of this issue for further development of the national investment strategies of the Republic of Serbia having in mind in particular the growing number of investment arbitrations in which Serbia acts as the Respondent and the fact that this issue may arise as a disputable one in the near future.

Key words: *Maffezini*. – *Most-favoured-nation clause*. – *BIT*. – *Foreign direct investments*. – *Investment arbitration*.

ИСПРАВКЕ

У Зборнику који је издат прошле године „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ – Прилози пројекту 2014“ поткрале су се извесне грешке, које овом приликом исправљамо.

Рад аутора Александра Гајића под називом „О фрагментацији међународног права и пролиферацији међународних судова и трибунала“ није објављен иако је благовремено достављен и добио је позитивну рецензију, па га објављујемо сада.

Имена преводаца радова страних аутора нису наведена.

Рад Ирмгард Грис под називом „Како судије мисле: судско расуђивање у предметима вануговорне одговорности из упоредноправне перспективе“ превела је Јадранка Мешић.

Преводац је наставник енглеског језика правне струке на Правном факултету Универзитета у Београду, *adrijana@ius.bg.ac.rs*

Рецензент превода је проф. др Јасминка Хасанбеговић.

Рад Штефана Кирстеа под називом „Темељ људских права“ превела је Данка Стојаковић.

Преводац је наставник немачког језика правне струке на Правном факултету Универзитета у Београду, *danka@ius.bg.ac.rs*

Рецензент превода је проф. др Миодраг Јовановић.

Рад Адама Д. Мура и Кенета Е. Химе „Интелектуална својина“ превела је Силвана Поповић.

Преводац је наставник енглеског језика правне струке на Правном факултету Универзитета у Београду, *sylvana@beotel.net*

Рецензент превода је проф. др Горан Дајовић.

Извињавамо се аутору, преводиоцима, рецензентима превода и читаоцима.

ПРИРЕЂИВАЧИ
проф. др Радмила Васић
проф. др Ивана Крстић

Др Александар В. Гајић*

О ФРАГМЕНТАЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И ПРОЛИФЕРАЦИЈИ МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА

Фрагментација међународног права и пролиферација међународних судова и трибунала сјадају у групу кључних тема савременог међународног права. Основне претпоставке од којих аутор полази у размишљању о теми су да је формирање неког правног режима или оснивање суда или трибунала увек одлука политичке природе и да је савремени међународноправни систем одраз природе савремених међународних односа.

Тезу о јединству фрагментисаног међународног права аутор размишља, између осталог, кроз призму поделе међународног права на опште и партикуларно, природу изв. самосталних (self-contained) правних режима и развоја међународноправне професије.

Имајући у виду природу међународног права и међународних односа, аутор износи основне ризике пролиферације међународних судова и трибунала, и посебно критички анализира тезу о потреби и могућности успостављања хијерархијског уређења међународних судских институција. Давање једном судском ауторитету централне улоге у решавању могућих сукоба јурисдикција и главне улоге у утврђивању основних правила међународног права имало би тенденцијал да се у рукама једне судске институције концентрише велика количина политичке моћи, што није у складу са природом међународних односа и међународног права. Један од основних проблема савременог међународног правосуђа аутор види у чињеници да различити судови и трибунали имају мандат да примењују право које није довољно развијено и ради вршења њихових судских функција понекад је нужно да закораче у стварање права. Посебно, аутор критички анализира идеју о централној улози Међународног суда правде у контексту фрагментације међународног права и пролиферације међународних судова и трибунала.

Савремено међународно правосуђе је (или треба да буде) засновано на начелима узајамног поштовања и специјализације различитих судова и три-

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, gajic@ius.bg.ac.rs.

бунала који не моју деловајти у „клиничкој изолацији“. У том контексту, аутор посебно наглашава становиште Међународног суда правде у предметима *Daillo и Bosnia*, који би могли имати позитиван утицај на даљи развој међународног правосуђа.

На крају, аутор износи неколико најомена о природи права Европске уније у контексту фрагментације међународног права и кријички анализира позицију Суда правде ЕУ која се тиче његове искључиве надлежности у тумачењу и примени права ЕУ.

Кључне речи: *Фрагментација међународног права. – Пролиферација међународних судова и трибунала. – Јединство међународног права. – Међународни суд правде. – Суд правде Европске уније. – Искључива надлежност.*

1. УВОДНА НАПОМЕНА

Фрагментација међународног права и њено институционално наличје пролиферација међународних судова и трибунала¹ већ две деценије представљају водеће теме академске дебате. Након окончања хладног рата, у „доба глобализације“², међународни правни поредак је постао изразито фрагментиран³, што је навео немали број аутора изражавајући забринутост за очување јединства међународног права.⁴

Изнета је читава лепеза становишта о тим феноменима. Примера ради, извесни аутори сматрају да је „сувише правила и сувише режима, а мало нормативног и институционалног лепка који би цео систем држао заједно“ и да то може да има за последицу да „јединство међународног права, без реформе, буде угрожено а да цео систем полако западне у хаос“.⁵ Друга таква или слична становишта сматрају претераним, указујући да се ниједан од посебних режима не примењује нити се може посматрати у „клиничком вакууму“. Трећи, опет, указују на то да је у ери глобализације фрагментација међународног права нужна, исто као и њено институционално наличје – пролиферација међународних судова и трибунала. Креатори међународних правних

1 Под пролиферацијом међународних судова и трибунала подразумева се пораст броја судова и трибунала, а често и квазисудских тела која могу да доносе обавезујуће одлуке. Пројекат међународних судова и трибунала идентификовао је око 125 институција (судова, трибунала, уговорних тела итд.) које могу доносити правно обавезујуће одлуке. Andreas Fischer-Lescano, Gentherr Teubner, „Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law“, *Michigan Journal of International Law*, 25/2004, 111.

2 Вид. Pierre-Marie Dupuy, „A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the „Fragmentation“ of International Law“, *European Journal of Legal Studies*, 1/2007, 2. (<http://www.ejls.eu/1/4UK.pdf>).

3 Вид., на пример: Obiora Okafor, „Viewing International Legal Fragmentation from a Third World Plane: A TWAİL Perspective“, *Fragmentation, Diversification and Expansion of International Law, Proceedings of the 34th Annual Conference of the Canadian Council of International Law*, Ottawa, October 26–28, 2005, 115 фн. 1.

4 Вид. Mario Prost, *The Concept of Unity in Public International Law*, Hart Monographs in Transnational and International Law, Hart Publishing, Oxford 2012, 3.

5 *Ibid.*, 3.

режима (првенствено државе и организациони ентитети основани од држава), односно главни актери правностварајућег процеса, нису испољиле сличне бојазни нити довеле у питање „јединство међународног права“.

У расправама о фрагментацији међународног права и пролиферацији међународних судова и трибунала мало пажње се поклања чињеници да је формирање неког правног режима међународног права, као и оснивање међународног суда или трибунала, увек одлука политичке природе.⁶ Како истиче Алот (Allot):

„као правници знамо да је суштинска садржина права продукт ванправних или метаправних снага у друштву, продукт укупног друштвеног процеса... Оно што називамо политиком је интермедијални систем између свакодневних друштвених активности и правностварајућег процеса.“⁷

Да су основни субјекти међународног права сматрали да ради очувања јединства међународног права треба, или је могуће, установити један хијерархијски устројен међународни правосудни систем, или успоставити формалне везе између различитих судова и трибунала, они би то и учинили. Савремени међународноправни систем одраз је природе савремених међународних односа и створен је делатношћу основних субјеката међународног правног поретка, који „са пуним правом, инсистирају на усклађивању својих важних интереса“.⁸

2. О ЈЕДИНСТВУ „ФРАГМЕНТИСАНОГ“ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

М. Рисман (Michael Reisman) у расправи о демократизацији правностварајућег процеса и диверзификацији његове примене указао је на то да би:

„[п]рофесионални задаци међународних правника били једноставнији да је систем стварања права унитаран или, барем, организова-

6 Вид. David Caron, „Framing Political Theory of International Courts and Tribunals: Reflections at Centennial“, *American Society for International Law Proceedings 2006*, 2006, 55.

7 Phillip Allot, „Five Steps to a New World Order“, *Valparaiso University Law Review*, 24/2007, 103–104. Тој тези можемо замерити пренаглашавање „економских активности“, будући да се економски чиниоци балансирају са политичким интересима који су често, али не и увек, мотивисани економским моментима или се чак формулишу насупрот економској користи.

8 Да државе нису имале намеру да буду обавезане одређеним процедурама, оне су могле једноставно да дозволе водећим стручњацима да формулишу савршен и елегантан систем решавања спорова [...]. Али због тога што све државе преговарају ради израде конвенције коју ће моћи да ратификују, оне инсистирају, са пуним правом, на усклађивању својих важних интереса“ (Bernard Oxman, „The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea“, *European Journal of International Law*, 7/1996, 367).

Начела и правила међународног права настају у правностварајућем процесу у коме кључну реч немају „савршени теоријски модели“, већ основни субјекти тог процеса – државе и организације које су државе основале.

„Правила и институције међународног права су такође и традиција и политички пројекат.“ Martti Koskeniemi, *The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?*, Chorley Lecture 2006, London School of Economics, 1.

нији. Али правностварајући процес служи потребама заједнице чији је део, а не потребама или жељама њених фактотума. Заједница о којој је реч – светска заједница – тако је изразито диверзификована у идентификацијама, вредносним захтевима и у оним концептима прошлости и будућности који су у суштини, тако географски разуђени и налазе се на тако различитим нивоима развоја, да чак и назвати је заједницом често је чин вере (*act of faith*). Ипак, зато што је доста од те заједнице интегрисано у научно засновану и технолошку цивилизацију привржену рапидним и немилосрдним изазовима, потреба за стварањем права је енормна. Вероватно ниједан правностварајући процес не може обухватити овај систем, усагласити различитости и често супротстављене захтеве многих њених учесника или задовољити њихове потребе.⁹

У савременој децентрализованом међународној заједници фрагментација међународног права представља неминовност.¹⁰ Како истиче Шоу (Shaw):

„право рефлектује услове и културне традиције друштва унутар ког делује. Заједница развија извесне специфичне вредности – друштвене, економске и политичке – и ово оставља свој траг на правни оквир живота у том окружењу. Слично, међународно право је продукт свог окружења. Оно се развило у складу са преовлађујућим значењима међународних односа и како би опстало мора бити у хармонији са реалношћу свога доба.“¹¹

Друштвени, економски, политички и други чиниоци у савременој међународној заједници такви су да се тежње ка настанку једног униформног и релативно свеобухватног међународног права граниче са утопијом.¹² Питања у вези са фрагментацијом међународног права треба разматрати у контексту поделе међународног права на опште (које важи за све државе) и партикуларно (које важи у одређеном кругу субјеката међународног права или унутар једног субјекта међународног права, на пример међународне организације). Нарушавање јединства међународног права настанком нових правних режима, од којих многи теже да имају аутономан статус и квалификују се као *self-contained* правни режими, јесте теза која се примарно гради на формалном

9 W. Michael Reisman, „The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application“, *Developments of International Law in Treaty Making* (eds. Rüdiger Wolfrum, Volker Röben), Springer, Berlin-Heidelberg-New York 2005, 29.

10 „Фрагментација је дескриптивни појам који се најбоље може разумети као артифакт постојеће децентрализоване структуре стварања међународног права– децентрализоване природе глобалне владе...“ Joel P. Trachtman, *Fragmentation and Coherence in International Law*, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1908862>, 2.

11 Malcom Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, New York 2008, 43

12 Фрагментација није страна унутрашњим правним порецима. Примера ради, у различитим територијално-политичким јединицама једне државе (федералним јединицама, аутономним областима, организацијама локалне самоуправе итд.) на различите начине се може регулисати мноштво правних области, без угрожавања јединства правног поретка.

схватању јединства међународног права као скупа правила која су једнако примењива на целокупну међународну заједницу. Међутим, такав приступ је погрешан, будући да јединство међународног права не подразумева униформност, која на савременом степену развоја међународне заједнице није могућа (због различитих политичких, економских и социјалних чинилаца у различитим подручјима наше планете), а највероватније није ни пожељна. Јединство међународног права у својој суштини подразумева такав правни систем у коме се субјектима не намећу контрадикторне обавезе. Другим речима, јединство међународног права је очувано уколико су различити партикуларни правни режими компатибилни. Евентуални сукоби између појединих норми општег и партикуларног међународног права, као и између партикуларних правних режима, па и појединих области међународног права, могу се решавати правилима о сукобу норми у међународном праву¹³, од којих многа имају природу општих правних начела признатих од просвећених народа, као што су *lex superior derogat legi inferiori*, *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori* итд.¹⁴

Ниједан од партикуларних правних режима савременог међународног права (па ни оних који се квалификују као *self-contained*) не излаже се критици да је у супротности са општим међународним правом. Самостални правни режими потпуно одвојени (изоловани) од међународног права једноставно не постоје.¹⁵ Како је истакао Б. Сима (Bruno Simma):

„Чини ми се да су многе забринутости које се тичу фрагментације међународног права пренаглашене. Ниједан „посебан режим“ никада није био замишљен тако да буде независан од општег права. И никакав мастер план *divide et impera* не лежи иза таквог развоја. Уместо да се дефинише као ‘опасност’ од фрагментације, овај феномен би требало да буде оцењен на много позитивнији начин: повећао се значај међународног права; оно регулише све више и више области које су раније биле препуштене искључиво спољној политици или унутра-

-
- 13 Karin Oellers-Frahm, „Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflictiong Jurisdiction – Problems and Possible Solutions“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 5/2001, 72. William Jenks је упозорио „да конфликт легислативних уговора... мора бити прихваћен као извесност и непобитна последица развоја међународног права“ и да стога треба изградити систем правила којима се отклања нормативни сукоб у међународном праву. (William Jenks, „Conflict of Law-Making Treaties“, *British Yearbook of International Law*, 1951, 405. Ово је често навођена референца у студијама о фрагментацији међународног права. Вид. Bruno Simma, Dirk Pulkowski, „Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law“, *The European Journal of International Law*, 17/2006, 486.)
- 14 Вид: *Fragmentation of International Law: Difficulties arising From the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi*, International Law Commission, 58th session 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006, A/CN.4/L.682, 13 April 2006. (Коскениеми)
- 15 Tulio Treves, „Fagmentation of International Law: The Judicial Perspective“, *Agenda International*, no. 27, 2009, 220; Коскениеми, пара. 172, 192, 193; Gaetano Arangio-Ruiz, „Fourth Report on State Responsibility“, *Yearbook of International Law Commission*, 1992, II, part 1, para. 112, 124.

шњој надлежности, као што су заштита појединца, заштита животне средине или међународна трговина.“^{16, 17}

Како је истакао проф. Т. Броуд (Т. Broude), „фрагментација у међународном праву је сада правило а не изузетак“.¹⁸ Maz-Luk (N. Matz-Luck), разматрајући структурална питања фрагментације међународног права, указује на то да је:

„јасно (је) да су конзервативци (они који теже очувању неког имагинарног, униформног општег међународног права) изгубили. Они стварно немају никакве шансе. Чињенице су се промениле, нови правни режими су били потребни како би се решили нови проблеми. У децентрализованом систему какво је међународно право, фрагментација и њено институционално наличје ‘пролиферација’ били су (и јесу) неизбежни.“¹⁹

Међутим, називати заговорнике тезе о униформном међународном праву „конзервативцима“ представља, у најмању руку, погрешну квалификацију. Фрагментација међународног права није *novum*. Она је верни пратилац историје међународног права од његовог настанка до данас.²⁰ Оно што јесте ново, посебно након „окончања“ хладног рата, јесте глобализација која се очитује, између осталог, у интензификацији међународних односа.²¹

Уколико поставимо питање да ли је међународно право икад било тако униформно да се фрагментација или формирање засебних правних режима међународног права може схватити као девијација од претходно постојећег међународног права, неминовно следи негативан одговор. Међународно пра-

-
- 16 Bruno Simma, „Universality of International Law From the Perspective of a Practitioner“, *European Journal of International Law*, 20/2009, 289.
- 17 „Државе су овлашћене да успоставе самосталне (*self-contained*) режиме који имају приоритет над општим правилима... Једина ограничења овог овлашћења је да се примењују као *lex specialis*. Ово значи, између осталог, да државе не могу, чак и између себе, да предвиде правне последице повреде њихових међусобних обавеза које би овластиле акте који су противни перемпторним нормама општег међународног права.“ *Draft Articles on State Responsibility*, Commentary on Article 55, para. 2 (Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), 357.) Вид. и Коскениеми, пара. 152.
- 18 Tomer Broude, „Keep Calm and Carry On: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law“, *International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law*, May 3013, 2.
- 19 Nele Matz-Luck, „Structural Questions of Fragmentation“, *ASILS Proceedings 2011*, 124. Међутим, са аутором се не можемо сложити у томе да никада није постојао кохерентан сет „основе међународног права“ који је, у једном дефинисаном временском тренутку, једноставно почео да се специјализује или фрагментира. Вид., на пример, В. Simma, D. Pulkowski, 483–529.
- 20 У контексту расправе о фрагментацији међународног права извесни аутори говоре о томе да се „историја понавља“. Вид. Mario Prost, *The Concept of Unity in Public International Law*, Hart Publishing, Oxford 2013.
- 21 Вид. М. Oliver, „Globalisation or Fragmentation of International Law: Challenges for Harmonisation“, *De Jure*, 41/ 2008, 437–442; Ulrich Sieber, „Legal Order in a Global World – The Development of a Fragmented System of National, International, and Private Norms“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 14/2010, 1–49.

во је и настало као партикуларно право које су створиле европске државе, које је опет обиловало партикуларизмима.^{22,23}

Опште међународно право²⁴ не спречава формирање засебних правних режима у областима које су њиме регулисане на нивоу општих начела или су ван његовог домашаја.²⁵ Многе области међународног права које су до пре неколико деценија биле резервисане за домен унутрашње надлежности држава данас су део међународног права, било општег или партикуларног, као што су инвестиционо право, право заштите животне средине итд.

Међународно јавно право је правни систем који се, као и сваки други правни систем, састоји од хијерархијски уређеног скупа начела и правила и који, по логици ствари, почива на постулату о свом нормативном јединству²⁶. Бројни партикуларизми у међународном праву (ма како се квалификују са

-
- 22 Чак су и поједини мултилатерални уговори стварали посебне (партикуларне и аутономне) правне режиме. Примера ради, Версајским мировним уговором предвиђен је посебан правни режим за Килски канал који се знатно разликовао од правног режима других пловних путева. Стални суд међународне правде закључио је да су „одредбе које се односе на Килски канал у Версајском уговору, стога, самосталне (*self-contained*); уколико би оне требало да буду допуњене или тумачене уз помоћ оних које се односе на унутрашње пловидбене путеве Немачке у претходном Одељку дела 12, оне би изгубиле свој *'raison d'être'*. Идеју која лежи у основи не треба тражити у аналогiji са оним (другим) одредбама већ пре у аргументу *a contrario*, методу аргументирања који их искључује“ (S. S. Wimbledon, P.C.I.J., Series A. No. 1, 40. За квалификацију тог режима вид. Simma, 491–492.)
- 23 Као један од многих примера настанка партикуларних правних режима можемо навести развој људских права. Упоредо са настојањем да се израде универзални међународни уговори којима би била регулисана материја људских права под окриљем УН (што је резултирало усвајањем Међународног пакта о грађанским и политичким правима и Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима 1966), настали су европски и интерамерички системи заштите људских права, дакле партикуларни системи заштите људских права заснованих на Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода која је усвојена 1950. (ступила на снагу 1953), и Америчкој конвенцији о људским правима која је усвојена 1969. године (ступила на снагу 1978).
- 24 Правно-политичка начела која чине основу општег међународног права, а која једновремено представљају когентне норме међународног права, изражена су, између осталог, у начелима Повеље УН и Декларацији начела међународног права о пријатељским односима и сарадњи између држава у складу са Повељом УН (1970). Међутим, корпус правила општег међународног права знатно је шири од онога што је садржано у та два документа и обухвата многа обичајна правна правила и начела и општа правна начела призната од просвећених народа која се темеље на самој идеји права и правде.
- 25 Примера ради, Повеља о економским правима и дужностима држава (Резолуција Генералне скупштине УН од 12. децембра 1974) може се тумачити тако да представља „*opinio iuris communis* огромне већине чланица међународне заједнице“ (С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, Савремена администрација, Београд 2001, 245), и она отвара широк простор за различито регулисање међународних економских односа, предвиђајући, између осталог, као основна начела на којима се заснива међународни економски поредак права држава да регулишу и контролишу стране инвестиције, као и да свака држава може да бира форме организације својих спољнотрговинских односа.
- 26 Прост (M. Prost, 130) користи термин „претпоставка нормативног јединства међународног права“. За унеколико другачије становиште вид. Ralf Michaels, Joost Pauwelyn, „Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law“, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 22/2012, 349–376.

ванправне тачке гледишта) нису такве природе да *per se* нарушавају јединство међународног права. Узето у својој целини, међународно јавно право је систем правних правила, једна логичка и рационална целина у којој „свако правило има утврђено место и однос са другим правилима узетим појединачно или обједињени у шире правне форме“.²⁷

Квантитативно посматрано, највећи део међународног права чине норме партикуларног међународног права, које се темеље превасходно на међународним уговорима (који су по дефиницији извори партикуларног међународног права будући да везују само стране уговорнице), али и на другим изворима међународног права, партикуларном обичајном правном правилу, једностранним актима држава и међународних организација који своју обавезност темеље на пермисивној норми општег или партикуларног међународног права.²⁸

Питање јединства или нејединства међународног права није само нормативно питање већ поседује и своју другу, гносеолошку страну, која је у великој мери условљена развојем међународноправне професије. Усложавањем међународног права (настанком нових области или грана општег и партикуларног међународног права, од којих неке претендују на аутономан статус) настају нове „међународноправне професије“. Чини се да јединство међународног права нису довеле у питање државе као основни субјекти међународног права, примарни креатори и адресати правних норми међународног, већ поједини теоретичари који пренаглашавају ризике фрагментације међународног права или нагласак у својим разматрањима стављају на једну од области међународног права која се још увек налази у фази развоја (на пример, људска права, регулација међународних економских односа, међународно хуманитарно право итд.). Како истиче Калеберс (Kalebbers), „различити аспекти међународног правног режима се гранају и добијају форму квазинезависности и често се погрешно означавају као „self-contained“, указујући на то да:

„овакво означавање може да буде обмањиве природе... као и у унутрашњем праву правници кривичари имају мало времена за пореско

Међутим, „нормативно јединство међународног права“ не може се квалификовати као претпоставка, већ као постулат или императив, будући да у међународном правном систему, као и у другим правним системима, постоје одговарајућа императивна правна правила као и посебна правила о отклањању сукоба норми.

- 27 Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 27.

Радна група Комисије УН за међународно право, која се бавила проблемима диверсификације и експанзије међународног права, у својим закључцима је изнела следеће:

„Међународно право је правни систем. Његова правила и начела (тј. његове норме) налазе се у међусобном односу и треба да буду тумачене с обзиром на друга правила и начела. Као правни систем, међународно право није насумичан скуп таквих норми. Између њих постоји смислен однос. Норме могу постојати на вишем или нижем хијерархијском нивоу, њихова формулација може бити на вишем или нижем нивоу општости или конкретности а њихово важење може да датира од неког ранијег или каснијег временског момента.“

- 28 Једностранни акти држава и међународних организација обавезујући су само уколико се темеље на некој пермисивној норми међународног права, односно норми међународног права која дати једностранни акт снабдева снагом правне обавезности.

право, правници који се баве компанијским правом не суочавају се са правом заштите човекове околине или управним поступцима, тако и у међународном праву различите поддисциплине живе сопствени живот.²⁹

М. Прост (M. Prost) указује на „скандалозно кратку историју међународноправне професије, као и да су у тој релативно малој заједници доминирали они које Немци зову *einheitsjurist* (униформни и комплетни правници који поседују опште и свеобухватно знање о праву)“.³⁰ При томе, свака од области међународног права која се разматра у контексту фрагментације међународног права (људска права, инвестиционо право, привредно право, право заштите човекове околине итд.) још увек се налази у фази развоја.

О фрагментацији међународног права се расправља и у контексту тзв. конституционализације међународног права, теоријских праваца који теже да развој међународног права сагледа у дискурсу или парадигми његове конституционализације,³¹ често постављајући или претпостављајући далекосежне циљеве чија је реализација више него проблематична због непостојања основних чинилаца (економски, политички и други услови) који је омогућавају. С друге стране, теорије блиске теорији завере настоје да потврде тезу да је „проблем фрагментације много озбиљнији него што се то претпоставља због тога што он делује као саботажа еволуције демократичнијег и егалитарнијег међународног регулаторног система и како би умањио репутацију међународног права“, указујући на то да је тако фрагментисано међународно право „отпорније на реформе“, а да моћне државе теже да „одрже или чак активно промовишу фрагментацију зато што им то омогућава да чувају своју доминацију у којој се хијерархија види као нелегитимна и да опортунистички сломе правила без озбиљног угрожавања система који су креирали“.³²

У суштини, међународно право је *јединствен правни поредак* (правни систем) који обилује партикуларизмима, како регионалним, тако и „секторским“ (који се тичу појединих области међународног права).³³

29 Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, 11.

30 „...а доминантне личности попут Јелинека, Лаутерпахта, Опенхајма, Сејла и Келзена су били *einheitsjurists* са свеобухватном и свестраном експертизом у међународним правним питањима“. Mario Prost, „The Division of Expert Labor in the International Law Discipline: Geneologies of Fragmentation“, *Fragmentation of International Legal Orders and International Law, ASIL Proceedings*, 2011, p. 127.

31 Вид. Anne Peters, „Are we Moving towards Constitutionalization of the World Community?“, *Realizing Utopia – The Future of International Law* (ed. Antonio Cassese), Oxford University Press, Croydon 2012, 118–135.

32 Eyal Benvenisti and George W. Downs, „The Empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law“, *Stanford Law Review*, 60/2007, 595.

33 Како сликовито, мада не и прецизно, образлаже Schachter, „опште међународно право је аутопут између изолованих села међународног права“. Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1991, 1.

3. ПРОЛИФЕРАЦИЈА МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА

Под појмом пролиферације међународних судова и трибунала подразумева се повећање броја судова, трибунала и квазисудских тела ограничених или специјализованих надлежности (међународни кривични судови³⁴, регионални судови појединих међународних организација³⁵, различити привремени судови или арбитраже итд.).³⁶

Постојање великог броја судова и трибунала, само по себи, не доводи до разграђивања међународног права, будући да су сви они везани истим општим међународним правом.³⁷ Међутим, постојање великог броја судова и трибунала који нису устројени у један хијерархијски организован систем ствара потенцијални ризик да различити судови и трибунали (па и различита уговорна тела којима је поверено доношење препорука или обавезујућих одлука) стају на различита, међусобно супротстављена становишта о истом правном питању.³⁸

У делу теорије, али не и у међународној пракси, пролиферација међународних судова и трибунала квалификована је као „проблем“ који се може решити помоћу, на данашњем степену развоја међународног права и међународних односа, утопистичке идеје о хијерархијском устројству судова у међународној заједници или поверавању централне улоге једном од њих приликом усаглашавања правних становишта барем о основним питањима општег међународног права. Примера ради, судија М. Шахабудин (М. Shahabudden)³⁹ закључио је да се:

-
- 34 На пример, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Међународни кривични трибунал за Руанду, Посебан трибунал за Либан.
- 35 Суд правде Европске уније, Европски суд за људска права, Интерамерички суд за људска права, Суд Заједнице независних држава, Суд Бенелукса, Суд анденске заједнице итд.
- 36 Вид. J. G. Merrills, „The Mosaic of International Dispute Settlement Procedure: Complementary or Contradictory“, *Netherlands International Law Review*, 2007, 361–393, Chester Brown, „The Proliferation of International Courts and Tribunals: Fining Your Way through the Maze“, *Melbourne Journal of International Law*, 3/2002.
- 37 Радна група Комисије УН за међународно право која се бавила проблемима диверсификације и експанзије међународног права, у својим закључцима је изнела следеће:
„Међународно право је правни систем. Његова правила и начела (тј. његове норме) налазе се у међусобном односу и треба да буду тумачене с обзиром на друга правила и начела. Као правни систем, међународно право није насумичан скуп таквих норми. Између њих постоји смислен однос. Норме могу постојати на вишем или нижем хијерархијском нивоу, њихова формулација може бити на вишем или нижем нивоу општости или конкретности а њихово важење може да датира од неког ранијег или каснијег временског момента.“
Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalised by M. Koskeniemi, A/CN.4/L.682, пара. 1.
- 38 У досадашњој пракси, једини прави случај конфликтних правних становишта јавио се поводом праксе међународних кривичних трибунала у погледу примене правила која се тичу приписивања акта држави, о чему ће више речи бити касније.
- 39 Бивши судија и Међународног суда правде и Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију.

„правосудни систем на међународном плану састоји (се) од великог броја трибунала, од којих су неки основани на билатералној основи, други на мултилатералној основи, али међу њима нема ничега што би их обухватило у један кохерентан систем. Сви они доносе одлуке које могу да утичу на развој међународног права. Уколико тај утицај може да доведе до стварања права у случају сваког од њих, одсуство хијерархијског устројства је рецепт за конфликтна становишта“.⁴⁰

Таква и суштински слична становишта заснивају се често на погрешним премисама или не узимају у обзир основне одлике савремених међународних односа и децентрализовану природу међународног права.⁴¹

Природа међународних односа, децентрализована природа међународне заједнице и природа правностварајућег процеса у међународној заједници онемогућавају формирање једног хијерархијски устројеног правосудног система у коме би пракса једног суда била формално обавезујући ауторитет за друге судове и трибунале и који би могао да поништава, мења или на други правнообавезујући начин утиче на развој јуриспруденције најразличитијих судова и трибунала формираних на различитим нивоима и у различитим областима. Давање једном судском ауторитету такве надлежности имало би потенцијал да се у рукама таквог тела концентрише велика количина политичке моћи, што није у складу са природом међународних односа и међународног права.

На другом полу су становишта која „процес“ пролиферације међународних судова и трибунала анализирају у контексту јачања улоге међународног права у међународној заједници. У погледу могућности доношења конфликтних правних становишта, примера ради, проф. Шарни (Charney) је указао на то да међународни судови и трибунали користе „исту дијалектику“ и не „представљају претњу кохерентности међународноправног система“, закључујући да „што их је више, то је боље“.⁴²

У савременом међународном правосуђу тешко је иоле прецизно разграничити исправно вршење судске функције која се састоји у примени позитивног међународног права и упуштање у његов прогресивни развој. Различитим међународним судовима и трибуналима дат је мандат да примењују право које још увек није довољно развијено. Наиме, различити међународни

40 Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge 1996, 67.

41 Различити међународни судови и трибунали неретко примењују партикуларне режиме формиране посебним међународном уговором (као добар пример могу да послуже регионални судови за заштиту људских права као што су Европски суд за људска права или Интерамерички суд за људска права, као и примера ради Суд првде ЕУ, али и судови попут Суда Бенелукса или, на пример, Суда ЗНД). Такође, када је реч о привременим судским институцијама (као што су, на пример, МКТЈ, МКТР, СТЛ, IUSCC, различите арбитраже) немогућност (па и непостојање потребе) да се уклопе у неку унапред дефинисану хијерархијску структуру још је израженија.

42 Johnathan I. Charney, „Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?“, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye.*, 271/1998, 10.; J. I. Charney, „The Horizontal Growth of International Courts and Tribunals: Challenges of Opportunities“, *ASIL Proceedings* 2002, 368–369.

судови и трибунали суочени су не само са потребом, већ често и нужношћу, не само да идентификују постојеће право, већ и да конкретизацијом начела или општих правних правила практично „стварају“ право које ће примењивати због тога што је оно пре њиховог основања било недовољно развијено. То је нарочито дошло до изражаја у раду међународних кривичних трибунала, будући да међународно кривично право у време оснивања трибунала за бившу Југославију, Руанду и Либан није било развијено у мери која омогућава његову примену без „стварања“ нових норми. Међутим, тако створене норме постају норме аутономног система датог суда или трибунала, те други судови и трибунали нису дужни да их примењују или да се на њих ослањају у вршењу својих функција.

С једне стране, с обзиром на инхерентна ограничења у погледу обавезности пресуда суда и трибунала, уколико би у њима било изражено „неприхватљиво правно становиште“, оно само из разлога што је садржано у пресуди неког међународног суда или трибунала не би могло да доведе до модификације међународног права. С друге стране, судови и трибунали се перципирају као „ауторитативни тумачи међународног права“ и њихова становишта (била прихватљива или неприхватљива) не могу се игнорисати. У сваком случају, државе могу закључењем међународног уговора модификовати становиште суда било за конкретан случај било *pro futuro*.

4. НАПОМЕНА О ПРОЛИФЕРАЦИЈИ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА И ФРАГМЕНТАЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Међународно кривично право је засебна област међународног права која је, по дефиницији, део општег међународног права.⁴³ У другим областима (на пример, међународном трговинском или инвестиционом праву), наглашен је секторски приступ, односно по правилу међународни судови и трибунали примењују партикуларно међународно право (*lex particularis, lex specialis*) те се евентуалне дивергентности могу лако објаснити. У међународном кривичном праву такве разлике се не могу објаснити на други начин до недовољним развојем међународног кривичног права или другим ванправним разматрањима.

Озбиљни проблеми везани за конфликтне одлуке по питањима општег међународног права јавили су се у вези са правним становиштима МКТЈ у вези са приписивањем као елемента одговорности државе за међународно противправни акт.⁴⁴ Осим тога, у доктрини је изражена забринутост и због

43 „Према мишљењу генералног секретара УН примена начела *nullum crimen sine lege* налаже да Међународни трибунал примењује правила међународног хуманитарног права која су ван сваке сумње постала део обичајног права, како се не би појавио проблем да се само неке, а не све државе придржавају појединих конвенција.“ Извештај генералног секретара у складу са параграфом 2 резолуције Савета безбедности 808 (1993), UN Doc. S/25704, 3 Мај 1993, пара. 34.

44 Као пример можемо навести становиште МКТЈ о правилима о приписивању као елементу међународно противправног акта државе. Становиште Жалбеног већа трибунала се

неких од основних питања међународног кривичног права и међународног хуманитарног права⁴⁵, као што су, примера ради, питање допуштености репресалија⁴⁶, основа (видова) индивидуалне кривичне одговорности⁴⁷.

У међународном кривичном правосуђу стање је данас такво да можемо говорити о онолико „међународних кривичних права“ колико има међународних кривичних судова и трибунала.⁴⁸ Иако доба *ad hoc* кривичних трибунала није окончано нити се може искључити могућност њиховог оснивања и у будућности, усвајање Римског статута Међународног кривичног суда може се разматрати и кроз призму тенденције да се изврши кодификација правила међународног кривичног права и обезбеди њихова униформна примена.⁴⁹

5. ИДЕЈА О ЦЕНТАЛНОЈ УЛОЗИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ

У једној децентрализованог међународној заједници у којој је систем судова такав да међу њима не постоје никакве формалне везе које би установиле било какву хијерархију и формални ауторитет одлука једног суда у односу на друге судове, јавила се, као природна, идеја о централној улози Међународ-

знатно разликовало од оног које је прихваћено правилима међународног обичајног права израженог у пресуди Међународног суда правде у предмету *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* и Нацрту правила о одговорности државе за међународно противправни акт. Међународни суд правде у својој пресуди у предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* афирмисао је становиште из своје раније јуриспруденције и Нацрта правила о одговорности државе за међународно противправни акт а становиште МКТЈ изложио критици. Вид. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007*, пара. 402–403.

- 45 Вид. Karin Oellers-Frahm, „Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdictions-Problems and Possible Solutions“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 5/2001, 67–104.
- 46 Вид. Theodor Meron, „The Humanization of Humanitarian Law“, *The American Journal of International Law*, 94/2000, 239–278; Martti Koskeniemi & Päivi Leino, „Fragmentation of International Law? Postmodern Anexities“, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, 562–536.
- 47 Вид. Александар В. Гајић, Правна сигурност у праву и пракси МКТЈ и МКТР, *Правна сигурност у условима транзиције – зборник радова са научној скупи пројекти 2013 „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ“*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 379–403.
- 48 *Ibid.*
- 49 „Римска конференција о оснивању Међународног кривичног суда из 1998. године означава корак ка транзицији од *ad hoc* мандаторног система ка једном трајнијем и на уговору установљеном систему. У том контексту, извесни напори су учињени да се *Jack* (међународно кривично право) сатера назад у кутију општег међународног права или у сваком случају да се спречи отварање нове кутије: пандорине кутије.“ Charsten Stahn and Larissa van den Herik, „Fragmentation, Diversification and ‘3D’ Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-the-Box“, *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, (eds. Prof. L. van den Herik and C. Stahn), Brill/Martinus Nijhoff, Leiden 2012, 21–22

ног суда правде.⁵⁰ Међународни суд правде се често квалификује као највиши судски ауторитет у међународној заједници, утемељен је на правном акту који има највишу правну снагу у међународном праву – Повељи Уједињених нација. Међународни суд правде је, како истиче Dupuy,

„дуги временски период постојао као једини међународни суд. Он је још увек судско тело, које на универзалном плану поседује најширу надлежност. Његов настанак, након Првог светског рата, под именом Стални суд међународне правде, исправно се сматрао одлучујућим кораком ка подвргавању активности суверених држава владавини међународног права“.⁵¹

Међутим, становиште које формулише Међународни суд правде, као једини међународни суд опште надлежности, други судови и трибунали не могу игнорисати, а уколико би то хтели или сматрали да је нужно да одступе од становишта које је заузео, било би неопходно да пруже одговарајуће образложење, образложење које представља брану њиховом сврставању у категорију институција које својим деловањем желе да измене међународно право и тиме прекораче инхерентна ограничења своје надлежности.⁵²

Крајем деведесетих година прошлог века председници Међународног суда правде заговарали су тезу да се други судови обраћају Међународном суду правде са захтевима за саветодавним мишљењем о питањима која се могу тицати јединства међународног права.⁵³ Становишта о централној улози

50 Међународна заједница је свесна нужности централне улоге Међународног суда правде, као што показује агенда за 1999. Прве мировне конференције која је организована у склопу Декаде међународног права у складу са резолуцијом Генералне скупштине УН бр. 53/154. Прелиминарни извештај који су припремила два еминентна правника, проф. Викуна (Francisco Orrego Vicuña) и Пинто (Christofer Pinto), који носи наслов „*The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century*“ а којим се даје преглед напора да се обезбеди мирно решавање спорова и фокусира се на „централну улогу Међународног суда правде у новој структури међународног права“; Pierre-Marie Dupuy, „The Danger of Fragmentation or Unification of The International Legal System and The International Court Of Justice“, *International Law and Politics*, 31/1999, 791–807; Alain Pellet, „Strengthening the Rule of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations“, *The Law and Practice of the International Criminal Courts and Tribunals*, 3/2004, 159–180.

51 Р-М Dupuy, *op. cit.*; Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in The International Community*, Oxford, 1933, 430–431.

52 У досадашњој пракси Међународни суд правде се држао конзервативног приступа и његова јуриспруденција тешко може послужити као основ закључка да врши прогресивни развој међународног прва. Вид., на пример, Markus Krajewski, Christopher Singer, „Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2012, 1–34.

53 Тако је, на пример, судија Stephen Schwebel, који је, обраћајући се Генералној скупштини УН у својству председника Суда, 26. октобра 1999, изнео следећи предлог:

„Већи број међународних правних форума вероватно значи да ће све већ број спорова бити подвргнут међународном судском решавању. Што је више међународног правосуђа, 'правосудне навике' могу стимулисати здраву имитацију... како би се минимизирале такве могућности као што се могу догодити значајни конфликти тумачења међународног права,

Међународног суда правде нису потврђена у пракси, а сугестије председника Међународног суда правде имале су утицај само у академским расправама.

Предлог да један ауторитет, макар он био и Међународни суд правде, има улогу суда коме би други судови могли да се обрате захтевима за саветодавним мишљењем или обавезујућим правним становиштем није извештан. Његова имплементација би захтевала измену конститутивних аката не само Међународног суда правде већ и многих постојећих судова и трибунала, будући да, услед непостојања изричите одредбе у конститутивном инструменту, обраћање другом суду како би издао саветодавно мишљење, смерница или обавезујуће становиште не само да је ван надлежности суда или трибунала, већ би се лако могло протумачити као урушавање ауторитета суда или трибунала који тражи саветодавно мишљење, или би могло да укаже на недостатке у квалификацијама судија тог суда. Формирањем било ког међународног суда или трибунала државе очекују не само да он „зна право“, већ и да делује као потпуно компетентан и независан судски ауторитет.

Обраћање са захтевом за саветодавно мишљење Међународном суду правде, иако би то било смислено решење с обзиром на природу саветодавног поступка, а посебно с обзиром на могућност учешћа свих заинтересованих држава у расправи о постављеном правном питању, сасвим извесно, довео би до продужавања ионако веома дуготрајних судских поступака пред међународним судовима. Другим речима, била би угрожена ефикасност судског начина решавања спорова.

У пракси, чини се да сваки суд или трибунал развија сопствену јуриспруденцију уз мањи или већи степен уважавања становишта других трибунала. Неки међународни суд или трибунал ослања се на становишта других судова и трибунала само у оној мери у којој то сматра прихватљивим, развијајући сопствену јуриспруденцију у складу са својом надлежношћу и повереним мандатом.⁵⁴ Међутим, иако међу судовима и трибуналима не постоје формалне везе, можемо уочити да ипак Међународни суд правде има централну позицију, будући да се судови и трибунали основани ради решавања међународних спорова у доброј мери ослањају на искуства јуриспруденције Међународног суда правде. Наиме, формирање судова и трибунала се не врши у вакууму већ у окружењу у коме су темељи међународног правосуђа изграђени управо на искуствима Међународног суда правде.

они би могли бити у могућности да помогну другим међународним трибуналима да захтевају саветодавна мишљења од Међународног суда правде о питањима међународног права која се постављају у случајевима пред тим трибуналима а која су од значаја за јединство међународног права“ (www.icj-cij.org. Видитакође и Tulio Treves, *Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice on Question Raised by Other International Tribunals*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 14/2000, 215–231).

54 Чини се да тај закључак поткрепљује и студија у којој се указује, између осталог, на то да се различити судови и трибунали релативно ретко позивају на пресуде других судова и трибунала. Nathan Miller, „An International Jurisprudence? The Operation of „Precedent“ Across International Tribunals“, *Leiden Journal of International Law*, 15/2002, 483–526.

У расправи о пролиферацији међународних судова и трибунала Дируа је истакао да је:

„међународна заједница свесна нужности централне улоге Међународног суда правде, што потврђује и агенда Прве међународне мировне конференције, која је организована у оквиру Декаде међународног права, према резолуцији Генералне скупштине Уједињених нација 52/154. Прелиминарни извештај који су припремила два еминентна научника, професори Висућа и Пинто, под називом ‘Мирно решавање спорова: перспективе за 21. век’, дали су преглед напора који су уложени ради обезбеђења мирног решавања међународних спорова фокусирајући се на ‘централну улогу Међународног суда правде у новој структури међународног права.’⁵⁵

Викунa и Пинто (Висућа и Пинто) указали су на нужност „ревитализације“ Међународног суда правде као централног судског тела у међународној заједници „чија улога надилази само решавање спорова и ставља Суд у позицију да допринесе развоју начела међународног права који регулишу међународно друштво.“⁵⁶

Централна улога Међународног суда правде у више наврата је истакнута и у званичним документима. Један од таквих докумената је и Декларација из Маниле, која је одобрена Резолуцијом Генералне скупштине 37/10 – „Мирно решавање спорова између држава“ од 15. новембра 1982.⁵⁷

Та становишта треба разматрати са извесном дозом опреза, будући да је природно очекивати да и резолуције органа Уједињених нација, које су правно необавезујуће, афирмишу улогу Међународног суда правде који је главни судски орган те међународне организације. При томе, тим декларацијама, иако се изражава „општи став“, ни на који начин се не сугерише да државе

55 Pierre-Marie Dupuy, „The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice“, *International Law and Politics*, Vol. 31, 791; Francisco Orrego Vicuña and Christopher Pinto, „The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century“, *Preliminary Report Prepared for the 1999 Centennial of the First International Peace Conference*, C.E. Doc. SAHDI(98).

56 „Нужно је ревитализовати улогу Међународног суда правде као централног судског тела у међународној заједници, улогу која надмашује само решавање спорова и ставља Суд у позицију да допринесе развоју начела међународног права који регулишу међународно друштво.“ *Ibid.*, para. 110.

57 Како истиче Reuconoas: „Декларација... наглашава да државе ‘треба да буду потпуно свесне’ улоге Међународног суда правде у решавању међусобних правних спорова, суда који је главни судски орган Уједињених нација (Part II, para. 5). Наравно, ово наглашавање не утиче на могућност страна у спору да изаберу други судски орган за решавање њиховог спора, у складу са фундаменталним начелом слободног избора средстава за решавање спорова. Штавише, како би се ојачала улога Међународног суда правде, Декларација позива државе да прихвате обавезујућу надлежност Међународног суда правде, у складу са чланом 36 Статута, и/или да у уговорима предвиде, кад год је то примерено, одредбе које омогућавају да се спорови који би могли настати у погледу њиховог тумачења и примене износе пред Међународни суд правде“ (Manuel Reuconoas, *Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes* (New York 15 November 1982), UN Audiovisual Library of International Law (www.un.org/law/avl)).

треба да одустану било од формирања нових судова и трибунала, било од тога да своје спорове износе пред друге судове и трибунале. Управо највећи број судова и трибунала решава предмете за које можда не би било примерено да буду изношени пред Међународни суд правде или обухвата и странке које нису државе.

Другим речима, начело слободног избора средстава мирног решавања спорова остаје и даље неокрњено фундаментално начело међународног права, док се у погледу правних режима (на пример, решавања трговинских или инвестиционих спорова, тумачења и примене права које настаје под окриљем регионалних организација као што је ЕУ, примене регионалних конвенција о заштити људских права, питање утврђивања кривичне одговорности појединаца) по природи ствари, изражава тежња за формирањем засебних судова или квазисудских тела.

У дискусији о улози Међународног суда правде у контексту пролиферације међународних судова и трибунала чини се да посебно треба имати на уму неколико елемента.

Прво, Међународни суд правде је суд коме је поверено решавање искључиво међудржавних спорова. У домену решавања међудржавних спорова његова надлежност није ограничена на поједине области међународног права.

Друго, специјализовани судови или механизми за решавање спорова судским путем формиран су као специјализовани судови,⁵⁸ не да би се избегло изношење спорова пред Међународни суд правде нити да би се растеретила његова надлежност. Поједине правне области захтевају специјализацију, а често и потребу да се и недржавним субјектима омогући да на „међународном нивоу“ заштите своја права или узму учешћа у решавању спорова у које су укључени. Међународно право регулише мноштво области, тако да се специјализација или формирање специјализованих судова јавља као нужност, како ради обезбеђења ефикасности поступака⁵⁹, тако и ради формирања јуриспруденције од судских већа за које се претпоставља да располажу специјализованим знањима.

Треће, међународно право, иако јединствен правни систем, у свом највећем делу садржи норме које су партикуларне природе.

Доктрина прецедената – *state decisis* и литиспенденције, који представљају начела многих унутрашњих правних поредака и конструисани су управо ради решавања сукоба надлежности и не могу се аутоматски применити у међународном праву.⁶⁰ У „систему“ аутономних судова и трибунала оне имају ограничен домашај, осим уколико није другачије предвиђено. Међутим, не би било примерено да међународни судови без оправданог разлога *de novo* тумачу

58 Примера ради, Међународни трибунал за право мора, Европски суд за људска права, Интерамерички суд за људска права или механизам решавања спорова који је формиран под окриљем Светске трговинске организације итд.

59 Један од аргумената је свакако и недовољан капацитет Међународног суда правде да се једновремено бави великим бројем предмета.

60 K. Ollers-Fahm, 91.

че правила међународних партикуларних правних поредака ради чијег тумачења и примене су основани засебни судови, трибунали или квазисудска тела. Примерено је да одступе од те јуриспруденције само у случају када постоји оправдан разлог који би морао да буде посебно образложен.

6. МЕЂУНАРОДНО ПРАВОСУЂЕ ЗАСНОВАНО НА НАЧЕЛУ УЗАЈАМНОГ ПОШТОВАЊА И СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈЕ

Иако је примерена теза да се односи између судова заснивају, или треба да се заснивају, на узајамном поверењу, у међународној заједници не постоји „врховни суд“ који би могао да решава конфликтна тумачења различитих судова.⁶¹

Постојање великог броја међународних судова и трибунала, њихов аутономни статус и непостојање формалних веза међу њима, а камоли хијерархијског устројства, не значи да они делују или да треба да делују у „клиничкој изолацији“.⁶² У два случаја Међународни суд правде је формулисао начела за која сматрамо да на адекватан начин решавају питање потенцијалног сукоба јуриспруденција различитих, аутономних, органа међународног правосуђа. Наиме, резонување Међународног суда правде у предметима *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* и *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* пружа смернице за разматрање односа Суда према јуриспруденцији других специјализованих судова и квазисудских тела (укључујући и кривичне судове и трибунале) и правца даљег развоја праксе органа међународног правосуђа.

У предмету *Diallo* Суд је резонувао на следећи начин:

„Иако Суд ни на који начин није обавезан да, вршећи своју судску функцију, моделира сопствено тумачење Пакта (Пакта о грађанским и политичким правима, прим. А. Гајић) по узору на Комитет (Комитет за људска права, прим. А. Гајић), он верује да треба да прида изузетну тежину тумачењу које је усвојило ово независно тело које је установљено управо у циљу надзора над применом овог уговора. Понента је у томе да треба да се постигне неопходна јасноћа и суштинска конзистентност међународног права, као и правна сигурност, на коју имају право како појединци којима се гарантују права, тако и државе које су обавезне да извршавају своје уговорне обавезе.“⁶³

У предмету *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, разматрајући значај чињеничних и правних закључака

61 Jenny S. Martinez, „Towards and International Judicial System“, *Stanford Law Review*, Nov. 2003, 431.

62 Термин преузет из Nikolaos Lavranos, „Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals“, *ZaōRV*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, 577.

63 *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment, 30 November 2010, para 66.

Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, Међународни суд правде је истакао:

„Суд придаје изузетан значај чињеничним и правним закључцима Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију који су изнети у одлукама о кривичној одговорности особа које су пред њима оптужене и у овом случају Суд потпуно узима у обзир пресуде претресних и жалбених већа које се баве догађајима који леже у основи овог спора. Ситуација није иста у погледу становишта које је заузео Међународни кривични трибунал за бившу Југославију по питањима општег међународног права које се не налазе у специфичном делокругу његове надлежности и, штавише, чије решавање није увек неопходно ради доношења одлуке у кривичној ствари која је пред њега изнета.“⁶⁴

Цитирана становишта Међународног суда правде поткрепљују тезу да се односи између судова по питању међународног права заснивају не на формалном, већ на суштинском ауторитету и основним детерминантама надлежности сваког од тих судских или квазисудских тела.⁶⁵

7. НАПОМЕНЕ О ПРАВУ ЕУ И ПОЗИЦИЈИ СУДА ПРАВДЕ ЕУ У КОНТЕКСТУ ПРОЛИФЕРАЦИЈЕ МЕЂУНАРОНИХ СУДОВА И ТРИБУНАЛА – ПРОБЛЕМ ИСКЉУЧИВЕ НАДЛЕЖНОСТИ

Право ЕУ је пример засебног, аутономног, правног поретка међународног права. Конститутивним уговорима (Уговор о ЕУ и Уговор о функционисању ЕУ) и делатношћу органа ЕУ створен је прилично развијен аутономан „правни систем“.

64 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, пара. 403.

65 Да се пракса судова гради на „узајамном поштовању“, показује и однос Европског суда за људска права и Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Преклапање надлежности и могућност да се различити судови баве истим правним питањима појавило се у неколико случајева пред Европским судом за људска права, пред којим се поставило питање правоваљаности изречења Међународном кривичном трибуналу за бившу Југославију. Разматрајући те случајеве, Европски суд за људска права је стао на становиште да не постоји ризик ускраћивања правичног суђења будући да Статут МКТЈ и Правилник о поступку и доказима пружају све нужне гаранције, укључујући и гаранције независности и непристрасности (*Mladen Naletić v. Croatia*, App. No. 51891/99, Admissibility Decision, 4 May 2000. Вид. такође *Slobodan Milošević v. The Netherlands*, App. No. 77631/01, Admissibility Decision, 19 March 2002, *Stanislav Galić v. The Netherlands*, App. No. 22617/07, Admissibility Decision, 29 May 2007). Stahn и van den Herik те случајеве сматрају „основом за међународни однос између судова који је заснован на узајамном поверењу“ (С. Stahn and L. van den Herik, 48). Судија Хигинс, разматрајући проблем из једне мало другачије перспективе, изражава наду да ће „пријатељско узајамно поштовање остати наредба дана“, додајући да се „не смеју изгубити из вида многобројна позивања на праксу Међународног суда правде од Интерамеричког суда за људска права, жалбених тела Светске трговинске организације, Иранско-америчког трибунала за захтеве, Европског суда правде...“ (Higgins, 19).

У институционалном оквиру ЕУ право ЕУ се посматра као засебан (*self-contained*), аутономан правни систем,⁶⁶ уз изразиту тежњу да се, путем одговарајућих механизма, очува униформно тумачење права ЕУ, између осталог, установљавањем искључиве надлежности Суда правде ЕУ, чиме се настоји да се онемогући изношење спорова између чланица ЕУ пред међународне судове и трибунале формиране ван институционалног оквира ЕУ у свим случајевима у којима се ради о примени или тумачењу права ЕУ⁶⁷, као и да се „забрани“ институцијама ЕУ и чланицама ЕУ да преузимају обавезе које нису у складу са обавезама које произлазе из конститутивних уговора ЕУ.⁶⁸

Техником међународног права, закључењем међународног уговора, створена је ЕУ, која представља „нови поредак међународног права“.⁶⁹ Међутим, изразита је тежња, посебно Суда правде ЕУ, да се право ЕУ перципира више као „унутрашње право“ у својим односима са међународним правом

66 Armij von Bogdany, Maja Smrkolj, *European Community and Union Law and International Law*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com, 21.10.2012), 1. Вид: А. Гајић, 24–51.

67 Мишљење Суда од 14. децембра 1992. године (Opinion 1/91). Европски суд правде је дао мишљење о сагласности нацрта одредаба мешовитог споразума између Заједнице и држава Европског економског подручја (ЕЕА) којима се установљава Европско економско подручје.

Суд је пошао од премисе да „чињеница да су одредбе споразума које се односе на стварање Европског економског подручја и кореспондирајуће одредбе ЕЗ идентичне не значи да се оне нужно морају идентично тумачити. Међународни уговор треба тумачити не само на основу израза који су у њему употребљени, већ такође у светлости циљева“, и указао, између осталог, на природу обавеза из чланства у ЕЕА који је међународни уговор „који само ствара права и обавезе између уговорних страна и не предвиђа трансфер суверених права на међународне институције. Насупрот томе, Уговор о ЕЕЗ, иако је закључен у форми међународног уговора, ништа мање не представља уставну повељу Заједнице засновану на владавини права. Уговори заједнице установљавају нови правни поредак у корист којег су државе ограничиле своја суверена права и предмет су компромиса не само њених држава чланица већ и њихових држављана. Суштинска карактеристика правног поретка заједнице која је тако установљена има посебан примат над правом држава чланица и директан ефекат серије његових одредаба... Из тога следи да је хомогеност правних правила у ЕЕА није обезбеђена чињеницом да одредбе права Заједнице и оних које кореспондирају са одредбама споразума су идентичне у њиховој садржини и речи“ (пара. 1).

68 Чл. 211 ст. 11 Уговора о функционисању ЕУ (бивши чл. 300 Уговора о оснивању Европске заједнице) предвиђа могућност да у току поступка преговарања и закључивања међународног уговора држава чланица, Европски парламент, Савет или Комисија прибаве мишљење Суда о томе да ли је предложени споразум у сагласности са конститутивним уговорима. Уколико Суд да мишљење да није, тај „уговор не може ступити на снагу осим уколико је амандиран или у случају ревизије“ конститутивних уговора. У чл. 351 Уговора о функционисању ЕУ (бивши чл. 307 Уговора о оснивању ЕЗ) предвиђа се да „права и обавезе које произлазе из споразума закључених пре 1. јануара 1958. или за државе које приступају, пре дана њиховог пријема, између једне или више чланица, с једне стране, и једне или више трећих држава, с друге, неће бити погођене одредбама Уговора“, али да „у мери у којој су ти споразуми несагласни са Уговорима, државе чланице или заинтересоване државе предузеће све одговарајуће кораке уколико установе несагласности“.

69 *Van Gend en Loos, Case 26/62, Judgment of 5. 02. 1963, para. 3.*

и другим партикуларним режимима међународног права.⁷⁰ Међутим, теза о „унутрашњој природи“ права ЕУ (раније ЕЗ) темељи се на посматрању односа међународног права и права ЕУ готово искључиво из перспективе права ЕУ, посебно примене међународног права у правном поретку ЕУ. Са међународноправне тачке гледишта, оно је „унутрашње право“ исто колико и право које настаје под окриљем других међународних организација.⁷¹ Из перспективе унутрашњих правних система, право ЕУ је партикуларно међународно право. Између осталог, како закључује Ноелкемпер (Andre Nollkaemper), „не постоји фундаментална разлика између примене међународног јавног права и права ЕУ (без обзира на почетне позиције), а разлике у примени су пре ствар степена него начела.“⁷²

Европску унију, као и друге међународне организације, одликује „институционална независност“, која је нужан услов идентитета регионалних међународних организација чији је *raison d'être* формирање режима различитог од општег међународног права,⁷³ али не и несагласног са општим међународним правом. Тај „нови поредак међународног права“ је, у ствари, партикуларни правни поредак међународног права који важи у кругу чланица ЕУ, које својим чланством у ЕУ не губе међународноправни субјективитет. За треће државе обавезе из чланства у ЕУ су *res inter alios acta*, а за чланице ЕУ, право ЕУ представља својеврсни *lex superior* у односу на унутрашње право. Међутим, когентне норме општег међународног права су *lex superior* у односу на право ЕУ, а приликом сукоба норми са другим партикуларним режимима међународног права у односима између чланице ЕУ и нечланице, право ЕУ не ужива примат.

Као разлог за конституисање искључиве надлежности Суда правде ЕУ указује се на могућност да различити међународни судови и трибунали могу погрешно схватити право ЕУ без могућности да оно буде измењено одлуком Суда правде ЕУ,⁷⁴ односно бојазан да би међународни судови и трибунали који делују ван институционалног оквира ЕУ могли да тумаче право ЕУ на начин супротан јуриспруденцији судова који делују у институционалном оквиру ЕУ.⁷⁵

70 A. von Bogdany, M. Smrkolj, 1.

71 На пример, право које настаје у Заједници независних држава, Евроазијској економској унији (*Евразийский экономический союз*), Светској трговинској организацији, Организацији америчких држава, Анденској заједници, Карипској заједници, Афричкој унији, Економској заједници западноафричких земаља итд.

72 Gerrit Betlem and Andre Nollkaemper, „Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts— A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation“, *European Journal of International Law*, 14/2003, 569.

73 Jean d'Aspremont, „The multifaced concept of autonomy of international organizations and international legal discourse“, *International organizations and the idea of autonomy: institutional independence in the international legal order*, (eds. R. Collins, N. D. White.), Routledge, London 2011, 64.

74 *Ibid.*, 143.

75 Matthew Parish, „International Courts and the European Legal Order“, *European Journal of International Law*, vol 23, no. 1, 2012, 142.

Становиште о искључивој надлежности Суда правде ЕУ не заснива се примарно на тумачењу члана 344⁷⁶ Уговора о функционисању ЕУ, којим је предвиђено да се чланице обавезују да неће износити спорове који се тичу тумачења или примене конститутивних уговора на било који други начин решавања спорова сем оних који су њима предвиђени. Примарни основ искључиве надлежности налази се у одредбама којима се обезбеђује „аутономија“ правног поретка ЕУ, укључујући и заштиту поделе надлежности између различитих органа ЕУ.⁷⁷ Суд правде ЕУ има веома ригидну позицију по питању своје надлежности за тумачење „права ЕУ“, „чак и у оним случајевима када не постоји јасан основ искључиве надлежности и када се доминантан део спора не тиче примене права ЕУ“.⁷⁸

Становиште Суда правде ЕУ о његовој искључивој надлежности доста је широко постављено и не односи се само на конститутивне уговоре и акте секундарног законодавства, већ се протеже и на тзв. мешовите споразуме.⁷⁹ Европски суд правде је закључио да мешовити споразуми имају исти статус у правном поретку ЕУ (раније ЕЗ) као и споразуми које је закључила ЕУ (ЕЗ). Разлог таквог става је да би у супротном постојао очигледан ризик угрожавања поретка створеног конститутивним уговорима и, сходно томе, аутономија правног поретка ЕУ.⁸⁰

Као активни учесници у међународним односима, ЕУ⁸¹ и чланице ЕУ тешко могу избећи могућност заснивања надлежности судова и трибунала који делују ван институционалног оквира ЕУ, а који би се тицали спорова у вези са тумачењем и применом права ЕУ. Како истиче Парис:

„Међународно судство је индустрија у развоју и неизбежно је да међународни судови имају мандат да примењују инвестиционо уговорно право, међународно трговинско право и друга подручја међународног права која се преклапају са растућим амбијентом права ЕУ.“⁸²

Самозаштитнични став Суда правде ЕУ ограничен је само на институционални оквир ЕУ и не обавезује друге судове и трибунале. Пракса судова и трибунала који делују ван институционалног оквира ЕУ је по овом

76 Бивши чл. 292 Уговора о оснивању ЕЗ.

77 Стога свака чланица која изнесе спор који се тиче права ЕУ пред суд или трибунал који не делује у оквиру институционалног поретка ЕУ врши повреду конститутивних уговора ЕУ.

78 Tobias Lock, „The European Court of Justice: What are the limits of its exclusive jurisdiction“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2009, 294, 298.

79 Dauksiene, 462.

80 *ECJ Opinion 1/91 (EEA) ECR I-6079 (1991)*, пара. 154. Вид. Pieter Jan Kuijper, Jan Wouters, Frank Hoffmeister, Geert de Baere, Thomas Ramopoulos, *The EU External Relations: Cases, Materials and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 231, Marcus Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford 2014, 15–16.

81 Та могућност је регулисана и Уговором о функционисању ЕУ (Глава VI – Односи Уније са међународним организацијама и трећим земљама и делегације Уније), чл. 220–221.

82 M. Parish, 153.

питању веома ограничена⁸³ и не допушта могућност да се доносе коначни закључци.

Разлог који се истиче у прилог тезе о искључивој надлежности Суда правде ЕУ (могућност неконзистентних тумачења права ЕУ) чини се недовољним да оправда искључиву надлежност судова који делују у институционалном оквиру ЕУ, али и немогућност да он буде доследно спроведен у случајевима у којима страна у спору није чланица ЕУ, или уколико чланице и поред обавеза из чланства формирају судско тело за решавање спора или изнесу спор пред други суд или трибунал без ограничавања надлежности.

Из критеријума које је установио Европски суд правде произлази да се ни спорови између чланица ЕУ не могу изнети ни пред Европски суд за људска права уколико је наводна повреда Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода настала применом права ЕУ.⁸⁴ Такво решење је већ *prima facie* неприхватљиво и тешко одрживо и може довести до неконзистентне примене уговора којим се успоставља европски систем заштите људских права. Ниједан правни систем, па ни правни систем ЕУ, није потпуно независан од општег међународног права или од других партикуларних правних режима међународног права који се са њим, у већој или мањој мери, преклапају.

Једно исто правило се у различитим контекстима може тумачити (или понашати) на различите начине, а такође, зависно од контекста, начело се може конкретизовати на различите начине уз пуно очување његове суштине. Иако се тежње Суда правде ЕУ могу лако разумети, у међународном праву је слобода избора начина решавања спорова једно од основних начела у материји мирног решавања спорова и, ван институционалног оквира ЕУ, Суд правде ЕУ није виши суд, како у погледу примене и тумачења „мешовитих споразума“, тако и у питањима која се не тичу строго права насталог у оквиру ЕУ. Као аутономни судски органи, судови и трибунали ван ЕУ нису везани правом ЕУ.

83 У погледу признавања искључиве надлежности Суда правде ЕУ од арбитражних трибунала, постоји веома ограничена пракса која не даје повода за дефинитивне закључке. Наиме, одлуке арбитраже формиране под окриљем Сталног арбитражног суда у предмету *Iron Rhine Arbitration (Belgium v. Netherlands)*, (Award of 24 May 2005), односно надлежност арбитраже, била је регулисана арбитражним споразумом којим је од арбитражног трибунала тражено да „донесе одлуку на основу међународног права, укључујући европско право уколико је то нужно, узимајући у узбир обавезе странака према чл. 292 Уговора о ЕЗ.“ Дакле, реч је о ограничавању надлежности арбитраже *expressis verbis* путем закључивања арбитражног споразума. Други је случај *Mox Plant*, у коме је Ирска повукла захтев поднет против Уједињеног Краљевства, иако тек након одлуке Европског суда правде којом је изразио становиште да је Ирска због започињања арбитражне процедуре предвиђене Конвенцијом УН о праву мора повредила искључиву надлежност Суда правде ЕУ (*Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and Article 1 of Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the Dispute Concerning the MOX Plant, International Movements of Radioactive Materials, and the Protection of the Marine Environment of the Irish Sea, The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Order no. 6, Termination of Proceedings, 6 June 2008).

84 Giorgio Gaja, „Accession to the ECHR“, in *EU Law After Lisbon* (eds. Andrea Biondi, Piet Eeckhout, Stefanie Ripley), Oxford University Press, New York 2012, 187.

Изгледа да је становиште Европског суда правде о искључивој надлежности мотивисано, између осталог, поимањем улоге судова у развоју права.⁸⁵ Иако је, по дефиницији, мандат судова ограничен на примену постојећег међународног права, тумачењем права оно се може даље развијати и могу се унети и елементи који нису првобитно били ни у видокругу креатора тог правног поретка. У ЕУ нису ретке ситуације да је ревизијом конститутивних уговора потврђено или пак оповргнуто неко становиште судова који делују у правном оквиру ЕУ. Осим тога, дејство пресуда се ограничава само на конкретан случај. Иако је у бити здравог правосуђа да суд и различити судови спроводе јединствену праксу, ово разматрање нема снагу правног правила.

Међународни суд правде је у поменутих случајевима формулисао смернице (руководна начела) које су примерене за ситуацију у којој судови и трибунали који делују ван институционалног поретка ЕУ дођу у позицију да примењују правила ЕУ. Било би примерено да придају одговарајућу тежину тумачењима Суда правде ЕУ, али само у питањима тумачења норми које произлазе из конститутивних уговора или су настале у оквиру ЕУ. Међутим, када је реч о тумачењу правила општег међународног права, будући да се она не налазе у специфичном делокругу послова Суда правде ЕУ, мишљење Суда правде ЕУ не обавезује, таман оно било и контекст у коме је тумачена нека норма права ЕУ, или се тумачење правне норме права ЕУ заснивало на тумачењу међународног права које други суд или трибунал не сматра исправним.

Dr. Aleksandar V. Gajić
Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

ON FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW AND PROLIFERATION OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS

Summary

The fragmentation of international public law and the proliferation of international courts and tribunals are among key topics of contemporary international law. The author's basic premises are that the creation of some legal regime or the establishment of a court or a tribunal is always a decision of political nature, and that contemporary international legal system is a reflection of the nature of contemporary international relations.

⁸⁵ Суд правде ЕУ карактерише „ефективна консолидација владавине права на пољу на којем су многи међународни судски органи оманули. Ипак, ма колика била остварења Европског суда правде, треба запамтити да је он онолико успешан колико су државе то желеле“ (Jean Allain, „The European Court of Justice Is an International Court“, *Nordic Journal of International Law*, 68/1999, 250).

The author considers the thesis of the unity of fragmented international law, *inter alia*, through the prism of the division of international law on general and particular, the nature of the co-called self-contained legal regimes, and the issues that concern the development of the international legal profession.

Bearing in mind the nature of international law and international relations, the author emphasizes the basic risks of the proliferation of international courts and tribunals, and he particularly criticizes the thesis about the necessity and possibility of the establishment of a hierarchical organization of the international judicial institutions. Entrusting a single judicial authority with a central role in resolving possible conflicting jurisprudences and the main role in the determination of the basic rules in international law would potentially lead to the concentration of a great political power in the hands of a single institution, which would be contrary to the nature of international relations and international law. According to the author, one of the main problems in the contemporary international administration of justice lies in the fact that various tribunals have a mandate to apply the law that is not sufficiently developed and in order to perform their judicial function they sometimes have to be involved in law-creation. In particular, the author critically analyses the idea of the central role of the International Court of Justice in the context of the proliferation of the international courts and tribunals and the fragmentation of international law.

The contemporary international judiciary is (or should be) based on the principles of mutual respect and specialization of various courts and tribunals, which cannot act in „clinical isolation“. In that context, the author particularly emphasizes the position of the ICJ in *Daillo case* and *Bosnia case*, which could have a positive effect on the further development of the international adjudication.

In the end, the author provides a few remarks on the nature of the Law of the European Union (EU Law) in the context of the fragmentation of international law, and critically analyzes the position of the Court of Justice of the EU concerning its exclusive jurisdiction related to the interpretation and application of the EU Law.

Key words: *Fragmentation of international law. – Proliferation of international courts and tribunals. – Unity of International Law. – International Court of Justice. – Court of Justice of the European Union. – Exclusive jurisdiction.*

TABLE OF CONTENTS

PREFACE.....	9
INTRODUCTORY TOPIC (<i>Radmila Vasić, editor</i>)	
THE EUROPEAN UNION AND THE IDEA OF EUROPE – SERBIA FACING ITS “ASSIGNED TASK” OF TRANSFORMATIONAL CHANGE. . . .	11
ARTICLES	
<i>Emilija Vukadin</i>	
CHANGES IN SERBIAN ECONOMIC FOUNDATION OF IDENTITY THROUGH THE PROCESS OF EU INTEGRATION.....	31
<i>Milovan M. Mitrović</i>	
PHENOMENOLOGY AND THE DIALECTIC OF NATIONAL IDENTITY OF SERBIA.....	47
<i>Ljiljana Radulović</i>	
REMISSION OF PUNISHMENT.....	77
<i>Olivera Vučić</i>	
THE PUBLICITY OF WORK OF CONSTITUTIONAL COURTS AS A CONSEQUENCE OF THE NATURE OF CONSTITUTIONAL JUDICIAL FUNCTION, OR THE ATTEMPT TO CONTRIBUTE TO THE ADEQUATE UNDERSTANDING OF THE NATURE OF CONSTITUTIONAL JUDICIARY.....	95
<i>Goran P. Ilić</i>	
ON PREDICTABILITY OF RETROACTIVE APPLICATION OF MORE LENIENT CRIMINAL CODE - REVIEW OF THE DECISION OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: <i>MIKULOVIĆ AND VUJISIĆ V. SERBIA</i>	115
<i>Nataša Delić</i>	
THE CRIMINAL SIGNIFICANCE OF HATE IN THE LIGHT OF THE IDENTITY TRANSFORMATION OF SERBIA.....	127
<i>Gordana Pavićević Vukašinović</i>	
TRANSITION AND MODERNISATION: TOPICS AND DILEMMAS.....	155

Rajko Jelić

OBJECTS OF PUBLIC PROPERTY IN THE LAW OF REPUBLIC OF SERBIA	173
--	-----

Ivana Krstić

THE RIGHT OF PARENTS TO ENSURE THE EDUCATION OF THEIR CHILDREN IN CONFORMITY WITH THEIR RELIGIOUS AND PHILOSOPHICAL CONVICTIONS.....	185
--	-----

Natalija Lukić

MONEY LAUNDERING – COMPARATIVE VIEW	205
---	-----

Uroš Živković

ISSUES OF JURISDICTION AND MFN CLAUSES IN THE LAW OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT: CRITIQUE OF THE INTERPRETATIVE LOGIC OF THE <i>MAFEZZINI</i> CASE	227
CORRECTIONS.....	239

Aleksandar Gajić

ON FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW AND PROLIFERATION OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS....	241
--	-----

Радови за зборник Института за правне и друштвене науке за 2016. годину могу се предати најкасније до 1.11.2016. године. Радови се предају у електронском облику и морају бити уређени према правилима Анала Правног факултета Универзитета у Београду (<http://anali.ius.bg.ac.rs/A2011-1/Anali%202011-1%20str.%20463-467.pdf>). Текст по правилу не сме бити краћи од једног табака (28.800 карактера са размацима). Неће бити прихваћени прилози које је аутор у целини или у битном делу претходно већ објавио.

Лектор и коректор

Ирена Поповић

Технички уредник

Ирена Ђаковић

Припрема за штампу

Досије студио, Београд

Штампа

ЈП Службени гласник

ISBN 978-86-7630-636-7

Тираж

150

Адреса редакције

Универзитет у Београду – Правни факултет

Центар за издаваштво и информисање

Булевар краља Александра 67

Тел./факс: 30-27-725, 30-27-776

e-mail: centar@ius.bg.ac.rs

web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)(082)

341.217.02(4-672EU:497.11)(082)

321.7(497.11)(082)

ИДЕНТИТЕТСКИ преображај Србије : прилози Пројекту
2015 : колективна монографија / приредиле Радмила Васић,
Милена Полојац. – Београд : Правни факултет Универзитета,
Центар за издаваштво и информисање, 2016 (Београд :
Службени гласник). – 268 стр. ; 24 см. – (Библиотека Зборници)
Текст ћир. и лат. – Тираж 150. – Стр. 7–8: Предговор / уреднице.
– Напомене и библиографске референце уз текст. – Summaries.
ISBN 978-86-7630-636-7

а) Европска унија – Придруживање – Србија – Зборници

б) Право – Србија – Зборници

в) Србија – Транзиција – Зборници

COBISS.SR-ID 223136012



ISBN 978-86-7630-636-7

