

**УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ
У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ**

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЉУДСКА ПРАВА ИЗМЕЂУ
ИДЕАЛА И ИЗАЗОВА
САДАШЊОСТИ**

ЗБОРНИК РАДОВА

**HUMAN RIGHTS: IDEALS AND
CHALLENGES**

COLLECTION OF PAPERS

Косовска Митровица, 2016.

**НАУЧНИ СКУП СА МЕЂУНАРОДНИМ УЧЕШЋЕМ „ЉУДСКА
ПРАВА – ИЗМЕЂУ ИДЕАЛА И ИЗАЗОВА СТВАРНОСТИ“,
Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици, 22.06.2016.
ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА**

Издавач:

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у
Косовској Митровици

За издавача

Проф. др Владан Михајловић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Марија Крвавац

Редакциони одбор:

Проф. др Драган Боланча, *Република Хрватска*, проф. др Татјана Зороска
– Камировска, *Република Македонија*, проф. др Горан Марковић,
Република Српска, prof Elisabeth Sándor - Szalay, *Мађарска*, доц. др Нивес
Мазур Кумрић, *Белгија*, доц. др Драган Гоцевски, *Република Македонија*

Секретар редакције

Мр Душко Челић

Технички уредник

Младен Тодоровић

Дизајн корица

Кварк, Краљево

Штампа

Кварк, Краљево

Тираж:

100 примерака

ISBN 978-86-6083-042-7

ISSN 0354-6543

**Штампање овог Зборника помогло је Министарство просвете,
науке и технолошког развоја Републике Србије**

ПРЕДГОВОР

Људска права чине нераздвојан део људског бића и, у појединим категоријама, неотуђиво трају током целог живота. Упоредо с тим, људска права су човека учинила субјектом међународног права и служе као моћан инструмент за заштиту појединца у државама у којима је заштита елементарних права свакако загарантована. Иако се идеје о ограничењу власти и људским правима и једнакости људи, појављују још у античком свету и првим правним споменицима, ова тема остаје вечито "млада" и изазовна као предмет правних, политиколошких, филозофских, социолошких, економских и других истраживања. Савремена цивилизација и државе почивају на поштовању, заштити и унапређењу људских права. Посебну димензију и значај, људска права попримају у постконфликтним друштвима, у којима су социјални односи оптерећени недавним потресима и сукобима, и латентним ризицима да се они понове. Примена људских права у доброј мери подлеже утицајима политике, што у нормативном смислу не утиче на међународноправну природу људских права, већ на степен примене и поштовања људских права.

Поштовање минимума људских права у Србији представља једину гаранцију да ће наше друштво учинити неопходан цивилизацијски корак напред. Сарадња на нивоу држава у сфери заштите људских права од фундаменталне је важности за функционисање и опстанак међународне заједнице. Међународни уговори о људским правима обавезују државе чланице да остваре резултат, односно заштите људска права, при чему су оне слободне да изаберу начин испуњења своје међународне обавезе. У Републици Србији је створен одговарајући нормативан оквир, којим се јемчи вршење и поштовање људских права свим особама које потпадају под надлежност домаћих органа. Циљ организатора научног скупа је да допринесе научној расправи о достигнућима у остваривању људских права, али и тешкоћама, могућностима њиховог превазилажења, као и да допринесе унапређењу људских права, како у нормативи, тако и у примени.

На Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици 23. јуна 2016. године, поводом обележавања 55. година постојања и рада одржава се научна конференција са међународним учешћем на тему: „ЉУДСКА ПРАВА ИЗМЕЂУ ИДЕАЛА И ИЗАЗОВА САДАШЊОСТИ“. Правни ствараоци

су, са различитих аспеката, обрадили људска права која су инкорпорисана у значајне међународне и националне акте као средство за остваривање корективне правде. У циљу потпуног и детаљног сагледавања стања у области људских права аутори су имали могућност да изнесу своје ставове и закључке, са потребним степеном стручне и научне аргументације.

Публикација која је пред вама представља Зборник радова који су саопштени на овој конференцији. Велики број научних посленика из Русије, Републике Македоније, Црне Горе, Републике Српске и Србије послао је своје радове који су публиковани у тематском Зборнику радова.

Рецензирани радови су распоређени у шест целина: Грађанскоправна област, Привредноправна област, Правноекономска област, Теоријскоправна и историјскоправна област, Кривичноправна област и Уставноправна и управноправна област. Публикацију о људским правима предајемо на суд правничкој и стручној јавности.

УРЕДНИК

САДРЖАЈ

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Гордана Станковић, др Милена Трговчевић Прокић ПРАВО НА НЕЗАВИСАН И НЕПРИСТРАСАН СУД У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ	111
Др Невена Петрушић ПОСТУПАК ЗА КОЛЕКТИВНУ ЗАШТИТУ ПРАВА У БУГАРСКОМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ	1
Др Крвавац Марија ПРАВА КОЈА СЕ ПРИЗНАЈУ СТРАНЦИМА У ВЕЗИ СА ОДРЕЂЕНИМ ГРАЂАНСКОПРАВНИМ ОДНОСОМ	1
Др Олга Јовић – Прлаиновић, др Јелена Беловић ВРЕДНОСТ КОНВЕНЦИЈЕ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА О ПРАВИМА ДЕТЕТА И ЊЕН ДОМАШАЈ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ	1
Др Зоран Ђирић, Милена Ђирић МЕДИЦИНСКА ВЕШТАЧЕЊА ВИДОВА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ У СЛУЧАЈЕВИМА ЕКОЛОШКИХ АКЦИДЕНАТА	1
Др Урош Новаковић СМЕРНИЦЕ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА ЗА АЛТЕРНАТИВНУ БРИГУ О ДЕЦИ	1
Др Тања Китановић ПОРОДИЧНОПРАВНИ СТАТУС УСВОЈЕНИКА КРОЗ ИСТОРИЈУ И ДАНАС	1
Мр Душко Челић ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ КАО СРЕДСТВО КРШЕЊА ПРАВА НА МИРНО УЖИВАЊЕ ИМОВИНЕ	1

Др Новак Крстић
УРАЧУНАВАЊЕ ПОКЛОНА И ИСПОРУКА У ЗАКОНСКИ
НАСЛЕДНИ ДЕО И У НУЖНИ ДЕО,КАО ИНСТРУМЕНТИ
ЗАШТИТЕ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО 111

Анђелија Тасић
ДОМЕТИ ДЕКЛАРАТИВНЕ ЗАШТИТЕ ИЛИ ДА ЛИ ЈЕ
ДОПУШТЕНА ТУЖБА ЗА НЕГАТИВНО УТВРЂЕЊЕ
ПОВРЕДЕ ПРАВА ЛИЧНОСТИ? 1

Слобода Мидоровић, Иван Милић
ИЗАЗОВИ ПРАВА КУЛТУРНИХ ДОБАРА
У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 1

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Урош Здравковић
ТРГОВИНСКЕ САНКЦИЈЕ У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ
ЉУДСКИХ ПРАВА 1

Гордана Дамјановић, др Видоје Спасић
ПАТЕНТИРАЊЕ ЉУДСКОГ ГЕНЕТСКОГ МАТЕРИЈАЛА 1

ПРАВНО – ЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

Др Љубомир Митровић, Александра Митровић
РЕШАВАЊЕ ЕКОЛОШКИХ ПРОБЛЕМА СА СТАНОВИШТА
ОСТВАРИВАЊА СОЦИЈАЛНО-ЕКОНОМСКЕ ПРАВДЕ 1

Мр Сузана Димић
ПРАВО ПОРЕСКИХ ОБВЕЗНИКА НА ПОВЕРЉИВОСТ
ПОРЕСКИХ ПОДАТАКА ПРЕД ИЗАЗОВИМА
МЕЂУНАРОДНЕ РАЗМЕНЕ ПОРЕСКИХ ИНФОРМАЦИЈА 1

Мр Славка Митровић
ПРАВЕДНИЈЕ МЕРЕЊЕ ДРУШТВЕНОГ БОГАСТВА РАДИ
ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА 1

ТЕОРИЈСКОПРАВНА И ИСТОРИЈСКОПРАВНА ОБЛАСТ

- Др Саша Бован**
ФУНДАМЕНТАЛНЕ ТЕКОВИНЕ ЕВРОПСКОГ ПРАВА
ЉУДСКИХ ПРАВА 1
- Др Дарко Симовић**
НАЧЕЛО СВЕТОВНОСТИ ДРЖАВЕ И ОСТВАРИВАЊЕ
СЛОБОДЕ ВЕРОИСПОВЕСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 1
- Др Петар Анђелковић, Радица Недељковић**
ИНДИВИДУАЛНА И (ИЛИ), КОЛЕКТИВНА ЉУДСКА
ПРАВА У ГЛОБАЛИЗИРАЈУЋЕМ ДРУШТВУ 1
- Др Радомир Зекавица**
ДРУШТВЕНИ УТИЦАЈ И ЗНАЧАЈ ИДЕЈА У ИСТОРИЈИ
С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ИДЕЈУ ЉУДСКИХ ПРАВА 1
- Др Наташа Деретић**
КОНСТИТУТИВНИ ЕЛЕМЕНТИ АТИНСКОГ
БРАКА-*ENGHYESIS* и *SYNOIKEIN* У КОНТЕКСТУ
САВРЕМЕНИХ ПОРОДИЧНИХ ОДНОСА 1
- Др Драгана Ћорић**
КОЛИКО СЛОБОДЕ ЈЕ ДОВОЉНО? 1
- Др Сава Аксић**
ДРУШТВЕНА ОСНОВА И СУШТИНА ТЕОРИЈЕ
СКАНДИНАВСКОГ ПРАВНОГ РЕАЛИЗМА 1

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

- Др Војислав Ђурђић**
СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА - форма
за изрицање правде или решавање спора странака? 1
- Др Драган Јовашевић**
ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА У СВЕТЛУ
ИНСТИТУТА КРАЉЕ НУЖДЕ 1

Др Владимир В. Вековић РЕФОРМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА У СВЕТЛУ ПРЕГОВОРА О ПРИСТУПАЊУ СРБИЈЕ ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ	1
Др Саша Кнежевић ОТКЛАЊАЊЕ ПОСЛЕДИЦА НЕОСНОВАНО ПРИМЕЊЕНЕ КРИВИЧНЕ РЕПРЕСИЈЕ КАО ИМПЕРАТИВ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА	1
Др Миомира Костић, др Дарко Димовски ОПШТА ВИКТИМОЛОГИЈА И ЖРТВЕ ЕЛЕМЕНТАРНИХ НЕПОГОДА	1
Др Андреј Антонов ПОСТКОНФЛИКТНЕ КРИВИЧНЕ ИСТРАГЕ СПРОВОЂЕНЕ ОД СТРАНЕ МЕЂУНАРОДНИХ СТРУЧЊАКА НА КОСОВУ. СТАНДАРДИ ЉУДСКИХ ПРАВА НАСУПРОТ РЕАЛНОСТИ	1
Др Горан Јованић, мр Љепосава Илијић УГРОЖАВАЊЕ ЗДРАВЉА ОСУЂЕНИХ ЛИЦА	1
Др Жељко Никач, мр Бобан Симић, Никола Аритонов КОНЦЕПТ ПОЛИЦИЈЕ У ЗАЈЕДНИЦИ У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА И ГРАЂАНСКИХ СЛОБОДА	1
Артјом Селњиков РЕГУЛИСАЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА СТВАРАЊЕ ОРГАНИЗОВАНИХ КРИМИНАЛНИХ ГРУПА (БАНДИ) У РУСИЈИ: ПРОШЛОСТ, САДАШЊОСТ И БУДУЋНОСТ	1
Иван Илић ПРАВО НА ПРЕТПОСТАВКУ НЕВИНОСТИ ОКРИВЉЕНОГ – ИЗМЕЂУ НОРМАТИВНОГ И СТВАРНОГ	1
Марија Маљковић, Др Милица Ковачевић МОГУЋНОСТ УНАПРЕЂЕЊА ЉУДСКИХ ПРАВА КРОЗ КОНЦЕПТ РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ	1

Мирјана Ђукић

УСКЛАЂЕНОСТ НАЦИОНАЛНИХ СА МЕЂУНАРОДНИМ
СТАНДАРДИМА У ДОМЕНУ ПРАВА НА ПРАВИЧНО
СУЂЕЊЕ, СА ОСВРТОМ НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ
РОКУ (КРИВИЧНОПРАВНИ АСПЕКТ)

1

Марија Јанковић

КУЋНИ ЗАТВОР

1

УСТАВНОПРАВНА И УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Владан Михајловић, мр Бојан Бојанић

НАСТАНАК И РАЗВИТАК ЉУДСКИХ ПРАВА И
СЛОБОДА У ПОЛИТИЧКОЈ И ПРАВНОЈ ПРАКСИ
МОДЕРНЕ ГРАЂАНСКЕ ДРЖАВЕ

1

**Академик проф. др Миодраг Н. Симовић,
др Владимир Симовић, др Марина Симовић**
КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И
ОСНОВНИХ СЛОБОДА У ПРАКСИ УСТАВНОГ
СУДА БиХ: НАЈНОВИЈА ПРАКСА У КРИВИЧНИМ
ПРЕДМЕТИМА

1

Др Љубиша Дабић

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДРЖАВНЕ РЕВИЗОРСКЕ
ИНСТИТУЦИЈЕ (у праву државне ревизије јавног
сектора Републике Србије)

1

Др Драган Батавељић, Академик проф. др Митар Лутовац

НЕПОШТОВАЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА НА КРАЈУ
XX И НА ПОЧЕТКУ XXI ВЕКА

1

**Др Борче Давитковски, др Ана Павловска-Данева,
др Ивана Шумановска-Спасовска, др Елена Давитковска**
ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА
ЗАГАРАНТОВАНИХ УСТАВОМ У УПРАВНО-СУДСКОМ
ПРОЦЕСУ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ

1

Др Милан Петровић, Милош Прица УПРАВНИ УГОВОР КАО ПРОБЛЕМ ПРАВНЕ НАУКЕ И ПОЗИТИВНОГ ПРАВА	1
Др Тина Пржеска THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA ЗАШТИТА ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ	1
Др Радоје Брковић, Александар Антић ЗАШТИТА ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ЗАПОСЛЕНИХ	1
Др Горан Обрадовић ОСНОВНЕ ОДЛИКЕ РАДНОПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ПОКРАЈИНСКИХ И ЛОКАЛНИХ СЛУЖБЕНИКА	1
Др Весна Симовић-Звицер ПРИМЈЕНА НАЧЕЛА ТРИПАРТИЗМА У КРЕИРАЊУ РАДНО-ПРАВНИХ ПРОПИСА У ЦРНОЈ ГОРИ	1
Др Дејан Мирковић МЕЂУНАРОДНО ПРАВО, ЉУДСКА ПРАВА И УНИВЕРЗАЛНА НАДЛЕЖНОСТ	1
Ирена Божић ЖИВОТНА СРЕДИНА-ПРАВО И ЗАШТИТА	1
Невена Петровић ПРАВНА СРЕДСТВА ЗАШТИТЕ ПРАВА СТРАНАКА У УПРАВНОМ СПОРУ- КОРАК НАПРЕД ИЛИ НАЗАД ДВА	1
Милица Соврлић ДЕЈСТВО КЛАУЗУЛЕ ЗАДРЖАВАЊА НА РАДНО АНГАЖОВАЊЕ ПРОФЕСИОНАЛНИХ СПОРТИСТА	1

ГРАЂАНСКОПРАВНА
ОБЛАСТ

Др Гордана Станковић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Др Милена Трговчевић – Прокић
Судија Првог основног суда у Београду

ПРАВО НА НЕЗАВИСАН И НЕПРИСТРАСАН СУД У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Анстракт:

У извршном судском поступку у коме се принудним путем реализују грађанска субјективна права која су призната и утврђена у поступку правне заштите и пружа провизорна правна заштита гарантује се право на независан и непристрасан суд као компонента права на правично суђење. Овај правни стандард законодавац је операционализовао и кроз институте искључења и изузећа судије и јавног извршитеља који у извршним правним стварима у оквиру своје надлежности предвиђене законом одређују и спроводе извршење и поступају у поступку обезбеђења.

Кључне речи: *извршни поступак, право на независан и непристрасан суд, искључење и изузеће.*

1. Уводне напомене

1.1. Новим Законом о извршењу и обезбеђењу (2015)¹ настављена је реформа извршног судског поступка која је започета претходним законом да би се отклонила дисфункционалност система извршне процедуре и елиминисале уочене препреке у сфери извршења које нису последица само неадекватних нормативних решења већ и уочених недостатака у пракси. Нови ЗИО (2015) је, пре свега, реорганизовао и редизајнирао извршни поступак успостављен претходним Законом о извршењу и обезбеђењу из 2011.² иако није променио правну природу извршне процедуре. Извршни поступак је и даље грађански судски поступак, а извршење у домену грађанскоправних односа је и даље један од прерогатива државе јер представља вршење судске власти. Нови ЗИО (2015) укинуо је раздвојеност

¹ „Службени гласник РС“, број 106 од 21.децембра 2015. године, у даљем тексту ЗИО (2015).

² „Службени гласник РС“, број 31/11, 99/11 – др. закон, 109/13 – УС и 55/14, у даљем тексту ЗИО (2011).

Проф. др Гордана Станковић, др Милена Трговчевић - Прокић

поступка одређивања и спровођења извршења и паралелни систем спровођења извршења. Спровођење извршења, као једна од етапа у систему егзекуцијске правне заштите која се наставља по одређивању извршења и у којој се предузимају радње којима се факта саображавају праву, највећим делом је лоцирано ван суда и поверено професионалним, јавним извршитељима, који су, пошто су испунили законске услове за обављање јавноизвршитељске делатности, добили дозволу од Министарства правде да поступају у извршним правним стварима, и који, као припадници приватне правосудне професије, накнаду и награду за свој рад добијају од странака тако да су финансијски независни од државе. Поверавањем спровођења извршења професионалним извршитељима у највећем броју извршних правних ствари извршена је дејудицијализација судске извршне функције у грађанском судском поступку да би се убрзало пружања тражене правне заштите и њено одвијање у разумном року, без обзира што сама дејудицијализација извршне процедуре аутоматски не гарантује ни њену ефикасност, ни њену економичност.³

Иако је задржао мешовити систем у погледу одређивања извршења, у коме примарну улогу има суд, који одређује извршење на основу извршних и веродостојних исправа, а само изузетно јавни извршитељ и то када се ради о намирењу новчаних потраживања из комуналних и сличних услуга, законодавац је извршио нову расподелу надлежности између суда и јавног извршитеља у поступку спровођења извршења, у коме доминира јавни извршитељ. Пошао је од тога да у судском систему извршења одговорност за одређивање извршења за извршне и веродостојне исправе и даље треба да припада суду јер се ради о принудном извршењу, као и да је за вршење судске функције потребно стручно судијско знање. Суд је и даље главни орган извршног поступка који одлучује о одређивању извршења и у највећем броју случајева одређује методе извршења и спроводи извршење у извршним стварима из своје искључиве надлежности. За разлику од ЗИО (2011), у новом систему извршне процедуре, судско спровођење извршење није више

³ За постсоцијалистичко друштво у транзиционој фази карактеристичан је тренд поскупљења пружања правне заштите и правних услуга. Поред повећања судских такси које треба да омогуће бољи финансијски положај судства и спрече велики прилив судских предмета и повећано обраћање суду и честих повећања адвокатских тарифа за пружене услуге, законодавац је омогућио даље поскупљење правних услуга увођењем професионалних извршитеља и јавних бележника. Поскупљење правних услуга у друштву у коме се повећава сиромаштво доводи до тога да многи појединци, и поред тога што се у одређеној мери фаворизује посредовање (медијација) као метод правне заштите, одустају да траже правну заштиту или се трошкови пружања правних услуга преваљују на државу која гарантује бесплатну правну помоћ за најсиромашније грађане и правна лица.

алтернатива извршењу које спроводи професионални извршитељ⁴ јер извршни поверилац не може више да бира да ли ће извршење спроводити суд или професионални извршитељ. Осим тога, нови ЗИО (2015) преименовао је професионалне (приватне) извршитеље у јавне извршитеље⁵ и донео нова законска решења у домену функционалног извршног процесног права. Преуредио је основне одредбе поступка које се односе на поступак извршења и обезбеђења, редизајнирао је поједине институте извршне процедуре, поново увео институте које није познавао претходни закон или који су били елиминисани из претходног процесног система, на нов начин регулисао систем правних лекова, преуредио поједина решења у поступку спровођења извршења, посебно регулисао поступак за намирење новчаног потраживања из комуналних и других сличних услуга.⁶

1.2. С обзиром да је реорганизацијом система извршења извршена дејудуцијализација судске функције и да су јавни извршитељи добили третман помоћних судских органа у извршним правним стварима у којима суд одређује извршење а они га спроводе али и да самостално одлучују у извршним правним стварима које се тичу наплате новчаних потраживања из комуналних и сличних услуга, у одредбама ЗИО (2015) измењене су и предвиђене нове одредбе које се односе на институт искључења и изузећа у поступку извршења и обезбеђења да би се обезбедила независност и непристрасност органа који спроводе поступак извршења и обезбеђења која представља компоненту права на правично суђење.

2. Независност и непристрасност

2.1. Независност судије⁷ и јавног извршитеља у одлучивању у поступку извршења представља вршење судске функције у оквирима

⁴ Овакво законско решење било је последица постепене реформе извршне процедуре, увођења професионализације у домену извршења, настојања законодавца да се афирмише нова правосудна професија и елиминишу потенцијални технички проблеми због почетних слабости у успостављању мреже професионалних извршитеља.

⁵ Преименовањем професионалних (приватних) извршитеља у јавне извршитеље законодавац је отклонио досадашњу термилошку забуну јер су и судски извршитељи и приватни извршитељи учествовали у спровођењу извршења. Преименовањем професионалних извршитеља законодавац је успоставио јасну разлику између судских извршитеља, као лица која су запослена у суду, и јавних извршитеља, који као припадници приватне правосудне професије, имају и врше јавна овлашћења у правосудном сектору.

⁶ О новим решењима у ЗИО (2015) детаљно: Г. Станковић – *Закон о извршењу и обезбеђењу*, Службени гласник, Београд, 2016.

⁷ Видети и: Г. Станковић – Љ. Мандић – *Организационо грађанско процесно право*, К. Митровица, 2013, стр. 26.

важећег права. И суд и јавни извршитељи у вршењу судске власти искључиво су везани законским и другим прописима. Извршни поступак спроводе по правилима извршне судске процедуре квалификоване судије и квалификовани јавни извршитељи,⁸ објективни и непристрасни, који своју функцију врше стално. Поред супстанцијалне независности судија и јавних извршитеља, која се остварује кроз законитост, објективност и непристрасност у суђењу и поступању, правилима организационог процесног права предвиђена је и њихова лична независност.

2.2. Непристрасност и објективност у суђењу и поступању могу да угрозе разни недопуштени утицаји и притисци којима су судија и јавни извршитељ изложени, али и њихова одређена својства иако су иначе способни за вршење судске одн. јавноизвршитељске функције. Кад постоје околности које изазивају сумњу или подозрење у објективност и непристрасност у одлучивању и спровођењу извршења, и судија и јавни извршитељ могу да буду одстрањени од вршења судске функције у конкретном случају. Из тог разлога у одредбама ЗИО (2015) предвиђене су и две посебне процесне институције – искључење и изузеће, којима се у домену процедуре остварују објективност и непристрасност и на тај начин остварује право на правично суђење.

3. Искључење и изузеће

3.1. Искључење и изузеће и у извршном поступку, као и у парничном поступку, треба да омогуће да и у овом поступку правне заштите поступају потпуно квалификоване судије и јавни извршитељи, објективни и непристрасни. Ове процесне институције постоје у процесноправном систему ради остваривања одређених правнополитичких и правотехничких циљева. Оне и у извршном поступку треба да обезбеде законитост, независност, објективност и непристрасност у суђењу и поступању, исправност и незаинтересованост у свим оним конкретним случајевима кад постоји сумња у моралну или материјалну заинтересованост носилаца судске власти. Ове процесне установе треба да омогуће остваривање одређених људских права и одређених стандарда правне заштите у складу са Европском конвенцијом о заштити људских права – право на правично суђење, објективност у поступању и спречавање сукоба интереса.

Искључење и изузеће у поступку треба да остваре поливалентне циљеве: да сачувају ауторитет и углед суда у друштву, да обезбеде и сачувају

⁸ То је један од разлога што је одредбама ЗИО (2015) предвиђена ретроактивна дужност јавних извршитеља који немају положен правосудни испит да га положи да би могли и даље да врше своју јавноизвршитељску функцију. Незамисливо је да судску власт врше припадници правосудне професије који немају исте квалификације као и судије.

поверење грађана у судство и исправност судског рада, да отклоне сумње странака у рад суда, судија и јавних извршитеља, да заштите интересе странака, да спрече унутрашње конфликте и дилеме код самог судије и јавног извршитеља између дужности и осећања и личних интереса.

3.2. Одредбама ЗИО (2015) предвиђена су нова и побољшана су, у одређеној мери, нормативна решења која се тичу искључења и изузећа у односу на претходна законска решења иако нису у потпуности елиминисане све дилеме и проблеми који могу да се јаве у пракси.⁹

4. Искључење и изузеће судије

4.1. Судија је искључен од поступања у конкретној извршној правној ствари ако постоји неки од разлога који самим својим постојањем, према општим мерилима, изазива сумњу у непристрасност судије. Судија не може да одреди извршење ако постоје околности које изазивају његову материјалну, моралну или професионалну заинтересованост и он мора да буде искључен од поступања у конкретној правној ствари. Судија треба да буде изузет кад постоје околности које доводе у сумњу његову непристрасност.

4.2. Треба приметити да рубрум испред одредбе члана 13. ЗИО (2015) гласи „Изузеће судије“ иако су искључење и изузеће два различита института¹⁰ којима се обезбеђује објективност и непристрасност у одлучивању и спровођењу извршења. Законодавац је, вероватно, сматрао да у извршном поступку неће бити потребе за искључењем судије јер је сам судија дужан да се по службеној дужности искључи од поступања уколико постоји разлог за искључење а да ће странка тражити његово изузеће само ако посумња у његову објективност. Чим постоје разлози за искључење, судија је дужан да прекине сваки рад на том предмету и да о постојању разлога за искључење обавести председника суда који ће донети решење да је конкретни судија искључен и одредити другог судију који ће поступати. С обзиром да постоји могућност да решење о одређивању извршења припреми судијски помоћник, а да решење потпише судија који би требало да буде искључен, у пракси могу да настану случајеви да је поступао судија који је по самом закону искључен. Међутим, и странке могу да упозоре суд да постоје разлози за искључење, уколико су јој познати, и да траже искључење конкретног судије. Уколико би поступао искључени судија то би

⁹ О недостацима у погледу нормативног регулесања института искућења одн. изузећа у ЗИО (2011) видети: Г. Станковић – В. Боранијашевић – *Извршно процесно право*, Косовска Митровица, 2012, стр. 47.

¹⁰ Детаљно о томе: Г. Станковић – *Грађанско процесно право*, свеска прва, *Парнично процесно право*, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 86

представљало повреду функционалних људских права¹¹ која су предвиђена и Европском конвенцијом о људским правима – права на суд установљен у складу са законом и права на непристрасни суд.¹²

4.3. До искључења и изузећа судије може да дође и у поступку извршења и у поступку обезбеђења.

ЗИО (2015) није посебно предвидео разлоге за искључење и изузеће судије јер се у том погледу сходно примењују правила парничне процедуре.¹³ У законском тексту су одредбом члана 13. ЗИО (2015) само парцијално регулисани поступак искључења и изузећа тако што су предвиђена само правила која представљају одступање од правила из Закона о парничном поступку (2011) те се и у том погледу сходно примењују правила парничног поступка која се односе на садржину предлога за искључење и изузеће, његову допуштеност и сам поступак одлучивања о захтеву за искључење одн. изузеће.

4.4. Законодавац је одредбом члана 13. ЗИО (2015) предвидео кад се може тражити искључење одн. изузеће судије с обзиром на расподелу надлежности у погледу одређивања и спровођења извршења између суда и јавног извршитеља као последице извршене дејудикализације одн. с обзиром на правило о искључивој надлежности суда да одређује извршење на основу извршне и веродостојне исправе и да само у одређеним извршним правним стварима спроводи извршење.

Кад извршење одређује и спроводи суд, као и кад одређено обезбеђење спроводи суд, искључење и изузеће судије може да се захтева до окончања поступка извршења, односно поступка обезбеђења. Овакво законско решење је природна последица настојања законодавца да обезбеди законито и правично суђење и у првостепеном и у другостепеном поступку. Из тог разлога предлог за искључење одн. изузеће судије другостепеног суда странка може да захтева у правном леку или у одговору на правни лек уколико је предвиђено да се правни лек доставља на одговор.

Кад извршење одређује суд а спроводи га јавни извршитељ, искључење или изузеће судије може да се захтева док не истекне рок за доношење решења о жалби против решења донетог о предлогу за извршење

¹¹ Видети: Шорогић против Србије – 34973-06.

¹² Учествовање искљученог судије представља процесну повреду поступка која има битни значај и представља разлог за изјављивање правног лека. Ову повреду не може валидирати ни правноснажност решења о извршењу. Међутим, законодавац је изричито искључио могућност изјављивања ревизије и предлога за понављање поступка. Због повреде овог функционалног људског права странка има право да се обрати Уставном суду и Европском суду.

¹³ Детаљно о томе: Г. Станковић – *Грађанско процесно право*, свеска прва, *Парнично процесно право*, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 86.

на основу извршне исправе или рок за приговор или жалбу у поступку одлучивања о законитости и правилности решења о извршењу на основу веродостојне исправе. У истом року може да се захтева искључење одн. изузеће и кад одређену меру обезбеђења спроводи јавни извршитељ.

4.5. Странке у поступку извршења могу да сазнају за личност судије који поступа у конкретној правној ствари тек кад им буде достављено решење којим је суд одбацио предлог за извршење, одбио предлог за извршење или је одредио извршење решењем о извршењу. Изузетно, извршни поверилац може да затражи искључење одн. изузеће симултано са предлогом за извршење уколико му је познат судија који ће поступати у поступку извршења, а то је могућно само ако се ради о суду у неком мањем месту.¹⁴

4.6. Уколико је предлог за изузеће недопуштен, у складу са правилом о сходној примени правила парничног поступка, предлог одбацује сам извршни судија.

О предлогу за искључење и изузеће одлучује председник суда. Он је дужан да одлуку о захтеву за искључење одн. изузеће судије донесе у року од пет дана од дана пријема предлога.

4.7. Против решења којим се усваја захтев за искључење одн. изузеће није допуштен приговор јер странка нема ни разлога, ни правног интереса да поступа необјективан и непристрасан судија. Против решења о одбацивању предлога¹⁵ или решења о одбијању захтева за искључење или изузеће судије дозвољен је приговор.

Приговор против решења о одбијању захтева за искључење или изузеће судије је специфичан правни лек јер се изјављује против одлуке коју је донео председник суда. Ово решење није извршна процесна радња већ акт судске управе.¹⁶ Одредбом члана 13. став 4. ЗИО (2015) изричито је допуштен приговор, као правни лек. Према одредби члана 24. став 2. ЗИО (2015),

¹⁴ Видети: Г. Станковић – В. Боранијашевић – *Извршно процесно право*, Косовска Митровица, 2012, стр. 48.

¹⁵ У законском тексту погрешно стоји да суд одбацује захтев за искључење или изузеће јер се у тексту не прави разлика између предлога, као процесне радње, и захтева, као елемента садржине предлога. Законодавац је превидео да се одбацује предлог, пошто представља недопуштenu радњу, јер нису испуњене процесне претпоставке, а да се одбија захтев ако се о њему мериторно одлучује. Председник суда ће одбацити предлог уколико је он неблаговремен, непотпун или недопуштен. Предлог је недопуштен ако је о њему већ једном одлучивано, ако у предлогу није био наведен законски разлог за искључење одн. изузеће, ако се захтевало искључење или изузеће судије који не поступа у тој извршној правној ствари и ако се захтевало искључење одн. изузеће председника суда који у тој извршној правној ствари није поступао као извршни судија.

¹⁶ Из тог разлога се у парничном поступку решење којим се одбија захтев за изузеће може побијати само у жалби против коначне одлуке.

приговор се подноси против решења првостепеног суда. Приговор се, према одредби члана 25. став. 1. ЗИО (2015) изјављује у року од осам дана.

У погледу поступка по приговору на решење којим је одбачен предлог или одбијен захтев за искључење одн. изузеће у одредбама ЗИО (2015) постоји правна празнина. Законодавац је регулисао поступак по жалби против осталих решења суда, али не и поступак по приговору на решење. Пошто о жалби против решења одлучује другостепени суд, требало би, према аналогији, да и о приговору на решење председника суда одлучује другостепени суд у поступку у коме се сходно примењују одредбе о жалби против решења о извршењу. Против решења другостепеног суда о приговору жалба није дозвољена.

4.8. Да би се спречило шиканозно поступање и евентуална злоупотреба института искључења или изузећа на тражење странке и омогућило развијање поступка у разумном року, одредбама ЗИО (2015) изричито је предвиђено да захтев за искључење или изузеће судије не одлаже извршење или обезбеђење.

5. Изузеће и искључење судског извршитеља и судијског помоћника

5.1. Одредбом члана 12. став 3. ЗИО (2015) изричито је предвиђено да поједине судске радње у извршном поступку може предузимати судијски помоћник иако он није део судске власти нити може вршити судску функцију. Уколико судијски помоћник предузима поједину судску радњу у поступку под контролом извршног судије, неопходно је да и сам судијски помоћник буде непристрасан и да се искључи од њеног предузимања уколико постоје разлози за његово искључење јер и за њега важе иста правила која важе за искључење судије. Међутим, странка у поступку није у позицији да сазна кад је поступао судијски помоћник те неће бити у позицији да захтева ни његово искључење, ни његово изузеће.

5.2. ЗИО (2015), као и ЗИО (2011) изричито предвиђа да странке у поступку немају право да захтевају изузеће судског извршитеља. По природи ствари, кад постоји разлог за искључење судског извршитеља, извршни судија ће одредити да уместо њега поступа или други судски извршитељ или судијски помоћник.

6. Искључење и изузеће јавног извршитеља

6.1. За разлику од ЗИО (2011), који није предвиђао могућност да професионални извршитељ буде искључен или изузет,¹⁷ нови ЗИО (2015) то изричито предвиђа и регулише разлоге и поступак за искључење и изузеће јавног извршитеља.

Изузеће приватног извршитеља према одредбама ЗИО (2011) није било допуштено ни у посебном поступку извршења ради намирења новчаних потраживања по основу комуналних и сличних услуга иако је приватни извршитељ у овом поступку вршио судску функцију одлучивањем о постојању потраживања и одређивањем да се извршење спроведе. С обзиром да су функцију приватних извршитеља у појединим ситуацијама обављале и некадашње судије које у току (неуспеле) реформе правосуђа нису биле изабране на судијску функцију или судије које после првог избора нису изабране за сталне судије, у пракси се могло догодити да се у улози приватног извршитеља нађе судија који је донео одлуку која представља извршну исправу.¹⁸

6.2. Јавни извршитељ је спречен да поступа уколико постоје разлози који према општим мерилима доводе у питање његову објективност. Случај правне спречености јавног извршитеља постоји уколико постоје разлози за његово искључење или изузеће од поступања у конкретној правној ствари.

Разлози који доводе у питање објективност и непристрасност јавног извршитеља предвиђени су у одредби члана 495. ЗИО (2015). Међутим, и рубрум испред одредбе члана 495. ЗИО (2015) носи наслов „Разлози за изузеће јавног извршитеља“ иако су у овој одредби предвиђени и разлози за искључење и разлози за изузеће јавног извршитеља.

6.3. Према одредби члана 495. став 1. ЗИО (2015), јавни извршитељ је дужан да се искључи ако се у поступку извршења непосредно или посредно

¹⁷ Изузеће и искључење нису били дозвољени ни у поступку за намирење новчаног потраживања по основу комуналних и сличних услуга иако професионални извршитељ у том поступку мериторним одлучивањем врши судску функцију, што је било у супротности са одредбама Европске конвенције за заштиту људских права која гарантује право на правично суђење и по којој правну заштиту може да пружи само непристрасан орган који одлучује о заштити права. Чак и општепозната околност да су функцију приватног извршитеља обављале некадашње судије које у поступку неуспеле реформе правосуђа нису биле поново изабране за сталне судије и да се могло догодити да се у улози приватног извршитеља нађе судија који је донео одлуку која представља извршну исправу, по оцени законодавца није била разлог да предвиди институте искључења и изузећа. О томе: Г. Станковић – В. Боранијашевић – *Извршно процесно право*, Косовска Митровица, 2012, стр. 49.

¹⁸ Видети: Г. Станковић – В. Боранијашевић – *Извршно процесно право*, Косовска Митровица, 2012, стр. 49.

одлучује о његовим правима и обавезама или правима и обавезама његовог супружника или ванбрачног партнера или крвног сродника у правој линији, а у побочној линији до четвртог степена сродства или о правима и обавезама лица са којима је у односу старатеља, усвојитеља, усвојеника или хранитеља, којима је законски заступник и у поступку у коме се одлучује о правима и обавезама правног лица чији је оснивач. Јавни извршитељ је дужан да се искључи из поступка и ако је са странком био у пословном односу¹⁹ поводом кога се спроводи извршење или ако је био заступник или одговорно лице у правном лицу које је странка у поступку. Постојање разлога за искључење је, истовремено, и разлог за његову спреченост да поступа и да врши јавна овлашћења која су му поверена.

6.4. Разлог за спреченост јавног извршитеља може да буде и постојање разлога за изузеће (члан 495. став 3. ЗИО (2015)). Јавни извршитељ је дужан да се изузме и ако постоје друге чињенице које доводе у сумњу његову непристрасност. Разлози за изузеће јавног извршитеља који доводе у сумњу његову непристрасност постоје кад је он заинтересован или би могао да буде заинтересован за конкретну извршну правну ствар. Законодавац је разлоге за изузеће формулисао у виду генералне клаузуле и оставио могућност да се у сваком поједином конкретном случају процењује постојање разлога који изазивају сумњу у непристрасност јавног извршитеља, као што су, на пример, истополна заједница, даљи степен сродства, ванбрачна веза која је престала, интимна веза, непријатељство, чињеница да је јавни извршитељ раније суделовао у поступку у коме је настала извршна исправа (као судија или као адвокат) и сл.

6.5. Према правилима из новог ЗИО (2015) јавни извршитељ може да буде одређен или решењем о извршењу или актом Коморе.²⁰

Уколико се ради о извршењу које одређује суд на основу извршне или веродостојне исправе, месно надлежног јавног извршитеља на предлог извршног повериоца одређује суд решењем о извршењу. Ако се ради о извршењу новчаног потраживања по основу комуналних и сличних услуга које одређује јавни извршитељ, извршни поверилац је дужан, пре но што покрене поступак, да се обрати Комори извршитеља која својим актом одређује месно надлежног јавног извршитеља који треба да поступа у

¹⁹ Треба приметити да формулација „да је са странком био у пословном односу“ не покрива ситуацију која може да настане ако је јавни извршитељ био судија у поступку из кога потиче извршна исправа јер однос судије и странке никако не претставља пословни однос.

²⁰ О томе детаљно: Г. Станковић – М. Трговчевић-Прокић – Одређивање јавног извршитеља, Зборник радова „Примена новог Закона о извршењу и обезбеђењу“, Глосаријум, Београд, 2016, стр. 267.

конкретној извршној правној ствари и коме ће извршни поверилац поднети предлог за извршење.

Зависно од тога да ли је јавни извршитељ одређен у решењу о извршењу или у акту Коморе, зависиће кад ће јавни извршитељ сазнати да постоји разлог за његово искључење или евентуално изузеће као и кад ће странке бити у позицији да траже искључење или изузеће јавног извршитеља.

6.6. Основано се претпоставља да извршни поверилац у предлогу за извршење неће предложити суду да спроведе извршење јавни извршитељ у погледу кога постоје разлози за искључење или изузеће јер му то није у интересу, тако да, по правилу, до искључења или изузећа у поступку извршења може да дође на тражење јавног извршитеља или извршног дужника.

Извршни поверилац може изузетно да дође у позицију да тражи искључење или изузеће јавног извршитеља уколико је дошло до промене јавног извршитеља у току поступка спровођења извршења због спречености одређеног јавног извршитеља да поступа јер су наступили разлози за престанак јавноизвршитељске делатности кад уместо одређеног јавног извршитеља поступа или његов заменик или, ако нема заменика, други јавни извршитељ кога је именовано министар да привремено обавља ову функцију уместо јавног извршитеља чија је делатност престала.²¹

6.7. Кад јавни извршитељ који је одређен решењем о извршењу утврди да постоје разлози за његово искључење дужан је да о томе одмах обавести суд јер предузимање радњи и поред разлога за искључење представља тежу дисциплинску повреду.²²

У одредби члана 69. ЗИО (2015) регулисан је инцидентни поступак који се води због спречености јавног извршитеља да због искључења или изузећа поступа у конкретној извршној правној ствари.

Уколико је јавни извршитељ спречен да прихвати спровођење извршења јер постоје разлози за његово искључење или изузеће, он је дужан да у року од пет дана од пријема решења о извршењу обавести суд о томе. Јавни извршитељ је дужан да у обавештењу које упућује суду наведе разлог своје спречености.

Суд је дужан да примљено обавештење о спречености проследи извршном повериоцу и да га позове да у одређеном року означи другог јавног извршитеља и да га упозори о последицама пропуста да то учини. Уколико извршни поверилац пропусти да у одређеном року изврши накнадни избор, суд доноси одлуку о обустављању извршног поступка.

²¹ Видети одредбу члана 489. ЗИО (2015).

²² Чл. 527. став 1. тачка 8. ЗИО (2015).

Ако извршни поверилац благовремено означи другог јавног извршитеља, суд доноси (допунско) решење којим мења решење о извршењу у погледу именовања јавног извршитеља који је дужан да спроведе извршење.

Против решења којим је измењено решење о извршењу у погледу одређеног јавног извршитеља дозвољен је приговор. Приговор се може изјавити само ако именовани други јавни извршитељ није месно надлежан.

6.7. У пракси може да дође и до промене јавног извршитеља који је одређен актом Коморе кад се ради о комуналним извршним стварима и пред којим је покренут поступак извршења. Промену могу да изазову сам извршни поверилац, извршни дужник и јавни извршитељ.

6.8. Извршни поверилац из акта Коморе јавних извршитеља сазнаје за одређеног јавног извршитеља који треба да поступа и коме треба да буде поднесен предлог за извршење. Уколико у односу на одређеног јавног извршитеља постоји разлог за искључење, извршни поверилац може да се поново обрати Комори са захтевом да она одреди другог јавног извршитеља и да у поднеску наведе разлог за његово искључење. Уколико извршни поверилац сматра да постоји разлог за изузеће, он неће поднети предлог јавном извршитељу кога је одредила Комора и затражиће од ње да се поново одреди други јавни извршитељ. Из тог разлога и Комора јавних извршитеља води евиденцију и о одређеним јавним извршитељима код којих није покренут поступак извршења у циљу равномерног распоређивања извршних предмета другим јавним извршитељима.

6.9. Јавни извршитељ који је одређен актом Коморе да одреди и спроведе извршење и коме је поднет предлог за извршење, дужан је да се искључи или изузме у конкретној комуналној извршној правној ствари уколико постоје разлози за његово искључење или изузеће.

Пропуст јавног извршитеља да се искључи или изузме од поступања упркос постојању разлога за његово искључење или изузеће и предузимање радњи у поступку и поред разлога за искључење (члан 495. став 1. и 2) или донетог решења о изузећу представља тежу дисциплинску повреду.

6.10. Извршни дужник може да захтева искључење или изузеће јавног извршитеља, по природи ствари, од тренутка кад је сазнао за разлог за искључење, а то је најраније од пријема решења о извршењу, па све до окончања извршног поступка.

Извршни дужник може да захтева искључење или изузеће јавног извршитеља уколико је он евентуално пропустио да сам покрене поступак за сопствено искључење или изузеће с обзиром да је за постојање разлога за то био у прилици да сазна знатно пре извршног дужника јер му је решење о извршењу било достављено пре но што је извршни дужник био у прилици да га прими.

6.5. Предлог извршног дужника за изузеће или искључење треба да буде образложен и да уз њега буду приложене одговарајуће исправе као доказ о постојању разлога за искључење или изузеће.²³ О захтеву за искључење или за изузеће одлучује суд решењем у року од пет дана од дана пријема предлога који садржи захтев за изузеће. Суд може да одбаци предлог или да одбије или да усвоји захтев за изузеће одн. искључење. Уколико суд утврди да постоји разлог за искључење одн. изузеће, он ће донети решење којим ће усвојити захтев извршног дужника. Ако усвоји захтев за изузеће јавног извршитеља, суд је дужан да одмах позове извршног повериоца да у року од пет дана означи другог јавног извршитеља, да се поступак не би одуговлачио, и да га упозори да ће у случају да то не учини благовремено поступак извршења бити обустављен.

Против решења о одбацивању предлога или одбијању захтева за изузеће јавног извршитеља дозвољен је приговор.

Да би се превенирале и спречиле злоупотребе процесних овлашћења и омогућило ефикасно одвијање поступка, законодавац је изричито предвидео да истицање захтева за искључење или изузеће јавног извршитеља не одлаже извршење или обезбеђење.

²³ Пошто један од разлога за искључење јавног извршитеља из одредбе члана 495. ЗИО (2015) представља околност да се ради о правима и обавезама његовог ванбрачног партнера постоје одређене тешкоће кад извршни дужник треба да докаже постојање ванбрачног односа јер не постоји још увек дужност да се изврши регистовање овог односа.

Gordana Stanković, LL.D
Full Professor
Milena Trgovčević-Prokić, LL.D
Judge of the Primary Court

THE RIGHT TO INDEPENDENT AND UNBIASED COURT IN THE EXECUTIVE PROCEEDINGS

Summary

In the executive court proceedings in which civil subjective rights are realized by force, these rights having been recognized and established in the procedure of legal protection, and provisional legal protection is provided, the right to independent and unbiased court is guaranteed as a component of the right to a fair trial. The legislator has operationalized this legal standard also through the institutes of exclusion and exemption of the judge and public executor who define and perform the execution and act in the safety procedure in executive legal issues within their authority provided by law.

Др Невена Петрушић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ПОСТУПАК ЗА КОЛЕКТИВНУ ЗАШТИТУ ПРАВА У БУГАРСКОМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ*

Анстракт:

У раду је анализиран поступак за колективну заштиту права Републике Бугарске, који је установљен 2007. год. новим Грађанским процесним кодексом. У уводном делу рада размотрене су ситуације месовних повреда права и дат је преглед различитих модела колективних правозаштитних механизма. Укратко су приказани заједнички европски принципи за колективну заштиту у случајевима масовних повреде права. Централни део рада посвећен је поступку по колективним тужбама Бугарске, који је истражен кроз анализу законских правила и правних ставова бугарских судова. Анализирани су услови за допуштеност колективних тужби и садржина правне заштите која се њима остварује. Размотрена су и начела на којима је поступак заснован и указано на специфичности по којима се овај процесни метод разликује од стандардне бипартидне парничне процедуре.

Кључне речи: *масовне повреде права, колективне тужбе, поступак по колективним тужбама Бугарске.*

1. Увод

Ситуације у којима је множина лица претрпела повреду извршењем истог противправног акта (ситуације масовне повреде права) свакодневна су појава широм света. Продаја неисправних производа, емисија штетних супстанци, непрописно одлагање опасног отпада, неједнако поступање према мањинским групама, масовне саобраћајне несреће, само су део противправних радњи и инциденета који се догађају свакога дана и погађају огроман број људи. Ситуације масовних повреда права често укључују и прекогранични елемент јер се као жртве јављају људи из различитих држава.

* Рад је резултат истраживања на пројекту "Усклађивање права Републике Србије са правом ЕУ", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

Проф. др Невена Петрушић

Искуство је показало да класични механизми намењени индивидуалној заштити права нису прилагођени заштити права у случајевима масовних повреда јер су креирани према моделу типичног грађанскоправног спора који укључује две стране. Њихова примена праћена је бројним потешкоћама које повређена лица демотивишу да као траже индивидуалну судску заштиту: недостају им информације, финансијска средства и време за вођење скупих и дуготрајних судских поступака, страхују од евентуалног губитка парнице, свесни су социјалне и економске моћи који њихови противници имају и сл. С друге стране, пружање индивидуалне правне заштите у случајевима масовних повреде права подразумева покретање стотине истоветних поступака, што је нерационално јер доводи до преоптерећења правосудног апарата и утиче на његову ефикасност.

Све ове околности утицале су да у разним деловима света законодавци трагају за колективним механизмима заштите, који би унапредили приступ правди и одвраћали правне субјекте од незаконитих поступања. У земљама *common law*-а решење је пронађено у механизму класне тужбе (*Class action*), која је усмерена на пружање непосредне и конкретне заштите свим оштећеним лицима која чине класу. У државама континенталног права развијени су различити типови групних тужби (*Group action*, *Mass action*)¹ и представничких тужби (*Representative action*), углавном намењених пружењу апстрактне заштите,² а постоје и модел-поступци за тестирање (*Test-case procedures*), поступци за одузимање профита у случајевима нелојалне конкуренције (*Procedures for skimming off*

¹ Основна разлика између класних (колективних) и групних тужби састоји се у томе што се у поступку по класним тужбама учествују индивидуално недиференцирана лица, док у поступку по групним тужбама у поступку учествује множина индивидуално одређених лица, која имају исте правне претензије.

² Шире, видети: Andrews, N. Multi-party proceedings in England: representative and group actions, 11 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, 249-268 <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=djcil>, приступ 3.4. 2016; Hodges, C. (2011) Current discussions on consumer redress: collective redress and ADR, Annual conference on European consumer law, Trier, 13 october 2011, http://www.csls.ox.ac.uk/documents/1109TrierCOLLECTIVE_REDRRESSANDADR.pdf, приступ 3.4.2016; Dika, M. Postupak za zaštitu kolektivnih interesa i prava, u: *Novela zakona o parničnom postupku iz 2011*. Slovinčić Jerko (ur.), Novi informator, Zagreb, 2011, str. 52-53; Baretić, M. (2009) Individualna i kolektivna zaštita potrošača u hrvatskom pravu, Republika Hrvatska na putu prema europskom pravnom području, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 241–286; Јанићијевић, Д. Решавање тзв. класних спорова у парничном и арбитражном поступку, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2006, бр. 47, стр. 109-122; Zoroska Kamilovska, T., Shterjova, T. Postupci za zaštitu kolektivnih prava i interesa sa osvrtom na stanje u Republici Makedoniji, *Pravo – teorija i praksa Broj 07–09/2014*, str. 42-58.

profits) и слични механизми намењени колективној заштити права³ У неким државама колективни правозаштитни механизми имају дугу традицију, какав је случај са Америком, Канадом, Аустријом, док су у другим државама, као што су Холандија, Шведска, Шпанија, Данска, Бугарска, Хрватска, они релативно нови. Треба напоменути да је правна област колективне заштите у концепцијском и терминолошком смислу још увек нестабилна јер се још увек уобличава и на нормативном и на теоријском плану.

У овом раду истражен је поступак по колективним тужбама Републике Бугарске, којим је установљен 2007. год. са циљем да омогући ефикасну и делотворну заштиту колективних права и интереса. Србији, која је недавно стекла статус кандидата за чланство у ЕУ и обавезала се да своје право хармонизује са правом ЕУ предстоји (поновно) успостављање правног оквира за судску колективну заштиту права, с обзиром да је Уставни суд Републике Србије прогласио неуставним⁴ одредбе Закона о парничном поступку⁵ којима је био регулисан "Поступак за заштиту колективних права и интереса грађана".⁶ Због тога је корисно проучити механизме за које су се определиле државе које су успешно окончале процес придруживања ЕУ. У ред таквих држава спада и Бугарска, која је од 2007. год. пуноправни члан ЕУ, а једна од области у којој је извршила крупне промене јесте управо област колективне заштите права. Ради што бољег сагледавања бугарског механизма колективне заштите, у раду су најпре сумарно изложени принципи јединственог хоризонталног оквира за колективну правну заштиту.

2. Евопски принципи за механизме колективне заштите права

Међу правним системима држава чланица ЕУ постоје велике разлике у погледу метода за пружање колективне заштите. Иако су многе државе ЕУ увеле механизме за колективну заштиту, оцењено је да они не нуде сасвим задовољавајућа решења, посебно за прекограничне случајеве масовних повреда права.⁷ Важан корак у стварању услова за делотворну колективну заштиту у случајевима масовних повреда права *Препорука о заједничким*

³ Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final Report, 2008:6-9).

⁴ Одлука Уставног суда Републике Србије, ИУз-51/2012 од 23. 05. 2013, "Службени гласник РС", бр. 49/2013.

⁵ "Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014.

⁶ О овом поступку, видети: Rakić-Vodinić, V. „Zakon o parničnom postupku Srbije 2011“, Pravni zapisi 2/2011, 557– 567; Petrušić, N. Simonović, D. (2011), Komentar Zakona o parničnom postupku, Glasnik, Beograd, 2011, str. 890-903.

⁷ Overview of existing collective redress schemes in EU Member States, 2011; Voet, 2014: 97-128.

принципима за механизме колективне заштите у погледу остваривања захтева за пропуштање и захтева за обештећење у државама чланицама, који се тичу повреде права гарантованих прописима Уније, коју је Европска комисија усвојила јуна 2013. год.⁸ Овим документом обезбеђен је јединствен хоризонтални оквир за колективну заштиту права на нивоу ЕУ кроз установљавање заједничких европских начела које државе чланице треба да уграде у своје националне системе.⁹

Анализа заједничких принципа утврђених Препоруком показује да је европски приступ у обликовању колективних тужби намањених заштити у ситуацијама масовних повреда права битно различит у односу на амерички модел класне тужбе, за који је оцењено да не одговара европској правној традицији и да пружа исувише широк простор за злоупотребе. Решења садржана у Препоруци резултат су добро избалансираног приступа јер обезбеђују истовремену заштиту права множине лица и спречавање даљег незаконитог поступања. С друге стране, пунуђена решења предупредују подношење спекулативних и очигледно неосновних тужби које имају за циљ нарушавање угледа и репутације туженог, као и друге могуће злоупотребе у остваривању судске заштите.¹⁰

Кад је у питању колективна судска заштита, два су основна процесна механизма чије се увођење препоручује: колективна тужба за пропуштање/забрану (*injunctive collective action*) и колективна тужба за накнаду штете (*compensatory collective action*). Колективна тужба за пропуштање/забрану усмерена је на спречавање, односно престанак недозвољеног поступања, тако да има превентивни карактер. Колективна тужба за накнаду штете омогућава обештећење множине лица повређених истом, што је посебно значајно када постоји велика несразмера између

⁸ *Commission recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU)*, OJ L 201/60, 26/7/2013. skr. "Colective Redress Recommendation". <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=uriserv:OJ.L.2013.201.01.0060.01.ENG>, приступ 3. 4. 2016. У даљем тексту "Препорука" и "Препорука о заједничким принципима за механизме колективне заштите". У чл. 41. Препоруке остављен период од две год. да државе уграде принципе у своје националне системе, с тим што је предвиђено да ће у року од четири године Еврпска комисија размотрити потребу за додатним законодавним мерама.

⁹ Принципи су универзалног карактера јер се односе на заштиту свих права гарантованих законима ЕУ, укључујући права у области заштите потрошача, очувања животне средине, недискриминације и др. С друге стране, она су од значаја како за колективну судску заштиту, тако и за колективну заштиту која се остварује применом вансудских (алтернативних) метода.

¹⁰ Петрушић, Н. Колективна правна заштита: европски приступ, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, 2014, Правни факултет у Нишу, стр. 306.

висине штете и трошкова поступка, која их демотивише да појединачно траже судску заштиту.¹¹

У погледу активне процесне легитимације, основни принцип је да се она признаје само репрезентативним (квалификованим) организацијама, уз могућност да се призна и органима јавне власти.¹² Ради спречавања могућих злоупотреба, препоручено је да се провера овог статуса врши по службеној дужности, у најранијој фази судског поступка, као и да суд буде овлашћен да по службеној дужности одбацује очигледно неосноване тужбе.¹³ Од држава се очекује да својим прописима регулишу минималне услове за организације којима се признаје овлашћење на подношење репрезентативних тужби како би ваљано могла да штити најбољи интерес повређених лица. Ти минимални услови су: деловање на непрофитној основи, непосредна веза између циљева организације и права ради чије заштите тужба подноси, располагање довољним финансијским средствима и људским ресурсима и искуство у правној експертизи.¹⁴¹⁵

Препорука сугерише државама да, као правило, уведу поступак по колективним тужбама обликован по моделу *opt in* поступка, с тим што модел *opt out* поступка могу увести само као изузетак. Кључна разлика између ових модела огледа се у томе што модел *opt in* поступак следи принцип "могућност учешћа", који подразумева да се појединцима пружа могућност укључивања у поступак, док код *opt out* поступка подразумева се да су оштећена лица аутоматски укључена у поступак, осим ако изричито не изјаве супротно (принцип "одјаве")¹⁶

Када је реч о накнади штете („компензацијској одштети”), промовисан је принцип потпуне накнаде. Посебно је важно правило да обештећење које се досуђује физичким и правним лицима не треба да премашује висину обештећења које би било досуђено уколико би била поднета индивидуална тужба. Да би се спречиле злоупотребе, препоручено је

¹¹ Voet, S. European collective redress: a status quaestionis, International Journal of Procedural Law, vol. 4 /01, 2014, p. 128.

¹² Чл. 7. Препоруке.

¹³ Чл. 8. Препоруке.

¹⁴ Одељак II, тач. 3 г.

¹⁵ За стицање статуса репрезентативне организације предвиђена је редовна серификација пред органом јавне власти, али и *ad hoc* серификација, по процедури коју спроводи суд, с тим што репрезентативна организација серификована у било којој држави чланици ЕУ може да се обрати националном суду било које државе, уз могућност да више репрезентативних организација заједнички поднесу колективну тужбу (*multinational collective actions*) - чл. 18. Препоруке.

¹⁶ Шире: Voet, S. op. cit., pp. 97-128; Zoroska Kamilovska, T. Shterjova, T., op. cit. стр. 42-58.

да се искључи могућност осуде туженог на исплату казних обештећења (*punitive damages*), каква постоји у америчком правном систему.¹⁷

Препорука садржи само неколико сугестија у погледу поступка по колективним тужбама: државама је препоручено да нормативно уобличи механизме за колективну заштиту права који ће обезбедити равноправност страна, бити правични, брзи и не превише скупи, а чија ће примена омогућити ефикасно решавање прекограничних спорова насталих у ситуацијама масовних повреда права.¹⁸

Доступност информација о ситуацијама масовних повреда права и поступцима који се поводом њих воде од кључног је значаја за пружање делотворне заштите. Зато је у чл. 10. Препоруке предвиђено да се репрезентативним организацијама и групама лица гарантује широка могућност дистрибуције информације о масовним повредама права, о покренутим поступцима, односно о онима које намеравају да покрену.

Препоруком се предвиђа дужност држава да успоставе национални јавни регистар колективних тужби, који би био доступан свим заинтересованим лицима путем интернета.¹⁹ Није међутим, предвиђено успостављање регистра тужби на европском нивоу, иако је Европски економски и социјални комитет препоручио његово увођење, оцењујући да би такав регистар био од користи у остваривању права.²⁰

Да би се спречиле могуће злоупотребе и сукоб интереса, препоручено је да државе обезбеде потпуну транспарентност у погледу извора финансирања, што подразумева дужност тужиоца да о њима наведе податке.²¹ У погледу накнаде трошкова поступка, препоручена је примена класичног принципа "губитник плаћа",²² као и правила којим је суд овлашћен да обустави поступак ако оцени да тужилац не располаже средствима која су

¹⁷ Тач. 15. Преамбуле Препоруке.

¹⁸ Петрушић, 2014: 308.

¹⁹ Чл. 35-37. Препоруке.

²⁰ Није међутим, предвиђено успостављање регистра тужби на европском нивоу, иако је Европски економски и социјални комитет препоручио његово увођење, оцењујући да би такав регистар био од користи у остваривању права. Видети: Тач. 4.6. *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final*, OJ C 170, p. 68–72 Rapporteur: Mr Frank VON FÜRSTENWERTH.. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_2014.170.01.0068.01.ENG, приступ 3. 4. 2016

²¹ Чл. 14. Препоруке

²² Чл. 13. Препоруке.

доволна да туженом накнади трошкове поступка, за случај да изгуби парницу.²³

Од држава се очекује својим прописима гарантују да адвокатски хонорари и метод нивовог обрачуна не стимулишу покретање судских поступака који нису нужни с аспекта заштите повређених лица.²⁴ Исти циљ има и препорука да државе чланице искључе могућност да се адвокатски хонорари одређују према висини укупног обештећења, а да оне државе у којима таква могућност начелно постоји, пропишу посебна правила о адвокатским хонорарима, која ће демотивисати иницирање непотребних поступака и омогућити да повређена лица добију одговарајуће обештећење.

3. Поступак по колективним тужбама Бугарске

Поступак по колективним тужбама Бугарске регулисан је новим Граѓанским процесним кодексом из 2007. год.,²⁵ којим је Бугарска темелно реформисала своје граѓанско процесно право. Поступак има карактер посебног парничног поступка и регулисан у Глави XXXI ГПК (чл. 379-388).²⁶ Иако је реч о новом поступку, у Бугарској је и пре његовог увођења постојала могућност колективне заштите, у области заштите потрошача.²⁷ и решавања колективних радних спорова, али је ГПК по први пут регулисао посебан поступак за поступање по колективним тужбама. Поступак по колективним тужбама је универзалног карактера јер се примењује за заштиту колективних права и интереса у свим областима, укључујући права потрошача, очување животне средине, заштиту личних података, заштиту од дискриминације и др.

²³ Чл. 15. Препоруке.

²⁴ Чл. 29. Препоруке.

²⁵ Граѓански процесуален кодекс, ДВ, бр. 59 од 20.7.2007, ступио на снагу 1.3.2008. (у даљем тексту: ГПК).

²⁶ Одредбе су груписане у осам целина: Колективна тужба; Подизање тужбе; Испитивање услова за допуштеност тужбе; Припрема предмета за одлучивање; Пријем нових учесника и искључивање учешћа; Одлуке по колективним тужбама; Распређивање обештећења; Генерална скупштина и комитет оштећених лица.

²⁷ Иванова, С. Сравнително правен анализ на средствата за колективната заштита на потребителите и правна уредба на ЗЗППТ и ЗЗП. Анализ на съдебната практика на предявени до сега искове по ЗЗППТ, По прилагане на потребителското законодателство в Българија, Българска асоцијација на потребителите, Софија, 2006, стр. 44-69; Марков, М. (2007). Колективни искове за заштита на потребителите. Общество и право, Но. 9, стр. 9-23.

Правни стручњаци оцењују да је бугарски поступак по колективним тужбама креиран по угледу на амерички поступак по класним тужбама,^{28 29} који је намењен колективној заштити индивидуалних интереса, али, као што ће се видети, постоје знатна одступања од овог концепта, која га чине механизмом за заштиту колективних интереса.³⁰

3. 1. Колективне тужбе

Према законској дефиницији, колективне тужбе су тужбе које се подижу ради заштите „лица чија су права повређена истом противправном радњом када због природе повреде њихов круг није тачно одређен, али је одредив“.³¹ Уколико су повређена лица персонификована, колективна тужба није допуштена и њима су на располагању само механизми намењени индивидуалној заштити. Тако, на пример, ако је електродистрибуција обуставила испоруку електричне енергије домаћинствима у одређеној згради, укључујући и она који уредно плаћају рачуне, колективна тужба није допуштена јер је круг повређених лица тачно одређен. Из истог разлога нема места колективној тужби ни када је повреда настала усвајањем општег нормативног акта, јер он погађа сва лица.³²

ГПК регулише две врсте тужби. Прва тужба је декларативне природе и њоме се тражи да суд утврди да је тужени извршио повреду одређеним чињењем или пропуштањем, противправност повреде и кривицу починиоца.³³ Друга тужба је кондемпнаторног карактера и њоме се може тражити да суд туженом наложи: 1) да се суздржи од извршења одређених радњи, 2) да предузмете радње којима ће уклонити последице повреде, и 3) да исплати новчано обештећење за повреде нанете колективном интересу.³⁴

Тужбом се не може се тражити обештећење за штету коју су лица погођена повредом појединачно претрпела. Да би отклонио дилему у погледу овог питања, Врховни касациони суд је изазео децидиран став: „Захтевом за

²⁸ Овај поступак уређен је одредбама Art. 23. Federal Rules of Civil Procedure, 1966. <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>, приступ 3.4.2016.

²⁹ Иванова, Р. Пунев Б. Чернев С. Коментар на новия Граждански процесуален кодекс, Софија, Труд и право, 2008, стр. 569.

³⁰ О разликама између заштите колективних интереса и колективне заштите појединачних интереса, детаљно: Бабовић, Б. Заштита колективних интереса потрошача, Анали Правног факултета у Београду, 2014, стр. 2018-219.

³¹ Чл. 379. ст. 1. ГПК.

³² Пунев, Б. Гачев, В. Хорозов, Г. Митева, Д. Танев, Д. Кръшкова, Е. Балевска, Е. Топалов, К. Влахов, К. Златарева, М. Обретенова, М. Бобатинов, М. Кюрчиев, С. Граждански процесуален кодекс, Труд и право, Софија, 2012, стр. 820.

³³ Чл. 379. ст. 2. ГПК.

³⁴ Чл. 379. ст. 3. ГПК.

обештећење у колективној тужби не може се тражити обештећење због повреда које су претрпела појединачна лица [...]. Такве повреде су индивидуалне, различите по карактеру и тежини и нису повреде нанете колективном интересу. [...] С обзиром да су и подносилац тужбе и повређена лица која лично учествују у поступку представници класе, није допуштено да подносилац тужбе тражи обештећење за свако лице, јер се у том случају не ради о колективној тужби [...] јер се она може поднети само због повреде колективног интереса“.³⁵

3.2. Надлежност суда, процесна легитимација и заступање

За поступање по колективним тужбама стварно је надлежан окружни суд,³⁶ док у погледу месне надлежности нису прописана посебна правила.

У поступку по колективним тужбама као тужилац се јавља сам колектив (група, класа), као неперсонификован правни субјект, који је стварно и процесно легитимисан. Као што је већ речено, субјективни супстрат колектива чине лица која су нису индивидуално одређена, али чији круг мора бити одредив, на основу својстава која колектив карактеришу. Припадност колективу (класи) одређује се према објективним критеријума који се тичу својстава саме повреде, времена и места њеног извршења и сл.³⁷ Тако, на пример, колектив (класу) могу чинити сва лица која живе на подручју погођеном одређеним еколошким инцидентом, или сва лица која су користила неки производ штетан по здравље, или сва лица која су купила одређени модел аутомобила који је због техничке грешке опасан за коришћење и сл.

С обзиром да је у колектив (класа) у субјективном смислу неодређен и аморфан, законом је прописано ко је у име колектива овлашћен на подизање тужбе. Према слову закона, то могу да учине: 1) два или више лица која тврде да припадају колективу јер су и сами жртве повреде, с тим што није неопходно да су формално организовани као група,³⁸ и 2) организација која се бави заштитом права лица чија су права повређена или заштитом колективног интереса, односно заштитом од одређених врста повреда.³⁹ Ова лица, односно организације конзумирају право на правну заштиту свих

³⁵ Видети: Определение № 380 от 3.5. 2011 по ч.т.д. № 298/2011, Върховен касационен съд, <http://domino.vks.bg/bcap/scc/webdata.nsf/Keywords/83D83F79E3D56688C225788500553660>, приступ 3. 4.2016

³⁶ Чл. 380. ст. 1. ГПК.

³⁷ Пунев и други, ор. cit., стр. 820.

³⁸ Иванова, Р. Пунев Б. Чернев С. ор. cit. стр. 774.

³⁹ Чл. 379. ст. 2. и 3. ГПК.

чланова колектива, па тужбу не подижу у своје име, већ у име целог колектива, тако да се јављају као његови специфични представници, тј. процесни заступници, што је неподељен став и теорије⁴⁰ и праксе.⁴¹ У литератури је изражен став⁴² (да подносилац тужбе може бити организација која је основана ради заштите одређених катагорија субјеката (потрошачи, пацијенти, мањинске групе и др.) али и организација формирана *ad hoc*, управо поводом вођења конкретног поступка.

Од општег правила да се колективна тужба подиже у име колектива, постоје и изузеци. Тако, на пример, у поступцима за колективну заштиту права и интереса потрошача активна легитимација припада Комисија за заштиту потрошача,⁴³ која тужбу подиже у своје име, а не у име потрошача.⁴⁴

3.3. Садржина тужбе

Као и свака друга тужба, и колективна тужба треба да садржи уобичајене елементе прописане чл. 127. и 128. ГПК. Међутим, да би била допуштена, она мора да садржи и извесне специфичне елементе. У тужби морају бити наведене чињенице на основу којих се може закључити да је тужба усмерена на заштиту колективних интереса, што подразумева навођење објективних критеријума на основу којих се може одредити круг повређених лица. Поред тога, потребно је да се у тужби предложи и на који ће начин јавност бити обавештена о подизању тужбе.⁴⁵ Посебно је значајна дужност да се уз тужбу приложе доказе који потврђују способност лица која у име колектива подиже тужбу да „озбиљно и савесно заштити повређени интерес, као и да поднесе терет вођења поступка, укључујући и трошкове

⁴⁰ Иванова, Р. Пунев Б. Чернев С. *op. cit.* стр. 570; Маркова, Т. Колективните искове: екс анте анализ на предявяването им в България, Икономически и социални алтернативи, бр. 1. 2015, стр. 142-152.

⁴¹ Определение № 380 от 3.5. 2011 по ч.т.д. № 298/2011, Върховен касационен съд. <http://domino.vks.bg/bcap/scc/webdata.nsf/Keywords/83D83F79E3D56688C225788500553660>, приступ 3. 4.2016

⁴² Иванова, Р. Пунев Б. Чернев С. *op. cit.* стр. 570.

⁴³ Чл. 186. ст. 3. ГПК.

⁴⁴ Према схватању Врховног касационог суда „[...] Комисија за заштиту потрошача овлашћена је да подиже тужбе за престанак или забрану недозвољеног понашања и праксе трговача [...]. Процесна легитимација Комисије произлази из закона, с обзиром да је право лице основано са циљем да штити интересе посебне категорије лица – потрошача“. Определение, № 195, од 20.03.2012.. <http://domino.vks.b/bcap/scc/webdata.nsf/Keywords/FC37FD6608FC91E0C22579C7002F2987>, приступ 4.4. 2016.

⁴⁵ Чл. 380. ст. 2. ГПК.

поступка“.⁴⁶ Пропуштање да се приложи доказе којима то доказује чини тужбу недопуштеном и доводи до њеног одбацивања.

3.4. Испитивање процесних претпоставки

По пријему тужбе, суд испитује да ли су испуњене опште процесне претпоставке, као и посебне претпоставке за допуштеност колективне тужбе. Суд треба да испита да ли се, с обзиром на чињенице наведене у тужби, ради о тужби која је усмерена на заштиту колективних интереса. Ако се из чињеница наведених у тужби не може закључити да повређена лица чине колектив који је овлашћен на подизање колективне тужбе, суд тужбу одбацује услед недостатка активне процесне легитимације. У пракси је највећи број тужби одбачен управо из овог разлога.⁴⁷

Суд је, такође, дужан да испита да ли лице које у име колектива (класе) подиже тужбу испуњава два услова: 1) способност да „озбиљно и савесно заштити повређени интерес“, и 2) способност да поднесе терет вођења поступка, укључујући и плаћање трошкова поступка. Докази којима се ове околности потврђују морају бити не само да означени у тужби, већ и приложени. То могу бити изводи из банкарских рачуна, банкарске гаранције и др.

Овако неодређено постављени услови у пракси изазивају велике проблеме. Према наводима у литератури,⁴⁸ (Пунев et al. 2012:820), судови још увек нису изгарили критеријуме за процену испуњености ових услова. Коментатори закона упућују на потребу испитивања следећих околности: која је висина финансијских средстава којима тужилац располаже, какве су конкретне околности које се тичу странака, предмета поступка, карактера у природе чињеница које треба утврдити, број тужених, удаљеност туженог од седишта суда, да ли се достављење мора вршити у иностранству, колико је обим и сложеност доказног материјала, да ли ће и која вештачења бити потребна и др.⁴⁹⁵⁰

⁴⁶ Чл. 380. ст. 2. ГПК.

⁴⁷ Определение № 380 от 3.5. 2011 по ч.т.д. № 298/2011, Върховен касационен съд. <http://domino.vks.bg/bcap/scc/webdata.nsf/Keywords/83D83F79E3D56688C225788500553660>, приступ 3. 4. 2016.

⁴⁷ Чл. 186. ст. 3. ГПК.

⁴⁸ Пунев и други, op. cit., стр. 820

⁴⁹ *Ibid.* Такав став дели и пракса. Видети: Определение № 184 од 30.3. 2009 по ч.т.д. № 164/2009, Върховен касационен съд. <http://domino.vks.bg/bcap/scc/webdata.nsf/Keywords/6081C32A578EB A27C2257B2D00798CC3> приступ 3. 4. 2016.

⁵⁰ Када у име колектива тужбу подижу организације, што је у пракси најчешћи случај, суд би требало да има у виду и искуство организација. У литератури се наводи да од оних које су већ етаблиране и имају потврђене резултате рада не би требало инсистирати

Да би суду пружио могућност да изврши објективну и тачну процесну услова које тужилаца треба да испуњава, законодавац је прописао могућност⁵¹ да суд закаже рочиште за усмену расправу. На овом рочишту тужени може да оспори испуњеност услова које тужилац треба да задовољи и да у прилог свом ставу изнесе чињенице и пунуди одговарајуће доказе.⁵²

Ако суд закључи да тужилац није у стању да озбиљно и савесно штити интересе колектива и поднесе терет вођења поступка, доноси одлуку о одбацивању тужбе. Против ове одлуке допуштена је посебна жалба (чл. 381. ст. 4. ГПК), а против одлуке другостепеног суда по жалби допуштена је ревизија, независно од општих услова за изјављивање ревизије прописаних у чл. 280. ст. 1. ГПК.

3.5. Одлучивање о начину обавештавања јавности и пријем нових учесника

Широка дистрибуција информација о поднетим колективним тужбама од кључног је значаја за пружање делотворне заштите у случајевима масовних повреда права, јер се тиме повређеним лицима омогућава да узму учешће у поступку. Зашто је у чл. 382. ГПК прописана дужност суда да закаже посебно рочиште на коме ће се расправљати о критеријума на основу којих се одређује круг повређених лица и о начину обавештавања јавности. На основу резултата расправе, суд доноси решење којим одређује на који ће начин јавност бити обавештена, што укључује одлуку о броју саопштења, медијима преко којих ће саопштење бити објављено и временски размак између објава, као и рок у коме се повређена лица могу пријавити своје учешће у поступку или изјавити да ће заштиту остваривати у посебном поступку. Треба, међутим, имати у виду да се јавност обавештава о подизању тужбе, али не и о њеном одбацивању, што је један од нормативних недостатака.⁵³

Након протекла рока за изјашњење, суд у нејавној седници одлучује да ли лица која су благовремено пријавила учешће у поступку могу у њему да учествују, имајући у виду објективне критеријуме на основу којих се

да доказују чињенице на основу којих се може закључити да су споробне да „озбиљно и савесно“ штите интересе колектива, док би од новооснованих организација требало тражити да исцрпно наведу чињенице и понуде довољно доказа који то потврђују (Иванова, Р. Пунев Б. Чернев С. ор. cit. стр. 571).

⁵¹ Против овог решења није допуштена жалба (чл. 382. ст. 2. ГПК).

⁵² Пунев и други, ор. cit., стр. 820.

⁵³ Атанасов, Ј. Колективните искове – мит или реалност, Правен свят, 25 април 2012, <http://legalworld.bg/26492.kolektivnite-iskove-%E2%80%93-mit-ili-realnost.html>, приступ 3. 4. 2016.

одређује њихова припадност колективу (класи). Законом, међутим, не прописује да ли се учешће може допустити и лицима која припадају колективу, а која су пре подизања колективне тужбе покренула поступак за индивидуалну заштиту.⁵⁴ Истом одлуком суд искључује сва она лица која су изричито изјавила да ће заштиту својих права остваривати у посебном поступку, чиме ова лица престају да чине субјективни супстрат колектива, без обзира што му објективно припадају. Уз одлуку суд прилаже списак искључених лица (чл. 383. ст. 3. ГПК), а против одлуке суда допуштена је посебна жалба (чл. 383. ст. 2. ГПК).

3. 6. Привремене мере

Једна од карактеристика поступка по колективним тужбама огледа се у могућности да суд, на захтев тужиоца, одреди привремене мере, ако постоји опасност да ће повреда колективног интереса бити настављена.⁵⁵ У погледу избора привремене мере суд није везан захтевом тужиоца, тако да може одредити не само меру коју је тужилац тражио, већ и сваку другу меру за коју оцени да је одговарајућа.⁵⁶ Суд је овлашћен да *ex officio* измени своју одлуку о одређивању привремене мере ако нађе да су промењене околности или уочи да је приликом одлучивања начинио пропуст.⁵⁷ Ово одступање од начела диспозиције мотивисано је потребом да се обезбеди што ефикаснија заштита колективних интереса.

Одлука о привременој мери може се побијати жалбом, као и ревизијом, која је допуштена независно од општих услова за допуштеност ревизије. Посебно је значајно што жалба нема суспензивно дејство, осим ако другостепени суд не одреди да жалба задржава извршење привремене мере.⁵⁸

3.7. Споразумно решавање спора

У току поступка по колективним тужбама странке могу споразумно решити спор склапањем судског поравнања. Суд има законску дужност да укаже на могућност споразумног решења спора путем медијације, преговора и др. Уколико се странке споразумеју, суд испитује садржину споразума и одобрава га ако утврди да није супротан закону и добрим обичајима и ако оцени да су мере у погледу чијег предузимања су се странке споразумеле такве природе да се њима на одговарајући начин штити колективни

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Чл. 385. ст. 2. ГПК.

⁵⁶ Чл. 385. ст. 4. ГПК.

⁵⁷ Чл. 385. ст. 2. ГПК.

⁵⁸ Чл. 385. ст. ГПК.

интерес.⁵⁹ Споразум којим су странке на миран начин решиле спор производи дејство од тренутка ступања на снагу одлуке којом је суд одобрио споразум.

У овом контексту треба указати да су у бугарском правном систему развијени разноврсни методи за алтернативно решавање колективних спорова, посебно у области заштите потрошача, који се у пракси све чешће примењују.⁶⁰ Спровођење поступка за мирно решавање колективних спорова није, међутим, услов за допуштеност вођења поступка по колективним тужбама, тако да колективна тужба спада у ред тзв. директних тужби.

3.8. Судске одлуке и границе правноснажности

У поступку по колективним тужбама мериторне судске одлуке имају различиту садржину и природе. Осим утврђења да је тужени повредио колективна права и интересе, он може бити осуђен да предузмете једну или више радњи којима отклања штетне последице, а може му бити наложено да се суздржи од предузимања појединих радњи⁶¹ или да исплати одређени износ новца.⁶²

Битна специфичност поступка по колективним тужба огледа се у проширењу субјективних граница правноснажности. Наиме, правноснажне судске одлуке производе дејство не само према странкама, већ и према свим лицима која претендују да су им права повређена оном противправном радњом чије је извршење судском одлуком утврђено, под условом да нису изричито изјавила да ће заштиту својих права остварити самостално, у посебном поступку. Међутим, када је реч о лицима која су изјавила да ће своја права штитити у посебном поступку (искључена лица), у односу на њих производи дејство само правноснажна судска одлука којом је колективна тужба усвојена, док одлука којом је тужба одбачена или одбијена не производи дејство.⁶³ Сагласно томе, приликом остваривања индивидуалне заштите искључена лица могу коритити правноснажну одлуку којом је утврђена повреда колективних права и интереса и она обавезује сваки суд пред којим ова лица покренула појединачне поступке.

⁵⁹ Чл. 384. ст. 2. ГПК.

⁶⁰ Петрушић, Н. Вансудско решавање потрошачких спорова у бугарском праву, Нова законска решења у области заштите потрошача (ур. Зоран Николић, Момчило Ђорђевић), Економски факултет, Крагујевац, 2009, стр. 59-74.

⁶¹ У суштини, овом пресудом тужени се осуђује на пропуштање, па је неопходно да у судској одлуци буду наведене све оне радње које тужени мора пропуштати, тј. које не сме предузимати.

⁶² Чл. 385. ст. 1. ГПК.

⁶³ Чл. 386. ст. 1. ГПК, *in fine*).

3.9. Правни лекови

Против судске одлуке може се изјавити жалба под општим условима и из свих законом прописаних разлога. Ревизија је увек допуштена, независно од општих претпоставки за допуштеност ревизије, изузев претпоставке која се тиче вредности предмета спора,⁶⁴ која мора бити испуњена.⁶⁵

У поступцима по колективним тужбама није допуштено да захтев за измену правноснажне одлуке истакну трећа лица. Наиме, у бугарском праву овај ванредни правни лек, којим се тражи понављање правноснажно окончао поступка, под одређеним условима могу да уложе и трећа лица, тј. лица која нису била странке у поступку, а у односу на које одлука производи дејство.⁶⁶ Законодавац, међутим, изричито искључује могућност да против одлука у поступцима по колективним тужбама трећа лица изјаве овај правни лек,⁶⁷ што је и разумљиво, с обзиром да им је јавним обавештавањем пружена могућност да сазнају за поступак и у њега се укључе.

3.10. Распоређивање досуђеног обештећења

У поступку по колективној тужби суд је дужан да одлуком којом је досудио обештећење одреди на који ће рачун оно бити уплаћено, а то може бити рачун једног од подносилаца тужбе, специјални рачун којим заједнички управљају сви подносиоци тужбе или специјални рачун којим заједнички управљају повређена лица.⁶⁸⁶⁹ Уколико је суд наложио да се средства пренесу на специјални рачун којим заједнички управљају повређена лица, дужан је да сазове скупштину повређених лица, објављивањем саопштења на начин на који је објављено саопштење о покренутом поступку. Скупштина, којом руководи судија, може да доноси пуноважне одлуке ако седници присуствује најмање шест лица. Скупштина бира чланове комитета из реда повређених лица и доноси одлуке о радњама које комитет треба да предузме.

⁶⁴ Према одредби члана 280. ст. 2. ГПК, ревизија се не може изјавити против одлука у предметима у којима је вредност предмета спора мања од 5.000 левова, а у трговинским правним стварима, ако је вредност предмета спора мања од 20 000 левова, изузев против одлука по тужбама које се тичу својине и других стварних права на непокретностима и по тужбама које су са њима повезане, а имају прејудицијелни значај у односу на тужбу која се тиче својине.

⁶⁵ Чл. 386. ст. 2. ГПК.

⁶⁶ Чл. 304. ГПК.

⁶⁷ Чл. 386. ст. 2. ГПК.

⁶⁸ Чл. 387. ст. 1. ГПК:

⁶⁹ По доношењу одлуке, суд може да наложи подносиоцима тужбе да пренесу средства на специјални рачун којим заједнички управљају повређена лица (чл. 387. ст. 2. ГПК).

Задатак комитета је да располаже средствима са рачуна и предузима радње које је наложила скупштина.⁷⁰

Закон не садржи било какво правило о томе у које сврхе досуђена сума новчаног обештећења може бити употребљена. Указујући на овај пропуст, поједини теоретичари постављају питање да ли повређена лица могу међусобно распоредити новчана средства досуђена на име одштете, с обзиром на то да су, по слову закона, она досуђена због повреде колективног интереса.⁷¹ У скромној судској пракси још увек нема одлука којима је тужени осуђен на плаћање обештећења, али је у једној својој одлуци, одлучујући о законитости одлуке којом је колективна тужба одбачена, Врховни касациони суд изразио став, да „обештећење за повређени колективни интерес заједнички даје повређеним лицима, али оно служи за уклањање последица повреде или за стварање услова да до таквих повреда више не долази“.⁷² Остаје да се види у ком ће се смеру пракса развијати.

4. Закључне напомене

Поступак по колективним тужбама Републике Бугарске представља посебан парнични поступак, који је конципиран према моделу америчке класне тужбе, али уз многа одступања која га чине својеврсним хибридни методом за пружање колективне заштите. Један од његових основних недостатака огледа се у томе што не пружа јасан одговор на питање шта уопште представља „колективни интерес“⁷³ и по чему се он разликује од збира појединачних интереса и од јавног (општег) интереса. То је и основни разлог што поступак није конзистентно профилисан – изграђен по *opt in* моделу, али има и елементе карактеристичне за *opt out* модел, а могућност да поступак по колективним тужбама покрену и сама оштећена лица уноси у овај поступак елементе поступка по групним тужбама. Поступак је превасходно усмерен на пружање апстрактне заштите и не омогућава да повређена лица буду обештећена, што је у нескладу са заједничким европским принципима за колективну заштиту.

Поступак по колективним тужбама не задовољава стандарде у погледу економичности. Наиме, ГПК не прописује посебна правила о висини судских такси, тако да се оне одређују с обзиром на вредност предмета

⁷⁰ Чл. 388. ГПК.

⁷¹ Маркова, Т. *op. cit.*, стр. 146.

⁷² Определение 603 од 20. 10. 2011 г. по гр. д. No 556 од 2011 г. <http://domino.vks.bg/bcap/scc/webdata.nsf/Keywords/0A2C5274ED08BD2BC2257929002DD532>, приступ 3. 4. 2016.

⁷³ Атанасов, Ј. (2012а) Бъдещето на колективните искиове е в радикална реформа на ГПК по европейски стандарти, Правен свят, 23. 5. 2012, <http://www.legalworld.bg/print.php?storyid=26795>, приступ 3. 4. 2016.

спора. Код колективних тужби вредност предмета спора мери се милионима левова, па су и таксе огромне, што је демотивишући фактор и основни узрок занемарљиво малог броја покренутих поступака.⁷⁴ Једна економска *ex ante* анализа покретања поступка⁷⁵ показала је да физичка и правна лица, овлашћена на подношење колективне тужбе, ако су рационална, након што испитају потенцијалне користи и трошкове поступка, ни у ком случају не би поднела колективну тужбу, а исти закључак важи и када су у питању удружења, која углавном располажу скромним ресурсима. У нешто повољнијем положају су организације које се финансирају из буџета, попут Комисије за заштиту потрошача,⁷⁶ и практично су оне једине у стању да поднесу терет вођења поступка. Не постоје ни посебна правила у погледу висине и обрачуна адвокатских хонорара, што погодује подношењу спекулативних тужби.

Пракса показује да поступак по колективним тужбама у пракси није верификован као ефикасан и делотворан инструмент колективне заштите. То потврђује и чињеница да је покренуто релативно мало поступака, углавном против банака и пружалаца јавних услуга⁷⁷ и да је у највећем броју предмета тужба одбачена, најчешће због тога што је суд оценио да није подигнута ради заштите колективног интереса. Иако је такво стање резултат различитих фактора, део узрока су и неадекватна законска решења. Имајући у виду нормативне слабости, чини се да је за унапређење делотворности механизма колективне заштите неопходна реформа поступка по колективним тужбама и његово усклађивање са заједничким европским принципима.

⁷⁴ Иванова, Р. Пунев Б. Чернев С. *op. cit.* стр. 572.

⁷⁵ Маркова, Т., *op. cit.*, стр. 142-152.

⁷⁶ Комисија за заштиту потрошача је независно колегијално тело са статусом правног лица, које се финансира из буџета, а чија је кључна улога контрола над радом трговаца и заштита права и интереса потрошача. Установљена је Законом о заштити потрошача из 2005. год. и има своје регионалне канцеларије. Комисија је, поред осталог, овлашћена и на подизање колективних тужби (чл. 165. ст. 3. т. 3. Закона о заштити потрошача). Према информацијама са сајта Комисије (<https://kzp.bg>), ово тело је до сада поднело шест колективних тужби.

⁷⁷ У јавности је 2015. год. велику пажњу привукла одлука Врховног касационог суда којом је утврдио да су незаконите клаузуле садржане у општим условима пословања предузећа са испоруку електричне енергије „ЧЕЗ“. Њима је било предвиђено да су потрошачи дужни да плаћају рачуне и када су их писмено оспорили, а предузеће је било овлашћено да повећава број киловата у случају сумње да је потрошач манипулисао електричним бројилом. <http://www.mediapool.bg/sadat-poiska-ot-chez-da-premahne-praktiki-koito-veche-ne-se-prilagat-news238338.html>, приступ 3.4. 2016.

Nevena Petrušić, LL.D
Full Professor

PROCEEDING FOR COLLECTIVE PROTECTION OF LAW IN BULGARIAN LEGAL SYSTEM

Summary

The situation in which the plurality of people suffered a breach of contract through the implementation of the same anti-legal act (*mass harm situations*) is a common occurrence throughout the world. In such situations, in order to ensure that protection is efficient, it is necessary to apply the mechanisms of collective protection. Various models of collective mechanisms, among which there are significant differences, have been developed in Comparative Law. A unified, horizontal framework for collective protection of law, by determining common European principles, has been established at the level of European Union. In Bulgaria, the proceeding on the collective redress was regulated for the first time by the Civil Procedure code in 2007. The proceeding has the character of a special lawsuit and it is hybrid in nature. Due to the insufficiently clear rules, there are dilemma concerning what the “collective interest” represents and how it differs from the sum of individual interests and from the general (public) interest. The proceeding is essentially founded on the *opt in* model, but it has certain elements which are characteristic for the *opt out* model, and, having in mind the circle of the actively legitimized subjects, it also possesses the elements of the collective redress proceeding. Even though it primarily serves the abstract protection of collective laws and interests, during the proceeding, due to the breach of collective interests the pecuniary compensation can be actualized, but there are no rules to which purpose the assigned amount of pecuniary compensation can be used; therefore, it is unclear whether the wronged subjects can share amongst each other the sum of money given as compensation. Numerous vague legal stipulations and many legal voids are the causes of legal insecurity. The proceeding on collective redress does not satisfy the standards regarding the economical aspect, since no rules were given on the judicial taxation and the expenses of the proceeding and there are no specific rules on the amount and calculation of the lawyers’ fees; therefore, the proceeding requires copious amounts of money. The proceeding on collective redress is not verified in practice as an efficient and efficacious instrument of collective protection, which is confirmed by a relatively scarce number of proceedings started. Having in mind all the normative weaknesses, the improvement of the collective protection in Bulgaria is not possible without a thorough reform of the proceeding on collective redress and its harmonization with common European principles in this area.

Др Крвавац Марија
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

ПРАВА КОЈА СЕ ПРИЗНАЈУ СТРАНЦИМА У ВЕЗИ СА ОДРЕЂЕНИМ ГРАЂАНСКОПРАВНИМ ОДНОСОМ

Анстракт:

Међународно право о људским правима обухвата позитивни и обавезујући скуп норми које чине правни кодекс људских права на међународном нивоу. У тим оквирима државе су дужне да поштују и јемче уживање људских права и основних слобода. Упоредо са тим, свака земља има свој систем о правном положају странаца којим се одређује да ли страном лице има права у земљи и евентуални услови за стицање, уживање и обим тих права. Странцима се могу признати права у вези са одређеним грађанскоправним односом који производе правне последице у домаћој земљи (или шире) или се признају erga omnes. Норме које припадају корпусу међународног права о људским правима непосредно су примењљиве било да су део међународног уговора или обичајног права. Оне првенствено регулишу статус појединца тако да се имају применити непосредно у судским и другим поступцима без интервенције националног законодавства. Норме које обухватају основне вредности неопходне за функционисање правног поретка људских права инкорпорисане су у већини европских националних права.

Кључне речи: *људска права, страном лице, приватна права, међународно право.*

Увод

Права странаца да ступају у различите приватноправне односе представља посебно подручје регулисања унутар међународног приватног права, иако поједина национална права ову материју уређују у оквиру административног, односно управног права. Полазећи од тога да се након заснивања приватноправног односа са елементом иностраности, који је врло често изражен у субјекту, може применити међународноприватноправна регулатива изучавање ове проблематике постаје неизбежно. Околност да је субјект у неком правном односу странац иницира читав низ питања, од тога који је орган међународно надлежан за пресуђење спора, све до избора меродавног права у мериторном одлучивању. Доступност неког приватног

Проф. др Марија Крвавац

права странцима представља, по правилу, претходно питање код одређивања меродавног права за одређени приватноправни однос са елементом иностраности.

Историјски посматрано зачеци међународног приватног права везани су управо за могућност ступања субјеката у поједине грађанскоправне односе изван земље свог порекла. Елемент иностраности је првобитно био изражен у субјекту, па тек онда у објекту, односно правима и обавезама, у погледу околности битних за другачију регулативу. Данас свака држава има систем норми о правном положају странаца који следи међународноправно преузете обавезе у оквиру универзалног концепта људских права. Изградња стандарда у материји правног статуса странаца на територији одређене државе односи се у првом реду на јавна права и основне слободе човека. Јавна права су доступна странцима под тежим условима, што је разумљиво када се зна да се ради о правима тесно везаним за припадност по основу држављанства. Међународним правним документима, односно Општом Декларацијом УН о правима човека, Међународним пактом о грађанским и политичким правима и Пактом о економским, социјалним и културним правима УН, Европском конвенцијом о људским правима (у даљем тексту ЕКЉП) постављени су универзални принципи и начела на којима се заснива положај појединца у међународном праву. Упркос томе, у овој материји је још увек изражен одлучујући утицај норми националних права у складу са којим су приватна права доступна странцима у својој општости, осим када су ограничена или потпуно недоступна. Наиме, у погледу права странаца делује принцип територијалитета.¹ Међународно обичајно право налаже да странац не може имати више права него домаћи држављани тако да могу ступати у оне грађанскоправне односе који су признати и домаћим држављанима. Међународноприватноправну регулативу правног положаја страних лица у нашој земљи карактерише неуједначеност и непотпуност, домаће законодавство не садржи до краја заокружену и компактну нормативну регулативу, тако да правила почивају на општим законским принципима и пракси јурисдикционих тела. Успостављање грађанскоправних односа у којима се као субјект појављује странац производи правно дејство сагласно домаћем правном поретку,² а оквир права и слобода нужно одређује и обим субјективних права која су доступна странцима.

¹ Ближе Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., Павић В., *Међународно приватно право*, Београд 2010., стр. 461.

² Weisman J., *Restriction on the Acquisition of Land By Aliens*, The American Journal of Comparative Law, vol. 28/1/80, 39.

Унутрашњи извори норми о правном положају странаца

Специфична међународноприватноправна регулатива права странаца да ступају у грађанскоправне односе на тлу другог суверенитета у великој мери је оскудна и непотпуна. У настојању да се очува правно и политичко јединство државе овој проблематици се прилази врло обазриво, што за последицу има разбацаност норми у различитим изворима као и њихову уопштеност. Од принципа да су странци изједначени у свим правима са домаћим држављанима полази се, по правилу, само када је реч о корпусу општих права потврђених међународним уговором или међународним обичајем. У односу на остала права легислативни акти постављају за странце већа или мања ограничења или њихову доступност искључују у целини.

Устав Републике Србије³ у општој одредби предвиђа да странци, у складу са међународним уговорима, имају сва права која су зајемчена Уставом или законом, изузев оних која по Уставу и закону имају само држављани Републике Србије. Ова одредба представља оквир за законску регулативу и друге прописе у складу са којим државни органи појединцу, или правном лицу, намећу одређене обавезе или постављају ограничења у доступности појединих права. Закон о странцима је у целини посвећен регулисању положаја странаца у нашој земљи, и то само у погледу права на улазак, кретање и боравак у Србији⁴ Специфична правила у односу на права која се признају странцима у вези са одређеним грађанскоправним односом садржана су у више закона међу којима су Породични закон,⁵ Закон о наслеђивању,⁶ Закон о основама својинскоправних односа,⁷ Закон о ауторским и сродним правима⁸, Закон о патентима⁹, Закон о запошљавању странаца¹⁰ и др. Поред националног, поједина права из ове групе обухваћена су и међународним режимом заштите (право странца на интелектуалну својину за држављане држава уговорница, ауторска права странаца и др.). Решења међународних уговора заједно са нормама националног права, јавноправног или приватноправног карактера, све више су у функцији међународноприватноправне иницијативе општег признања права субјеката

³ Видети члан. 17, чл. 85, чл.84, чл.53. Устава Републике Србије " Службени гласник РС" бр. 98/2006.

⁴ "Службени гласник РС" бр.98/08.

⁵ "Службени гласник РС" бр. 18/2005, 72/2011-др. закон и 6/2015.

⁶ "Службени гласник РС" бр.46/95; 101/03-одлука УСРС и 6/2015.

⁷ "Службени лист СФРЈ" бр. 6/80 и 36/90, "Службени лист СРЈ" бр. 29/96, "Службени гласник РС" бр. 115/2005-др.закон.

⁸ "Службени гласник РС" бр.104/09, 99/2011 и 29/2016-одлука УСРС..

⁹ "Службени гласник РС" бр.115/06, бр. 99/2011.

¹⁰ "Службени гласник РС" бр. 128/2014.

приватноправних односа на тлу другог суверенитета.¹¹ Кроз однос међународног и националног права долази до изражаја примарни карактер извора међународног права, упркос томе што међународно право не утврђује правило које државама налаже примену одређених аката, или предузимање радњи у погледу усклађивања националног права са међународноправно-преузетим обавезама.¹²

У дефинисању појма странца доктрина полази од критеријума припадности на основу држављанства, према којем је странац свако лице које нема домаће држављанство. Категорисање на основу држављанства укључује и лица са више држављанства и лица без држављанства (апатриди), с тим што се лица са два држављанства од којих је једно држављанство Србије третирају као домаћи држављани.¹³ Појам странца у нашем праву обухвата и избеглице као и лица којима је признато право азила. Правна лица која имају страну државну припадност третирају се као страна правна лица, према критеријумима за одређивање меродавног права под које подлеже државна припадност, предвиђених Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља. Они упућују на право места оснивања, односно стварног седишта правног лица.¹⁴ Норме унутрашњег права о приватним правима странаца, за разлику од колизионих норми, на директан начин уређују питање доступности приватних права странаца, осим уколико не постоје потврђени међународни извори. Примењујући норме о правном положају странаца надлежни орган утврђује да ли је неко право доступно безусловно, под одређеним условима, или је недоступно странцима, односно искључиво резервисано за домаће држављане. Међународно приватно право је позвано да пружи одговор на ова питања, од чега зависи евентуална примена норми о међународној судској надлежности и норми сукоба закона, док је сама садржина појединих права фрагментарно уређена унутрашњим материјалним правом.

У погледу услова заснивања приватних права странаца и њиховог дејства упоредна права полазе од различитих решења која следе различито правно наслеђе, економски развој, социјалну проблематику и др. Држава има обавезу да гарантује одређена права и слободе странцима, али и право да поставља захтеве у погледу испуњености одређених услова тако да оквир доступности приватних права може бити ужи или шири. Концепт општих

¹¹ Cheshire G., *Private International Law*, London 12), 1992, стр.421.

¹² Ближе Китић Д., *Правни положај странаца*, Београд, 1991, стр. 9.

¹³ У складу са чланом 5. Закона о држављанству Републике Србије. "Службени гласник РС" бр. 135/2004, бр. 90/07.

¹⁴ Видети члан 17. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља" Службени лист СФРЈ" бр.43/1982, са исправкама у "Службени лист СФРЈ" бр.72/82; "Службени лист СРЈ" бр.46/96; "Службени гласник РС" бр. 46/2006.

права подразумева да странци могу да стичу и користе овлашћења из одређеног приватног права као и домаћи држављани, док својство релативно резервисаних за странце поједина права имају под одређеним условима, што значи да је доступност условљена претпоставкама које не морају да буду испуњене када је реч о домаћим држављанима. Апсолутно резервисана права издвајају онај сегмент друштвеног живота једне државе у коме странац не може стицати приватна права и који је резервисан само за домаће држављане. У складу са тим, држава најчешће уклања могућност стицања и вршења одређених права за странце у јавноправној сфери.

Посебне категорије права која се признају странцима у вези са одређеним грађанскоправним односом

Доступност одређене категорије права странаца и њихово признање везано је за посебан поступак пред надлежним органом или за одлуку тих органа. У посебним категоријама ова права могу уживати како физичка тако и правна лица.

Право странаца на брак

Право на брак, као и право на заснивање породице спада у ред општих људских права, гарантованих међународним документима у области људских права. Највећи број националних права не поставља ограничења за странце у погледу доступности права на брак. Устав Србије гарантује да свако има право да закључи или раскине брак без икаквих ограничења у погледу држављанства, чиме је ово право признато као опште право.¹⁵

Право на брак је у систем заштите људских права увела Универзална Декларација УН о правима човека (1948.) прописујући да пунолетни мушкарци и жене могу без икаквих ограничења по било ком основу (према полу, боји коже, вери) да склопе брак и заснују породицу.¹⁶ Од општег права на брак полази и Пакт УН о грађанским и политичким правима којим су земље чланице преузеле обавезу поштовања права на брак и породицу.¹⁷ Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода (у даљем тексту ЕКЉП) гарантује право на брак као и право на заснивање породице.¹⁸

"Мушкарци и жене одговарајућег узраста имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу са унутрашњим законима који уређују вршење овог права."

¹⁵ Видети чл. 62. Устава РС.

¹⁶ Видети чл. 16. Опште Декларације о правима човека

¹⁷ Видети чл. 23 Међународног пакта о грађанским и политичким правима (1966.).

¹⁸ Ратификација је извршена у оквиру Државне заједнице Србија и Црна Гора "Службени гласник СЦГ"МУ бр. 9/03. Видети чл. 12 ЕКЉП.

Опште право на брак подлеже националним прописима у погледу материјалних и формалних услова пуноважности брака. У том погледу ни ЕКЈП поставља у том погледу никаква ограничења тако да она подлежу националном праву. Услови које, у складу са Уставом, поставља наше породично законодавство не представљају негацију права на брак као општег права, имајући у виду да је реч о условима пуноважности брака који важе и за домаће држављане. Опште право на брак, посебно на закључење брака, може бити угрожено нормама које предвиђају посебне услове за закључење новог брака или неразумно дугим трајањем самог поступка закључења брака.

Право странца на усвојење

Усвојењем престаје породични однос детета са природном, а успоставља се са адоптивном породицом. У савременим правним системима усвојење представља најпотпунији и најкомплекснији облик породичноправне заштите деце без родитељског старања.¹⁹ Међународно право у прокламовању и заштити дечјих права полази од најбољег интереса детета као темељног начела, док државе у контексту система заштите права детета могу да предузимају неопходне мере у интересу детета.²⁰ На темељу Конвенције о правима детета УН²¹ државе чланице признају да је међудржавно усвојење може сматрати алтернативном могућношћу бриге о детету, уколико се дете не може усвојити, сместити у другу породицу или ако се о детету не може водити брига на погодан начин у земљи његовог порекла. Дете, које је усвојеник у поступку међудржавног усвојења ужива заштиту према општим стандардима као и код усвојења у оквиру једне државе.²² Међудржавно усвојење претпоставља елемент иностраности у субјекту израженог у различитом држављанству усвојитеља и усвојеника, или у њиховом пребивалишту које се везује за различите државе. Однос усвојења базира се на узајамним правима и обавезама субјеката па стога право на усвојење треба схватити као право усвојења или право бити усвојен, које државе нису склоне да безрезервно прихвате као опште људско право.

Право странца да буде усвојитељ регулисано је нашим Породичним законом у процесу реформе породичног законодавства. У ситуацији када је страни елемент мешовито изражен, тако што је једна од страна наш држављанин, могуће су две ситуације: када се странац појављује као

¹⁹ Крвавац М., Јовић С. О., *Међудржавно усвојење-признање и извршење страних одлука*, ПЖ бр.3-4, Београд 2008., стр.95.

²⁰ О правима детета ближе Јовић С. О., *Права детета- између идеје и стварности*, Београд 2009.

²¹ "Службени лист СФРЈ" бр.18/05.

²² Видети чл. 21 т.б)ц) Конвенције УН о правима детета.

потенцијални усвојеник и када се појављује као потенцијални усвојитељ нашег држављанина. Наиме, у ситуацији у којој се наш држављанин, пред домаћим надлежним органом, јавља као потенцијални усвојитељ детета страног држављанина (или апатрида) треба прихватити да је право на усвојење опште право. Право странца као усвојеника признаје се без посебног условљавања, полазећи од принципа да се однос усвојења третира превасходно као право усвојитеља, супротно савременој регулативи која почива на начелу заштите интереса малолетника. Право странца да усваја лице истог држављанства пред домаћим надлежним органом може се признати као опште право, с тим што би ово правило требало применити и када је реч о усвојењу између лица различитог страног држављанства полазећи од тога да домаће право нема интерес да у конкретној ситуацији ограничи право на усвојење. Највише недоумица изазива доступност права странаца да буде усвојитељ домаћем држављанину пред домаћим органом, с обзиром да домаћи прописи ово право задржавају за српске држављане. У контексту заштите интереса малолетника нашег држављанства као усвојеника право странца да усваја није могуће признати као опште и безусловно па се његова доступност заснива на принципима релативно резервисаног права. У складу са тим, странац има могућност да усваја под условом да је добио претходну сагласност надлежног органа социјалне заштите који треба да процени испуњеност додатних услова за усвојење предвиђених за стране држављане. Породични закон утврђује обавезу испуњења кумулативно постављених услова у складу са којим странац има право да усвоји нашег држављанина само када се не могу наћи потенцијални усвојитељи међу домаћим држављанима и када је министар надлежан за породичну заштиту дао сагласност.²³

Према ЕКЉП право на заснивање породице обухвата и право брачног пара да има децу, како природну тако и адоптивну. Право на усвојење припада брачним друговима али не и појединцима,²⁴ док вршење и реализација овог права подлеже прописима националног законодавства. Неопходна сагласност надлежног државног органа представља само додатни услов за стицање права странца да буде усвојитељ тако да се не би могла посматрати као мера строге контроле међудржавног усвојења, али је, несумњиво, битно изражен интерес државе у захтеву да према националном праву детета постоји сагласност за усвојење.

²³ Видети чл. 103. ст.1. т.1 и 2. ПЗ РС.

²⁴ У складу са чл. 12. ЕКЉП. Из европске судске праксе видети Став Европског суда за људска права у пресуди Christine Goodwin, од 11.07.2002, RJD, 2002-IV, 78.

Право странца на старатељство

Институт старатељства има сличности са усвојењем, иако није у толикој мери изражен утицај на статус детета. У сфери старатељства значајна је улога друштвене заједнице која посредством појединаца пружа заштиту незбринутим, или недовољно збринутим лицима. Старатељски однос се успоставља између старатеља и малолетног лица, штићеника, коме је потребна заштита, а престаје по правилу са стицањем пунолетства штићеника, осим када штићеник ни након пунолетства није у стању да се брине о себи, због различитих физичких или менталних недостатака. Нема спора око тога да је странцу доступно право да буде старатељ или штићеник у Србији другом страном држављанину, без обзира на то да ли се ради о лицима истог или различитог држављанства. Домаћи органи нису надлежни за заснивање старатељства између лица истог држављанства, али могу бити за предузимање привремених старатељских мера. Старатељство, као јавна функција, може се поверити само домаћем држављанину који треба да се стара о личности штићеника и о његовој имовини у циљу оспособљавања за корисног члана друштвене заједнице. Државе имају највише резерви у погледу права странца да буде старатељ домаћем држављанину, док су теоретичари мишљења да се ради о релативно резервисаном праву које се може учинити доступним само под одређеним условима, као што је домицил старатеља у домаћој земљи. С друге стране је становиште да је реч о апсолутно резервисаном праву, односно да право на старатељство не треба да буде доступно странцима. Становиште о релативно резервисаном праву странца да буду стараоци домаћем држављанину прихвата и билатерални Уговор о узајамном правном саобраћају између бивше СФРЈ и Мађарске према којем је право држављанина једне стране уговорнице да буде старалац држављанину друге стране уговорнице доступно захваљујући боравишту на територији оне стране уговорнице у којој треба вршити старатељску дужност, и када постављање старатеља на тим основама највише одговара штићенику.²⁵ У нашем праву је присутна тенденција примене оваквог решења, с тим што би се могло размотрити и постављање захтева реципроцитета, имајући у виду негативан став националних упоредних права према праву странца да буду стараоци домаћем држављанину утемељеног на својствима старатељства као установе јавног поверења. Стављање деце под старатељство треба да буде оправдано изузетно јаким разлозима и у најбољем интересу детета, а решења националних права таква да обезбеђују успостављање породичног живота између природних родитеља и деце, кад год је то могуће.

²⁵ Видети чл. 24. ст. 2 Уговора са Мађарском "Службени лист СФРЈ" Додатак бр.3/68.

Стварна права странаца

У систему заштите стварних права странаца изван земље њиховог држављанства, односно државне припадности традиционално се постављају различита решења, у зависности од тога да ли се ради о телесним покретним или о непокретним стварима. Под стварним правима странаца подразумева се могућност стицања власништва и других стварних права на домаћој територији. Квалификација неког права као стварног права подлеже *lex fori*. Заштиту у првом реду уживају странци титулари права својине, али и носиоци осталих стварних права као што је право закупа и друга апсолутна права.²⁶

Могућност стицања стварних права на непокретностима дуго времена је била резервисана само за домаће држављане. У већини модерних националних правних система присутна је тенденција изједначавања сагласно општим правилима међународног права, те су стварна права на непокретностима доступна странцима уз извесна ограничења. Право на стицање и мирно уживање неког стварног права тумачи се у међународном праву независно од унутрашњег, као опште право. Међутим, када је то у јавном интересу или када је прописано законом држава странцима се може ограничити стицање неког стварног права. У највећем броју земаља ово право је за релативно резервисано, односно доступно странцима под условом реципроцитета, прибављања административне дозволе или стицања домаћег држављанства у одређеном року.²⁷ док сама садржина неког стварног права и престанак почива на унутрашњем пропису. Домаћи Устав гарантује странцима доступност стварних права на непокретности под условима предвиђеним законом или међународним уговором, али ниједан домаћи пропис у овој материји не набраја која су то стварна права, док Закон о основама својинскоправних односа уређује само основе права својине. Њиме се прави дистинкција у погледу доступности стварних права на непокретности између физичких и правних лица према томе да ли обављају неку привредну делатност, или не у нашој земљи. Закон предвиђа да страна физичка и правна лица могу стицати право својине на непокретности правним пословима *inter vivo* само ако су им непокретности неопходне за обављање неке делатности. Под условом узајамности страним физичким лицима која не врше неку привредну делатност може се признати и право на стан у стамбеној згради на територији наше земље. Странцима се изузетно може ускратити стицање права својине на непокретности у одређеним

²⁶ Ближе Водинелић В., *Стварна права у МПП*, Зборник радова *Liber Amicorum* Добросав Митровић, Београд 2007., стр. 641-672.

²⁷ То је случај са неким државама САД, као што је право Аризоне, Индијане, Илиноиса.

подручјима, односно пограничним зонама.²⁸ Право својине на непокретности странаца може стицати и наслеђивањем у ком случају ужива национални третман под условом узајамности.²⁹ У погледу права коришћења страног држављанина на грађевинском земљишту стеченог наслеђивањем домаћа судска пракса стоји на становишту да се то право може остварити само на начин прописан међународним уговором са државом чији је странац држављанин.³⁰ За потребе обављања специфичних делатности дипломатска и конзуларна представништва, организације и специјализоване агенције ОУН, стране државе, уз претходну сагласност Министарства правде, могу стицати некретнине у својину (зграде, станови као и грађевинско земљиште). Ово решење представља израз *bona fides* и манифестацију уважавања других држава и међународних организација. У контексту стварних права на непокретностима страна лице има право на дугорочни закуп туристичког или пратећег објекта у нашој земљи, сагласно писменом уговору са домаћим предузећем које обавља туристичку или угоститељску делатност на период од пет до тридесет година, с тим што се закуп може продужити.³¹ Ово право није ограничено у погледу површине, нити величине објекта али је предвиђена обавеза уписа на законом прописан начин.

У земљама обухваћених комунитарним правом не поставља се проблем стицања и доступности стварних права, за разлику од Швајцарске у којој се странцима ограничава право стицања својине на непокретностима, изузев ако у тој држави имају боравиште или у некој земљи ЕУ без обзира у које сврхе ће непокретност служити.

Страна физичка и правна лица могу стицати стварна права на покретним стварима као и домаћи држављани, чиме су она сврстана у ред општих права. Сагласно општим правилима међународног права странци могу да стичу и уживају заштиту стварног права на покретним стварима на територији друге земље у складу са националним третманом. Наш законодавац је прихватио концепт доступности стварних права на покретностима за странце под условима једнаким као и за домаће држављане. Заштиту у првом реду уживају титулари права својине али нема спора да исто правило треба применити и на остала стварна права.³² Упоредо са тим, акти законодавне, судске и извршне власти могу ограничити доступност стварних права на одређеној врсти покретности, као што је оружје, злато и др. Доступност неког стварног права може бити скопчана са прибављањем дозвола и одобрења надлежног органа, тако да, у супротном,

²⁸ Видети чл. 82а ЗОСО РС.

²⁹ Видети чл. 82б ЗОСО РС.

³⁰ За домаћу судску праксу видети одлуку Врховног суда Србије Гж. 208/79.

³¹ Видети чл. 85а ЗОСО РС.

³² Видети чл. 82 ЗОСО РС.

држава може посебним мерама странцима ограничити неко стварно право због повреде царинских, пореских или других прописа. У савременом праву безрезервно доступност стварних права странаца на покретним стварима представља предуслов за нормално функционисање међународне размене добара и услуга.

Наследна права странаца

Право физичког лица да слободно располаже својом имовином за случај смрти спада у ред општих правила међународног права. Положај наследника зависи од тога да ли поседује наследна права на основу којих му припада право на удео у наслеђивању. Под наследним правима странаца подразумева се право слободног располагања сопственом имовином за случај смрти и право странца да буде наследник. У већини, национални закони не постављају ограничења у погледу права странаца да располажу властитом имовином правним пословима *mortis causae*. Према Закону о наслеђивању странци у Србији могу остваривати наследна права као и домаћи држављани под условом реципроцитета, ако међународним уговором није другачије одређено.³³ Из законске одредбе произилази да право странца да наслеђују спада у ред релативно резервисаних прав, с тим што се према апатридима не може тражити узајамност, тј. у односу на њих право да наслеђују је опште.³⁴ Домаћа судска пракса стоји на становишту да је суд дужан приликом расправљања заоставштине утврди постојање реципроцитета у наслеђивању и, на темељу тога, испуњеност законских услова за наслеђивање. Притом, довољан је формални реципроцитет што подразумева да наши држављани у странчевој земљи, о чијим се наследним правима ради, уживају иста наследна права као и домаћи држављани, односно национални третман. Реципроцитет се претпоставља тако да је на заинтересованом лицу које оспорава странцу неко наследно право терет доказивања да држава у питању не омогућаје национални наследни третман нашим држављанима. Дипломатски реципроцитет постоји у односу на држављане држава уговорница двостраних уговора о узајамној правној помоћи, као и уговора о трговини и пловидби на основу клаузуле најповлашћеније нације, док је у осталим случајевима довољан фактички реципроцитет.³⁵

³³ Видети чл. 7. Закона о наслеђивању РС .

³⁴ Видети Креч М., Павић Ђ., *Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом*, Загреб 1964, стр.24.

³⁵ Видети чл. 19 Уговора о узајамној правној помоћи са Бугарском "Службени лист ФНРЈ" Д бр. 1/57; чл.1. Уговора о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима са Алжиром "Службени лист СФРЈ" МУ бр.2/83; чл.29. Уговора о узајамном правном саобраћају са Аустријом "Службени лист ФНРЈ" Д бр. 5/61; Уговор о трговини и

Да би стекао својину на непокретности странац мора претходно да буде проглашен наследником, сагласно националном закону, након чега може да истиче своје имовинскоправне захтеве. У својству наследника може се појавити и страно правно лице које право на наслеђивање стиче сагласно праву меродавном за законско или тестаментално наслеђивање. Упоредна права, у правилу, не постављају стриктна ограничења за странце у погледу наследних права, док поједина права као што је француско предвиђају посредна ограничења. Најпознатије посредно ограничење је установа позната као "право прелевмана" којом се за домаће држављане утврђује право првенства у наслеђивању уколико се део наслеђа налази у иностранству, а наследници су страни и домаћи држављани. У том случају право првенства имају домаћи држављани док странци на домаћој територији, у прво време, нису могли да остварују своја наследна права већ су упућивани на имовину у иностранству. Модерни прелевман се проширује и на странце који имају пребивалиште у домаћој земљи.

Право странца на индустријску својину

Право на индустријску својину спада у ред права на интелектуалну својину које обухвата право на патент, право на модел-узорак, право на робни и услужни жиг, право на ознаку порекла робе и право на техничко унапређење. Предмет заштите је нематеријално добро тј. апсолутно право које титулару треба да обезбеди ексклузивност у економском искоришћавању. У складу са тим, предмет заштите код права на патент је проналазак који представља ново решење дефинисаног техничког проблема, који је технички и индустријски изводљив и који је применљив у пословној делатности, док је код модела предмет заштите тродимензионални дизајн који се може применити за обликовање производа. Основна функција жига јесте да означи порекло робе а предмет заштите је управо знак за обележавање робе у пословном промету. Право на ознаку порекла производа признаје се у односу на географски назив неких производа који се од других разликују посебним својствима везаним за место или ширу територију производње, под дејством саме природе или устаљеним начином производње. Доступност права на индустријску својину подлеже националном и међународном режиму заштите. Ова два концепта се неретко поклапају, посебно када међународни уговор предвиђа национални поступак заштите неког права на индустријску својину.

Степен заштите права на индустријску својину у многим областима утиче на пословне токове са инстранством па је нарочито важно да постоји правна сигурност за носиоце овог права. Странци у Србији имају право на стицање и заштиту права индустријске својине под условом формалне узајамности,³⁶ што подразумева да ће странци моћи да остварују право на признање и заштиту неког облика индустријске својине под истим условима као и домаћи држављани, уколико се у странчевој земљи или земљи регистрације правног лица наши држављани или наша правна лица изједначавају са домаћим држављанима и домаћим правним лицима у погледу истог права на индустријску својину. За лица без држављанства важи опште правило међународног права да се узајамност утврђује према земљи редовног боравишта. Право на индустријску својину је страним лицима доступно под материјалним и формалним условима домаћег права, тако да страно лице мора да поднесе пријеву за заштиту права на индустријску својину од када почиње да тече период заштите. Право првенства у поступку признања патента страном лицу рачуна се од дана пријема пријаве код Завода за патенте, у складу са системом права приоритета за она лица која су прва поднела пријаву за заштиту права на индустријску својину. Временски период заштите права индустријске својине је различит у зависности од тога о ком праву се ради. Национални поступак регистрације обавезан је и за домаћа физичка, односно правна лица као и када се ради о заштити права индустријске својине у иностранству. Странци имају могућност преноса стеченог права индустријске својине уговором, сагласно праву меродавном за уговор.

У погледу међународног режима заштите права на индустријску својину конвенцијска правила обухватају питање минимума права за носиоце права на индустријску својину и примене националног поступка заштите. Париском конвенцијом о заштити индустријске својине успостављен је систем заштите на темљу националног поступка за држављане земаља чланица конвенције и за лица која у тим земљама имају пребивалиште, индустријско или трговачко предузеће.³⁷ Стога, у оквиру земаља уговорница важи национални третман у складу са правилима националног поступка, без обзира на то што је реч о приватноправном односу са елементом иностраности. Лице које жели заштиту неког права индустријске својине мора најпре да поднесе пријаву надлежном државном органу, након чега свака држава спроводи поступак заштите предвиђен и за домаће држављане и правна лица. Париска конвенција не садржи материјална правила којима се детаљно уређује право индустријске својине, па уговорнице не постављају

³⁶ Видети чл.4 Закона о патентима РС.

³⁷ Видети чл. 2. и 3. Париске конвенције (усвојена 1883.) "Службени лист СФРЈ" Д бр 5/74.

исте услове заштите што може да доведе до тога да право чија је заштита остварена у једној држави уговорници не значи аутоматски и његову заштиту у другим државама уговорницама. Принцип права првенства прихвата већина националних права индустријске својине као и конвенцијска регулатива, тако да конвенцијско право првенства стиче лице које прво поднесе пријаву за признање и заштиту права на индустријску својину у складу са националним прописима. Уколико лице које је у једној држави чланици поднело пријаву а после одређеног времена поднесе исту пријаву у другој држави чланици за заштиту истог права индустријске својине, сматраће се да је и та, каснија, пријава поднета у време првог пријављивања. Пријава за заштиту патента поднета у једној држави обезбеђује приоритет подносиоцу и у другим државама уније у року од годину дана, а пријава жига, модела или узорка у року од пола године.³⁸ У ситуацији када је једно лице поднело више пријава у једној земљи може се сматрати да право првенства тече од касније пријаве, под условом да су раније пријаве повучене, одбијене и да нису саопштене јавности нити су биле основ за утврђивање права првенства.³⁹ Подељено право првенства доступно је странцима под условом да је за сваки део јединственог проналаска поднета посебна пријава у једној или више земаља. У земљама уговорницама које националним прописима предвиђају мање права од минимума права гарантованих конвенцијом страна лица имају могућност избора националног третмана, или конвенцијског минимума права. У концепту минималних права Конвенција гарантује могућност позивања на право приоритета, на независност права индустријске својине, на морално право творца, обавезу коришћења одобреног права минимума, сајамски приоритет, рок толеранције за закаснило плаћање таксе за одржавање, обавезну заштиту жигова, модела и узорка, забрану паралелног увоза, заштиту од неовлашћеног коришћења ознаке порекла производа.

Као допунски уговор чија је сврха стварање повољнијих услова за признање и заштиту индустријске својине у земљама чланицама Париске конвенције усвојен је Мадридски аранжман о заштити жига⁴⁰. Овим међународним документом државе уговорнице су покушале да створе међународни систем регистрације, насупрот дотадашњем строго територијалном систему и предвиделе да национални биро подноси пријаву Међународном бироу за заштиту индустријске својине. То подразумева да се пријава о заштити права на жиг прво подноси националној администрацији на јединственом обрасцу који након тога пријаву доставља међународном

³⁸ Видети чл. 4. Конвенције.

³⁹ Видети чл.4.ц ст.4 Конвенције.

⁴⁰ "Службени лист СФРЈ"-МУС бр.2/74

бируу у Женеви а који одмах региструје жиг. Ипак, овако регистрован жиг се не може прихватити као међународно регистрован имајући у виду да земље чланице имају право на примедбу у року од годину дана и право да одбију регистрацију. Тек уколико нема примедби жиг је аутоматски регистрован и заштићен на рок од 20 година уз могућност продужења.⁴¹ У земљама у којима није поднет приговор заштита може престати само у судском поступку.

У процесу унификације правила патентне заштите на нивоу Европе усвојена је Конвенција о европском патенту чиме је установљена Европска организација за патенте и европско право за издавање патента. Регистрација патената се врши пред Европским патентним бироом који има седиште у Минхену и на тај начин смањује оптерећеност националних бироа земаља чланица. Конвенцијом је створена тзв. европска пријава и европски патент који у нашој земљи имају дејство националне пријаве и националног патента.⁴²

Ауторска права странаца

Ауторско дело је оригинална духовна творевина која представља резултата интелектуалног рада аутора изражена у одређеној форми, без обзира на уметничку, научну или другу вредност, намену, садржај, начин испољавања. Садржину ауторског и сродног права чине овлашћења различита по свом карактеру, односно личноправна и имовинскоправна овлашћења апсолутног карактера. Према Закону о ауторским и сродним правима⁴³ ауторским делом се нарочито сматрају писана дела, драмска, драмско-уметничка, говорна дела, музичка и ликовна дела, дела архитектуре, примењене уметности и др. Остваривање ауторских и сродних права може бити индивидуално или, чешће, колективно.

Ауторскоправну и сродноправну заштиту ауторских и сродних права уживају страна лица као и домаћа под одређеним условима. Сходно закону, ауторско дело страног аутора заштићено је у нашој земљи уколико је аутор лице које има ауторска права на основу међународног споразума, потврђеног у нашој земљи, и уколико постоји узајамност између наше и земље којој аутор припада.⁴⁴ Страном лицима су под условом узајамности доступна ауторска и сродна права и када ова лица нису изворни аутори, већ је на њих аутор или друго овлашћено лице пренело имовинскоправна овлашћења из ауторског права с обзиром да се личноправна овлашћења не могу преносити. Аутору, страном лицу, признају се морална права без обзира да ли су

⁴¹ Видети чл. 6 ст. 1. Мадридског аранжмана.

⁴² "Службени лист СФРЈ" МУ бр.3/96

⁴³ Видети члан 2 ст. 1-10 Закона.

⁴⁴ Видети члан 106. ст 1 т 1 и 2.

испуњени услови прописани законом.⁴⁵ Страно лице, носилац коауторског дела, са осталим ауторима ужива национални третман ако је дело недељиво, а уколико се допринос сваког аутора у стварању ауторског дела може одвојити тј. уколико је оно дељиво сваки аутор подлеже посебном режиму заштите. Националним режимом заштите обухваћена су и правна лица у контексту колективног остваривања ауторског и сродних права.

Споразумевање држава на ширем нивоу у материји ауторских права везује се за усвајање Бернске конвенције о заштити књижевних и уметничких дела на крају XIX века.⁴⁶ Конвенцију је прихватио велики број земаља па се она сматра светском конвенцијом под чији режим потпадају аутори: држављани држава уговорница за њихова дела објављена или необјављена; аутори који нису држављани држава чланица за дела која су први пут објавили у некој од тих држава или истовремено у некој од њих и држави која није уговорница; и аутори који нису држављани држава уговорница али имају редовно боравиште у једној од њих. Конвенција утврђује национални третман у држави уговорници првог објављивања, док у другим земљама уговорницама гарантује права која уживају домаћи држављани у складу са националним прописима као и посебна конвенцијска права. Из тога произилази да се аутори, страна лица, могу опредељивати између националног третмана и минимума конвенцијских признатих права. Минимум права које утврђује конвенција односи се на посебно призната права као што су право на превод, репродукцију дела, јавно приказивање и извођење дела као и јавно преношење свим средствима приказивања и извођења, радио дифузију дела и њиховог саопштавања јавности, одобрење за адаптацију, аранжмане и друге прераде дела, кинематографске адаптације и репродукције дела и њихово пуштање у промет, ауторска морална права. Рок заштите аутора утврђен конвенцијом обухвата трајање живота аутора и 50 година после смрти, уз неке посебне рокове трајања заштите за поједина ауторска дела.

Под окриљем UNESCO-а у материји ауторског права усвојена је Универзална конвенција о ауторском праву.⁴⁷ Заштићени аутори према овом документу су држављани држава чланица и лица која су први пут објавила своје дело у једној од држава уговорница, с тим што државе уговорнице могу проширити круг заштићених лица својим националним прописима. Осим тога, земље уговорнице могу постављати посебне услове за признање права ауторима дела објављених у иностранству као што је регистрација, депоновање примерка ауторског дела или неки други формални акт. Ауторска дела која нису објављена на домаћој територији или ако аутор није

⁴⁵ Видети члан 110. Закона о ауторским и сродним правима РС.

⁴⁶ "Службени лист СФРЈ" бр.14/75. Конвенција је више пута допуњавана и измењена.

⁴⁷ "Службени лист СФРЈ" Д бр.7/60

држављанин земље по чијем праву се захтева испуњење одређених формалности могу уживати заштиту под условом да сви примерци носе ознаку "С" (copyright) уз име аутора и навођење године првог објављивања, при чему је реч о примерцима после првог објављивања уз сагласност аутора. Конвенцијом су изједначени домаћи и страни аутори као и њихови први следбеници, а заштита се односи на време трајања живота аутора и 25 година после смрти. У оквиру заштите права на имовину Европска конвенција о људским правима гарантује титуларима признање и заштиту права интелектуалне својине као апсолутног права.

У процесу прилагођавања међународним стандардима у домену права интелектуалне својине нужно је обезбедити даљу модернизацију и јачање домаћег законодавства, уз приступање релевантним међународним конвенцијама.

.....

Као носиоци јавних овлашћења, државе су у обавези да предузимају позитивноправне мере у оквиру својих међународноправно-преузетих обавеза. Стандарди који су успостављени, пре свега, међународним правним документима постављају оквир националном законодавцу у конципирању норми о правима странаца.

**Krvavac Marija , LLD
Full Professor**

**THE RIGHTS ON CERTAIN CIVIL RELATIONS RECOGNIZED TO THE
ALIEN CITIZENS**

Summary

The International law on human rights has become only recently a part of the international law, and it includes positive and binding set of legal norms which constitute the legal code of human rights. According to that, international law on human rights sets obligations to the countries to recognize and protect those rights.

Every country has it's own system on the legal status of alien citizens, which determines whether an alien citizen has the rights in that country, and potential conditions for acquiring, using and the volume of those rights. The norms that belong to the volume of international law on human rights are directly applicable whether they are part of the international agreement or the common law. They are incorporated in the majority of European national law and they make the European public order.

Др Олга Јовић-Прлаиновић
Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица
Др Јелена Беловић
Доцент Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

ВРЕДНОСТ КОНВЕНЦИЈЕ УН О ПРАВИМА ДЕТЕТА И ЊЕН ДОМАШАЈ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Анстракт:

Права детета свој пуни израз добијају у Конвенцији о правима детета која представља значајно достигнуће у погледу развоја и јачања међународног права у области права детета. Тенденција успостављања прецизних обавеза за државе чланице УН у погледу поштовања права детета условљена је распрострањеном праксом дискриминације деце, угрожавања њиховог нормалног физичког и психичког развоја, те недовољне заштите. Вредност Конвенције о правима детета огледа се у предвиђању бројних права детета која су изведена из дечјих различитих потреба у свакодневном животу и у изузетним ситуацијама. Каталог заштићених права детета који је прописан Конвенцијом је истовремено и одраз обавеза које су државе спремне да преузму у односу на децу.

У другом делу рада пажња је посвећена уређењу односа између родитеља и деце која су утемељена у одредбама Конвенције о правима детета као оквиру детерминације приликом регулисања односа са елементом иностраности. Дете као субјекат односа са елементом иностраности јавља се у бројним правним категоријама различитих колизионих норми, које упућују на меродавно право у погледу порекла детета, меродавно право за поверавање деце на чување и васпитавање, меродавно право за издржавање између родитеља и деце, и уопште на меродавно право за односе између родитеља и деце.

Кључне речи: *Конвенција о правима детета; људска права; најбољи интерес детета; колизионе норме.*

1. Уводне напомене

Познато је да програм заштите људских права у оквиру Уједињених нација почиње средином прошлог века, усвајањем Универзалне декларације

Проф. др Олга Јовић Прлаиновић, доц. др Јелена Беловић

о људским правима 1948. године.¹ Одредбе овог документа усмерене су на све мушкарце и жене, па се сматра да су њима обухваћена и деца. Универзални систем заштите људских права, неколико година касније, допуњен је са два међународна пакта о људским правима: Међународним пактом о грађанским и политичким правима и Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима.² Поједине одредбе Међународног пакта о грађанским и политичким правима посебно се односе на децу, прописивањем права детета на недискриминацију, права на име и упис у регистар рођених, као и права на држављанство,³ што је представљало највећи помак у стварању обавезујућих норми међународноправне заштите детета. У одредбама Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, дете, такође, није у средишту пажње, али се два члана овог међународног уговора посебно односе на децу и породицу. Предвиђено је предузимање посебних мера заштите и помоћи у име све деце и младих особа без дискриминације, као и да деца и младе особе морају бити заштићени од економске и социјалне експлоатације.⁴ Осим тога, признаје се право свих људи на највиши стандард менталног и физичког здравља који се може достићи и предузимање мера од стране држава ради смањења смртности приликом рођења и мера за обезбеђење здравог развоја детета.⁵

2. Међународни документи о посебној заштити права детета и припрема доношења Конвенције о правима детета

У области међународног права детета највећи ауторитет има Конвенција о правима детета усвојена под окриљем Уједињених нација 1989.

¹ Универзална декларација о правима човека усвојена је резолуцијом Генералне скупштине УН 217 А (III) од 10. децембра 1948. године. Нека права утврђена одредбама ове декларације усмерена су на заштиту детета. Видети Universal Declaration on Human Rights, 1948, интернет презентација: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/058.htm>

² Оба Пакта усвојена су резолуцијом Генералне скупштине УН 2200 А (XXI) од 16. децембра 1966. године и заједно са Универзалном декларацијом о људским правима чине корпус познат под називом Повеља о људским правима. Законом о ратификацији („Службени лист СФРЈ“, бр.7/1971) СФРЈ је ратификовала оба Пакта.

³ Чл. 24. Међународног пакта о грађанским и политичким правима прописује: „1. Свако дете без икаквог разликовања заснованог на раси, боји, полу, језику, вероисповести, националном или друштвеном пореклу, имовини или рођењу, има право на мере заштите од стране његове породице, друштва и државе, које захтева његов положај малолетника. 2. Свако ће дете бити регистровано одмах по рођењу и имаће име. 3. Свако дете има право на националност.“

⁴ Видети чл. 10. МПЕСК.

⁵ Видети чл. 12. МПЕСК.

године.⁶ Процес усвајања је трајао читаву једну деценију, од тренутка подношења предлога 1979. године до самог усвајања Конвенције.⁷

Основ процеса који је претходио стварању међународног уговора о правима детета представља Декларација о правима детета из 1959. године.⁸ Овај документ садржи чврсту концепцију о томе каква и која права деце би требало да буду правно дефинисана, по први пут у јединственом акту, обухватањем свих ситуација које утичу на положај детета.⁹ Уважавајући посебност детета Декларација афирмише општи став о потреби посебне правне заштите детета. Овај документ је представљао свечану препоруку принципа којих би државе чланице УН требало да се придржавају без правне обавезности да то чине. Од доношења Декларације, права детета почињу да буду третирана као посебна категорија људских права, детерминисана потребом да детету од самог рођења буду обезбеђена права која опредељују његов правни положај.¹⁰ Декларација у десет принципа прокламује права детета. Принципи се према садржини могу груписати у три дела: први део чине принципи који садрже констатацију о потреби детета да буде вољено и схваћено, да расте под окриљем бриге и одговорности својих родитеља у атмосфери љубави и материјалне сигурности; другом делу припадају принципи који наводе права чија је сврха одређење детета као правног субјекта, и на крају, у трећем делу су одредбе које прописују потребу да се деца заштите због своје физичке и менталне незрелости.¹¹

⁶ Генерална скупштина УН усвојила је резолуцијом бр. А (44) 736 Конвенцију о правима детета 20. новембра 1989. године на свом 44. заседању.

⁷ Видети Declaration of the Rights of the Child, League of Nations Official Journal (1924), Supplement No. 23, стр. 43.

Пре него је идеја доношења и усвајања Конвенције о правима детета заживела, још давне 1924. године, усвојен је од стране Скупштине Друштва народа први документ који је на формалан начин приступио правима деце. Реч је о Женевској декларацији (Декларација о правима детета), која је садржином пет својих чланова прокламовала обавезу да се деци омогући нормалан телесни и духовни развој, храна, лечење, помоћ; дете се мора заштитити од искоришћавања, а новорођенче треба да буде под заштитом; дете треба да расте свесно да „његови таленти служе човечанству које долази“.

⁸ Следећи важан догађај у историји међународне заштите права деце било је усвајање Декларације о правима детета 20. новембра 1959. године, под окриљем УН (Рез. Генералне скупштине бр. 1386 (XIV)). Видети Declaration on the Rights of the Child, G.A. res 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) I9, U.N. Doc. A 4354/1959.

⁹ Видети Драшкић М., Права деце и Конвенција УН о правима детета, Правни зборник бр. 2-3, Подгорица 1995, стр. 38.

¹⁰ Исто.

¹¹ Декларација о правима детета садржи Преамбулу у којој се наглашава да је „детету због његове физичке и менталне незрелости, потребна посебна пажња и брига, која укључује одговарајућу правну заштиту, пре и после рођења“. Преамбула се изричито позива на Декларацију о правима детета из 1924. године, потврђујући на тај начин

Поводом двадестогодишњице доношења Декларације о правима детета (1959), Уједињене нације су 1979. годину прогласили за Међународну годину детета. То је изазвало пажњу светске јавности за услове у којима деца живе, узрочно и према њиховим правима. С обзиром да је раздобље од годину дана било прекратко за исцрпне планове, програме и акције, прихваћена је идеја о проглашењу Деценије детета 1979-1989.¹²

На предлог пољске владе (1978. године) о доношењу конвенције која би се односила само на права деце, Генерална скупштина је по прихватању иницијативе затражила од Комисије за људска права да формира специјалну Радну групу са задатком да изради Нацрт конвенције.¹³ Најзад, после десет година рада на конвенцији и након тридесет година од доношења Декларације о правима детета, и многобројних захтева Генералне скупштине да се рад на конвенцији оконча, Комисија за људска права је усвојила Нацрт Конвенције и проследила га Економском и социјалном савету на прихватање. Нацрт је потом достављен Генералној скупштини УН на усвајање.

3. Конвенција о правима детета

И на међународном¹⁴ и на националном плану¹⁵ Конвенција о правима детета сматра се најважнијим међународним уговором за друштвени и правни положај детета. Она је први међународни документ у области људских права који свеобухватно регулише основна људска права

континуитет у међународноправној заштити детета, али и на Универзалну декларацију о људским правима. На крају Преамбуле, позивају се родитељи, жене и мушкарци као појединци, локалне власти и владе држава да признају права из ове Декларације и теже постепеном остваривању путем утврђивања правних и других мера.

¹² Видети Паравина Е., Остваривање права и потреба дјетета, Загреб 1989, стр. 31. Међународну годину детета прогласила је Генерална скупштина УН резолуцијом бр. 31/169 од 21. децембра 1976. године.

¹³ Установљена Радна група је била отвореног типа и у њеном раду су могле да учествују све чланице Комисије за људска права. Пољски текст нацрта који је био сличан тексту Декларације о правима детета (1959), био је основни радни документ.

¹⁴ Конвенција о правима детета је међународни уговор са највише ратификација. Према подацима доступним на сајту <http://www.ohchr.org>, Конвенцију је ратификовало 192 државе чланице УН..

¹⁵ Наша земља је Конвенцију о правима детета ратификовала Законом о ратификацији („Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 15/1990). Накнадно су ратификовани Факултативни протокол о учешћу деце у оружаним сукобима уз Конвенцију о правима детета и Факултативни протокол о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији уз Конвенцију о правима детета, „Службени лист СРЈ-Међународни уговори“, бр. 7/2000. Оба Протокола усвојена су 25. маја 2000. године резолуцијом Генералне скупштине УН (A/RES/54/263), а ступили су на снагу 18. јануара 2002. године.

(грађанска, социјална, економска, културна и политичка), јер су у до тада донетим документима о људским правима грађанска и политичка права била одвојена од економских, социјалних и културних права. Такође, Конвенцијом су по први пут предвиђена нова људска права детета као што су, рецимо, право детета на слободно изражавање мишљења о свим питањима која га се тичу, те право детета жртве било ког облика злостављања, злоупотребе или експлоатације на физички и психички опоравак и реинтеграцију.

Општеприхваћен став о потреби специјалног вредновања права детета и признавања његових потреба у Конвенцији о правима детета осликан је у идеји санкционисања свих основних и посебних права детета. Основна намера ствараоца овог документа била је санкционисање права детета различите садржине и обавезивање држава уговорница на поштовање и предузимање мера за заштиту детета од свих облика дискриминације. У том смислу, Конвенција представља потпун и моћан инструмент у домену права детета.

3.1. Обавезе држава чланица Конвенције о правима детета

Ратификацијом Конвенције УН о правима детета државе чланице имају обавезу поштовања права и одговорност за остваривање права прописаних овом Конвенцијом сваком детету које се налази под њиховом јурисдикцијом, без икакве дискриминације.¹⁶ Државе уговорнице ће предузети све потребне законодавне, административне и остале мере за остваривање права признатих у овој Конвенцији. Државе се обавезују да поштују одговорности, права и дужности родитеља, односно чланова шире породице или заједнице, старатеља или других особа законски одговорних за дете, да би се омогућило, на начин који је у складу са развојним могућностима детета, одговарајуће усмеравање и саветовање у остваривању права признатих овом Конвенцијом. У ту сврху Конвенција предвиђа систем контроле напретка које су државе уговорнице постигле у спровођењу обавеза преузетих овом Конвенцијом преко посебног надзорног органа - Комитета за права детета- којем државе чланице подносе извештаје о стању права деце.¹⁷

¹⁶ Видети чл. 2. Конвенције о правима детета.

¹⁷ Видети чл. 43. и 44. Конвенције о правима детета. Комитет за права детета (Committee on the Rights of the Child) чини десет независних експерата високе моралне вредности и признате стручности на пољу које покрива Конвенција. Они делују у личном својству, бирају их државе уговорнице уз поштовање равномерне географске заступљености, као и главних правних система. Комитет врши надзор над применом Конвенције о правима детета у државама чланицама, као и о примени два Факултативна протокола уз Конвенцију. Све државе чланице обавезне су да Комитету, преко Генералног секретара

Путем редовних извештаја или, чак, додатних информација које Комитет може тражити од држава уговорница, као и доступности извештаја најширој јавности у националним државама настоји се осигурати да ће призната права детета бити остварена у државама уговорницама.

Оно што на јасан и недвосмислен начин произилази из текста Конвенције односи се на то да ниједна држава уговорница не може да се ослободи одговорности за кршење, занемаривање, односно спречавање заштите права детета. Иако је одговорност родитеља или лица која се о детету брину примарна, она није и искључива. У циљу гарантовања и унапређивања права из ове Конвенције државе уговорнице ће пружити помоћ родитељима или старатељима у остваривању одговорности за подизање детета (чл. 18. ст. 2.).

3.2. Рестриктивне клаузуле и резерве на Конвенцију о правима детета

Права детета нису апсолутна у оном смислу у коме то нису ни људска права. Под одређеним околностима државе могу да ограниче нека зајемчена права и слободе. Разуме се, реч је о допуштеним ограничењима на основу којих држава уговорница по различитим основама у општем друштвеном интересу може ограничити вршење појединих права и слобода. Зависно од значаја и врсте појединих права и слобода, постоје три врсте ограничења људских права. Прво, дозвољено је стављање ван снаге појединих људских права, потом постоје тзв. инхерентна (уграђена) ограничења неких категорија људских права и, на крају, држави стоје на располагању и факултативна ограничења која она може али и не мора увести ослањајући се на ограничавајуће клаузуле које прате нека од заштићених права и слобода.¹⁸ Ограничењима предвиђеним тзв. рестриктивним клаузулама нека права и слободе се штите тако да државе уговорнице могу да одлучују само у погледу обима уживања права и слобода, под условом да је интервенција државе прописана законом или је неопходна демократском друштву ради заштите основних вредности сваке државе (национална

УН, подносе извештаје о мерама које су усвојиле за остваривање права деце предвиђених Конвенцијом, иницијално у року од две године од ступања Конвенције на снагу за дотичну државу уговорницу, а потом сваких пет година. Комитет се састаје једанпут годишње у седишту УН или на било ком погодном месту које Комитет одреди.

¹⁸ Видети Димитријевић В., Пауновић М., Ђерић В., Људска права, Београдски центар за људска права, Београд 2004, електронско издање: <http://www.bgcentar.org.yu/index.php?p=248>

безбедност, јавна безбедност, јавно здравље, морал или слобода и права других лица).¹⁹

Тако и ограничења која поставља Конвенција о правима детета односе се на ограничења која су неопходна ради поштовања права или угледа других, или ради заштите националне безбедности или јавног поретка, или јавног здравља или морала. Предмет ограничења у изузетним ситуацијама може бити право на слободу изражавања, право на слободу вероисповести и савести и право на слободу удруживања и мирног окупљања.²⁰ Иако у тексту Конвенције није експлицитно наведено која права не могу бити ни у ком случају окрњена или ограничена, савремене цивилизацијске, хуманитарне и културне потребе међународне заједнице условиле су апсолутну заштиту неких права и слобода које се не могу подврћи ограничењима нити могу бити суспендована, без обзира на врсту ванредних околности у којима се држава може наћи. У ту категорију права спадају право на живот, забрана мучења, забрана изрицања смртне казне.

Приликом потписивања или ратификације међународног уговора, односно приликом приступања, државе могу изјавити да не прихватају неке обавезе из одређених делова уговора, осим ако је могућност резерве искључена самим уговором.²¹ Могућност стављања резерве није искључена Конвенцијом о правима детета. Међутим, резерва неће бити дозвољена уколико је неспојива са циљем и сврхом овог међународног уговора. Како међународни уговор ступа на снагу по ратификацији то значи да државе уговорнице резерву могу ставити само у време ратификације или приступања,²² достављањем Генералном секретару УН, који текст резерве шаље свим државама.

По својој природи резерве су посебно ограничавајући правно-технички фактор који отежава остваривање Конвенције о правима детета. Упркос томе, државе уговорнице задржале су резерве на правна дејства неколико одредби Конвенције. Садржински, најбројније су резерве на

¹⁹ Исто. Држави је допуштено да у општем друштвеном интересу вршење ових права ограничи, али не и да их суспендује. Ова ограничења имају факултативни карактер, односно држава сама одлучује, у оквиру допуштеног поља слободне процене, хоће ли их или неће применити. Свакако, ограничења морају бити прописана законом или у складу са законом.

²⁰ Видети чл. 13, 14. и 15. Конвенције о правима детета.

²¹ Видети Правна енциклопедија, Београд 1983, стр. 683.

²² Супротно томе, резерве могу бити повучене у било које време обавештењем упућеним Генералном секретару УН који ће тада обавестити све државе, а производи дејства од датума пријема од стране Генералног секретара (чл. 53. ст. 3.).

одредбе о праву на вероисповест, праву на стицање држављанства, усвојењу и одвајању од родитеља.²³

4. Конвенција о правима детета у међународном приватном праву

Дисциплину међународног приватног права карактеришу бројне особености, узроковане пре свега њеним предметом, односно чињеницом да ова дисциплина регулише приватноправне односе у специфичним околностима, онда када се у чињеничном склопу појављује елемент иностраности.

У савременом друштву начела уређења односа између родитеља и деце заснована су на одредбама Конвенције о правима детета из 1989. године. Овај недвосмислени оквир детерминације, не спречава државе да исти користе и приликом регулисања односа са елементом иностраности.

Дете као субјекат односа са елементом иностраности јавља се у бројним правним категоријама различитих колизионих норми, које упућују на: меродавно право у погледу брачног порекла детета, меродавно право у погледу ванбрачног порекла детета (признање, утврђивање или оспоравање очинства, односно материнства), меродавно право за поверавање деце на чување и васпитавање, меродавно право за издржавање између родитеља и деце, и уопште на меродавно право за односе између родитеља и деце, итд.

Карактеристика колизионог регулисања проблематике односа родитеља и деце у првом реду јесте да оно не прати ни бројност ни сложеност питања која се у овом домену јављају и која поједина супстанцијална права уређују.²⁴

²³ Тако на пример, СФРЈ је приликом депоновања ратификационог инструмента ставила резерву којом је задржала право да надлежни органи (орган старатељства) могу и даље доносити одлуке о одузимању права родитељима на чување и васпитавање детета и без претходне судске одлуке (чл.3. Закона о ратификацији Конвенције УН о правима детета). Одредба чл. 9. ст. 1. Конвенције прописује обавезу држава уговорница на обезбеђење услова да ниједно дете не буде одвојено од својих родитеља против њихове воље, осим када надлежни орган на основу *судског* увида одлучи, у складу са одговарајућим законом прописаним поступком, да је такво раздвајање неопходно и у најбољем интересу детета. Дана 28. јануара 1997. године југословенска влада је информисала Генералног секретара о повлачењу те резерве, па је од тог времена о праву детета да не буде одвојено од својих родитеља против њихове воље, одлучивао само суд (чл. 1. Закона о изменама Закона о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета („Службени лист СРЈ-Међународни уговори, бр. 4/1996“), јер Конвенција као међународни уговор представља извор права, што значи да се њене одредбе примењују непосредно.

²⁴ Живковић М., *Поверавање деце*, стр. 61-95. *cit. u:* Варади Т., Кнежевић Г., Бордаш Б., Павић В., *Међународно приватно право*, 14. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 321, фн. 160.

У упоредном праву су заступљена како колизиона решења која изражавају начела заштите и најбољег интереса детета, тако и она која су остаци превазиђених схватања у облику меродавности персоналног права оца.²⁵

4.1. Вредносни аспект у међународном приватном праву

Не ретко се норме међународног приватног права дефинишу као техничка правила чији је циљ да „само“ упуте на меродавно право у чијим ће се оквирима спорно правно питање решавати. Са аспекта данашњег међународног приватног права ова констатација трпи бројне критике.

Класичне теорије у области сукоба закона слагале су се да колизиона правила јесу усмерена на задовољење правде, али не материјалне већ *колизионе* правде. Све оне кретале су се у правцу потраге за одговарајућом *државом* чије ће право бити меродавно, а не за одговарајућим *правом*, и у том смислу, за одговарајућим *резултатом*.²⁶ Теоријски правци с почетка ХХ века имали су за један од резултата и премису да се приватноправни односи који садрже елемент иностраности квалитативно не разликују од потпуно „*домаћих*“ случајева и да судије не треба да буду ослобођене одговорности да и ове случајеве решавају правично. Решавање случајева на правичан и фер начин треба да буде циљ једнако материјалних и колизионих правила.²⁷

На европском континенту ова промишљања позадина су у разради значајних принципа којима савремено међународно приватно право придаје значај, као што су принцип заштите слабије стране и принципи *in favorem validitatis*, односно *in favorem negotii*, али су и разлог за флексибилизацију колизионих правила и то најчешће путем клаузула изузетака, а са ослоном на принцип најближе везе.

Када је реч о детету као субјекту приватноправног односа са елементом иностраности, у савременом упоредном праву се сматра да *lex personalis* детета као меродавно право обезбеђује најбољи интерес детета „на категоријалан и апстрактан начин“, пошто нема гаранција да ће у конкретним околностима стварно афирмисати најбољи интерес детета.

Категоријална и апстрактна заштита у међународном приватном праву резервисана је за посебне категорије лица, тј. за ону страну која се у правном односу перципира као слабија. У релацији штетник-оштећени то је

²⁵ Варади Т., Кнежевић Г., Бордаш Б., Павић В., *Међународно приватно право*, 14. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 321.

²⁶ Symeonides S.C., “American Choice of Law at the Dawn of the 21th Century”, *Willamete Law Review*, vol.37, 1, 2001, str.61.

²⁷ Symeonides S.C., “Result-Selectivism in Private International Law”, *Romanian Journal Of Private International Law and Comparative Private Law*, 2008, str. 3.

свакако оштећени, с друге стране у релацији родитељ-дете то је несумњиво дете, итд.....

4.2. Концепт најбољег интереса детета

Већ је на више места назначено да савремене колизионе норме узимају у обзир и интерес правде и правичности приликом постављања тачки везивања за одређене правне категорије, и да се с тога не могу сматрати „слепим“, техничким правилима лишених вредносних аспеката.

Како се колизионе норме позивају на *најбољи интерес детета*, потребно је дефинисати овај концепт, како би судије приликом примењивања прописа имале на уму што јасније одреднице.

Конвенцијом је прокламовано како ће „у свим поступцима који се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне установе социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, *најбољи интерес детета* бити од првенственог значаја“.²⁸ Конвенција о правима детета из 1989. године, даље на више места поново наводи *најбољи интерес детета*.²⁹

Домашај поменутог принципа је са, дотадашњег (прим.аут!) релативно уског домена вршења родитељског права проширен на све правне односе од непосредног или посредног значаја за дете. Даље, принцип „најбољег интереса детета“ се тада почео остваривати у једном посебном контексту, кога карактеришу права детета као посебна категорија људских права.³⁰ Тако је дете постало централна фигура породичноправних односа, а родитељско право се трансформисало у родитељску дужност, односно одговорност.³¹

5. Закључак

У нашем Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља из 1982. године³² питању односа родитеља и деце посвећен је чл.40.

²⁸ Вити: чл.3, ст.1 Конвенције.

²⁹ Види: чл. 9, чл.18 и чл.21 Конвенције.

³⁰ Поњавић З., Влашковић В., „Концепт „најбољег интереса детета“ унутар Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце“, у: Зборник радова са другог међународног скупа „Дани породичног права: Најбољи интерес дјетета у законодавству и пракси“, Мостар, 2014.стр.35.

³¹ *Ibid.*

³² Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, "Службени лист СФРЈ" бр. 43/1982, са исправкама у "Службеном листу СФРЈ" бр.72/82, "Службени лист СРЈ" бр.46/96 и "Службени гласник РС" бр.46/2006.

Закон поставља каскадну колизиону норму, која броји листу следећих субсидијарних тачака: а) право државе чији су држављани родитељи и дете; б) право државе у којој сви они имају пребивалиште; в) прево Србије уколико је дете или један од родитеља држављанин РС; и г) за односе између родитеља и деце који нису предвиђени у ст.1 до 3. Овог члана меродавно је право државе чији је држављанин дете.

Тек се у 4. ставу поменутог члана наводи *lex nationalis* детета. Законодавац је овај став неспетно формулисао. Наиме, цео чл. 40 Закона односи се на све односе између родитеља и деце, па је погрешна формулација: „за односе између родитеља и деце који нису предвиђени у ст.1. до 3.....“ јер води погрешном закључку да поменути ставови не покривају неке односе, за које тада важи ст.4. Спорни став треба читати: за случајеве у којима се меродавно право не може одредити на основу чст.1 до 3. меродавно је *lex nationalis* детета.³³

Нацрт Закона о међународном приватном праву из 2014. године³⁴, такође предвиђа каскадну колизиону норму, али је категоријална и апстрактна заштита у правцу детета знатно видљивија и ојачана. Нацрт предвиђа следеће субсидијарне тачке: а) право државе уобичајеног боравишта детета; б) ако се уобичајено боравиште детета промени, за родитељско право меродавно је право државе новог уобичајеног боравишта; в) Суд Републике Србије може применити или узети у обзир и право друге државе са којом је правни однос блиско повезан, ако је то потребно ради заштите личности или имовине детета.

На основу анализе постојеће и предложене законске одредбе јасно је уочљива еволуција у развоју концепта *најбољи интерес детета*, на специфичном терену међународног приватног права.

³³ Дика М., Кнежевић Г., Стојановић С., *Коментар Закона о међународном приватном праву и процесном праву*, Номос, Београд, 1991., стр.137.

³⁴ Доступан на сајту Министарства правде www.mpravde.gov.rs

Olga Jović-Prlainović, LLD

Associate Professor

Jelena Belović, LLD

Assistant Professor

VALUE OF THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD AND IT' S SCOPE IN THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Sumarry

The concept of children rights get their full expression through the Convention on the Rights of the Child, that could be perceived as a significant achievement in the development and strengthening of international law in the field of children's rights. The tendency of establishing precise obligations for UN member states to respect the rights of the child is conditioned by the widespread practice of discrimination against children, compromising their normal physical and mental development, and insufficient protection. The value of the Convention on the Rights of the Child is reflected in predicting the number of children's rights that are derived from the children's different needs in everyday life and in exceptional situations. Protected rights of the child as prescribed by the Convention is also a reflection of the commitments that countries are prepared to take in relation to children.

The private international law is characterized by a number of characteristics primarily due to its subject matter or the fact that this discipline governs private law in specific circumstances, when it appears in the factual part of the element of internationality.

In modern society, principles regulating relations between parents and children are based on the provisions of the Convention on the Rights of the Child of 1989. The child as a subject of relations with foreign element appears in a number of different legal categories of conflict rules, which indicate the applicable law regarding the origin of child, the applicable law for entrusting children for care and education, the applicable law for the maintenance between parents and children, and in general to the applicable law for relations between parents and children, and so on.

Dr sci. med. Зоран Ћирић, неуропсихијатар
Редовни професор Правног факултета у Нишу
Милена Ћирић, дипломирани правник

МЕДИЦИНСКА ВЕШТАЧЕЊА ВИДОВА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ У СЛУЧАЈЕВИМА ЕКОЛОШКИХ АКЦИДЕНАТА¹

Анстракт:

Накнада нематеријалне штете која настаје као последица штетног деловања правних или физичких лица је један од значајних облика заштитет људских права у савременим законодавствима. Еколошки акциденти различитог порекла могу условити, осим самог загађења животне средине, и нарушавање здравља људи, како са становишта телесног интегритета личности, али и страха и других непријатних емоционалних доживавања, што упућује да накнада нематеријалне штете може проистећи из различитих противправних радњи из домена угрожавања животне средине. У раду су приказани различити видови нематеријалне штете који могу настати услед разних еколошких акцидената, као и области медицине у којима се вештачења ових видова штете могу обављати. Такође, рад садржи и приказ начина за евалуацију постојања ових видова штете, као и за процену њиховог интензитета и трајања, уз приказ и различитих модалитета њиховог испољавања. Иако ови судски поступци нису тако чести и присутни у грађанско-правној области активности судова, досадашња пракса не искључује могућности вођења ових поступака, а самим тим и обаљања медицинских вештачења у склопу утврђивања чињеничног стања, која су некада и од пресудног значаја за доношење објективне и правичне пресуде. Тиме медицина, још једном, даје допринос праву, како са теоријског, тако и са практичног становишта, чиме се потврђује и да је област еколошког права и заштита животне средине мултидисциплинарна област.

Кључне речи: *Нематеријална штета, еколошки акциденти, страх, физички болови, душевни болови.*

¹ Рад је резултат активности аутора на пројекту Правног факултета у Нишу "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору"

Проф. др Зоран Ћирић, Милена Ћирић

1. Увод

Последњих деценија се на глобалном нивоу све више постављају питања и предузимају различите мере које се односе на адекватну, квалитетну и правовремену заштиту животне средине, као нужног предуслова да људи, животиње и биљке битишу у што повољнијим околностима и да се смање могући фактори који ће угрозити исту, а посредно или директно довести и до нарушавања здравља људи. Тако заштита животне средине постаје „аксиом“ и нужност, како за садашњост, али и ближу и даљу будућност, посебно са становишта „смањивања ризика за живот и здравље људи, као и осигуравања и побољшања њиховог квалитета живота“². У том смислу највећи број држава, укључујући и Републику Србију, донео је и унапређује правну регулативу којом се стварају услови за што бољу заштиту животне средине, чиме се „обезбеђује право човека на живот и развој у здравој животној средини и уравнотежен развој у здравој животној средини“³.

У нашој земљи правна заштита животне средине остварује се применом више законских прописа, међу којима су најзначајнији Закон о заштити животне средине (ЗЗЖС) и Кривични законик РС у свом одељку XXIV, којим су прописана кривична дела против животне средине. Овим приписима се, између осталог, утврђује шта је то животна средина и њен систем, одређују субјекти система њене заштите и њихове обавезе, наводе начела заштите животне средине и др., али и утврђују санкције за правна или физичка лица која су угрозила или нарушила систем животне средине и узроковала одређене последице, посебно у односу на нарушавање здравља људи.

Осим што се наведеним прописима превентивно штити животна средина или одређује шта је обавеза лица која су проузроковала „повреду“ животне средине (у смислу да су лица која су проузроковала загађење животне средине, без одлагања, обавезна да предузму мере ради смањења штете у животној средини, уклањања даљих ризика и санације настале штете), утврђују се и обавезе за накнаду штете због загађивања животне средине. Наиме, „ако загађење не може да се санира, лице које је проузроковало загађење животне средине дужно је да накнади штету

² Закон о заштити животне средине Републике Српске, чл.1., Службени гласник Републике Српске 01-1053 /12.

³ Закон о заштити животне средине Републике Србије, чл.1., „Службени гласник РС“, бр.135/2004, 36/2009-др. закон, 72/2009-др.закон и 43/2011-одлука Уставног суда РС.

животној средини, укључујући и индивидуалну штету коју су загађењем животне средине претрпела директно угрожена лица⁴.

Еколошки акциденти различитог карактера (индустријски, транспортни и др.) и порекла (хемијски, биолошки, радилошки и др.), као и кривична дела против животне средине узрокују штету различитог квалитета, нарочито у виду оштећења материјалних добара, (не) поправљивог оштећења система животне средине, али и оштећења здравља људи, како са становишта телесног здравља, тако и са аспекта нарушавања и повреде емоционалног или целокупног психичког стања особа које су повређене у склопу поступака који доводе до загађења животне средине, било директно, било посредно.

Са становишта овог рада посебно су значајна оштећења здравља која настају услед повреде или загађења животне средине, што ствара и основу за накнаду нематеријалне штете која је настала у склопу еколошких акцидентата или кривичних дела против животне средине. Уколико се покрене ова врста поступка, утврђивање оштећења телесног и/или психичког здравља и његових последица је домен процене стручњака медицинске струке, а кроз активности у склопу медицинских вештачења у овим поступцима.

2. Медицинска вештачења нематеријалне штете услед еколошких акцидентата

Медицинска вештачења различитих видова неимовинске штете представљају доста често подручје рада судских вештака медицинске струке у судским поступцима. Међутим, на основу досадашње праксе, медицинска вештачења у поступцима накнаде нематеријалне штете услед еколошких акцидентата била су веома ретка, за шта се могуће објашњење може наћи и у чињеници да су се овакви судски поступци веома ретко и покретали.

С обзиром на околност да еколошким акцидентима, кривичним делима против животне средине и другим начинима њеног загађења или оштећења, могу настати оштећења телесног здравља (повреде или обољења) и/или нарушавање психичке равнотеже, негативна емоционална доживљавања или чак и структурисани ментални поремећаји, у циљу утврђивања постојања видова нематеријалне штете могу бити ангажовани лекари-вештаци различитих специјалности. У принципу потребно је ангажовати специјалисте судске медицине за видове штете који су резултат телесних повреда или болести које настају еколошким акцидентима или судске психијатре, ако се ради видовима нематеријалне штете психолошко-

⁴ Петрушић, Н.: Заштита животне средине у грађанском судском поступку, У: Основе права животне средине.-Нови Сад: Правни факултет, стр. 217-227, 2009.

психијатријског карактера. Наравно, то не искључује и ангажовање и лекара вештака других специјалности (напр. хематолога, микробиолога, епидемиолога, специјалисти за медицинску хигијену и др.) или чак и стучњака који нису лекари, као што су психолози, биолози, дипломирани хемичари и др. Мишљења смо да последње наведени треба да буду делови тима при вештачењима која обављају специјалисти судске медицине или вештаци неуропсихијатри, а да водеће место (у зависности о врсти оштећења здравља) треба да припадне специјалистима за судску медицину или специјалистима из области (неуро) психијатрије или судске психијатрије. Наравно, има и ситуација у којима су еколошки акциденти узроковали оштећења и телесног и душевног здравља штетника, када ће утврђивање видова нематеријалне штете обавити и судски медицинари и судски психијатри.

Према Закону о облигационим односима⁵ (ЗОО) видови нематеријалне штете разврстани су на: физичке болове, страх и претрпљени и будући душевни болови. Ове околности, као и досадашња искуства аутора у поступцима судских вештачења у овој области, утицали су да основни циљ овог рада буде приказ основних правних и психијатријских постулата који су везани за област неимовинске штете. При томе доминатно усмерење и даља елаборација односиће се на медицински аспект вештачења нематеријалне штете настале услед еколошких акцидената, кривичних дела против животне средине и других облика урожавања животне средине, који доводе до угрожавања здравља људи или чак и њихових живота. У складу са овим законом (чл.200.) могуће је досудити правичну новчану накнаду за претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове у складу са одредбама Закона, као и за претрпљени страх, у ситуацијама и након ситуација када је штетно деловање наступило. Ово, наравно, под условом да јачина болова и страха и њихово трајање то омогућавају. Осим што је врста сатисфакције, нематеријална штета треба да надокнади и повећани напор лица за остваривање нормалног функционисања у периоду док је штета трајала или да омогући њену што правичнију макнаду чиме би се део трпљења компензовао.

У складу са овим, у судско-медицинској (Јовановић⁶) и судско-психијатријској литератури се истичу видови нематеријалне штете (Капамација⁷, Крстић⁸, Ђирић⁹) и систематизују се у следеће облике:

⁵ Закон о облигационим односима РС, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, чл. 200.-203.

⁶ Јовановић Родољуб: Судска медицина, за студенте права, Нота Књажевац, 1988.

⁷ Капамација Борислав: Форензичка психијатрија, Дневник Нови Сад, Нови сад, 1989.

⁸ Крстић, Божидар: Судска психијатрија, СКЦ Ниш, Ниш, 1996, стр.12-13.

1. претпљени и будући физички болови,
2. претрпљени и будући страх и његове компликације,
3. претрпљени и будући душевни болови.

Околност да се ради о телесном и/или душевном трпљењу личности које нема своју реалну (материјалну) цену и вредност чини да је накнада нематеријалне штете за личност посебна врста сатисфакције, уз услов да суд одреди што правичнију накнаду за ова трпљења. Такође, предуслов за досуђивање ове накнаде је да јачина и трајање болова и страха то оправдавају, да се тиме може успоставити нарушена психичка равнотежа, као и да се њоме надокнађују повећани напори оштећеног да се врати у нормално стање или да уз повећане напоре успе да што „нормалније“ функционише.

Осим утврђивања јачине и трајања видова штете, неопходно је у судском поступку утврдити да ли постоји узрочно-последична веза између неког штетног деловања (у конкретном случају услед неког еколошког акцидента) и трпљења, која представља прописани основ нематеријалне штете.

Оно што ову област још карактерише су и следеће околности:

- Закон, осим претрпљених видова штете, признаје и досуђивање накнаде за будуће душевне патње и будуће психичке последице претрпљеног страха, одређујући неку будућу штету као нешто што је „извесно да ће по редовном току трајати и у будућности“. Тиме се од вештака, а на посебан начин, тражи да изврше и предикцију да ли ће и у будућности постојати неки од видова нематеријалне штете, како са становишта квалитета, тако и са аспекта интензитета и трајања;

- право на накнаду нематеријалне штете може бити признато и лицима која нису директно била изложена штетном деловању, али су посредно трпела или трпе негативне емоционалне последице због нанете штете њима блиским лицима (у случају смрти блиског лица или нарочито тешког инвалидитета блиског лица);

- повремена могућност да са протоком времена један од постојећих видова нематеријалне штете пређе у њене друге облике (напр. компликација страха у менталне поремећаје које узрокују јак страх и тешке психичке трауме или када се из вида трпљења физичких болова због повреда или болести развије неки облик умањења опште животне активности итд.). Наравно, то изискује и потребу да ове околности у својим налазима вештаци медицинске струке детаљно образложе, посебно ако се ради о одређеним

⁹ Ђирић, Зоран: Судске психијатрија, Центар за публикације, Правни факултет, Ниш, 2013., стр 34.

менталним поремећајима које они препознају. На тај начин ће то постати разумљиво правницима и другим учесницима судског поступка и смањити могућности за неразумевање, нејасноће и погрешна тумачења.

2.1. Видови нематеријалне штете

Већ је наведено да ЗОО предвиђа постојање следећих видова нематеријалне штете:

1. Физички болови, 2. Страх и 3. Душевни болови (психичке патње)

Овако формулисани видови нематеријалне штете немају увек идентичне нозолошке облике у медицинској науци, како у домену телесне медицине, тако и у области психијатрије, па је задатак вештака да усагласе медицинке термине и ентитете са законским формулацијама и тиме у пуној мери буду од помоћи суду, јер би употреба стручно медицинских појмова, без њиховог „превођења“ на правнички језик значајно отежала поступање правосудних органа у овој области.

2.1.1. Физички болови

Овај вид нематеријалне штете односи се на претрпљене и будуће физичке болове, а употреба појма физички је резултат потребе да се овај вид штете диференцира од душевних болова. У медицини је познат појам бола, али се у судским поступцима лекари вештаци у принципу изјашњавају у складу са законским одређењем и задацима које им суд поставља у оквиру предмета вештачења.

У принципу физички болови представљају непријатне (мучне) субјективне осећаје који су резултат деловања штетних дражи на специфичне нервне завршетке који се налазе у читавом телу. Дакле, физички бол настаје када болни надражаји делују на рецепторе за бол, а затим се исти спроводе до делова мозга који ове дражи препознају као болне, с тим да је бол осећај, а не осећање (емоција).

Јачина и трајање доживљавања бола зависи од више фактора, међу којима су најзначајнији¹⁰:

- интензитет штетног деловања, односно *јачина дражи*;
- временско *трајање деловања болне дражи*;
- *карактеристике узрочника болне дражи* (повредни предмет или други фактори)-нпр. није једнак интензитет бола ако истом јачином ударимо тело металном шипком или прутом и сл.;

¹⁰ Јовановић Родољуб.: Судска медицина за студенте права, Нота, Зајечар, 1988, стр.88-89.

- *локализација и захваћеност* оног дела тела на које делује штетни фактор. Наиме, на различитим деловима тела налази се различит број и различита и неједнака распоређеност рецептора (пријемника) за бол. Њихов број и густина распоређености су доста велики на прстима шака, лицу, кожи главе, неким слузокожама (можданице, слузокожа трбуха, листови плућне марамице и др.), док је на другим деловима тела број и распоред пријемника боли знатно мањи. Тако ће иста штетна драж делујући да делове тела са великом густином и бројем рецептора изазвати интензивније болне осећаје, док ће на другим локализацијама тај доживљај бити значајно мањег степена;

- *индивидуалне карактеристике тела* особе на коју делују штетни фактори (узраст, телесна конституција, опште здравствено стање и др.);

- *психолошке предиспозиције личности*, тј. обележја њене структуре и динамике. Познато је да различите особе различито доживљавају болне дражи једнаког степена и локализације, тј. да су неки изузетно отпорни, а неки веома преосетљиви приликом деловања болних надражаја.

У случају еколошких акцидената и настанка и постојања физичких болова могу се истаћи следеће чињенице: - прво, да физички бол настаје директно као последица повређивања које је условљено еколошким акцидентом и - да физички бол настаје као последица одређених телесних поремећаја или болести које су каснија последица оштећења здравља услед негативних дејстава еколошких акцидената на здравље оштећеног и - треће, да се физички бол код штетника јавља и као последица директног повређивања током одигравања еколошког акцидента и услед болова у склопу телесних болести и поремећаја који су у директној узрочно-последичној вези са настанком и постојањем еколошког акцидента.

У случајевима вештачења физичких болова код еколошких акцидената медициски вештак треба да утврди најмање постојање следећих околности (што може бити и препорука за правнике у односу на које околности да захтевају изјашњење вештака у овим ситуацијама):

- да ли су физички болови штетника у узрочно-последичној вези са повредама и/или болестима које су узроковане еколошким акцидентима (у најширем смислу тој појма;

- уколико се ова повезаност утврди, неопходно је утврдити интензитет и трајање ових болова. Овде треба истаћи да су они физички болови који су настали као последица повреде услед еколошких акцидената углавном временски ограничени, тј. трају одређено време, а затим у највећем броју случајева се у потпуности губе или се краткотрајно и спорадично понављају у будућности. Међутим, физички болови који су резултат болести које насталу услед еколошких акцидената имају и прошло време испољавања (са својим интензитетом и трајањем), испољавање у време обављања вештачења, али и своје будуће појављивање. И тај интензитет и процена трајања тих болова теба да буде саставни део налаза и мишљења вештака

судске медицине, посебно што ЗОО говори о овом облику нематеријалне штете као „претрпљени и будући физички болови“. У случају процене потенцијалног трајања и интензитета физичких болова који су резултат болести услед деловања еколошких акцидента мишљења смо да ова вештачења треба обавити тим вештака, који ће осим специјалисте за судску медицину укључивати и стручњаке оних специјалности којима болест која је настала припада, али и евентуално ангажовање токсиколога, епидемиолога и др.

Са становишта интензитета бол се најчешће степенује као *веома јак, јак, средњи и слаб*, док је трајање у зависности од врсте повреде, околности повређивања, степена оштећености тела, као и других околности.

Наравно, повреде и/ли болести које настају услед еколошких акцидента, на нивоу оштећења телесног здравља не узрокују само физичке болове, већ могу довести и до мањег или већег степена умањења опште животне способности штетника, наруженост, потребу за продуженим лечењем и др., што ће такође бити предмет процене специјалиста за судску медицину, али ће о овоме бити више речи у делу који се односи на претрпљене или будуће душевне болове настале као последица еколошких акцидента.

2.2.2 Страх

Страх, претрпљени и будући, (али и његове последице), представља један од видова нематеријалне штете, за који се може досудити одређена новчана накнада како би се обештетило лице које је штетним деловањем услед еколошког акцидента доведено у ово стање.

Страх се, са психолошко-психијатријског становишта, одређује као непријатно, мучно и, не ретко, интензивно непријатно стање осећања. У склопу оваквог осећања јавља се повећање психичке напетости и узнемиреност.

Овај облик негативних емоционалних доживљавања, као сложени део афективног живота човека, у принципу настаје у ситуацијама када предстоји или постоји егзистенцијална опасност, углавном по саму личност, а некада и по њу веома блиске особе. Подаци из психијатријске и психолошке литературе (Креч и Крачфилд¹¹, Ђирић и Димитријевић¹² и др.) указују да некада страх има само квалитет осећања (емоције), а некада, што је много чешће, има карактеристике афективног стања, као интензивног стања осећања које је праћено телесним и изражајним променама и

¹¹ Креч, Д., Крачфилд, Р.: Елементи психологије, Научна књига, Београд, 1980.

¹² Ђирић, З., Димитријевић, Б.: Основи судске психијатрије и судске психологије, СКЦ Ниш, 2009.

манифестацијама. Да ли ће страх бити само негативна емоција или афективно стање одређиваће раличите околности, међу којима су од посебног значаја израженост доживљаја егзистенцијалне опасности, околност да егзистенцијална опасност постоји, али и обележја личности, емоционална зрелост и др.. У сваком случају, неки штетни фактор угрожава телесни и/или психички интегритет особе (или њему битних особа), чиме нарушава постојећу психичку равнотежу и ствара непријатна или мучна осећања, за које је закон предвидео да се може досудити новчана накнада.

Сходно претходно наведеном, у ситуацијама када еколошки акцидент има квалитет животно угрожавајуће околности, могуће је очекивати настанак и доживљавање страха, као непријатног и мучног емоционалног доживљавања, што, даље може представљати основ за досуђивање новчане надокнаде за трпљење овог вида нематеријалне штете.

Иако се у судској пракси срећу вештачења претрпљеног и будућег страха обављена од стране вештака специјалисте за судску медицину, хирурга, интернисте, токсиколога и др., мора се истаћи да су вештачења страха искључиво компетенција вештака (неуро) психијатара, те да треба усмерити правнике у одређивању из које медицинске специјалности треба одредити вештака за процену постојања страха услед различитих штетних деловања, па и еколошких акцидентата.

Са аспекта утврђивања страха као једног од видова нематеријалне штете, у поступцима вештачења се може утврдити постојање „примарног“ и „секундарног“ страха.

Када се указује на постојање примарног страха, ради се у суштини о правом афекту (афект у ужем смислу те речи). Ова врста страха утврђује се у околностима када јасно постоји или предстоји животна опасност за оштећеног, а резултат је доживљаја оштећеног да на њега делује штетни агенс (у конкретним случајевима насталих услед еколошких акцидентата) који му може угрозити и нарушити телесни и психички интегритет или се то може десити у веома блиској будућности.

Суштина утврђивања примарног страха и његова евалуација односи се на постојање процене да је штетник имао спознају да на њега делује или ће веома брзо деловати фактор који ће му веома тешко нарушити здравље или га усмртити. Овакве околности могу настати и у ситуацијама када је штетник непосредно изложен деловању фактора еколошког акцидента, када је услед тога већ озбиљно повређен и услед тога ствара доживљај да му је егзистенција угрожена. Примарни страх ће по правилу трајати све док ова опасност постоји и док се не створи спознаја да ипак овај штетни агенс нема смртоносно дејство или дејство у стварању већег трауматског оштећења здравља. Због тога је и најчешћа процена да ова врста страха не траје дуже од неколико часова, евентуално дана, док лице које је било оштећено не

добије (најчешће од стручних лица) сазнање о степену оштећености општег здравственог стања.

При вештачењу ових стања неопходно је да се вештак изјасни о следећем:

- да ли је доживљај страха у узрочно-последичној вези са деловањем фактора еколошког акцидента којем је изложен;

- да одреди јачину и време трајања примарног страха, водећи рачуна о сложеној динамици ових непријатних емоционалних доживљавања, степену евентуалног повређивања и брзине и адекватности пружања медицинске помоћи, као и о другим околностима од значаја за судско-психијатријску евалуацију претрпљеног примарног страха.

Са становишта процене интензитета доживљеног страха најчешће се у литератури наилази на његову градацију на веома јак (самртни страх), јак, средњи и страх слабог интензитета. У зависности од околности случаја вештак ће дати и процену трајања доживљеног страха, с тим да ће уколико је страх постојао у различитим степенима одредити и дужину трајања страха одређеног интензитета.

По окончању доживљавања примарног страха, а услед различитог степена телесне повређености, евентуалног настајања телесних болести или поремећаја и одређених осујећења услед ових повреда или обољења, код оштећених се може јавити одређена врста стрепње, забринутости, бојазни, пре свега за степен опоравка насталих повреда и телесних болести и осујећености. Овај вид емоционалних доживљавања означава се као „*секундарни страх*“, што није афект у правом смислу речи, већ врста пролонгираног доживљавања непријатних емоција или чак постојање пролонгираног нерасположења. У сваком случају и ово је поремећај психичке равнотеже у узрочној вези са узроком страха и повређивања. Осим код тежих повреда, ова врста страха се може јавити и код дужег поступка лечења и рехабилитације, када постоји неизвесност за то да се особа неће потпуно опоравити и да ће заостати одређене последице, што све узрокује ову врсту забринутости и стрепње, а то је и суштина секундарног страха.

У судско-психијатријској литератури се срећу различити ставови о процени секундарног страха коју вештак треба да презентује суду. Одређени аутори (Крстић¹³, Ковачевић¹⁴) сматрају да треба констатовати његово постојање и време када је исти постојао, без степеновања интензитета у периоду када је секундарни страх егзистирао. Са друге стране, има ставова (Капамаџија¹⁵, Турчин¹⁶) да треба степеновати интензитет секундарног

¹³ Крстић, Б.: Судска психијатрија, СКЦ Ниш, Ниш, 1996.

¹⁴ Ковачевић, Р.: Форензичка психијатрија, Правни факултет у Бањој Луци, Центар за публикације, 2000.

¹⁵ Капамаџија, Б.: Форензичка психијатрија, Матица српска, Нови Сад, 1989.

страха током његовог трајања, правдајући то околношћу да се током лечења и опоравка и забринутост и стрепња мењају у изражености, у зависности од тока лечења. Овакав став може имати своје оправдање и са медицинског и са правног становишта. Ово због тога што се стање особе која трпи секундарни страх може мењати, а тиме и израженост ове врсте страха. Тако, нпр. није иста забринутост за опоравак особе које је доживела прелом ноге у фази зарастања прелома кости и када се не може кретати, као она када има потврде да је прелом зарастао, када је особа почела да хода и сл.

Посебно питање у домену психијатријске процене претрпљеног страха, чини се, појављује се у ситуацијама када је доживљен страх оставио психијатријске последице. Овде се ради о менталним поремећајима чијем настанку страх и њему сличне јаке психичке трауме у краћем или нешто дужем периоду узрокују одређени ментални поремећај, да између доживљавања страха услед штетног деловања и настанка тих менталних поремећаја постоји јасна психолошко-психијатријска повезаност, односно узрочно последична веза. А ти ментални поремећаји представљају душевне болове и некада веће, а некада мање нарушавање психичке равнотеже.

Једно од питања које се у овим ситуацијама може поставити да ли ће се евентуално ови душевни болови ценити уопште као вид нематеријалне штете, јер чини се да немају утемељење у законским условима накнаде за душевне болове. Или ће се можда ценити у склопу уопште евалуације претрпљеног страха, па у оквиру тога и сагледавање његових последица.

Но, ове околности цениће правници, пре свега у смислу да ли ће психијатријске последице страха уважити као облик нематеријалне штете. Са становишта судске психијатрије, треба истаћи да су могући ментални поремећаји који су последица доживљеног страха и пратећих стресова Акутна реакција на стрес, Посттрауматски стресни поремећај и Поремећај прилагођавања. На вештаку је да исте одреди, исказе степен њиховог испољавања у контексту поремећаја психичке равнотеже штетника, као и дужину трајања, као и истакне да ли су ови ментални поремећаји довели до трајних психичких измена личности штетника, посебно у смислу појаве менталног поремећаја који се означава Трајне измене личности. На тај начин вештак психијатар презентује објективну процену психичке измењености која је у вези са доживљавањем страха и стресора приликом постојања егзистенцијалне опасности, а да ли ће то бити процењено као облик штете је правно питање, односно задатак правника.

Став аутора је да психијатријске околности треба презентовати суду, јер је то део реалне и објективне психијатријске процене, а на правницима је

¹⁶ Турчин, Р.: Форензичка психијатрија, у Кеџмановић (ур.) Психијатрија, Медицинска књига, Београд-Загреб, 1989.

да утврде да ли су овако констатоване психијатријске чињенице основ за досуђивање накнаде за нематеријалну штету. Такође, скромно мишљење овог аутора је да Закон о облигационим односима треба осавременити и предвиђањем оваквих околности као могућег основа нематеријалне штете, што ће савремене животне ситуације, некада и незамисливе, уврстити у потенцијалне видове штете проистекле из претрпљеног страха.

2.2.3. Душевни болови

Душевни болови, као вид нематеријалне штете, некада имају и назив психичке патње. Представљају широки спектар негативних емоционалних доживљавања или чак и развијених менталних поремећаја, који су последица различитих штетних деловања, а чије узроке предвиђа Закон о облигационим односима.

Као што је већ наведено, накнада за претрпљене и будуће душевне болове може се одредити уколико они настају услед: а) *умањења животне активности*, б) *наружености (измене естетског изгледа)*, ц) *повреде угледа и части*, д) *повреде слободе и неоснованог лишења слободе*, е) *повреде права личности*, ф) *смрти блиског лица*, г) *нарочито тешког инвалидитета блиског лица* и х) *кривичног дела против полног интегритета, достојанства личности и морала*.

Може се, дакле, јасно закључити да се накнада за овај вид штете може досудити и лицима на која нису директно деловали штетни чиниоци, тј. осим оних који су непосредно оштећени, право на накнаду по основу трпљења душевних болова имају и нека лица која су посредно оштећена. То се среће код накнаде душевних болова услед смрти блиског лица или тешког инвалидитета блиског лица.

Да би се дошло до објективне процене од значаја за пресуђивање у смислу постојања овог вида нематеријалне штете потребно је судско-психијатријским вештачењем утврдити следеће:

- да ли су евентуални душевни болови у узрочно последичној вези са околностима које настају као последица еколошких акцидентата, пре свега у смислу да ли су еколошки акциденти довели до умањења опште животне активности, наружености, смрти или нарочито тешког инвалидитета блиског лица, повреда права личности и др.

- Уколико је ово неспорно, вештак психијатар ће се изјаснити да ли су постојали душевни болови услед ситуација предвиђених ЗОО.

- Након тога вештак ће одредити квалитет и интензитет душевних болова (да ли се ради само о поремећају психичке равнотеже без развоја неког менталног поремећаја или су се душевни болови манифестовали у склопу одређеног менталног поремећаја).

- Утврђивање трајања наведених душевних болова, кроз сагледавање динамике трајања поремећаја, али и ефеката евентуалних терапијских процедура, као и околности да ли су одређене психичке патње добиле трајни карактер, односно да ће штетник душевне болове доживљавати и у ближој или даљој будућности.

Према својој изражености душевни болови могу бити *јаког, средњег и лаког (слабог) интензитета*, док је њихово трајање различито, с тим да за то време треба одредити ког степена изражености су били у ком периоду. Такође, законско одређење указује да се осим претрпљених душевних болова може сатисфакција одредити и за оне који ће се тек трпети, што захтева основано предвиђање њиховог постојања у будућности, чак и до мере да ли ће неки од тих душевних болова бити трајни (малтене доживотни). Наравно, и у овим ситуацијама је неопходно предвидети интензитет душевних болова који ће бити присутни и у будућности.

Интензитет душевних болова у принципу зависи од већег броја разних фактора, међу којима посебно место имају: врста штетног деловања, субјективни значај повређеног добра у систему вредности оштећеног, карактеристике личности, узраст особе, раније постојање менталних поремећаја, евентуални развој неког менталног поремећаја и др.

Судско-психијатријска вештачења душевних болова у складу са правилима струке обављају се прегледом лица које је оштећено и утврђивањем његовог садашњег, али и ранијег психичког стања, као и обављањем допунско-дијагностичких процедура које вештак процени неопходним за што објективнији налаз (налаз и мишљење психолога, одређена снимања функције и структуре мозга, преглед лекара других специјалности и сл.). Такође, од посебног значаја је и сагледавање медицинске и друге релевантне документације, што уз неопходне прегледе ствара солидне предуслове за давање налаза у складу са захтевом суда. Треба истаћи да уназад око годину и по дана вештачења у овој области се не изводе само на захтев суда, већ и да Закон о парничном поступку¹⁷ омогућава да странке и пре започињања судског поступка обезбеде доказ медицинским вештачењем. Наравно да у и овим околностима вештак треба да се држи правила струке, мада странка која ово вештачење тражи сматрајући да сноси трошкове истог треба да има наклоност вештака. Сем контролних вештачења, у овој области нису створени неки озбиљнији механизми контроле и надзора над оваквим обликом рада вештака, што ће, вероватно, у будућности морати да буде обезбеђено како од стране лекарских удружења (лекарска комора, удружења вештака), тако и доношењем одређених прописа у овој области.

¹⁷“ Службени гласник РС” бр.72/2011,49/2013-одлука УС, 74/2013-одлука УС и 55/2014.

За потребе овог рада биће презентована питања везана за вештачења неких модалитета душевних болова који чине основ овог вида нематеријалне штете.

Основни предуслов душевних болова услед умањења опште животне активности (ОЖА) је да постоје ограничења или осујећеност у животним активностима оштећеног које је остваривао или би у свакодневним будућим активностима извесно остваривао. Осим немогућности остваривања активности, под ограничењем се подразумева и вршење активности уз повећане напоре и под неким посебним условима¹⁸.

Ради се о негативним емоционалним доживљавањима, а некада чак и о постојању менталних поремећаја који су условљени умањењем ОЖА. Ова умањења су у принципу резултат претходних телесних оштећења услед штетног деловања према оштећеном, када настаје одређени степен инвалидитета, односно оштећени је умањених способности за обављање свакодневних животних, па и радних активности. Тако се, између осталог, нарушава квалитет живота оштећеног и стварају предуслови за негативне емоционалне реакције, чији спектар испољавања може бити од само непријатних емоција, па све до развоја менталних поремећаја раличитог трајања и различитог степена испољености.

Најчешће се срећу ставови да се накнада за трпљење душевних болова због умањења ОЖА може досудити ако је оно трајног карактера и јачег степена. Ипак, пракса показује да се душевни болови могу трпети и код привременог умањења животне активности, нарочито ако је јачег степена и дужег трајања.

Облици испољавања душевних болова по овом основу нематеријалне штете могу бити вема различити и разноврсни. Некада постоји стање узнемирености, забринутости, незадовољства, осећање непријатности у трајању од неколико дана до неколико недеља, када се може говорити о душевним боловима краћег трајања, а различитог степена изражености. Међутим, некада околности да су животне активности и способности редуковане и обављају се уз већи напор субјекта, као и предиспонираност личности (емоционално нестабилне личности, неуротске личности и др.), може условити настанак менталних поремећаја, као посебних облика душевних болова. Међу њима су најчешћи Акутна реакција на стрес, Поремећај прилагођавања, Посттрауматски стресни поремећај, Продужене депресивне реакције или чак и Трајне измене личности.

На вештаку психијатру је да у свакој ситуацији процени интензитет и трајање душевних болова, уз предуслов да је претходно утврђено умањење опште животне активности. Ова околност даје овим проценама одређену

¹⁸ Милошевић Александар: Накнада нематеријалне штете, www.pravniportal.rs, 2010.

специфичност, јер по правилу, степен и трајање умањења ОЖА сагледавају специјалисти судске медицине.

Мора се рећи да са становишта стручних релација вештака наведених специјалности готово да никада нема неразумевања и нејасноћа. Проблем, међутим, све чешће прави налог које вештаци добијају од судова, посебно када се тражи да се о умањењу ОЖА вештаци изражавају у процентима. Судско-медицинска и судско-психијатријска доктрина (а чини се и ЗОО) степеновање видова нематеријалне штете одређује појмовима јаког, средњег и слабог интензитета. У складу са тим обавља се и едукација вештака, тј. да се у складу са претходним дају налази и процене, а не оне у процентуалним вредностима. Због тога је и честа ограда вештака да изјашњење у процентима дају на инсистирање суда, јер се не види правни основ за овакве захтеве. Можда је то преузето из начина како се остварују права накнаде штете из права осигурања, али се то нису судски поступци, па нема ни основа за изјашњења у процентима.

Душевни болови због наружености могу бити различитог степена и трајања, што зависи од разних фактора. Међу њима су најзначајнији интензитет повреде, локализација естетског поремећаја, узраст повређеног, животни статус, али и карактеристике структуре личности. Такође се ради о негативним емоционалним поремећајима који се често манифестују у форми осећања стида, умањења самопоуздања, незадовољство због повлачења из социјалних комуникација, осећање нарушеног достојанства, па све до психолошких комплекса сложене динамике и испољавања, који чак могу бити дугог трајања. Због тога је процена овог вида нематеријалне штете строго индивидуална и специфична, уз неопходност да пре процене психијатра о степену наружености (измене првобитног естетског изгледа) своје мишљење да и вештак из области судске медицине.

Душевни болови због смрти блиског лица или његовог тешког инвалидитета су облик посредног психичког трпљења блиских особа у наведеним ситуацијама и околностима које су задесиле њима блиско лице. Некада се овај вид штете утврђује без психијатријског вештачења, али преовлађују ставови да је оно потребно и због својстава личности оштећених, као и због процене тих негативних емоционалних доживљавања или евентуалног настанка психичких поремећаја. Тако се свакој ситуацији даје индивидуална димензија и стварају предуслови за што објективнију процену суда.

На крају, треба истаћи, да се чини да је начин како закон прецизира видове нематеријалне штете у неким сегментима превазишло време и нове околности које срећемо у судској пракси, што делом утиче и на активност вештака психијатара. Тако, нпр. недовољна флексибилност у ситуацијама када душевни болови умањују ОЖА и доследна примена закона, онемогућавају да се реално постојеће животне ситуације и психичка

трпљења искажу кроз одређивање накнаде нематеријалне штете. Ово посебно у ситуацијама када су доживљени страх и претрпљене психотрауме (посебно за време оружаних сукоба на нашим просторима) биле таквог квалитета и степена да су развојем разних психијатријских поремећаја условили умањење опште животне активности. Законски основ за такве ситуације чини се да не постоји, а пракса их непрекидно намеће и личности су реално трпеле због штетног деловања неког правног или физичког лица, што упућује на размишљање да има места одређеној измени законске регулативе како би се ове ситуације лакше у судским поступцима разрешиле. На овај начин би се смањиле и нејасноће и неразумевања на релацији правника, са једне, и психијатара, са друге стране.

4. Закључна разматрања

Презентоване чињенице у раду упућују да је област накнаде нематеријалне штете, осим своје мултидисциплинарности (јер захтева и ангажовање правника, лекара разних специјалности, психолога, дефектолога и др.) представља и изузетно значајну област која има своје основе и значај и у домаћем и у законодавствима земаља Европске уније. То је био разлог да се у раду, кроз призму судске психијатрије, прикажу постојећи видови нематеријалне штете који могу настати приликом еколошких акцидентата, да њихов опис и истакне медицински значај (судско-медицински и/или судско-психијатријски). Такође, рад има за циљ да укаже на проблеме који се јављају у правосудној активности у овој области, као и да се укаже и на околност да су поступци накнаде различитих видова нематеријалне штете услед еколошких акцидентата ретки у поступцима пред судовима у грађанско-правној области. Осим тога, у раду су презентовани и одређени проблеми који се у овим поступцима могу појавити и пред правницима и пред судским психијатрима, чиме се може смањити професионална дистанца и неразумевања на релација правника и лекара вештака, али и, надамо се, утицати на одређене иновације у правној регулативи, како би присутне ситуације из праксе добиле своје законско утемељење. Ове околности су од значаја како би се створили услови за објективну и правичну пресуду и процену степена изражености и трајања различитих видова нематеријалне штете насталих услед еколошких акцидентата, па самим тим и адекватно обештећење.

Zoran Ćirić, LL.D
Full Professor
Milena Ćirić

MEDICAL EXPERTISES OF TYPES OF NON-PECUNIARY DAMAGE IN CASES OF ECOLOGICAL ACCIDENTES

Summary

Compensation of non-pecuniary damage which is caused by harmful acting of physical of legal subject is one of important modes of protecting human rights in contemporary legislations. Ecological accidentes of different origin may cause, besides environmental pollution, a breach of human health, as from view of body integrity and also from view of feeling fear and other unpleasant emotional foretaste, what leads to opinion that compensation of non-pecuniary damage might be caused by illegal actions in field of environmental pollution. In this paper are shown different types of non-pecuniary damage which may be caused by environmental pollution, and, also, different branches of medicine in which medical expertise can be done. Also, this paper has contents of ways for evaluation these types of damage, and modes for evaluation of their intensity and duration, as well as different models of their expression. Although these court cases are not so often, especially in civil law field, practise shows that it is not impossible to have these court cases, where medical expertise is one of the crucial evidence and base for legal and objective sentence. By this way medicine, once again, gives same contribution to the Law, and show that ecological law and protection of environment have multidisciplinary character.

Др Урош Новаковић
Доцент Правног факултета Универзитета у Београду

СМЕРНИЦЕ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА ЗА АЛТЕРНАТИВНУ НЕГУ О ДЕЦИ

Анстракт:

Аутор у раду анализира одредбе УН Смерница за алтернативну бригу о деци. Будући да су деца и права детета једно од централних питања законодавне и теоријске концепције породичноправних односа, значајан сегмент представља чињеница одвајања детета од родитеља или смештај детета на алтернативну негу услед тога што дете нема родитеље или родитељи не врше родитељско право. Акцент је стављен на решења из Смерница која свој основ имају у члану 20. Конвенције о правима детета који предвиђа алтернативне облике заштите за дете. Смернице се односе на алтернативну заштиту која се пружа свим особама млађим од 18 година, осим ако дете према унутрашњим правилима не стиче пунолетство раније. Начела садржана у Смерницама примењују се и на децу која нису стекла потпуну пословну способност након 18. године, тј. ако је продужено родитељско право или старатељска заштита.

Издавање детета из биолошке породице треба да представља *ultimum remedium* коме се прибегава. Ова мера треба да буде привремена и да траје што је краће могуће. У случају одвајања детета, потребно је задржати дете, што је могуће ближе његовом пребивалишту, како би се лакше одвијао контакт детета са члановима породице и тако остварио основни циљ реинтеграције детета у породицу. Задржавањем детета у ближој околини спречава се нарушавање образовног, културног и друштвеног живота детета. Финансијско и материјално сиромаштво и услови искључиво повезани са таквим сиромаштвом не смеју бити једино оправдање за одвајање детета од родитеља. Браћу и сестре између којих постоје већ формиране породичне везе (формиран породични живот) у начелу не треба радвајати приликом смештаја у систем алтернативне заштите. Алтернативну бригу за децу млађу од три године треба осигурати у породичном окружењу. У складу са решењима домаћег права и одредби Смерница поводом одузимања детета и смешања на алтернативне облике неге, аутор предлаже извесне измене и допуне домаћег законодавства.

Доц. др Урош Новаковић

Кључне речи: *Конвенција о правима детета; Смернице за алтернативну негу о деци; алтернативна нега; одвајање детета; родитељска одговорност; породични смештај; институционални смештај.*

УВОД

У савремено доба, са све већим учешћем државе и њених органа (јавних служби) у породичноправним односима, посебно у процесу васпитања и одгајања деце (лишење родитељског права, насиље у породици, измештање детета у другу породицу, одузимање детета и смештај у социјалну установу), поставља се питање да ли је биолошка породица (нај)природније окружење за нормалан развој детета.¹ Будући да су права детета и односи између родитеља и детета једно од централних питања законодавне и теоријске концепције породичноправних односа, значајан сегмент представља чињеница одвајања детета од родитеља или смештај детета на алтернативну негу услед тога што дете нема родитеље или родитељи не врше родитељско право на правилан начин.

Непосредно након двадесетогодишњице од доношења Конвенције о правима детета, на основу ове Конвенције, као и Универзалне декларације о људским правима,² Генерална скупштина Уједињених нација усвојила је у фебруару 2010. године Резолуцију 64/142 - Смернице за алтернативну бригу о деци.³ Када суд или орган старатељства доносу одлуку о одвајању детета из породице, Смернице садрже значајне критеријуме који ближе одређују како је потребно поступати, као и на чему одлука или пресуда о одвајању детета треба да буде заснована. Основ за овај рад је члан 20. Конвенције о правима детета који предвиђа алтернативне облике заштите за дете.

На универзалном нивоу истиче се значај Смерница УН за алтернативну бригу о деци. Смернице конкретизују Конвенцију о правима детета у погледу заштите и добробити деце којима је ускраћена родитељска нега⁴ или постоји ризик да буду измештена из породичне средине. Један од

¹ Н. Douglas, T. Walsh, Mothers and the Child Protection System, International Journal of Law, Policy and Family, Volume 23, Issue 2, August 2009, Oxford, стр. 213, у прилог томе да и законодавство предвиђа да се благоданање детета најоптималније остварује у оквиру сопствене породице.

² Основ за доношење Смерница такође су биле, Резолуција 7/29 од 28. марта 2008. године, Резолуција 9/13 од 24. септембра 2008. године, Резолуција 10/8 од 26 марта 2009. године и Резолуција 63/241 од 24. децембра 2008. године.

³ Н. Вучковић-Шаховић, Двадесет година Конвенције о правима детета, Правни живот 10/2009.

⁴ Смернице претежно употребљавају термин "родитељска нега" ("*parental care*"). Ми ћемо употребљавати термин "родитељска нега", иако би у духу нашег законодавства био термин "родитељско право". Међутим, "родитељска нега" је ужи појам од "родитељског

основних циљева јесте да се деца задрже у биолошкој (примарној) породици или да се врате у ту породицу.⁵ Уколико то није могуће, основни захтев је да се детету обезбеди трајна заштита - или у погледу усвојења или *кафале*.

КОНВЕНЦИЈА О ПРАВИМА ДЕТЕТА

Имајући у виду да Конвенција о правима детета нема посебне одредбе о томе када се дете налази на алтернативним облицима неге, попут хранитељства, смештаја у институцији, смештаја у сродничкој породици, већ само говори о правима детета, фокус рада ће бити на правилима Уједињених нација која детаљно говоре о томе када се дете не налази под родитељском негом или је одвојено од родитеља. Међутим, с обзиром да Смернице за свој основ имају Конвенцију о правима детета, осврнућемо се претходно на правила Конвенције поводом одвајања детета од родитеља и забране занемаривања и злостављања детета које доводе до алтернативних облика смештаја.

Државе, најпре, имају обавезу да поштују одговорност, права и дужности родитеља, чланова шире породице или заједнице, законских старатеља или других особа законски одговорних за дете, да би се омогућило, на начин који је у складу са развојним могућностима детета, одговарајуће усмеравање и саветовање у остваривању права признатих овом Конвенцијом.

Посебан значај за Смернице има члан 9. Конвенције који предвиђа да дете не буде одвојено од својих родитеља против њихове воље, осим када надлежне власти, уз судски надзор, одреде у складу са законом и поступком да је такво одвајање неопходно у најбољем интересу детета. Таква одлука може бити неопходна у одређеном случају, као нпр. ако родитељи злостављају или занемарују дете, или живе одвојено па се мора донети одлука о месту становања детета. Даље, у сваком поступку који се тиче детета, све заинтересоване стране имају могућност да учествују у поступку и

права" и могуће је да дете нема родитељску негу али да постоји родитељско право. Имајући у виду да Смернице и говоре о деци која немају родитељску негу, ми ћемо се руководити таквим приступом. "Родитељска нега" обухвата само део садржине родитељских права и дужности. Оригинални текст Смерница, чак у пар наврата користи термин "*custody*". О томе да је у упоредном праву напуштен термин "родитељско старање", видети, М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд, 2011, стр. 285.

⁵ Посебно се истиче потреба подршке породичним окружењима са ограниченим капацитетима као што су: инвалидитет, алкохолизам, наркоманија, породице мањинског или староседелачког порекла, као и заштите деце која су напуштена, злостављана, искоришћавана, која живе на улици, деца рођена у ванбрачним заједницама, деца одвојена од родитеља, расељена деца, деца избеглице, деца радника-миграната, деца азиланата и деца изложена озбиљним болестима.

да изнесу своје мишљење. Дете одвојено од једног или оба родитеља има право да редовно одржава личне односе и непосредне контакте са оба родитеља, осим ако је то у супротности са најбољим интересима детета. На основу овог права детета прокламује се основни принцип из Смерница, да у случају одвајања детета од родитеља и смештаја на алтернативну негу, све мере и активности треба да воде ка поновном спајању родитеља и детета - реинтеграцији детета. Да нема овог права, не би се могло тежити циљу поновног спајања родитеља и детета, с обзиром да је контакт родитеља и детета које је на алтернативној нези једини начин да се врши родитељско право. Имајући у виду да се одвајање родитеља од детета врши у судском или управном поступку, Конвенција подвлачи значај учешћа детета у поступку који се тиче његових права. Тако, дете које је способно да формира сопствено мишљење, има право слободног изражавања тог мишљења о свим питањима која се тичу детета, с тим што се мишљењу детета посвећује дужна пажња у складу са узрастом и зрелошћу детета. У том циљу, детету се пружа могућност да буде саслушано у свим судским и административним поступцима који се тичу детета, било непосредно или преко заступника или одговарајућег органа.⁶

Директан значај на алтернативне начине неге детета, посебно за смештај детета у установе социјалне заштите, има члан 18. став 2. Конвенције који предвиђа да јавне власти имају обавезу пружања одговарајуће помоћи родитељима или законским старатељима у остваривању одговорности за подизање детета, као и обавезу да обезбеде развој установа, капацитета и служби за заштиту деце. Када је реч о основу за деловање државе и одузимање детета од родитеља, ова обавеза државе садржана је у члану 19. Конвенције где се каже да ће се предузети одговарајуће законске, административне, социјалне и образовне мере за заштиту детета од свих облика физичког или менталног насиља, повређивања или злостављања, запостављања или немарног поступања, малтретирања или експлоатације, укључујући сексуално злостављање, док је под бригом родитеља, законских заступника или било које друге особе која се брине о детету. Ове заштитне мере подразумевају ефикасне поступке за доношење социјалних програма за обезбеђивање неопходне подршке детету и онима који се о детету старају, као и других облика заштите и спречавања, утврђивања, пријављивања, прослеђивања, истраге, поступања, праћења случајева, као и обраћања суду.

Као што смо навели, највећи значај има члан 20. Конвенције који прописује обавезу држава да осигурају алтернативни смештај за дете, и то за дете које је привремено или стално лишено породичне средине или коме, у

⁶ Тако и, R. Birnbaum, N. Bala, *Judicial Interviews with Children in Custody Cases: Comparin Experiences in Ontario and Ohio*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Volume 24, Issue 3, October 2010, Oxford, стр. 300.

његовом најбољем интересу, не може бити допуштено да у таквој средини остане. Алтернативна брига састоји се, између осталог, од смештаја у другу породицу, *кафалах* према исламском праву, усвојења, или ако је неопходно, смештаја у одговарајуће установе за бригу о деци. Дужна пажња се посвећује потреби успостављања континуитета у подизању детета као и етничком, религиозном, културном и језичком пореклу детета.

ОПШТА НАЧЕЛА И ПЕРСПЕКТИВЕ

Смернице садрже Општа начела и перспективе где се каже да је породица темељна основа друштва и природна средина за развој, добробит и заштиту деце. Потребно је омогућити да се дете врати код родитеља или да остане код својих родитеља или код других чланова уже породице. Ако родитељи нису у могућности да пруже заштиту, та обавеза прелази на државу. При процени најбољег интереса детета у поступку одређивања алтернативне бриге о деци посебно се узима у обзир право детета да буде саслушано и да се мишљење детета, у складу са његовим годинама и зрелашћу, узме у обзир.⁷

Потребно је задржати дете, што је могуће ближе његовом пребивалишту, како би се лакше одвијао контакт детета са члановима породице и тако остварио основни циљ реинтеграције детета у породицу.⁸ Задржавањем детета у ближој околини спречава се нарушавање образовног, културног и друштвеног живота детета. Посебан акценат ставља се на заштиту детета од злостављања, занемаривања и свих облика искоришћавања, било од стране особа које пружају заштиту (запослених у социјалној институцији), вршњака или трећих особа приликом осигуравања алтернативног смештаја.⁹ Издвајање детета из биолошке породице треба да

⁷ Р. Вујовић, Утицај промене положаја детета у породици на његов положај и права у судским поступцима у вези са породичним односима, Правни живот 10/2012, Београд, стр. 64.

⁸ J. Miles, B. Lindley, Contact for Children Subject to State Intervention, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Oxford, 2003, стр. 234, у прилог томе да ако се дете налази на смештају на кратак или средњи рок, одржавање контакта са члановима породице је од суштинског значаја за омогућавање повратка у породицу.

⁹ О значају овог циља говори и пресуда Европског суда за људска права у случају *Scozzari and Guinta v Italy*, пред. бр. 39221/98 и 41963/98, пресуда од 13. јула 2000. године. Прва подносиатељка представке је италијанско-белгијска држављанка, рођена 1960. године, мајка двоје деце. Друга подносиатељка представке је италијанска држављанка са пребивалиштем у Белгији, рођена 1939. године, мајка прве подносиатељске (баба деце). С обзиром на то да је 1997. године отац деце константно вршио насиље у породици према мајци и деци, као и да је старије дете било жртва

представља *ultimum remedium* коме се прибегава. Ова мера треба да буде привремена и да траје што је краће могуће.¹⁰ Слажемо се да је потребно временски ограничити ову меру, и у том циљу предложимо да се одреди у нашем законодавству или подзаконским актима временски рок трајања мере измештања детета из породице. Такође, сматрамо да треба предвидети могућност поновног продужења мере, као и периодично преиспитивање разлога који су довели до одређивања мере, све у циљу престанка алтернативне неге, под условом да су се стекли услови за то. Овакав предлог садрже Смернице у ставу 14. Међутим, иако се у Смерницама предвиђа да мера треба да траје што је краће могуће, постоје случајеви када услед озбиљног и дуготрајног угрожавања добробити детета, мера измештања детета из породице треба да има управо супротан ефекат - (дуго)трајност.

сексуалног злостављања од стране социјалног радника укљученог у њихов случај, мајка је лишена родитељског права и деца су смештена у социјалну установу. Два радника те социјалне установе су, претходно, 1985. године, били осуђени за сексуално злостављање штићеника те установе. Суд је у одлуци о смештају деце прво досудио да мајка нема право на контакт са децом. Накнадно је суд одредио право мајке на контакт, али је социјална установа спречила мајку у остваривању контакта у неколико наврата, тако да је мајка први пут видела децу у априлу 1999. године. Прва подносиатељка се жалила да је одлука о лишењу родитељског права, одлагању извршења контакта и смештаја деце у наведену социјалну установу довела до повреде права на поштовање породичног живота. Друга подносиатељка се жалила да власти нису разматрале могућност да се она, као баба деце, стара над децом. У погледу дела пресуде који је значајан за наш рад и обавезу да се дете приликом алтернативног смештаја заштити, у овом случају од сексуалног злостављања, ЕСЉП је утврдио, прихватајући чињеницу да су два радника социјалне установе осуђена за сексуално злостављање корисника још 1985. године и даље радила у тој установи и имала важну улогу у неговању деце, да је то негативно утицало на сигурност и развој деце. Додатно отежавајућу околност представља податак да је старије дете било жртва сексуалног злостављања и да је то један од разлога смештања у установу, у којој су, парадоксално, радиле особе које су већ вршиле сексуално злостављање. Забринутост родитеља је оправдана и они не би требало да се понашају пасивно у ситуацији када се њихова деца поверавају установи чији запослени врше или су вршили сексуално злостављање. Домаћи суд је морао имати у виду и спречити чињеницу да су баш особе осуђене за сексуално злостављање спречавале одржавање контакта деце и мајке. ЕСЉП је, даље, приметио да нема оправдања за непрописивање временског ограничења мере смештаја деце у установу, посебно имајући у виду да одредбе италијанског права то предвиђају. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

¹⁰ ЕСЉП је у пресуди *K. A. v Finland*, пред. бр. 27751/95, пресуда од 14. јануара 2003. године истакао да "узимање детета од стране јавних служби треба третирати као привремену меру, која ће престати чим околности то дозволе, као и да све мере које се тичу примене ове врсте неге треба да буду у складу са крајњим циљем поновног спајања родитеља и детета"

Истиче се да финансијско и материјално сиромаштво и услови искључиво повезани са таквим сиромаштвом не смеју бити једино оправдање за одвајање детета од родитеља, стављање детета у систем алтернативне заштите или спречавање реинтеграције детета у породицу. У случају сиромаштва потребно је пружити подршку породици.¹¹ На тај начин Смернице стоје на становишту, са чиме смо потпуно сагласни, да објективни услов сиромаштва родитеља, самостално узет, без постојања пасивних или активних радњи угрожавања добробити детета, не може бити основ за одузимање детета од родитеља, односно најтеже санкције поводом вршења родитељског права - лишења родитељског права. Браћу и сестре између којих постоје већ формиране породичне везе (формиран породични живот) у

¹¹ У прилог оваквом ставу су и одлуке Европског суда за људска права у случајевима *Wallove and Walla v Czech Republic*, пред. бр. 23848, пресуда од 26. октобра 2006. године, и *R. M. S. v Spain*, пред. бр. 28775/12, пресуда од 18. септембра 2013. године. У случају *Wallove and Walla v Czech Republic*, ЕСЉП је навео да су домаћи судови лишили родитељског права подносиоце услед њиховог сиромаштва и неадекватних животних услова. Током поступка није доведена у питање посвећеност родитеља деци, нити њихова способност да одгајају децу. Штавише, домаће власти су признале да су подносиоци покушавали да отклоне материјалне тешкоће у одгајању деце. Имајући то у виду, основни разлог одузимања деце биле су материјалне тешкоће које су могле бити отклоњене на други начин осим лишењем родитељског права и одузимањем деце - мерама које се предузимају само у најтежим и озбиљним повредама родитељског права. Једна од мера могла је бити надзор над извршењем предложених поступака побољшања материјалних услова, као и помоћ у томе, што није учињено. Домаће власти нису дале оправдане разлоге за предузимање тако драстичних мера, нити је показано да су социјалне службе уложиле напоре да помогну родитељима. ЕСЉП је констатовао повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *R. M. S. v Spain*, Суд је навео да није уверен у оправданост мере стављања детета под старатељство на основу сиромаштва мајке и тешких финансијских прилика, без разматрања накнадних промена на страни мајке. Улога социјалних служби састоји се у пружању помоћи особама које су у тешкој финансијској ситуацији ради превазилажења тешкоћа. Домаће власти нису приликом доношења одлуке да је дете напуштено узели у разматрање побољшање материјалне ситуације мајке. Одлука о давању детета на хранитељство из 2006. године, као и каснија одлука из 2009. године о давању детета на усвојење, искључиво су засноване на непостојању контакта мајке и детета у периоду од неколико година. Међутим, управо је непостојање контакта резултат одлуке о одузимању детета на основу сиромаштва. Суд налази да је одлука о смештају детета у социјалну установу привременог карактера са циљем престанка чим то околности дозволе. Коначни циљ огледа се у позитивној обавези домаћих власти да омогуће поновно спајање родитеља и детета. Мајка је била приморана да доказује да је подобан родитељ, а када је то доказала, домаћи судови су се 2011. године позвали на то да између ње и детета не постоји контакт већ шест година, да се дете добро уклопило у хранитељску породицу и створило емотивне везе. Суд је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

начелу не треба радвајати приликом смештаја у систем алтернативне заштите, осим у случајевима када постоји изражен ризик од злостављања или други оправдани разлог који је у најбољем интересу детета. Ако ипак дође до раздвајања браће и сестара, потребно је да се предузму мере да би се остварио или одржао контакт између њих. Једини случај када неће постојати оваква обавеза је противљење детета контакту са својим братом или сестром. Одржавање контакта је посебно важно код деце млађег узраста, која имају једини начин да наставе и развију свој породични живот са братом или сестром, управо кроз заједнички живот или одржавање контакта. Алтернативну бригу за децу млађу од три године треба осигурати у породичном окружењу. Тиме се посредно истиче да деца најмлађег узраста не требају бити смештена у социјалне институције, већ у хранитељске или усвојитељске породице. Ово је у директној вези са ставом 127. Смерница о деинституционалности социјалне заштите. Међутим, изузетак од овог правила предстваља хитност смештаја најмлађе деце у социјалну институцију, као и спречавање раздвајања браће и сестара.¹²

¹² О томе говори и Правилник о хранитељству Републике Србије, "Службени гласник РС", бр. 36/2008. За остваривање најбољег интереса детета на хранитељству примењују се следећи стандарди:

- 1) избор хранитељске породице врши се из круга сродничких, односно других хранитељских породица које имају општу подобност за хранитељство и које испуњавају услове за бављење хранитељством у складу са овим правилником;
- 2) избор хранитељске породице врши се примарно у средини порекла детета кад је то у његовом најбољем интересу;
- 3) браћа и сестре се, по правилу, смештају у исту хранитељску породицу;
- 4) у хранитељску породицу се смешта највише троје деце, односно, двоје ако су деца са посебним потребама, осим када су у питању браћа и сестре;
- 5) дете за које се примењује хранитељство припрема се за смештај у хранитељску породицу, повратак у биолошку породицу, промену облика заштите и осамостаљивање;
- 6) развој и напредовање детета на хранитељству прати се континуирано и врши се увид у остваривање сврхе хранитељства, посетама хранитељској породици, интензивније у периоду прилагођавања, а током одвијања хранитељства најмање једном месечно;
- 7) за дете на хранитељству надлежни центар за социјални рад, у сарадњи са центром за породични смештај, доноси план услуга који укључује и план подршке детету и хранитељској породици чија се реализација проверава два пута годишње;
- 8) детету и хранитељској породици обезбеђују се различити видови подршке у складу са потребама детета и хранитељске породице;
- 9) за обављање хранитељске улоге врши се процена опште подобности хранитеља која се преиспитује након две године, а у кризним ситуацијама одмах након наступања промене која је изазвала кризу;
- 10) хранитељи се за бављење хранитељством припремају по Програму припреме за хранитељство;

Постоји обавеза држава да дете нити у једном тренутку не буде без подршке и заштите законског старатеља, друге одрасле особе или јавног органа. Ово подразумева да ако родитељи не врше родитељско право, детету буде одређен старатељ или привремени заступник,¹³ или да у крајњој линији дете буде под заштитом одређене установе, ако му формалноправно (још) није одређен старатељ.

ПОДРУЧЈЕ ПРИМЕНЕ СМЕРНИЦА

Смернице се односе на алтернативну заштиту која се пружа свим особама млађим од 18 година, осим ако дете према унутрашњим правилима не стиче пунолетство раније. Занимљиво је да се начела садржана у Смерницама примењују и на децу која нису стекла потпуну пословну способност након 18. године, тј. ако је продужено родитељско право или старатељска заштита. Дете без родитељске неге дефинише се као свако дете о коме се током ноћи не брине барем један родитељ, независно од разлога или услова који су довели до тога. Ово је знатно шири приступ дефинисању детета без родитеља у односу на онај који прихвата Породични закон Србије.¹⁴ Сматрамо да је оваква дефиниција детета без родитељске неге из Смерница исувише широка и да би стриктна примена довела до многих злоупореба и смештаја деце на алтернативну негу без постојања објективних и субјективних услова на страни родитеља.

Као облици алтернативне заштите наводе се неформална и формална заштита. Неформална заштита подразумева било који облик приватног уређења неге који се пружа у породичном окружењу, у оквиру кога се о

11) за хранитеље се, током одвијања хранитељства, најмање једном годишње у трајању од 10 сати рада, организују програми едукације у циљу јачања хранитељских компетенција;

12) за стручне раднике који обављају послове хранитељства, најмање једном годишње у трајању од 10 сати рада, организују се програми едукације у циљу јачања професионалних компетенција;

13) хранитељи и стручни радници центра за социјални рад остварују сараднички однос у циљу остваривања сврхе хранитељства и подељене одговорности за дете.

¹³ О разликама између привременог старатеља и привременог заступника у српском праву, Р. Вујовић, Привремени старатељ, Зборник радова "Ново породично законодавство", Крагујевац, 2006, "стр. 352.

¹⁴ Породични закон Србије у члану 113. ставу 3. каже да се дететом без родитељског старања сматра: дете које нема живе родитеље; дете чији су родитељи непознати или је непознато њихово боравиште; дете чији су родитељи потпуно лишени родитељског права; дете чији су родитељи потпуно лишени пословне способности; дете чији родитељи још нису стекли пословну способност; дете чији су родитељи лишени права на чување и подизање, односно васпитавање детета; дете чији се родитељи не старају о детету или се старају на неодговарајући начин.

детету констатно и на неодређено време брину рођаци, пријатељи или друге особе (тзв. неформална родбинска нега), на индивидуалној основи, на иницијативу детета, родитеља или других особа, без постојања плана или договора заштите управног или судског органа или другог овлашћеног органа јавне власти.¹⁵ Формалну заштиту чини сваки облик неге одређене од стране управног или судског органа који се пружа у породичном окружењу, као и сваки облик неге која се пружа у институционалном окружењу, укључујући и приватне установе, независно од тога да ли је одређена на основу судске или управне мере. Узимајући у обзир окружење у коме се пружа алтернативна нега, она може бити: сродничка нега¹⁶ (нега у породичном окружењу унутар проширене породице детета или код блиских породичних пријатеља које дете познаје, било формалне или неформалне природе); хранитељска нега (када се дете смешта у домаћинство одабране, квалификоване породице која није његова и када се надзире такав алтернативни облик заштите); други облик алтернативне неге налик породичном смештају; институционална нега (пружа се у било ком облику непородичног групног окружења, као што су сигурна места за хитне ситуације, транзитни центри, групни домови и друге установе које пружају дугорочну или краткорочну институционалну бригу); самостално становање деце уз надзор.

Алтернативну заштиту могу да пружају агенције (јавне или приватне агенције, као и службе специјализоване за то) и институције (јавне или приватне институције).

Смернице се не примењују у три случаја. Најпре на малолетнике, особе млађе од 18. година, које су лишене слободе одлуком судских или управних власти - под сумњом, оптужени или осуђени да су прекршили

¹⁵ M. Daly, K. Scheiwe, Individualisation and Personal Obligations - Social Policy, Family Policy, and Law Reform in Germany and the UK, *International Journal of Law, Policy and Family*, Volume 24, Issue 2, August 2010, Oxford, стр. 191, поводом реформе јавних служби које пружају негу за дете, као вид подршке, док се дете не налази код родитеља.

¹⁶ Сродничка нега, према законским одредбама, односи се на децу и младе особе које су смештене код рођака, пријатеља или у локалној заједници. Сродничка нега је један од облика смештаја детета изван породичног окружења који је резултат занемаривања или злостављања детета у породици. Сродничку негу одликује мање формалан приступ у односу на друге облике неге детета изван породице, као што су, хранитељство и смештај у институцији. Сродничка нега у Аустралији је облик алтернативне неге који се све више примењује. Према подацима о смештају деце изван породице, 47,1% деце налази се на хранитељству, а 45,4 % код сродника, Н. Boetto, *Kinship Care, Family Matters* 85/2010, Australian Institute of Family Studies, Melbourne, стр. 60. О томе да је у Аустралији повећан број деце која се налазе на нези изван породичног окружења, Н. Douglas, T. Walsh, *Mothers and the Child Protection System, International Journal of Law, Policy and Family*, Volume 23, Issue 2, August 2009, Oxford, стр. 211.

закон. Такође, усвојење, као трајни облик заштите детета без родитељске неге онемогућава примену Смерница. Тренутком доношења решења о усвојењу сматра се да престаје алтернативна заштита и да почиње вршење родитељског права. Смернице се примењују (само) на период који претходи тренутку заснивања усвојења, као што је пробни период - период пробног прилагођавања. На крају, Смернице се не примењују на неформалне облике неге током којих дете добровољно остаје код рођака или пријатеља ради одмора и из разлога који нису повезани са општом неспособношћу или неспремношћу родитеља да се старају о детету.

ПРЕВЕНЦИЈА ПОТРЕБЕ ЗА АЛТЕРНАТИВНОМ БРИГОМ

У остваривању овог циља, Смернице садрже једно решење које у случају зрелости и узраста деце спречава потребу за одређивањем редовне, формалне старатељске заштите. Наиме, браћи и сестрама који остану без родитељске неге, а желе да остану да живе заједно у свом породичном домаћинству, потребно је пружити подршку уколико је најстарије дете способно, спремно и оцењено као подобно да преузме улогу родитеља ("главе породице"). Тада се поставља законски заступник, одговорна одрасла особа или јавно тело које има улогу старатеља, да би се деци пружила заштита од свих облика злостављања и искоришћавања, као и пружање подршке од стране локалне заједнице, посебно од социјалних служби.¹⁷ Акцентује се брига о здрављу, становању, образовању и наследним правима деце. Иначе, Смернице у овом делу потенцирају подстицање родитељске неге и низ мера државе ради спречавања напуштања деце од стране родитеља. Када се родитељ обрати јавној или приватној установи са намером да смести дете на краћи рок или неодређено време у установу, држава треба да осигура саветовање и социјалну подршку како би се помогло родитељима да наставе непосредну бригу о детету. Дете се прихвата у систем алтернативне заштите тек ако су исцрпљене све друге могућности да оно остане у оквиру своје породице и након што се утврди да постоје оправдани разлози за улазак детета у систем заштите.

Посебно значајном сматрамо обавезу да све одлуке о издвајању детета из породице против жеље његових родитеља морају бити засноване на одлукама надлежних органа у складу са важећим законима и процедурама. Истиче се да одвајање детета од родитеља без сагласности родитеља и без судске одлуке, а на основу одлуке органа старатељства може да се спроведе

¹⁷ Видети, В. Јовановић, Старатељство над дететом на смештају у установи социјалне заштите, Зборник радова "Ново породично законодавство", Крагујевац, 2006, стр. 373.

само ако постоји озбиљна и непосредна опасност по дете.¹⁸ Ове одлуке треба да подлежу судској контроли, као и праву родитеља на жалбу и приступ правном заступању. Водећи циљ у случају одвајања детета од родитеља и смештаја у систем алтернативне бриге јесте реинтеграција детета у породично окружење. Услед дужег или краћег боравка детета изван породице примена припремних мера показује се као неопходна фаза. Како би се дете и породица припремили за његов повратак, неопходно је да овлашћена особа или тим стручњака процени да ли је могућ повратак детета, односно да ли потребно одредити надзор и које додатне кораке је потребно предузети.

ОДРЕЂИВАЊЕ НАЈПРИКЛАДНИЈЕГ ОБЛИКА ЗАШТИТЕ

При одређивању алтернативног облика заштите полази се од принципа да се што је могуће у мањој мери врши промена животног окружења детета. Честе промене у окружењу у коме се детету пружа заштита штетно делују на развој детета и остваривање личних односа са блиским особама. И када се одреди краткорочни смештај, такав смештај треба да води остваривању трајног решења збрињавања детета. Када се утврди постојање услова да се дете врати у своју породицу из које је измештено, обавеза је да се то учини без одлагања.¹⁹ Дете и родитељи, као и други законски

¹⁸ О. Јовић, Одвајање родитеља од детета као мера породичноправне заштите, Правни живот бр. 10/2012, Београд, стр. 80.

¹⁹ *A. D. and O. D. v United Kingdom*, пред. бр. 28680/06, пресуда од 16. марта 2010. године. Подносиоци су мајка и дете, држављани Уједињеног Краљевства. Приликом лекарског прегледа неколико месеци након рођења детета утврђено је да дете има поломљена ребра за које је лекар утврдио да не потичу од случајних повреда и искључио могућност да дете пати од остеопорозе (болести меких костију). Дете је уписано у регистар деце под заштитом и у мају 1997. године одређена је привремена мера заштите на основу које су мајка, њен партнер и дете били обавезни да се преселе 240км од места пребивалишта у породични центар да би се проценио ризик за дете. Након 12 недеља процене, социјална служба је нашла да дете не може боравити код родитеља, и у августу 1997. године, донела меру да дете буде смештено у хранитељску породицу. Мајци и њеном партнеру дозвољен је контакт са дететом пет пута недељно. У октобру 1997. године Национална организација за заштиту деце обавестила је локалну власт да дете без одлагања треба да буде враћено родитељима. У новембру 1997. године, док је још било у хранитељској породици, дете је пало и након рентгенског снимка утврђено је да болује од остеопорозе. У децембру 1997. године дете је враћено у породицу, а у јулу 1998. године привремене мере су укинуте. Мајка је накнадно покренула поступак против домаћих власти за нестручно вођење поступка и накнаду штете, али је њен захтев, као и жалба, одбијен. Наведено је да дете није претрпело последице услед погрешног поступања социјалних и локалних власти. Подносиоци су се жалили да је одлука о одузимању детета, смештају детета у социјалну установу и касније хранитељску

заступници треба да буду информисани о могућностима алтернативне неге, о последицама које произлазе из смештаја детета, као и правима и обавезама које имају током смештаја детета.²⁰ Државе имају обавезу да осигурају да дете преко заступника, или његови родитељи, имају право да поднесу жалбу судском или управном органу на одређивање мере смештаја детета на алтернативну негу. Наводи се један значајан рок који има улогу онемогућавања трајног останка детета у алтернативној нези, и самим тим помаже у остваривању циља повратка детета у биолошку породицу. Наиме, предвиђа се да држава сваком детету смештеном на алтернативну негу треба да осигура право на редовну и темељну процену, на свака три месеца, потребе даљег трајања смештаја, посебно водећи рачуна о индивидуалном развоју детета и свим променама које су се догодиле током трајања смештаја. У складу са оваквим принципом, предлажемо да се у нашем праву предвиди обавеза центра за социјални рад, да на одређени временски период (који би био утврђен према претходно извршеној анализи свих елемената који утичу на његово трајање) врши процену даље потребе смештаја детета. Након што се дете смести на алтернативну негу, потребно је подстаћи контакте са члановима породице, и другим блиским особама (рођаци, пријатељи,

породицу, довела до повреде права на поштовање породичног живота. ЕСЉП је истакао да погрешне процене и одлуке експерата нису саме по себи у супротности са чланом 8. ЕКЉП. Домаће власти имају обавезу да заштите дете и не могу бити одговорне сваки пут када оправдано, али погрешно, сматрају да је дете угрожено од стране чланова породице. Остеопороза је веома ретка болест која се тешко дијагностификује код мале деце. Велики број стручњака је био ангажован око процене повреда и ниједан није нашао да је повреда последица овог обољења. Стога, ЕСЉП сматра да домаће власти не могу бити одговорне што нису раније установиле порекло повреда и што су у одсуству дијагнозе сматрале да су повреде узроковали родитељи детета. Са друге стране, ЕСЉП не сматра да је породицу требало пресељавати ради процене ризика. То је само један у низу пропуста локалних власти. Њихова погрешна процена током боравка породице у центру за процену ризика довела је до одређивања мере смештаја детета у хранитељску породицу. Чим је утврђена истина о повреди, дете је враћено у породицу. Да је процена утврђена адекватно, мера смештаја детета у хранитељску породицу не би ни била донета и последично не би дошло до прекида породичног живота. Нису разматране друге, мање строге мере, попут смештаја детета код сродника. Такву меру домаће власти су одбациле исувише брзо. Такође, задржавање детета још месец и по дана након што је Национална организација за заштиту деце препоручила повратак детета код родитеља представља озбиљан пропуст. Док је иницијална мера заштите детета била оправдана, накнадне додатне мере довеле су до проширења мешања у породични живот родитеља, што је довело до закључка ЕСЉП да је постојала повреда права на поштовање породичног живота.

²⁰ Европски суд за људска права прихвата концепт правичности, према коме родитељима треба да буду пружене све информације да би могли да изразе своје мишљење, пре него што се донесе одлука јавних власти о смештају детета, J. Williams, *Child Law and Social Work*, London, 2008, стр. 201.

комшије). Ако није могуће да дете има непосредне контакте, неопходно је да дете има посредан контакт, или, ако ни то није могуће, да добија информације о члановима породице.

ЗАКЉУЧАК

За разлику од Конвенције, Смернице не говоре само о правима детета приликом одвајања од родитеља, већ и о правима родитеља, сродника, хранитеља, и других особа у систему заштите детета. Смернице имају значајну улогу у конкретизацији правила Конвенције о правима детета о пружању алтернативне неге за дете. У складу са основним циљем поновног спајања детета и родитеља, у случају одвајања детета и смештаја на алтернативне облике неге, значајна измена домаћег законодавства огледала би се најпре у прописивању рока у коме се дете одваја од родитеља, а затим и обавези периодичног преиспитивања одлуке о одвајању детета од родитеља. Место које би у некој законској или подзаконској активности могло бити предмет регулисања је прописивање да деца млађег узраста, у случају одузимања од родитеља, треба да буду смештена у сродничком окружењу или хранитељској породици, а не у установама социјалне заштите. Потребно је предвидети који би био узраст детета које се не сме на дужи период сместити у установу, а мишљења смо да би се то односило на децу млађу од три године. Тиме би се прокламовало начело заштите детета у окружењу налик породици, и уједно подржало начело деинституционализације заштите детета без родитељске неге. Иако је пожељно предвидети и осигурати алтернативну негу детета у случају његовог занемаривања, прешироко формулисање појма детета без родитељске неге има контрапродуктивну функцију - уместо да дете остане у породици оно се издваја из породице смешта на неки облик алтернативне неге, а потом опет покушава остварити основни циљ поновног спајања родитеља и детета и повратка детета у породично окружење. Потребно је бити обазрив приликом одузимања детета од родитеља, и то чинити само ако постоје основани разлози за то. Имајући у виду све већи капацитет деце старијег узраста, посебно деце старије од 15. или 16. година, у случају када таква деца остану без родитељске неге, налазимо да је потребно размотрити могућност да се таква деца не смештају у институцију, или да уколико постоји више деце, иако се формалноправно одреди старатељ деце, једно од најстарије деце брине о осталој деци у оквиру породичног окружења. То би било могуће у оквиру сопственог дома ако деца поседују имовину или да деца живе у свом (дотадашњем) породичном дому.

Uroš Novaković, LL.D
Assistant Professor

UNITED NATIONS GUIDELINES FOR THE ALTERNATIVE CARE OF CHILDREN

Summary

The author in this paper analyzes provisions of the UN Guidelines for the Alternative Care of Children. Because children and the rights of the child is in the center of the legislative and theoretical concepts of family relationships, a significant segment is the fact of separating child from the parents or the child's placement in the alternative care due to the fact that the child has no parents or parents do not exercise their parental rights. Emphasis is placed on the solution of the Guidelines, which have their basis in Article 20. of the Convention on the Rights of the Child, which provides alternative forms of child protection. Guidelines refers to alternative protection afforded to all persons under the age of eighteen, unless the child, according to the internal rules, reaches majority earlier. Principles contained in the Guidelines apply also to children who have not acquired full legal capacity after year 18. - if there is continuation of the parental responsibility or guardian's protection.

Child separation from biological family should be last remedy. This measure should be temporary and lasts as short as possible. In the case of separation it is necessary to keep the child as close as possible to his place of residence in order to facilitate contact with family members, thus achieve the main objective of child reintegration to the family. Keeping the child in the closeness prevents the disruption of the educational, cultural and social life of the child. Financial and material poverty, and conditions associated exclusively with such poverty should not be only justification for child separation from parental care. Brothers and sisters who already established family ties (established family life) does not, in principle, should be separated. Alternative care for children under three years should be provided in a family environment.

In accordance with the solutions of domestic law and the provisions of the Guidelines regarding child separation from parental care and admission to alternative forms of care, author proposes certain additions and changes of domestic legislation.

Др Тања Китановић
Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

ПОРОДИЧНОПРАВНИ СТАТУС УСВОЈЕНИКА КРОЗ ИСТОРИЈУ И ДАНАС¹

Анстракт:

У раду је извршена сумарна анализа породичноправног статуса усвојеника кроз историју и данас. Будући да усвојење представља прастару друштвену и правну установу која је током времена мењала појавне облике и циљеве којима је служила, у првом делу рада дата је ретроспектива генезе и еволутивних промена у концепту усвојења почевши од првобитне људске заједнице, преко нормативних решења римског права, до изворне регулативе буржоаских грађанских законика донетих током XIX и почетком XX века. У наставку рада елаборирано је потпуно усвојење као облик друштвене, породичноправне заштите деце без адекватног родитељског старања, и то најпожељнији вид збрињавања ове категорије деце у савременом свету, с обзиром да се усвојеник у потпуности интегрише у породицу усвојитеља, заузимајући положај биолошког детета усвојитеља, при чему породично окружење обезбеђује оптималан психофизички развој детета. Посебна пажња поклоњена је породичноправном статусу усвојеника у француском праву, које још увек промовише дуализам форми усвојења, као и евентуалној реafirмацији непотпуног усвојења у српском праву. Поред тога, у раду је указано и на специфичности појединих савремених правних система у домену последица заснивања усвојења, које представљају одступање од редовног дејства усвојења.

Кључне речи: *усвојење, усвојеник, усвојитељи, историјска ретроспектива, породичноправни статус усвојеника, савремено право.*

¹ Чланак представља резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, број уговора 179046.

Сумарна историјска ретроспектива форми и правних последица заснивања усвојења

У време гентилне организације друштва усвојење је имало специфичну физиономију и друштвену сврху. Пре свега, адопцијом су јачане радне и одбрамбене снаге генса који је, услед сурових животних услова и непрекидних сукоба са другим генсовима, био бројчано ослабљен. На нижем ступњу варварства ратни заробљеници, услед неразвијености средстава за производњу, нису могли бити коришћени као робови, јер нису могли произвести вишак вредности који би присвојио робовласник, тако да су убијани или усвајани.² У зависности од тога ко је усвајао, адоптирани ратни заробљеник је добијао положај брата, сестре, сина или кћери усвојиоца. Усвојење није представљало приватну ствар појединца већ се вршило у свечаној форми у скупштини генса. Од тренутка када је усвојен ратни заробљеник је постајао пуноправни члан генса. Поред тога, усвојење је било и у функцији спасавања појединаца од крвне освете. Наиме, убица коме је претила опасност од крвне освете од стране припадника генса убијеног могао се спасити уколико би био адоптиран од стране генса коме је припадао убијени.³ Најзад, лица која нису припадала нити једном генсу (бегунци и прогоњена лица) непрекидно су била изложена ризику да буду убијена, будући да је припадност појединца одређеном генсу представљала нужност и својеврсну гаранцију његовог опстанка. Стога је адопција била у интересу ових лица, јер су након адоптирања могла рачунати на помоћ и заштиту од стране осталих чланова генса.

Примарни циљ установе усвојења у старом Риму тицао се обезбеђења продужења породице и породичног култа *pater familias*-а без биолошког потомства. Наиме, у античком Риму се доста рано профилише идеја о томе да се положај сина у породици (*filius familiae*) може стећи не само природним рођењем, већ и усвојењем, при чему се диференцирају две врсте усвојења: адрогација (*adrogatio*) и адопција (*adoptio*).

² Детаљније о томе Ана Прокоп, *Породично право - Усвојење*, Загреб, 1963, стр. 9.

³ Усвојење се вршило неким симболичним актом, попут додиривања груди жене која је била мајка убијеног устима убице. Овим путем убица је постајао члан генса убијеног и заузимао је његово место. *Ibid*, стр. 10-11.

Адоптирало се лице које је *filius familiae*, а адрогирало лице *sui iuris*.⁴ Адрогација је временски старији облик усвојења, њоме су се могли користити искључиво патрицији, а вршила се у куријатској скупштини (*comitia curiata*). Само одрастао мушкарац *sui iuris* је могао бити адроганан, будући да је једино он могао основати нову породицу, односно продужити постојећу, те имати власт (*patria potestas*) над женом и децом. Стога је адрогација одраслог мушкарца *sui iuris* имала колективно дејство, тако да се протезала и на чланове породице адрогананог мушкарца *sui iuris*.

Након бројних измена, како у садржинском тако и у процедуралном погледу, адрогација је своју коначну физиономију добила у доба Јустинијана. Адрогат је морао бити лице *sui iuris*, могле су се адрогирати и особе женског пола, а адрогант је морао испунити бројне услове материјалне природе. Као последица адрогације, адрогата је стизала *capitis deminutio minima*, тј. губио је статус лица *sui iuris* и заједно са својим потомцима долазио је под очинску власт адроганта, добивши правни положај лица *alieni iuris*. С обзиром да је усвојеник губио пословну способност, било је неопходно пре самог чина адрогације регулисати све имовинске односе у којима је суделовао будући адрогат. Адрогант је стицао право уживања на имовини адрогананог лица, а адрогација је производила и значајне последице у сфери наслеђивања. Наиме, адрогацијом је конституисано право наслеђивања, тако да је адрогат постајао интестатски наследник адроганта и његових сродника, док су са друге стране, адрогант и његови сродници стицали законско наследно право према адрогату.

Када је реч о адопцији, пасивну адоптивну подобност је поседовало лице које се налазило под влашћу породичног старешине. Адопција је у Јустинијановој кодификацији добила свој финални облик. Тада се диференцирају две врсте адопције: потпуно усвојење (*adoptio plena*), које је доводило до потпуне интеграције усвојеника у породицу усвојитеља, и непотпуно усвојење (*adoptio minus plena*), код кога усвојеник није кидао све везе са ранијом породицом, али није ни стицао сва права која производи потпуна адопција.⁵ Диференцијација је извршена с обзиром на то ко се налазио у улози усвојеника.

⁴ D. 1.7.1.: "Filius familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt. Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt". Видети Јелена Даниловић, Обрад Станојевић, Текстови из римског права, Београд, 1987, стр. 152.

⁵ Детаљније о правним последицама потпуне и непотпуне адопције у римском праву Обрад Станојевић, Римско право, Београд, 2001, стр. 144.

О *adoptio plena* је било речи онда када је адоптант адоптирао свог десцендента (нпр. своје ванбрачно дете или унука). Правне последице ове врсте адопције тичале су се конституисања очинске власти адоптанта над адоптираним и настанка узајамних наследних права између ових лица. Насупрот томе, *adoptio minus plena* је постојала у случају када је адоптант адоптирао лице које није његов десцендент. Дејство ове врсте адопције било је знатно уже, тако да је адоптирани стицао право наслеђивања једино према адоптанту. Адоптант, међутим, није стицао наследна права према адоптираном лицу. Независно од форме адопције, могла су се адоптирати искључиво лица *alieni iuris*. Адопција је узроковала и трансферисање терета, тако да су се дугови адоптираног лица преносили на адоптивног оца.⁶

Концепција усвојења која је формулисана у римском праву, уз извесне модификације, акцептирана је и у буржоаским грађанским законима донетим током XIX и почетком XX века. У том смислу, Немачки грађански законик (1896)⁷ изворно је регулисао само непотпуно усвојење које је имало за циљ продужење породице усвојитеља и преношење усвојичевог презимена и имовине на усвојеника. Стога је усвојитељ морао бити без властитих биолошких потомака и морао је имати минимално 25 година живота. Усвојење се заснивало уговором који се подносио суду на оверу. Закључењем усвојења успостављао се сроднички однос између усвојитеља и усвојеника и његових потомака. Истовремено, није престајао сроднички однос између усвојеника и његових природних родитеља и осталих биолошких сродника. Одредбе Немачког грађанског законика о усвојењу су више пута реформисане. Тако је законодавном реформом из 1973. године била предвиђена могућност диспензације уколико није испуњен захтев који се тичао година живота и одсуства биолошког потомства на страни потенцијалних усвојитеља. Најрадикалнија реформа је извршена 1977. године када је ступила на снагу нова регулатива усвојења која је инкорпорисана у Немачки грађански законик и којом је уведено потпуно усвојење као једини облик усвојења.

⁶ D. 1.7.45.: "Onera eius, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur". Наведено према Јелена Даниловић, Обрад Станојевић, op. cit., стр. 152.

⁷ Bürgerliches Gesetzbuch, Hrsg. Otto Fischer & Wilhelm von Henle, München, 1904.

Исто тако, Швајцарски грађански законик (1907)⁸ првобитно је регулисао само непотпуно, раскидиво усвојење (art. 264-269). Активну адоптивну подобност је поседовало лице које је без биолошког потомства и које је навршило 40 година живота, док су пасивну адоптивну подобност имала како малолетна тако и пунолетна лица. За заснивање усвојења био је потребан пристанак пунолетног усвојеника, док је за малолетног усвојеника пристанак давао његов родитељ или старатељ. Могло се усвојити и лице које је било у браку, али је био потребан пристанак његовог супружника. Усвојеник након заснивања усвојења није прекидао везе са својом породицом порекла. Усвојење се заснивало пред управним органом, тако што су усвојитељ и пунолетни усвојеник, односно родитељ малолетног усвојеника или старатељ усвојеника под старатељством, давали изјаве о сагласности са усвојењем, док је орган управе, по њиховом пријему, одобравао заснивање усвојења. Регулатива усвојења је реформисана 1973. године, када је уведено потпуно (нераскидиво) усвојење као једини облик адопције.

И у француском праву усвојење је првобитно имало за циљ продужење породице усвојитеља, а не збрињавање деце без родитељског старања, како је данас. У том контексту, усвојење је омогућавало преношење усвојичеве имовине и презимена на усвојеника. Изворно, Француски грађански законик (1804)⁹ је нормирао само непотпуно, раскидиво усвојење. У улози усвојитеља су се могла наћи лица која су навршила 50 година живота а нису имала биолошко потомство. Усвојити се могло, пак, само пунолетно лице. Усвојење се заснивало уговором, а сроднички однос између усвојеника и његових природних родитеља и осталих крвних сродника по адопцији се није гасио. Прва озбиљнија реформа одредаба о усвојењу извршена је 1923. године, а узрокована је рапидним порастом броја деце без родитељског старања након окончања Првог светског рата. Реформом је допуштено усвојење малолетне деце под условом да је овај облик збрињавања користан за усвојеника.

Потом, реформом из 1939. године уведена је специфична форма потпуног усвојења - адоптивна легитимација (*legitimation adoptive*), резервисана за децу непознатих родитеља старости до пет година, код које је усвојеник имао иста права као да је у питању биолошко дете усвојитеља рођено у пуноважном браку.

⁸ Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Hrsg. Eugen Huber, Bern, 1908.

⁹ Code civil des Français, éd. originale et seule officielle France 1804, http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k_1061517.r=langFR, приступ 03.05.2016.

Доцнијим реформама предвиђено је да рођење биолошке деце није сметња за усвојење, под условом да се адаптира дете о коме се брачни пар (потенцијални усвојитељи) старао пре рођења сопствене деце, а напуштен је и уговорни концепт усвојења и прописано да је судска одлука конститутивни акт за заснивање усвојења. После реформе из 1963. године у француском праву су егзистирала три облика усвојења: обично усвојење, за које су били подобни сви усвојеници без обзира на узраст и које је дозвољавало задржавање веза између усвојеника и породице из које је потекао; потпуно усвојење које је било резервисано за малолетна лица и које је доводило до прекида свих веза између усвојеника и његових природних родитеља и адаптивна легитимација за коју су била подобна сасвим мала деца непознатих родитеља. Три године касније, у Француској је извршена редукација форми усвојења, тако што је изостављена адаптивна легитимација.¹⁰

Аустријски грађански законик (1811)¹¹ је у § 179-185 регулисао непотпуно усвојење које је било у функцији продужења породице усвојитеља без законите брачне деце, а који су навршили 50 година живота. За адапцију су била подобна и малолетна и пунолетна лица, па чак и пунолетници који су били у браку и имали властито потомство. Усвојење се заснивало уговором који се подносио на потврду одговарајућем државном органу, а уговарачи (усвојитељ и отац малолетног усвојеника/пунолетни усвојеник) су могли искључити конституисање родитељскоправног односа. Уговором, међутим, није могло бити предвиђено да усвојеник неће узети презиме усвојитеља. Усвојеник је, наимае, узимао презиме усвојитеља коме је додавао своје рођено презиме. Усвојење није доводило до кидана сродничких односа између усвојеника и његових биолошких сродника, као ни до конституисања односа сродства између усвојеника и сродника усвојитеља.

Еволуција института усвојења у српском праву кретала се од непотпуног усвојења, преко дуализма форми усвојења, до потпуног усвојења као јединог модела адапције. Заправо, Српски грађански законик (1844)¹² је регулисао две врсте усвојења - потпуно (редовно) усвојење (§ 136) и непотпуно усвојење (§ 143). Потпуним усвојењем успостављао се родитељски однос између усвојитеља и усвојеника, тако да је усвојеник улазио у породицу усвојитеља и добијао је положај њиховог рођеног детета.

¹⁰ Детаљније о генези установе усвојења у француском праву Нада Ђуретић, Усвојење - теорија и законодавна пракса, Загреб, 1982, стр. 21-22.

¹¹ Аустријски грађански законик, превод Драгољуб Аранђеловић, Београд, 1921.

¹² Грађански законик Краљевине Србије, приредио Гојко Никетић, Београд, 1922.

Последично, усвојитељ је био дужан да издржава усвојеника, да се стара о његовом подизању и васпитању, док су усвојеник и његови потомци стицали наследна права према усвојитељу. Ипак, потпуно усвојење које је нормирао српски законодавац тога доба не може се изједначити са усвојењем које под истим називом егзистира у модерним правним системима. Наиме, усвојеник није кидао везе са својом биолошком породицом, задржавао је наследна права према својим крвним сродницима, а уз испуњење одређених услова, и они према њему. Истовремено, усвојитељ није могао наследити усвојеника и његове потомке, а усвојење је могло престати раскидом. Дакле, донети редовног (потпуног) усвојења су се тицали искључиво односа између усвојитеља и усвојеника и његових потомака.¹³ Сумарно описане правне последице заснивања усвојења иду у прилог тези да је легислатор нормирао форму непотпуног усвојења, које су познавали и остали грађански законици тога времена. Са друге стране, непотпуно усвојење, као друга форма усвојења, заснивало се под специфичним условима, који су се тицали правног положаја усвојитеља или усвојеника, а који су представљали одступање од редовног дејства усвојења.

Закон о усвојењу ФНРЈ (1947)¹⁴ је нормирао непотпуно усвојење као једину форму адопције. Додуше, у зависности од тога да ли су приликом заснивања усвојења наследна права усвојеника према усвојиоцима била ограничена или искључена, као и да ли је усвојеник узимао презиме усвојилаца или је задржавао своје презиме, односно свом презимену додавао презиме усвојилаца, непотпуно усвојење је имало ужу и ширу варијанту. У сваком случају, усвојење је представљао правну везу искључиво између усвојеника и усвојилаца, док се на сроднике усвојилаца оно није рефлектовало. Исто тако, усвојеник није кидао везе са својом биолошком породицом, нити су се усвојиоци уписивали у матичну књигу рођених као родитељи усвојеног детета.

Закон о усвојењу СР Србије (1976)¹⁵ уводи потпуно усвојење као други облик усвојења. С обзиром да потпуно усвојење доводи до целовите и трајне интеграције усвојеника у породицу усвојитеља и до кидања свих веза са његовом породицом порекла, прецизно су одређени услови за заснивање ове форме адопције, који су се тицали адоптивне подобности усвојитеља и усвојеника, правних последица и процедуре заснивања усвојења, као и начина његовог престанка, а који су били знатно строжи од услова

¹³ Видети Лазар Марковић, *Породично право - друга књига Грађанског права*, Београд, 1920, стр. 181.

¹⁴ Закон о усвојењу, Службени лист ФНРЈ, бр. 30/1947. Законом о изменама и допунама Закона о усвојењу (Службени лист СФРЈ, бр. 10/1965) извршено је његово преименовање у Основни закон о усвојењу.

¹⁵ Закон о усвојењу СР Србије, Службени гласник СР Србије, бр. 17/1976.

прописаних за заснивање непотпуног усвојења. Илустрације ради, потпуно се могло усвојити дете без родитељског старања старости до пет година и то од стане брачног пара. Исто тако, Закон о браку и породичним односима Србије (1980)¹⁶ у чл. 151-199 је регулисао две форме усвојења.¹⁷ Будући да је потпуно усвојење атрактивнији облик адопције, јер се између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и њихових сродника заснива трајан и нераскидив однос сродства, тако да правни положај усвојеника одговара положају биолошке деце усвојитеља, уз истовремени прекид свих релација између усвојеника и његове биолошке породице, након увођења потпуног усвојења драстично је опало интересовање потенцијалних усвојитеља за заснивање непотпуног усвојења, тако да важећи Породични закон Србије (2005)¹⁸ регулише само једну форму адопције - потпуно усвојење.

Породичноправни статус усвојеника у савременом праву

Имајући у виду далекосежне последице усвојења, у савременим правним системима заснивање усвојења је допуштено ако је у најбољем интересу детета и ако се оправдано може очекивати да ће се између усвојитеља и усвојеника успоставити однос који у свему имитира однос који постоји између детета и његових биолошких родитеља. Будући да је у савременом праву усвојење конципирано тако да представља облик друштвене, породичноправне заштите деце без родитељског старања, модерни правни системи најчешће нормирају само једну форму усвојења - потпуно усвојење, које доводи до целовите и трајне интеграције усвојеника у породицу усвојитеља, уз истовремени прекид свих релација са породицом порекла.

У том смислу, Немачки грађански законик¹⁹, нормирајући усвојење у пар. 1741-1772, прописује да се усвојењем укидају сроднички односи између детета и његових биолошких сродника, као и права и обавезе по овом основу. Ако један супружник усваја дете другог супружника, укидање сродничког односа се односи само на родитеља који није у браку са усвојитељем и на његове сроднике. Ако су

¹⁶ Закон о браку и породичним односима Србије, Службени гласник СР Србије, бр. 22/1980 и 11/1988 и Службени гласник Р Србије бр. 22/1993, 25/1993, 35/1994, 46/1995 и 29/2001.

¹⁷ О породичноправном положају усвојеника из потпуног усвојења видети детаљније Слободан Панов, Потпуно усвојење - начин заштите детета без родитељског старања, магистарска теза, Београд, 1993.

¹⁸ Породични закон Србије, Службени гласник РС, бр. 18/2005 и 72/2011.

¹⁹ Bürgerliches Gesetzbuch, <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html#BJNR001950896BJNE009902377>, приступ 03.05.2016.

усвојитељи са дететом у крвном сродству (сродничко усвојење), сроднички однос се укида само између родитеља и детета. Поред тога, ако је усвојитељ у браку са једним родитељем детета, сроднички однос са сродницима другог родитеља се не гаси ако је он умро и ако се за живота старао о детету. Усвојеник добија положај рођеног, заједничког и брачног детета усвојитеља (ако усваја брачни пар или ако један супружник усваја биолошко дете другог супружника), којима се поверава родитељско старање. Уколико се у улози усвојитеља налази само једно лице, усвојеник добија положај и права његовог биолошког детета. Усвојитељи одређују презиме усвојенику, при чему могу одлучити да усвојеник носи њихово презиме, али исто тако постоји могућност задржавања презимена којим се усвојеник легитимисао у правном промету пре заснивања усвојења. У овој ситуацији усвојеник ће носити два презимена - презиме усвојитеља и презиме породице из које потиче.²⁰

Швајцарски грађански законик²¹ нормира усвојење у art. 264-269. Законик предвиђа да усвојено дете добија правни положај биолошког детета усвојитеља. Везе детета са породицом из које потиче се прекидају, осим са родитељем који је у браку са усвојитељем и са његовим сродницима. Усвојење може довести до промене презимена усвојеника, као и до промене његовог пребивалишта.²² Прецизније речено, усвојеник добија презиме усвојитеља, а пребивалиште му се одређује према пребивалишту усвојитеља.

Породични кодекс Руске Федерације²³ институт усвојења регулише у чл. 124-144. Законодавац прописује да се између усвојеног детета и његових доцнијих потомака и усвојитеља и њихових сродника заснива сроднички однос и настају лична и имовинска права и обавезе као да су у питању сродници по пореклу. Истовремено, усвојеник губи права и обавезе према својим биолошким родитељима и осталим сродницима по крви.

²⁰ Детаљније о породичноправном положају усвојеника у немачком праву Wilfried Schlüter, BGB - Familienrecht, C. F. Müller Verlag, Heidelberg - München, 2006, стр. 263-275.

²¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch, <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>, приступ 03.05.2016.

²² Детаљније о породичноправном статусу усвојеника у швајцарском праву Heinz Hausheer, Thomas Geiser, Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007, стр. 268-278.

²³ Семейный кодекс Российской Федерации, <http://www.zakonrf.info/sk>, приступ 03.05.2016.

У случају да је један родитељ детета које се усваја преминуо, на молбу родитеља умрлог родитеља усвојеника (деде и бабе усвојеника) могу се сачувати права и обавезе личног и имовинског карактера између детета и сродника умрлог родитеља, под условом да је то у интересу усвојеника. Усвојеник може задржати име, очево име и презиме, али се ови атрибути личности могу и променити на захтев усвојитеља. Руско право допушта могућност уписа усвојитеља у матичну књигу рођених као родитеља усвојеника, уколико то захтевају. Руско право на специфичан начин конкретизује принцип тајности усвојења. Наиме, у циљу обезбеђења тајности усвојења на захтев усвојитеља може бити промењен датум рођења усвојеног детета, али не више од три месеца, као и место његовог рођења. Ова могућност је ограничена на случајеве усвојења деце која нису старија од једне године.

Одредбе Грчког грађанског законика²⁴ о адопцији (чл. 1542-1588) прописују да се заснивањем усвојења укидају све везе малолетног усвојеника са његовом биолошком породицом и да се он у потпуности интегрише у породицу усвојитеља. При том, усвојеник стиче правни положај рођеног детета усвојитеља. Након усвојења родитељско старање припада адоптивним родитељима. У случају усвојења пасторка, релације између усвојеника и биолошког родитеља који је у браку са усвојитељем се не прекидају. У овој ситуацији родитељско право заједнички и споразумно врше усвојитељ и биолошки родитељ усвојеника који је у браку са усвојитељем. Усвојено дете узима презиме усвојитеља, а по стицању пунолетства може овом презимену додати презиме које је носило пре заснивања усвојења. Будући да грчко право допушта, под одређеним условима, усвојење пунолетних лица, усвојеник и његови потомци рођени након заснивања усвојења сматрају се заједничким дететом и заједничким потомцима усвојитеља и природног родитеља који је супружник усвојитеља. Веза пунолетног усвојеника са другим биолошким родитељем и његовим сродницима се задржава, док између пунолетног усвојеника и сродника усвојитеља не настаје сроднички однос.

Насупрот већини савремених правних система, Француски грађански законик²⁵ промовише дуализам форми усвојења. Потпуно усвојење (*l'adoption plénière*; art. 343-359) даје детету порекло којим се замењује његово првобитно порекло, при чему усвојеник у породици усвојитеља има иста права као и биолошка деца усвојитеља. Усвојеник добија презиме

²⁴ Greek Civil Code, English translation by Constantin Taliadoros, Edited by Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2000.

²⁵ Интегрални текст Code civil-a је доступан на сајту француске Владе: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, приступ 03.05.2016.

усвојитеља, а на захтев усвојитеља детету се може променити и име. Паралелно са тим, усвојеник престаје да припада својој природној породици, осим ако се ради о усвојењу пасторка, када се детету оставља првобитно порекло у односу на родитеља који је у браку са усвојитељем, као и са сродницима овог родитеља. У случају обичног усвојења (*l'adoption simple*; art. 360-370/2), родитељски и сроднички однос се заснива између усвојитеља и усвојеника и његових потомака. У том контексту, настаје обавеза издржавања између усвојитеља и усвојеника, али су отац и мајка усвојеника дужни да дају издржавање ако усвојитељи нису у могућности то да чине. При том, усвојеник остаје у породици из које потиче и у њој задржава сва права, посебно наследна. Усвојеник и његови потомци наслеђују усвојитеље као законски и нужни наследници првог наследног реда, али немају својство нужних наследника у односу на асценденте усвојитеља.²⁶

Посебно је интересантно дејство усвојења по Аустријском грађанском законнику.²⁷ Наиме, по § 182, усвојењем се између усвојитеља и њихових потомака и усвојеника и његових, у тренутку ступања на снагу одлуке о усвојењу, малолетних потомака заснивају права и дужности као да је у питању рођено дете усвојитеља. Истовремено, укида се сроднички однос између биолошких родитеља и њихових сродника и усвојеника и његових малолетних потомака. Међутим, обавеза природних родитеља и њихових сродника да издржавају усвојеника и његове малолетне потомке остаје на снази. Такође, обавеза усвојеника да издржава своје биолошке родитеље не престаје усвојењем, осим ако су они своју обавезу да га издржавају грубо занемаривали пре заснивања усвојења. Обавеза усвојеника да издржава природне родитеље постоји паралелно са његовом обавезом да издржава усвојитеље, и ове две обавезе представљају облигације једнаког ранга (§ 182а). Исто тако, усвојење нема утицаја на право наслеђивања између природних родитеља и њихових сродника и усвојеника и његових малолетних потомака. Наследна права између ових лица остају нетакнута. Са друге стране, заснивањем усвојења настаје узајамно право наслеђивања између усвојитеља и усвојеника, при чему усвојитељи и њихови потомци имају право првенства у односу на природне родитеље усвојеника и њихове потомке (§182б).

²⁶ Детаљније о разликама у домену породичноправног статуса усвојеника из потпуног усвојења и обичног усвојења Gérard Cornu, *Droit civil - La famille*, Montchrestien, Paris, 2006, стр. 427-453.

²⁷ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, [http://www.jusline.at/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch_\(ABGB\)_Langversion.html](http://www.jusline.at/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch_(ABGB)_Langversion.html), приступ 03.05.2016.

Усвојење може имати непотпуно дејство и по праву Немачке. У том контексту, немачки законодавац у § 1755 предвиђа да се у случају усвојења пасторка сроднички однос између детета и сродника природног родитеља који није у браку са усвојитељем не гаси, под условом да је брак престао смрћу а умрли родитељ се за живота бринуо о детету, када усвојење нема потпуно већ модификовано дејство. Поред тога, усвојење пунолетних лица најчешће има ограничено дејство. Наиме, сродство засновано овим усвојењем не простире се на сроднике усвојитеља, као ни на супружника усвојитеља или усвојеника. Усвојитељ при том дугује усвојенику издржавање пре природних родитеља. Усвојење пунолетног лица, међутим, може бити у погледу дејства изједначено са усвојењем малолетника. Тако, усвојење може имати потпуно дејство ако се усваја пунолетно дете супружника, ако усвојеник у време подношења захтева за усвојење није био пунолетан, ако се усваја пунолетна особа која је за време свог малолетства прихваћена од стране усвојитеља, тако што су преузели старање о њој, као и ако усвојитељи усвајају већи број деце која су у сродству (браћа и сестре), при чему су нека од њих малолетна а нека пунолетна.

Сагласно модерним тенденцијама у домену регулисања установе усвојења, српски законодавац (у чл. 88-109, чл. 274-276 и чл. 311-327) нормира само једну форму адопције - потпуно усвојење којим се између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и њихових сродника заснивају једнака права и дужности као између детета и родитеља (као и осталих биолошких сродника). Усвојењем престаје родитељско право биолошких родитеља, осим када дете усваја супружник или ванбрачни партнер природног родитеља детета. Истовремено, настаје родитељско право усвојитеља. Заснивањем усвојења настаје адоптивно сродство између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и њихових сродника. Након заснивања усвојења није допуштено оспоравање очинства и материнства усвојеног детета. Између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и њихових сродника настаје право наслеђивања. Усвојење се рефлектује и на презиме усвојеника у том смислу што му може бити одређено презиме усвојитеља. Са друге стране, усвојење доводи до престанка родитељског права биолошких родитеља, као и до гашења права и обавеза између усвојеника и његових сродника по крви.

Користи од установе усвојења су несумњиве и вишеструке. Са једне стране, адаптирано дете добија стабилан и хармоничан родитељски дом. Са друге стране, усвојитељи су у прилици да усвојенику поклоне љубав и пажњу, чиме задовољавају своју исконску потребу за потомством и родитељством²⁸, коју претходно нису могли остварити природним путем, мада присуство биолошког потомства на страни усвојитеља у савременом праву не представља непремостиву препреку за заснивање усвојења. Правна регулатива института усвојења има за циљ да утврди приоритете којима се треба руководити у области усвојења, као и да хармонизује и заштити интересе свих субјеката који учествују у поступку адапције.²⁹

Међутим, има наговештаја реafirмације непотпуног усвојења. Наиме, Комисија³⁰ која ради на кодификацији нашег грађанског права је стала на становиште да је неопходно реafirмисати непотпуно усвојење, које је у једном дужем временском периоду егзистирало у нашем правном систему, а које је укинато доношењем Породичног закона Србије 2005. године.³¹ Стога је у III књизи Преднацрта³² Грађанског законика, поред потпуног, предвиђено и непотпуно усвојење, којим се између усвојиоца и усвојеника и његових потомака заснивају једнака права и дужности као између детета и родитеља, при чему усвојење не утиче на права усвојеника према његовим родитељима и другим сродницима, као ни на његове дужности према њима (чл. 126). Поновно нормирање непотпуног усвојења сматрамо оправданим и сврсисходним, будући да ће у пракси највероватније допринети широј примени установе усвојења.

²⁸ Усвојење не представља само форму породичноправне заштите и збрињавања деце без родитељског старања, већ и начин остваривања родитељства. Путем усвојења омогућује се појединцима да задовоље свој родитељски нагон, односно да правним путем заснују своју породицу и да, сматрајући туђе дете својим, оживотворе од давнина познато начело *adoptio naturam imitatur* (усвојење имитира природу). Опширније о томе Олга Јовић, Усвојење као начин остваривања родитељства, Правни живот, бр. 9/2005, стр. 1225-1235.

²⁹ Детаљније о томе Олга Цвејић Јанчић, Балансирање интереса и приоритети којима треба тежити у области усвојења, Правни живот, бр. 9/2005, стр. 1109-1122.

³⁰ Видети одлуку Владе Србије о образовању Комисије за израду Грађанског законика, Службени гласник РС, бр. 104/2006.

³¹ Детаљније о карактеристикама непотпуног усвојења које је егзистирало у Србији у време важења Закона о браку и породичним односима (1980) Тања Китановић, Усвојење, магистарска теза, Нови Сад, 2006, стр. 33-76.

³² Интегрални текст Преднацрта Грађанског законика Србије доступан је на интернет адреси <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>, приступ 03.05.2016.

Имајући у виду све предности адопције као облика збрињавања деце без родитељског старања, легализација непотпуног усвојења ће резултирати, надамо се, чешћим усвајањем старије деце која се налазе у хранитељским породицама или им је обезбеђен институционални смештај, а чије је усвојење, у поређењу са усвојењем млађе деце, мање атрактивно, далеко комплексније и скопчано са бројним проблемима при проналажењу адекватне адоптивне породице.

Закључак

Усвојење представља прастару друштвену и правну установу која је током времена мењала појавне облике и циљеве којима је служила. У време гентилне организације друштва адопцијом су јачане радне и одбрамбене снаге генса који је, услед сурових животних услова и константних сукоба са другим генсовима, био бројчано ослабљен. У таквим околностима, интереси генса (колективитета) су били доминантни, док су интереси појединаца (усвојитеља и усвојеника) били неартикулисани и запостављени. Усвојење се вршило у свечаној, религиозној форми у скупштини генса, а усвојеник је добијао положај пуноправног члана генса.

Примарни циљ установе усвојења у римском праву тицао се обезбеђења продужења породице и породичног култа *pater familias*-а без биолошког потомства. Имајући у виду да су темељи римске робовласничке државе постављени на неједнакости грађана и на неравноправности полова, у зависности од правног статуса усвојеника диференцирају се две форме усвојења: адрогација и адопција. При том, прецизно су формулисани услови за заснивање ових облика усвојења, као и правна дејства њиховог заснивања. Међутим, у погледу циљева који су се желели остварити између адопције и адрогације није било размимоилажења. Наиме, сви појавни облици усвојења у римском праву доводили су до продужења породице и породичног култа усвојитеља којима је, у одсуству биолошких потомака, претило гашење.

Грађански законици европских држава, чији су правни системи базирани на римском правном наслеђу, првобитно су фаворизовали интересе појединаца без биолошког потомства. Благодаревши адопцији, ова лица су могла продужити своју породицу и пренети на усвојенике одговарајућа стварна права на материјалним добрима која су била у њиховом поседу. Непотпуно усвојење, које су нормирали буржоаски грађански законици донети током XIX и у првој половини XX века, међутим, није доводило до целовите и трајне интеграције усвојеника у породицу усвојитеља, као ни до прекида свих релација са породицом његовог порекла. Поред тога, стимулисано је усвојење пунолетних лица, будући да су у годинама када

могу засновати породицу (или су је већ засновали), чиме је максимално обезбеђено продужење породице усвојитеља.

После ратних дешавања којима је обиловао XX век, а која су довела до рапидног пораста броја деце без родитељског старања, концепција усвојења је радикално измењена, тако да од тог времена усвојење превасходно служи интересима детета које се усваја, и у функцији је његовог збрињавања у адоптивној породици. У том смислу, усвојење постаје облик друштвене, породичноправне заштите деце без адекватног родитељског старања, и то најпожељнији вид збрињавања ове категорије деце, будући да је у већини модерних правних система нормирано потпуно усвојење којим се усвојеник у потпуности интегрише у породицу усвојитеља, заузимајући положај рођеног детета усвојитеља, при чему породично окружење обезбеђује оптималан психофизички развој детета.

Са друге стране, поједини савремени правни системи допуштају, додуше под рестриктивно постављеним условима, усвојење пунолетних лица, као и одступања од редовног дејства усвојења. Поред тога, француско право још увек промовише дуализам форми усвојења, а има и наговештаја реафирмације непотпуног усвојења у српском праву, које би требало да учини атрактивнијим усвојење старије деце која се налазе у хранитељским породицама или у установама социјалне заштите, будући да је усвојење ове категорије деце, у поређењу са усвојењем млађе деце, комплексније и скопчано са бројним потешкоћама у процесу проналажења адекватних адоптивних родитеља.

Међутим, без обзира на постојање извесних разлика у домену регулисања института усвојења, као и на специфичности легислатива појединих савремених држава, које се неминовно јављају као последица различитог историјског искуства и другачијег поимања усвојења и његове практичне применљивости, у свим размотреним правним системима установа усвојења је конципирана тако да је превасходно у функцији заштите најбољег интереса малолетног усвојеника и стварања оптималних услова за његов правилан психофизички развој збрињавањем у адоптивној породици.

Tanja Kitanović, LL.D
Assistant Professor

**ADOPTEE STATUS IN FAMILY LAW THROUGH HISTORY AND
TODAY**

Summary

This paper presents a summary analysis of adoptee status in Family Law through history and today. Since the adoption is an ancient social and legal institution that has over time changed forms and objectives to which it served, the first part of the paper shows a retrospective genesis and the evolutionary changes in the concept of adoption from the original human community, through the normative rules of Roman law and to the original regulations of bourgeois civil codes enacted during the XIX and early XX century. The remainder of the paper elaborates the complete adoption as a form of social, family law protection of children without adequate parental care, and the most preferred method of providing for children of this category in the contemporary world, since an adoptee is fully integrated into the adoptive family, taking the position of a biological child of their adoptive parents, where the family environment ensures the optimal physical and mental development of the child. Special attention is given to family law status of the adoptee in French Law, which still promotes dualism form of adoption, as well as the possible reaffirmation of the partial adoption in the Serbian law. Moreover, the paper points out the specifics of some contemporary legal systems in the domain of the consequences of the adoption, which represent a departure from the ordinary effect of adoption.

Мр Душко М. Челић*
Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ КАО СРЕДСТВО КРШЕЊА ПРАВА НА МИРНО УЖИВАЊЕ ИМОВИНЕ

Анстракт:

Аутор у раду разматра питање квазинормативне делатности и праксе у области експропријације, коју након јуна 1999. године, спроводе *de facto* власти на Косову и Метохији. У раду се анализира квазиправни оквир експропријације, при чему се указује на недопустиво идентификовање "јавног интереса" са сврхом експропријације, што има за последицу арбитрерно захватање у право својине. У вези с тим, указује се чак и на одсуство утврђивања јавног интереса у појединим случајевима експропријације, као и на случајеве *de facto* експропријације, односно, њеног фактичког спровођења без икаквог формалног поступка експропријације. У раду је посебно указано на одсуство било каквих разумних напора од стране *de facto* власти на Косову и Метохији, да у поступцима експропријације обавесте власнике непокретности, као субјекте експропријације, нарочито у случајевима када се ради о лицима прогнаним са Косова и Метохије, што за последицу има њихову директну дискриминацију.

Кључне речи: *Косово и Метохија; de facto власти; експропријација; кршење права на мирно уживање имовине; лица прогнана са Косова и Метохије.*

1. Својина и експропријација

Иако је право својине, као најшире, најпотпуније, стварно право, "краљица свих стварних права", иако је појмовно безгранично јер омогућава власнику да својом стварју, као њен "савршени господар",¹ поступа "по свом нахођењу",² ипак су границе те власти омеђене правним поретком. Од "светог" и готово недодирљивог права, својина је, продирањем етичких

* Мр. Душко М. Челић, dusko.celic@pr.ac.rs.

¹ В. пар. 211. *Српског грађанског законика (1844)*.

² В. чл. 84. Нацрта закона о својини и другим стварним правима, В. В. Водинелић и остали, *Ка новом стварном праву Србије, Нацрт Законика о својини и другим стварним правима, Auf dem Wege zu einem neuen Sachenrecht Serbiens, Entwurf eines Gesetzbuches zur Regelung des Eigentums und anderer dinglicher Rechte*, Београд, 2007, стр. 30.

садржаја, чија је идеја у заштитити слабијих и изложенијих и санкционисању егоизма, безобзирности и малициозности у вршењу права³, постала изложена све бројнијим и већим ограничењима. Поред давно познатих приватноправних ограничења (суседска права, службености итд.), домен примене јавноправних ограничења својине је све шири кроз ограничење и захватање у право својине у јавном интересу (одредбама о грађевинском земљишту и коришћењу пољопривредног и шумског земљишта, културним добарима, законским службеностима ради телекомуникационих и других инфраструктурних потреба, одредбама о експропријацији и национализацији итд.).

Експропријација би се могла појмовно одредити, као један од облика јавноправног ограничења права својине, у циљу остварења неког општег (јавног) интереса.⁴ Реч је о ауторитарном акту јавне власти, који за последицу има престанак права својине (дотадашњег) власника непокретности и истовремено стицање права својине на истом објекту, корисника експропријације – државе или ког другог субјекта у циљу остварења јавног интереса. Као што се да закључити, реч је о двостраном дејству експропријације – сједне стране о престанку права својине а с друге о њеном заснивању.⁵

Са ширењем задирања државе (јавних власти) у право својине, сједне стране, јавља се и потреба гарантовања њене заштите, с друге стране. Гаранција приватне својине на националном нивоу остварује се уставом и законима којима се она штити уз остала основна људска права.⁶ Правни механизам заштите на нивоу Европе остварен је Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (1950) и Протоколом 1 (1952), кроз институт права на мирно уживање имовине.⁷ Наша држава ратификовала је Конвенцију са пратећим протоколима 1. децембра 2003. године⁸ а инструмент о ратификацији депонован је 3. марта 2004. године.

³ О. Станковић, *Социјализација (морализација) грађанских права*. О. Станковић, В. В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1995, стр. 223.

⁴ Р. Јелић, *Експропријација, појам, елементи, теорија и пракса*, Београд, 2009, стр. 11.

⁵ Л. Костић, *Административно право*, Београд, 1936, II књига, стр. 372.

⁶ "Јамчи се мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона. Право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне..." (Чл. 58. *Устава Републике Србије*, "Сл. гласник РС", бр. 98/2006.).

⁷ "Свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права." (Чл. 1. *протокола I Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*.)

⁸ *Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода...*, "Службени лист СЦГ - међународни уговори", бр. 13-9 од 1.12. 2003.

Право на мирно уживање имовине могло би се дефинисати као право сваког имаоца (физичког и правног лица) на заштиту од нелегалног и неоправданог задирања јавних власти (државе) у овлашћења која чине садржину субјективних права на имовину. Суштина права на мирно уживање имовине је у (само)ограничењу односно (само)обавезивању јавних власти (државе), да имаоце неће неоправдано лишити или ограничити им својину или какво друго имовинско право. Наравно, ово (само)ограничење није апсолутно. Јавне власти могу, у јавном интересу, ограничити или пак одузети какво имовинско право под законом или на основу закона, унапред одређеним условима⁹.

Право на мирно уживање имовине, односно право на имовину, је знатно шире од права својине¹⁰. Мада национални прописи, говоре о гарантовању права својине, постоји општа сагласност да се гаранције на мирно уживање имовине односе на сва имовинска права, односно права која се могу новчано изразити.¹¹ Прецизирање објекта заштите права на мирно уживање имовине захтева и одговор на питање да ли се садржина појма имовине из чл.1. Протокола 1. Европске конвенције, подудара са њеном садржином у националним правима или се пак може говорити о некој врсти "аутономног" појма имовине.¹² Богата вишедеценијска судска пракса Европског суда и Европске комисије за људска права, изградили су појам имовине који није статичан већ "живи" и еволуира кроз праксу а који обухвата читав низ "економских интереса."¹³

⁹ В. чл. 34. и чл. 11. Устава Републике Србије.

¹⁰ О односу (права) својине и имовине, са даљим упућивањима, в. О. Станковић – В. В. Водинелић, нав. дело, стр. 142-160.

¹¹ Д. Хибер, *Право на мирно уживање имовине, облици његовог угрожавања и могућности поновног успостављања у југословенском праву*, Право људских права - нове теме, приредили К. Обрадовић и М. Пауновић, Београд, 1996. год, стр. 206.

¹² Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазивић, *Заштита имовине према европској конвенцији о људским правима*, Правни живот, Београд, бр.10/2005, стр. 420, такође, од истих аутора: *Право на имовину и денационализација грађевинског земљишта*, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, ур. П. Димитријевић, Књига прва, Ниш, 2011, стр. 6. Детаљније о садржини аутономног права на мирно уживање имовине, са даљим упућивањем, в. А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима, коменар*, Београд, 2006, стр. 369-372.

¹³ Детаљније о томе, са конкретним упућивањима на судску праксу, в. М. Carss-Frisk, *The right to property, a guide to the implementation of Article 1.of Protocol No. 1. to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2001, р. 10-17, такође и: С. Гајин, *Члан 1. I Протокола уз Европску конвенцију о људским правима – стандарди заштите имовинских интереса*, Промене стварног права у Србији, ур. В. В. Водинелић, Београд, 2004, стр. 36-39.

2. Историјски осврт на јавноправна ограничења права својине и експропријацију

У цивилистичкој књижевности присутна су два опречна схватања о пореклу овог правног института. Полазећи од индивидуалистичког схватања права својине, насталог у либералном капитализму, једна група правних писаца сматра да старија права нису познавала овај институт, да је била непотребна мера "све док је својина сматрана правом суверена који је може одузимати и ограничавати по својој вољи".¹⁴ Ипак, чини се да је мишљење да корени експропријације као правног института, сежу далеко у прошлост и то вероватно од настанка првих држава, логичније и утемељеније. Тако, према једном извору, прво помињање експропријације, (додуше не под тим називом), налазимо још у сумерском праву када је сумерски краљ понудио накнаду за одузимање винограда.¹⁵ У прилог овом схватању, наводимо и становишта романиста да се овај институт примењивао и у римском праву,¹⁶ наиме, постојала је могућност откупа непокретности у јавном интересу (*publicatio*),¹⁷ односно установа експропријације за градњу путева, водовода итд.¹⁸ Домен јавноправног ограничења приватне својине знатно је проширен у посткласичном периоду римске државе. Та ограничења имала су заправо садржину експропријације, говорећи језиком данашњих цивилиста.¹⁹ Дакле, још је римско право, коме дугујемо и назив за овај правни институт,²⁰ познавало ограничења - рестрикције и одузимање права својине из разлога општег добра, а у литератури се наводи да је концепт неповредивости својине, кроз историју, још од Хамурабија до Француске револуције, трпео

¹⁴ Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *Стварно право*, Ниш, 2009, стр. 127.

¹⁵ В. *West's Encyclopedia of American Law*, Vol. 4. West Group, St. Paul, 1997., стр. 227.

¹⁶ Ј. Салма, *Експропријација: институти, судска пракса и законски прописи*, Загреб, 1987, стр. 5.

¹⁷ Тако, М. Милошевић наводи да о њој нису постојала правила, већ је примењивана према процени магистрата, обично врло уздржано и уз накнаду. (М. Милошевић, *Римско право*, Београд, 2005, стр. 219.).

¹⁸ Тако, М. Хорват, између осталог, наводи да је рударима било допуштено да на сваком имању где се пронађе руда, отворе рудник, стим што су били обавезни да 10% плаћају сопственику земљишта и исто толико римској држави. (М. Хорват, *Римско право*, Загреб, 1962, стр. 121. и текст у напомени 13.).

¹⁹ И. Пухан, *Римско право*, Београд, 1974, стр. 201.

²⁰ Појам „експропријација“ настао је од латинских речи "ex" (из) и "proprius" (властит), из чега је настао термин "ekspropriar", "ekspropriatio" (одузети, присилно одузети). Та кованица постала је основа за терминолошко формирање појма у многим језицима. Тако нпр. на немачком *Expropriation* (али и Enteignung), енглеском *Expropriation*, италијанском *Espropriazione*, француском *Expropriation*, руском Экспроприация, српском: Експропријација, итд.

изузетке.²¹ Према томе, идеја о ограничавању својине је стара колико и појам својине.

У српској правној књижевности наилазимо на један интересантан податак који указује на постојање неког вида експропријације у средњовековној Србији. Наиме, Краљ Милутин поконио је властелинки Радослави, Милшиној жени, манастир св. Георгија и село Улитишта; тај дар потврдили су краљ Стефан Дечански и Стефан Душан, но, хрисовуљом Стефана Душана (између 1332-1337.), Радославино имање поконио је Хиландару, с тим да је на име "накнаде", у њену корист конституисано доживотно плодуживање.²² С обзиром да је поменути акт био праћен побожним расположењем, усрдном молитвом Богородици, као и позивањем на предходне две даровнице, сматра се да у овом случају није реч о самовласном одузимању земље, већ о специфичном захватању у приватну својину у јавном интересу (даривање Хиландару)²³, мада има и супротних мишљења.²⁴ Имајући у виду да је баштина била неприкосновена, о чему сведочи и одредба Душановог законика која забрањује самовласт чак и самог владара у погледу одузимања или присилне куповине или замене баштине,²⁵ као и духовну димензију овог акта, чини се да овај интересантан случај захватања владалачке власти у приватну својину а у сврху даривања манастиру Хиландару, највероватније, али не и до краја јасно, представља неки облик експропријације.²⁶ Наравно, с обзиром на подељеност феудалне својине, и на врховну власт владара на читавом земљишту, не можемо говорити о експропријацији у савременом смислу тог института, већ о установи која је експропријацији предходила и била њен садржински еквивалент у датим друштвено-историјским условима.

У савременом смислу те речи, експропријација је тековина Француске буржоаске револуције. У Декларацији о правима човека и грађанина (1789), експропријација је појмовно одређена речима: "Нико се не може ни најмањег дела својине лишити без сагласности власника, изузев ако

²¹ I. Seidl-Hohenveldern, *Communist Theories on Confiscation and Expropriation, Critical Comments*, American Society of Comparative Law, The American Journal of Comparative Law. св. 7, бр. 4, 1958, стр. 542.

²² Т. Тарановски, *Историја српског права у немањихкој Држави, III део, Историја грађанског права*, Београд, 1934, стр. 94-95.

²³ Т. Тарановски, нав. дело, стр. 95.

²⁴ Тако, С. Шаркић сматра да је у овом случају владар самовољно лишио властелинку права приватне својине. (С. Шаркић, *Службености у византијском и српском средњовековном праву*, Зборник радова византолошког института, L, 2013, стр. 1010.).

²⁵ "И да није властан господин цар, или краљ, или госпођа царица икоме узети баштину силом, или купити, или заменити, осим ако ко сам пристане" (чл. 43. *Душановог законика*).

²⁶ Т. Тарановски, нав. дело, стр. 95.

то захтева законито утврђен јавни интерес, али и тада само уз правично и претходно обештећење." Српски грађански законик (1844.) експропријацију уређује у потпуности у складу са овим тековинама: 1.) даје гаранције неповредивости својине, на начин да: "нико не сме натерати другога, да своју ствар или своју баштину... уступи, било бадава, било у промену или за новце";²⁷ 2.) на основу одлуке државног органа: "Књаза у сагласју са Саветом"²⁸; 3.) рестриктивно: "само ако би општеномодно благо изискивало... да се чије добро на опште благо земље и народа употреби".²⁹ Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору (1888.), експропријацију (за коју користи израз: "искуп ради јавне потребе"³⁰), појмовно и садржински уређује такође као изузетак од "светости и неприкосновености"³¹ права својине, "у случају замашније јавне (народне) потребе"³², уз поштовање принципа "потпуног намирења вриједности искупљене ствари или права и штете".³³

Традиционални (либерални) појам експропријације модификује Устав Вајмарске републике (1919.), који шири домен његове примене (за стамбене, комуналне, културне, образовне и друге потребе) а уместо пуне накнаде за експропријацију непокретност, предвиђа "одговарајућу накнаду",³⁴ уз одредбу да "својина обавезује" и да "њена употреба треба да служи у опште сврхе",³⁵ што представља продор идеје социјализације (морализације) права у установу експропријације. У периоду социјализма, ова идеја је попримила екстензиван идеолошки карактер, што је експропријацију претворило у инструмент привредног развоја на уштрб приватне својине.

Прве норме које су у социјалистичкој Југославији уређивале експропријацију, биле су садржане у Основном закону о експропријацији, који је донет 1947. године а као савезни закон, примењивао се на читавој територији ондаше Југославије.³⁶ У том периоду, карактеристично је да се институт експропријације, према функцији и неким обележјима, приближавао национализацији као привредно-политичкој мери.³⁷ На ово

²⁷ В. пар. 217. *Српског грађанског законика*(1844).

²⁸ Исто.

²⁹ Исто.

³⁰ В. чл. 16. ст. 3. *Општег имовинског законика*(1888).

³¹ В. чл. 16. ст. 1. Општег имовинског законика.

³² В. чл. 16. ст. 2. Општег имовинског законика.

³³ Исто.

³⁴ В. чл. 153. *Устава Вајмарске републике*.

³⁵ Исто.

³⁶ *Основни закон о експропријацији*, ("Службени лист ФНРЈ", бр. 28/47.).

³⁷ О односу експропријације национализације и сродних категорија, више у: Р. Јелић, нав. дело, стр. 22 – 40.

становиште указује и одредба чл. 18. Устава ФНРЈ из 1946. године.³⁸ У том периоду, право (приватне) својине нашло се на удару идеолошко-политичких, колективистичких схватања, која су била инкорпорисана у правни поредак "нове Југославије". По доношењу Устава СФРЈ из 1974. године, којим је законодавна власт федерације сведена на минимум, законодавно уређење експропријације преузеле су републике и покрајине. У тадашњој Социјалистичкој аутономној покрајини Косово, експропријација је била уређена Законом о експропријацији³⁹ као и појединим одредбама Закона о експропријацији Социјалистичке републике Србије, које су се примењивале јединствено на читавој територији Републике.⁴⁰

3. "Правни оквир" експропријације на Косову и Метохији након 10. јуна 1999. године

По ступању на снагу Резолуције СБ ОУН бр. 1244 и стављању територије АП Косово и Метохија под управу Уједињених нација (у даљем тексту: УНМИК), на Косову и Метохији је, арбитрерном вољом Специјалног представника Генералног секретара ОУН за Косово и Метохију (у даљем тексту: СПГС), успостављен потпуни прекид правног континуитета правног поретка на територији АП Косово и Метохија у односу на остали део територије Републике Србије. То се одразило и на позитивноправно законодавство у области експропријације. Иако је примена одредаба Закона о експропријацији Републике Србије произилазила и из текста самог Закона о експропријацији САП Косово,⁴¹ из службених компилација прописа, које је припремила Привремена управа Уједињених нација за Косово и Метохију⁴²,

³⁸ "Приватна својина може се "ограничити или експроприсати ако то тражи општи интерес, али само на основу закона. Законом ће се одредити у којим ће се случајевима и у којој висини дати накнада власнику. Под истим условима могу се законом национализовати поједине привредне гране или предузећа ако то тражи општи интерес." (Чл. 18. Устава ФНРЈ, "Сл. лист ФНРЈ", бр. 10/1946).

³⁹ Закон о експропријацији, "Сл. лист САП Косово", бр. 21/78 и 56/86.

⁴⁰ "Одредбе чл. 1. и 2, чл. 3. став 1, чл. 4-16; чл. 18, ст. 1. и 2. и чл. 19. став 1. примењују се јединствено на целој територији Републике у смислу члана 300. Устава Социјалистичке Републике Србије." (Чл. 89. Закона о експропријацији, "Сл. Гласник СРС", бр. 40/84, 53/87, 22/89 и 15/90, и "Сл. гласник РС", бр. 6/90).

⁴¹ Према чл. 1. Закона о експропријацији САП Косово: "Експропријација непокретности врши се по одредбама овог закона и одредбама Закона о експропријацији Социјалистичке републике Србије које се јединствено примењују на целој територији Републике".

⁴² B. *United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, Housing and Property Directorate and Housing and Property Claims Commission, Housing and property rights in Kosovo, Collection of basic texts, Second edition, March 2000, Pristina.*

као и из тематских извештаја Одељења за људска права и владавину права Организације за европску безбедност и сарадњу (која је деловала у саставу УНМИК-а),⁴³ може се закључити да и у овој области, као и у области промета непокретности, УНМИК "није знао право", односно, није имао у виду да се на територији ондашње САП Косово, примењивале и поједине одредбе одговарајућих закона које је доносила законодавна власт Социјалистичке републике Србије, односно, да је према одредбама Устава Социјалистичке републике Србије из 1974. године, постојала могућност јединствене примене прописа на читавој територији Републике Србије.⁴⁴ Поред тога, спроведећи "револуционарну законодавно-правну политику" прекида правног континуитета са остатком Савезне републике Југославије, односно Републике Србије,⁴⁵ УНМИК је потпуно игнорисао чињеницу да је Закон о експропријацији САП Косово престао да важи са доношењем Закона о експропријацији Републике Србије 1995. године.⁴⁶

Уколико, због природе овог рада, оставимо по страни ванправне мотиве УНМИК-а да у вршењу мандата игнорише затечени правни поредак на територији АП Косово и Метохија, прописујући општу ретроактивност,⁴⁷ и враћајући у "правни" живот "све прописе који су били на снази до 23. марта

⁴³ *OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Property rights in Kosovo 2002 – 2003*, Pristina, стр. 39, *OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Expropriations in Kosovo 2006*, Pristina, стр. 6.

⁴⁴ *Устав Социјалистичке републике Србије* ("Сл. гласник СРС", бр. 8/74), прописао је у чл. 300. да се "републичким законом уређују јединствено за целу територију Републике... основи својинско-правних и других стварно-правних односа..."

⁴⁵ Детаљније о о нарушавању територијалног интегритета СРЈ, односно Србије и Црне Горе, од стране УНМИК-а, а нарочито о "револуционарном законодавству" УНМИК-а, в. Д. Челић, *Косово и Метохија: протекторат, "суштинска аутономија" или независни ентитет ?* Уставне промене у нас, ур. З. Исаиловић, Косовска Митровица, 2004. год, стр. 135-145.

⁴⁶ *Закон о експропријацији*, "Сл. гласник РС", бр. 53/95, "Сл. лист СРЈ", бр. 16/2001 - одлука СУС и "Сл. гласник РС", бр. 20/2009 и 55/2013 - одлука УС.

⁴⁷ Специјални представник, Генералног секретара ОУН (шеф УНМИК-а), је арбитражно одлучио да се на Косову и Метохији примењују "закони који су били на снази на територији Косова пре 24. марта 1999. године, уколико нису у супротностима са међународно признатим стандардима о људским правима, испуњавањем мандата УНМИК-а, као и са другим уредбама које је донео УНМИК", (Чл. 2 и 4. "УНМИК/УРЕД/1999/1 *О овлашћењима Привремене управе на Косову*", од 25. јула 1999. год.). Неколико месеци касније, тадашњи Специјални представник, Бернар Кушнер, донео је "уредбу", којом прописује да ће се на Косову и Метохији примењивати "закон који је био на снази на дан 22. марта 1989. године" !?! (Чл. 1.1. б. "УНМИК/УРЕД/1991/24, *О закону који се примењује на Косову*", од 12. децембра 1999. године.). Доношење ових одлука са општим ретроактивним дејством од 10 година и 10 дана, није предходило нити следило било какво образложење.

1989. године" остаје, не само без правничког, већ и без логичког одговора, питање: због чега је у погледу експропријације, УНМИК "реинкарнирао" Закон о експропријацији САП Косово, донет 1978. године, у време када је друштвена својина била идеолошко "чедо", а дерогирао Закон о експропријацији Републике Србије, донет 1995. године, у време одбачених идеолошких и метаправних својинских стега ? Анализом једног и другог законског прописа, можемо рећи да за тако што није постојао ни један ваљани правни разлог. Напротив, сви разлози указују да је управо Закон о експропријацији Републике Србије (поред тога што је био на правној снази), имао бројне предности у односу на Закон о експропријацији САП Косово. То је било и логично, с обзиром да су се, након 1990. године, суштински и формално, догодиле крупне политичке промене у смислу напуштања социјалистичке идеологије, једнопартијског друштвеног уређења, с једне стране, и усвајања вишестраначке демократије засноване на слободним изборима, подели власти и гаранцијама људских права, укључујући и право својине, с друге стране.⁴⁸ Запажамо да је сврха експропријације, односно јавни интерес, знатно шире, био одређен покрајинским у односу на републички закон о експропријацији. Тако, покрајинским законом је било прописано да се непокретност може експроприсати и ради..."пошумљавања, изградње паркова" и у бројне друге сврхе, које Републички закон о експропријацији није предвиђао.⁴⁹ Тиме је отворена могућност за знатно шире захватање у приватну својину, када је реч о експропријацији, на територији ондашње САП Косово, у односу на остали део територије Републике на коме ја поменути закон и данас део позитивног законодавства. Такође, републичким законом о експропријацији прописано је да накнада за експроприсану непокретност не може бити мања од тржишне,⁵⁰ док се у покрајинском закону, у зависности од врсте непокретности, помињу просечна цена,⁵¹ умањена просечна цена,⁵² проценат од просечне тржишне цене,⁵³ грађевинска вредност експроприсаног грађевинског објекта,⁵⁴ итд. Јавни интерес за експропријацију непокретности, према републичком закону, утврђује Народна скупштина (доношењем закона) или Влада,⁵⁵ док је

⁴⁸ В. чл. 34. Устава Републике Србије и чл. 51. *Устава Савезне републике Југославије* ("Сл. лист СРЈ", бр. 1/1992).

⁴⁹ Уп. чл. 1. и 2. Закона о експропријацији САП Косово и чл. 2. Закона о експропријацији СР Србије.

⁵⁰ В. чл. 1. Закона о експропријацији РС.

⁵¹ В. чл. 28. ст. 2. Закона о експропријацији САП Косово.

⁵² В. чл. 28. ст. 3. Закона о експропријацији САП Косово.

⁵³ В. чл. 29. ст. 1. Закона о експропријацији САП Косово.

⁵⁴ В. чл. 30. ст. 1. Закона о експропријацији САП Косово.

⁵⁵ В. чл. 2. Закона о експропријацији Републике Србије.

покрајинским законом о експропријацији утврђивање јавног интереса у надлежности бројних јавних тела: доносиоца урбанистичких планова,⁵⁶ скупштина општина и Извршног већа Скупштине аутономне покрајине Косово.⁵⁷

Као што се види, и *prima facie* се може закључити да је, у погледу гаранција за заштиту својине од неоправдане експропријације, реч о два закона из две потпуно различите епохе друштвеног уређења. Отуда не постоји ни логично, још мање правно оправдање за "реинкарнацију" Закона о експропријацији САП Косова и дерогирање важећег Закона о експропријацији Републике Србије.

Резолуцијом СБ ОУН бр. 1244 од 12. јуна 1999. године, уведена је међународна цивилна администрација на Косову и Метохији њој су, између осталог, поверени и "заштита и унапређење људских права."⁵⁸ Поред тога, УНМИК је у својој првој "уредби", донетој 25. јула 1999. године, поновио обавезу поштовања међународно признатих стандарда људских права.⁵⁹ Такође, "Уредбом о уставним оквирима за привремену самоуправу", УНМИК и "привремене институције самоуправе" су се обавезали "да примењују и обезбеђују међународно признате стандарде људских права и основних слобода, укључујући и оне утврђене на "листи конкретних међународних конвенција, међу којима је и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и њених протокола".⁶⁰ УНМИК је, пред Комитетом за људска права ОУН, прихватио мишљење да га материјалне одредбе уговора о људским правима обавезују зато што их је на себе преузео уредбама.⁶¹ У извештају Генералног секретара ОУН, који је усвојио Савет безбедности 12. 7. 1999. године, УНМИК је обавезан да у вршењу мандата поштује затечени правни поредак и важећу легислативу Републике Србије и Савезне републике Југославије.⁶²

На жалост, УНМИК у вршењу мандата, не само да у бројним областима није поштовао међународно признате стандарде људских права, већ их је кршио. Најпре, то је учињено, противправним прекидом

⁵⁶ В. чл. 3. ст. 1. Закона о експропријацији САП Косово.

⁵⁷ В. чл. 3. ст. 2. и 3. Закона о експропријацији САП Косово.

⁵⁸ В. т. 11. 10. Резолуције СБ ОУН бр. 1244.

⁵⁹ В. "UNMIK Regulation No. 1999/1 on the Authority of the Interim Administration in Kosovo, UNMIK/REG/1999/1".

⁶⁰ В. "Chapter 3. UNMIK Regulation No. 2001/9 on Constitutional framework for provisional self-government in Kosovo, UNMIK/REG/2001/9."

⁶¹ В. Report Submitted by UNMIK, Report Submitted by UNMIK to the Human Rights Committee on the Human Rights Situation in Kosovo since June 1999, UN Doc. CCPR/C/UNK/1 (13 March 2006), стр. 28, пара. 123–124.

⁶² В. United Nations, Security Council, Report of the Secretary-general on the United Nations interim administration mission in Kosovo, S/1999/779, 12. 7. 1999. пара. 36.

континуитета правног поретка у области важећег права генерално, а као што смо навели, и у области важећег права поводом експропријације. Потом, када је реч о праву на мирно уживање имовине, које је антипод експропријацији, међу бројним примерима повреда права на мирно уживање имовине, наводимо (у тексту који следи), неколико најочигледнијих, верификованих и од самих привремених међународних власти на Косову и Метохији. И најзад, када је реч о експропријацији, наводимо праксу "привремених институција самоуправе, која указује на злоупотребу de facto јавних овлашћења, у сврху очигледног кршења права на мирно уживање имовине Срба и припадника неалбанских заједница на Косову и Метохији.

4. Примери експропријације као очигледних видова кршења права на мирно уживање имовине

4. 1. НАТО (КФОР) као de facto експропријатор

Према обиму незаконитог захватања у право својине, нарочито се истиче случај неовлашћеног задирања НАТО-а (КФОР-а) поводом изградње војне базе "Бондстил". Изграђена на размеђи пута Ѓњилане – Урошевац, у атару села Сојево, које је пре НАТО агресије било етнички мешовито, ова војна база захвата преко 2400 хектара земље у својини највећим делом косовско-метохијских Срба.⁶³ Формални поступак експропријације приликом запоседања земљишта на коме је изграђена база, никада није покренут. Ово је класичан пример бесправног запоседања и употребе приватне својине од стране јавних тела, што се, према јудикатури Европског суда за људска права, сматра de facto експропријацијом⁶⁴.

На значајним површинама у административном појасу између Косова и Метохије и Централне Србије⁶⁵ као и широм Косова и Метохије, најчешће на земљишту прогнаних Срба, "никло" је на десетине војних база КФОР-а, у односу на "Бондстил" мањих, али са становишта кршења права на мирно уживање имовине, једнако значајних. У свим случајевима запоседања земљишта од стране КФОР-а, није вођен никакав формалан поступак експропријације а власницима de facto експроприсаних парцела, понуђена је

⁶³ Подаци преузети из: М. Анђелковић-Лукић, *Србија на путевима нафте*, www.srpskapolitika.org, 12. 12. 2014.

⁶⁴ В. *Papamichalopoulos и остали против. Грчке* пресуда од 24. јуна 1993. године, серија А бр. 260-Б.

⁶⁵ Податак преузет из: International Centre for Migration Policu Development &Regional consulting international, *Преглед идентификованих практичних препрека повратку са посебним освртом на имовинска права и индиректну дискриминацију у Хрватској и на Косову и Метохији*, Београд, 2006. год, непубликован текст, стр. 27.

једнострано одређена симболична годишња "накнада", на чију висину власници нису могли да утичу, нити да уложи било које правно средство.⁶⁶

Бележимо и случајеве неовлашћеног запоседања непокретности намењених становању. Тако, припадници "Мултинционалне бригаде Југ" (немачки контингент КФОР-а), по уласку у град Призрен, средином јуна 1999. године, неовлашћено су запосели 27 станова чији су етажни власници прогнани Срби. Пуне четири године поменуте непокретности су неовлашћено коришћене без икаквог обештећења власника. Позивајући се на наводну необавештеност да је предметна својина у време заузећа била приватна а не друштвена (као да својински облик уопште има значаја за поштовање њене неповредивости), КФОР је стао на становиште да "нема обавезу да власницима ретроактивно плати закуп", да је (неовлашћено) "извршио улагања у имовину, чиме је њен квалитет побољшан, те да би с тога власници требало да надокнаде ове додатне трошкове"!?!⁶⁷ Уговори о закупу станова још нису потписани с "образложењем" да се чека одлука Министарства одбране Немачке републике.⁶⁸ У сличну категорију противправног понашања спада и акт *de facto* експропријације хотела "Бреза" у туристичком центру "Брезовица", општина Штрпце у којој доминанто већински етницитет чине Срби. Иако власништво акционарског друштва, овај хотел је противправно коришћен осам година и том приликом девастиран од припадника (украјинског контингента) КФОР-а, без икакве накнаде власнику.⁶⁹

Иако је СПГС у "Уредби 2000/47 о статусу, привилегијама и имунитету КФОР и УНМИК и њиховог особља на Косову", прописао да ће захтеве у вези са "губитком или оштећењем имовине..., решавати Комисије за притужбе установљене при КФОР и иНМИК, на начин који треба да се пропише",⁷⁰ команда КФОР-а је тек 22. марта 2003. године усвојила

⁶⁶ У том погледу, као својеврсни "модел" поступања, наводимо пример самовољног заузећа обрадивог земљишта и изградњу војне базе америчког контингента КФОР-а у Драгашу, септембра 2002. године. КФОР је власницима земљишта понудио по принципу "узми или остави", годишњу "накнаду" од 0,15 евра по квадратном метру земљишта. Власницима узурпираног земљишта ускраћено је право жалбе а једнострано одређена "накнада", ни након протекла четири године од *de facto* експропријације, није била исплаћена, а није утврђено и да ли је уопште исплаћена.

⁶⁷ International Centre for Migration Policu Development &Regional consulting international, нав. дело, стр. 27.

⁶⁸ OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Property rights in Kosovo 2002 – 2003, Pristina, стр 46.

⁶⁹ International Centre for Migration Policu Development &Regional consulting international, нав. дело, стр. 27

⁷⁰ В. чл. 7. "УНМИК/УРЕД/2000/47 О статусу, привилегијама и имунитету КФОР- и УНМИК-а и њиховог особља на Косову".

"стандардни оперативни поступак 3023 за захтеве на Косову", који међутим, није био обавезујући за националне контингенте КФОР-а, а поступак жалбе на првостепену одлуку "комисије за обештећење", има карактер "необавезујућег добровољног система за жалбе, при чему није одређено када и по ком основу жалилац може да поднесе жалбу"⁷¹, тако да овај правни лек нема карактер делотворног правног средства".⁷²

4. 2. Локалне (албанске) власти и злоупотреба експропријације на уштрб права лица прогнаних са Косова и Метохије

Када је реч о спровођењу експропријације од стране локалних (општинских) власти на косову и Метохији након 10. јуна 1999. године, Европска организација за безбедност и сарадњу (у даљем тексту: ОЕБС), констатовала је бројне пропусте који имају за последицу одсуство елементарних гаранција по право својине од арбитрерног захватања јавних власти. Забележени су бројни случајеви незаконитог спровођења експропријације, као и избегавања примене законског оквира (оног којеет јенаметнуо УНМИК). У тематском извештају о експропријацији, ОЕБС између осталог наводи: "као резултат тога, тренутно је на снази незаконито мешање у права појединаца над имовином. У много случајева, појединци немају приступ ефективном правном леку. Шта више, у случајевима у које су умешани чланови мањинских заједница експропријације имају дискриминаторске последице, а законити власници често и не знају да се врши експропријација њихове имовине."⁷³ Констатовани су бројни случајеви "да су општинске власти заузимале земљиште и започињале изградњу пре покретања поступка експропријације";⁷⁴ Такође, констатовано је да "правни оквир", у бројним случајевима, није законито примењиван.⁷⁵ Незаконита примена правних норми који регулишу експропријацију, одгледала се у: 1.) неутврђивању општег интереса;⁷⁶ 2.) неутврђивању и неисплаћивању

⁷¹ В. ст. 1. анекс Ц "стандардног оперативног поступка 3023 за захтеве на Косову".

⁷² Правни лек је делотворан ако се њиме у унутрашњем правном поретку даје право на поништај акта којим се врши повреда права из Конвенције или ако тим средством акт може да се измени, као и да жртва повреде добије одређену сатисфакцију (накнаду штете, обештећење) за претрпљену повреду. (В. А. Јакшић, нав. дело, стр. 337.

⁷³ *OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Expropriations in Kosovo*, Pristina, December 2006, стр. 24.

⁷⁴ Исто, стр. 10-11.

⁷⁵ Исто, стр. 14-23.

⁷⁶ Исто, стр. 14-16.

адекватне накнаде за експроприсану непокретност,⁷⁷ 3.) непостојању поуке о правном леку или погрешно упућивање на правни лек.⁷⁸

Истраживања обављена за потребе овог рада, указују да је у поменутих условима посебно угрожена својина на непокретностима лица прогнаних са Косова и Метохије. Према јудикатури Европског суда за људска права, експропријација, односно "лишење имовине", мора бити легитимно, законито и неопходно. Захтев законитости подразумева да правила домаћег закона морају бити у довољној мери доступна, прецизна и предвидива. Власници морају имати право да буду информисани о експропријацији њихове непокретности, као и о праву на делотворни правни лек, и условима накнаде.⁷⁹ Забележени су бројни случајеви да су у поступку експропријације локални (општински) органи, пропуштањем достављања и обавештавања власника непокретности - лица прогнаних са Косова и Метохије, дискриминисали ова лица у погледу остваривања права а нарочито у погледу права на делотворни правни лек.⁸⁰ Констатована је пракса локалних власти да контактирају само оне имаоце имовинских права који су физички доступни.⁸¹ Према правној баштини Европског суда за људска права, чињеница да је носилац имовинског права расељено лице не дозвољава локалним органима да игноришу његова права, јер захтеви за напуштање имовине нису испуњени када носилац имовинског права против своје воље оде због непријатељстава.⁸² Поред тога, констатовано је да нема јединственог поступка да се обезбеди да прогнани имаоци имовинског права, чија се имовина експроприше, буду обавештени о томе.⁸³ Многе локалне власти овај проблем покушале су да "реше", тако што су без обавештавања лица о чијим интересима је реч, и без разумног напора да то

⁷⁷ Исто, стр. 18-21.

⁷⁸ Исто, стр. 22-23.

⁷⁹ В. *James and others против Уједињеног краљевства*, пресуда од 21. фебруара 1986, Серија А бр. 98, *Hentrich против Француске*, пресуда од 22. септембра 1994, Серија А бр. 296-А; *Sporrong u Lönnroth против Шведске*, пресуда од 23. септембра 1982, Серија А. бр. 152, *Papamichalopoulos и остали против Грчке*, пресуда од 24. јуна 1993, Серија А бр. 260-В.

⁸⁰ *OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Expropriations in Kosovo*, Pristina, December 2006, стр. 16-17.

⁸¹ Тако, ОЕБС је ову широко распрострањену појаву констатовао у вези са непокретностима прогнаних Срба у општинама: Косово Поље, Гњилане, Ново Брдо, Липљан, Призрен и Жаковица, (*OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Expropriations in Kosovo*, Pristina, December 2006, стр. 16-19.).

⁸² В. *Kevešević protiv Federacije Bosne i Hercegovine*, CH/97/46, 10. септембра 1998.

⁸³ *OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Expropriations in Kosovo*, Pristina, December 2006, стр. 16-17.

учине, одређивале привременог заступника.⁸⁴ То је забележено у Ђаковици, Призрену, Србици, Вучитрну и Липљану. Привремени заступник је по правилу лице албанске националности, које се у управном поступку поводом експропријације понаша пасивно, како накнаду за његов рад плаћа општина, то директно утиче на његову савесност и непристрасност. Тиме чак и на први поглед неутралне правне одредбе, у примени попримају дискриминаторски карактер, што је забрањено и према антидискриминационом "правном" оквиру на Косову и Метохији.⁸⁵

Лица прогнана са Косова и Метохије су изложена не само индиректној, већ и директној дискриминацији када је у питању примена института експропријације. Тако, у општини Клина, забележено је да се лицима која желе да се врате у своје домове, прети експропријацијом, како би се у условима ограничености градског грађевинског земљишта у градској зони, створио простор за изградњу стамено-пословних објеката.⁸⁶

У једном броју случајева, локални органи власти посезали су за *de facto* експропријацијом непокретности прогнаних лица која нису показала намеру да исте продају, већ да се врате у своје домове. Случај Саше Филиповића, прогнаног лица из Приштине, парадигма је примене института експропријације чији је објект имовина прогнаних. Његова кућа у Приштини је, након што је прогнан 1999. године, била узурпирана, али је власник, након покретања поступка пред "Косовском комисијом за стамбена имовинска питања", успео да вастостави државину. Убрзо по извршењу одлуке "комисије", општина Приштина је без покретања поступка експропријације и без обавештења власника, кућу порушила и на парцели започела изградњу пута. О разлозима задирања у право својине, као и о евентуалној надокнади, још увек нема никаква сазнања.⁸⁷ Слично безакоње,

⁸⁴ Могућност постављања привременог заступника, била је предвиђена чланом 55, *Закона о управном поступку*, ("Службени лист СФРЈ", бр.47/86 15. август 1986), који је, према законодавној политици УНМИК-а, био примењиван на Косову и Метохији након 10. јуна 1999. године.

⁸⁵ В. чл. 3а, "*Законa против дискриминације*", УНМИК/РЕГ /2004/32 *О проглашењу закона против дискриминације*" од 20. августа 2004. године".

⁸⁶ Е. Tawil, *Property rights in Kosovo: a haunting legacy of a society in transition*, New York, 2009, Interview with a senior official of UNMIK, July 22, 2008. стр. 17.

⁸⁷ "Општина је одузела мој плац и срушила породичну кућу на Врањевцу у Приштини, никога не питајући или обавештавајући. Када сам дошао да обиђем имање, куће нема, плаца нема, нико ништа не зна, нити можемо коме да се обратимо", рекао је за КИМ радио Саша Филиповић, власник породичне куће и имања у Приштини. Он објашњава да је његова кућа након 1999. године била узурпирана, а након што су узурпатори, уз помоћ Хабитата и Косовске полицијске службе избачени, општина Приштина на Филиповићевом имању почела да прави пут. Филиповић додаје да је упркос бројним покушајима да контактира било кога од надлежних остао без објашњења зашто му је

локална администрација општине Косово Поље. Без спроводења поступка експропријације, започела је изградњу пијаце октобра 2001.г. на парцели лица прогнаног са Косова и Метохије и завршила изградњу марта 2002. године. Истог месеца, власник, кога општина није обавестила о спровођењу "експропријације", нити му исплатила накнаду, поднео је представку, захтевајући да му се омогући подношење правног лека због незаконитог мешања у право на мирно уживање имовине. Ни годину дана касније, решење о експропријацији није донето.⁸⁸

У општини Клина, бележимо случај Радосављевић, који је такође индикативан у погледу коришћења експропријације као средства кршења људских права прогнаних Срба. Општинска администрација је, без спровођења икаквог формалног поступка, запосела кућу Винке и Саше Радосављевић, брачног пара који је прогнан са Косова и Метохије 1999. године, и у њој сместила омладински центар. Радосављевићи су добили спор пред "Комисијом стамбена имовинска питања", али је општина одбила да изврши одлуку и непокретност врати у државину власника. Након упорног притиска и интервенције УНМИК-а, "Дирекције за стамбена имовинска питања" и других међународних субјеката, општина је, Радосављевиће, који су се у септембру 2007. године вратили на Косово и Метохију, увела у државину предметне куће. Потом је општина поново одлучила да незаконито "заплени непокретност" и запретила породици да ће им срушити кућу због јавних потреба, што је и учинила. Општина је понудила 10.000 евра као обештећење у оквиру поступка који није спроведен у складу са одредбама Закона о експропријацији.⁸⁹

4. 3. Својина припадника неалбанских заједница као жртва незаконите експропријације

Да жртве *de facto* експропријације, нису само непокретности у својини (прогнаних) Срба, већ и припадника неалбанских националности, указују следећа два случаја. Први се односи на непокретност у Призрену у

кућа порушена и због чега се на његовом имању прави пут. "Обраћао сам се општини у Приштини, међутим тамо нико није могао ништа да ми каже, нити је ко хтео да разговара у вези овог проблема и увек наилазим на затворена врата. Ја кућу и плац нисам продао и сматрам да и даље овде живим и да је ово и сада моја кућа", рекао је Филиповић. Он тврди да ће и даље инсистирати на томе да му општинске власти Приштине надокнаде уништену имовину." (<http://www.radiokim.net/?cid=3,7,3383>, 21. 12. 2012.).

⁸⁸ Писмо власника упућено УНМИК Општинском администратору у Косову Пољу, од 13. марта 2002. године. (*OSCE, Mission in Kosovo, Department of Human rights and Rule of law, Property rights in Kosovo 2002/2003*, Pristina, стр. 41.).

⁸⁹ E. Tawil, нав. дело, Interview with a senior official of UNMIK, July 22, 2008. стр. 19.

својини прогнаног лица ромске националности. Наиме, Скупштина општине Призрен усвојила је предлог за експропријацију земљишне парцеле чији је власник прогнаник ромске националности, ради изградње ромског културног центра. Општинска служба за правно-имовинска питања "прогласила је да је имовина напуштена и затим зауставила поступак експропријације, позивајући се на одговарајуће одредбе Закона о основама својинско-правних односа.⁹⁰ И по домаћем и по међународном праву, лица која су присилно расељена услед сукоба и не могу да се врате због безбедносних или других разлога, осујећена су да уживају своја имовинска права и не сматра се да су напустила имовину, те према том, из тог разлога се непокретности у њиховој својини не могу сматрати напуштенима, нити им из тог разлога може престати право својине.⁹¹ Други, правно проблематични аспект овог случаја је што "престанку права својине" није предходио никакав судски поступак, већ је то констатовано једнострано донетим одлуком управног органа.

Следећи пример у овој подгрупи је *de facto* експропријација у општини Гора, већински настањеној припадницима горанске етничке заједнице. Самопрокламоване општинске власти су 2000. године заузеле седам парцела власника горанске националности, за потребе изградње споменика убијеним члановима тзв. ослободилачке војске Косова. Иако је, *post festum*, Општински суд донео одлуку о исплати накнаде⁹², она није извршена. Предметне непокретности су 2005. године уписане као "друштвена својина – корисник општина Драгаш".⁹³

4. 5. Својина Српске православне цркве на мети незаконите експропријације

У општини Дечане, општински а администрације је, без спровођења икаквог формалног поступка, спровела рушење "Мермерне куће" и хотела "Турист", који су се налазили у центру Дечана и били у својини Манастира СПЦ Високи Дечани. Зграде су порушене јуна 2001. године. Ове непокретности биле су законито стечене на основу уговора о поклону

⁹⁰ Према чл.46. ст. 2. Закона о основама својинско-правних односа, ("Сл. лист СФРЈ", бр. 6/80 и 36/90 и "Сл. лист СРЈ", бр. 29/96), "ствар се сматра напуштеном када њен власник на несумњив начин изрази вољу да не жели више да је држи".

⁹¹ В. *Loizidou против Турске*, 40/1993/435/51 18. децембар 1996. године, у којој је суд утврдио да "ускраћивње или немогућност да се приступи имовини услед сукоба не укида имовинска права, већ представља мешање у њено коришћење."

⁹² "Одлука Општинског суда Драгаш бр. 94/04", од 27. септембра 2004. године.

⁹³ *OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights and Rule of Law, Expropriations in Kosovo*, Pristina, December 2006, стр. 11.

манастиру Високи Дечани 1997. године као поклонопримца и Владе Републике Србије, као поклонодавца. Реч је заправо о посредној реституцији, с обзиром да је Манастиру право својине на овим непокретностима престало 28. јуна 1946. године, на основу примене мере национализације.^{94,95}

Као следећи пример у овој подгрупи, наводимо захватање у непокретност Манастира Светих Козме и Дамјана у Зочишту, општина Ораховац. Радници грађевинског предузећа, које је ангажовала локална власт, су јуна 2011. године, изводећи радове на "проширењу пута", продрли шест метара у манастирску парцелу и при томе оштетили један гроб на православном гробљу.⁹⁶

На крају прегледа ових случајева, наводимо можда најдрастичнији. Након што је, после 10. јуна 1999. године, у центру Ђаковице минирана црква Свете Тројице, њени остаци су били минирани и у мартовском погрому 2004. године. Током јуна и јула месеца 2008. године, на месту где се налазио храм, као и на предметној парцели, изграђен је парк. Ни у овом случају општинске власти нису власнику предметне парцеле – Српској православној цркви, доставиле никакав формалан акт нити обавештење.⁹⁷

⁹⁴ *OSCE, Mission in Kosovo, Department of Human rights and Rule of law, Property rights in Kosovo 2002/2003*, Pristina, стр. 41-42.

⁹⁵ Одлуком Извршног обласног народног одбора за Космет бр. 176 од 28. јуна 1946. године, Манастиру је одузето 157 хектара, 70 ари и 50 квадратних метара обрадивог земљишта и 485 хектара, 59 ари и 90 квадратних метара необрадивог земљишта, као и претметне непокретности у центру Дечана.

⁹⁶ Поводом овог случаја, Владика Рашко-призренски Теодосије је изјавио: "озбиљно је угрожен манастир Зочиште. Општина Ораховац изводи спорне радове без икакве сагласности манастира и Епархије и то не само у оквиру специјалне заштићене зоне која је заштићена међународним гаранцијама и локалним законима, већи на самом манастирском имању. Радови се настављају и поред протеста манастира и канцеларије ЕУ на Косову. Дубоко смо забринути због овог поступка јер не можемо да разумемо како општина може да ради противно локалним законима и међународним принципима." (Вест објављена на званичном сајту Манастира Свети Козма и Дамјан: <http://manastir-zociste.org/index.php/novosti/23-2014-10-26-11-15-44>, 31. 1. 2013. год.).

⁹⁷ "...Поред манипулације катастарским подацима манастира Високи Дечани и одбијања извршења одлуке СПГС-а, Јоакима Рикера, ово је још један случај отвореног правног насиља и институционалне репресије коју спроводе локалне косовске институције на простору Метохије. Оно што посебно забрињава је чињеница да је међународно присуство на Косову и Метохији у потпуној конфузији и да не постоји нико ко има ауторитета да стане на крај отвореном кршењу закона, не од стране појединаца, већ од стране званичних институција..." (Из саопштења Протосињела Саве Јањића, објављеног 17. јула 2006. године на званичном сајту Српске православне цркве: http://www.spc.rs/sr/video_reportaza_o_uzurpaciji_crkvene_zemlje_u_djakovici_i_ostale_informacije_o_ovom_slucaju, 28. 2. 2016.).

5. "Косовски закон о експропријацији непокретне имовине" – неиспуњени стандарди и наставак праксе безакоња

Закон о експропријацији САП Косово, који се, на основу "законодавне политике" УНМИК-а примењивао на Косову и Метохији од 10. јуна 1999. године, одлуком de facto власти на Косову и Метохији, примењивао се до 26. марта 2009. године, када је донет "Закон о експропријацији непокретне имовине бр. 03/Л-139"⁹⁸. Поводом овог "прописа", имајући у виду сврху и обим овог рада, запажамо да је јако неуобичајено да се јавни интерес, уместо рестриктивно, одређује изузетно широко, навођењем да се она може односити и на: "изградњу, проширење, оснивање или постављење било које следеће инфраструктуре и/или објекта ако он унапредује опште економско и/или социјално благостање у општини или пружа јавну корист за становништво општине"⁹⁹...односно Косова¹⁰⁰," као да се и у њему, као и у предходном закону о експропријацији САП Косово из 1978. године, експропријација може извршити у сврху "изградње општинских јавних паркова¹⁰¹... и државних јавних паркова.¹⁰²" Такође, за разлику од закона о експропријацији који је у примени на осталом делу територије Републике Србије¹⁰³, овај "закон" није предвидео обавезу јавних власти да донесу и објаве образложену одлуку о утврђивању јавног интереса, нити какав поступак у том погледу, као ни било какво правно средство против те одлуке. Навођење сврхе експропријације (изградања инфраструктуре, болница, школа, или других објеката за потребе јавних служби, па чак и паркова¹⁰⁴), није сама по себи довољна чињеница за експропријацију, односно, престанак права својине на непокретности. Питање интереса друштва да јавне службе, као што су: здравство, образовање, култура, органи власти и сл, правилно функционишу, различито је од питања, да ли конкретна школа, болница, објекат културе, зграда општинских органа итд, морају бити изграђене на предложеној или некој

⁹⁸ Већ и сам назив "закон" говори о степену догматске и номотехничке непрецизности. Наие, опште је позната чињеница да имовина и својина нису синоними, као и да је нетачно појмовно одређивање "непокретна имовина" исто као и "непокретна својина". Ни имовина ни својина не могу бити "покретне" нити "непокретне"; оно што може бити, то је постојање имовинских права (и обавеза) или пак постојање права својине на (или поводом) непокретности.

⁹⁹ В. чл. 2.4.3. "Закон о експропријацији непокретне имовине".

¹⁰⁰ В. чл. 3.3. "Закон о експропријацији непокретне имовине".

¹⁰¹ В. чл. 2.4.3. 6. "Закон о експропријацији непокретне имовине".

¹⁰² В. чл. 3.3. 13. "Закон о експропријацији непокретне имовине".

¹⁰³ В. чл. 20. ст. 13. Закона о експропријацији, слично и чл. 13. *Zakona o izvlaštenju i odredivanju naknade*, ("Narodne Novine", br. 74/14).

¹⁰⁴ В. чл. 4. "Закон о експропријацији непокретне имовине".

другој непокретности.¹⁰⁵ Да би се правилно утврдио јавни интерес, правна теорија предлаже да саставни део поступка за његово утврђење, буде: јавно објављивање одлуке, прибављање мишљења стручних тела, рестриктивно тумачење одредаба о експропријацији, итд.¹⁰⁶ Свега тога у поменутом "закону нема", већ се јавни интерес поистовећује са сврхом секспропријације, чиме се стварају услови за готово неограничено задирање у право својине на непокретностима. Правну несигурност у том погледу додатно подстиче и одредба у "закону", према којој је у поступку пред првостепеним судом, поводом жалбе на прелиминарно решење о експропријацији, одређено да: "уколико суд не изда решење у року од тридесет (30) дана предвиђени подставом б.3. горе, сматра се да је суд коначно издао решење о одбијању жалбе у потпуности одмах након истека овог рока."¹⁰⁷ Тиме је створена могућност "аутоматизма" одбијања жалбе услед протекла рока за доношење одлуке, што утире пут органу спровођења експропријације да донесе коначно решење о експропријацији и исто спроведе¹⁰⁸ без икакве судске контроле !?! Поменута одредба ствара могућност да се жалба, произвољним непоступањем суда, сматра одбијеном, без разматрања жалбених разлога, чиме се додатно нарушава начело правне сигурности. Према јудикатури Европског суда за људска права, није довољно, да ограничење права својине буде прописано законом од органа овлашћеног законом, већ поступак треба да буде "праведан и правилан" (fair and proper) а не произвољан.¹⁰⁹ Услед широм отворених врата за произвољно поступање судова и озбиљних последица које оно може имати по стварна права на непокретностима, овако "нормиран" поступак не испуњава стандард правне сигурности и представља облик општег кршења права на мирно уживање имовине.

Не улазећи овом приликом, у оцену да ли су противправно проглашене власти на Косову и Метохији уопште имале овлашћења да доносе законе, па дакле и "Закон о експропријацији непокретне имовине" (јасно је да нису), очигледно је да и њихова квазизаконодавна делатност у овом погледу није поштовала стандарде и праксу Европског суда за људска права у погледу правне сигурности и заштите права на мирно уживање имовине. Наведене чињенице указују да "правни оквир" који су *de facto* власти усвојиле 2009. године, у погледу гаранција за заштиту од арбитрарног захватања у право на мирно уживање имовине, представља корак назад у односу на Закон о експропријацији САП Косово из 1978. године.

¹⁰⁵ Р. Јелић, нав. дело, стр. 62.

¹⁰⁶ Исто, стр. 62-63.

¹⁰⁷ В. чл. 35. ст. 8. "Закон о експропријацији непокретне имовине".

¹⁰⁸ В. чл. 35. ст. 12. "Закон о експропријацији непокретне имовине".

¹⁰⁹ В. *Winterwerp* против Холандије, представка бр. 6301/73, 24. октобар 1979. године.

Примена тог "правног оквира", указује на наставак праксе коришћења института експропријације као средства угрожавања људских права Срба на Косову и Метохији. Пример масовне експропријације земљишта и објеката у већинској српској општини Штрпце, наводно за потребе изградње новог ски-центра, чији би корисник требало да буде француско-андорски конзорцијум "MDP Consulting - Compagnie des Alpes"¹¹⁰, представља наставак злоупотребе института експропријације.¹¹¹

6. Уместо закључка

Дискриминаторно и, чак и са становишта насиљем створеног квазиправног поретка на Косову и Метохији, противзаконито спровођење експропријације на Косову и Метохији, нису инцидентна појава, већ свакодневница (пост?)конфликтне друштвене стварности на Косову и Метохији. О томе сведочи и извештај Генералног секретара ОУН, упућен Савету безбедности, у вези стања на Косову и Метохији, у коме, између осталог изражава "забринутост због илегалне градње и незаконите експропријације земљишта од општинских органа, укључујући и земљиште у својини припадника мањинских заједница".¹¹² Такође, и Савет Европе, односно Парламентарна скупштина Савета Европе, у резолуцији посвећеној заштити људских права на Косову и Метохији, захтева "поштовање поступка експропријације, предвиђеног Законом о експропријацији исплату накнаде уз стриктно поштовање реалне вредности непокретности, као и право на делотворан правни лек".¹¹³

¹¹⁰ Према "коначној одлуци владе Косова", реч је о експропријацији више од 2992 хектара земљишта у ски-центру Брезовица на Шар-планини у општини Штрпце, иако корисник експропријације није обезбедио средства за исплату тржишне вредности експроприсаних непокретности. (В. "коначно решење о експропријацији тзв. владе Косова, бр. 10/50", од 23. 9. 2015. године као и информацију на сајту Канцеларије за Косово и Метохију Владе Републике Србије: <http://www.kim.gov.rs/v1084.php>, 15. 5. 2016. год.).

¹¹¹ Тим поводом Влада Републике Србије, усвојила је закључак "којим је усвојен текст огласа у којем се упозоравају потенцијални инвеститори да је Ски центар „Брезовица“ на територији АП Косово и Метохија у власништву Србије и да је одлука о експропријацији овог комплекса, коју су донеле косовске институције, противзаконита." (В. Д. Челић, *Нелегална "приватизација" друштвене и државне својине на Косову и Метохији након јуна 1999. године – закључци и препоруке*, "Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и даљи развој", ур. О. Јовић-Прлаиновић, Косовска Митровица, 2015, стр.145.).

¹¹² В. *United Nations, Security Council, Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/2006/45*, 25. January 2006, стр. 22.

¹¹³ В. *Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1417 (2005), Text adopted by the Assembly on 25 January 2005.*

Упркос безакоњу (не само) у области спровођења експропријације, УНМИК није користио извршна овлашћења, која је према сопственој регулативи имао¹¹⁴, како би поништио незаконите квазиправне и фактичке акте и спровео реституцију угрожених или одузетих права,¹¹⁵ напротив, у неким случајевима је и сам био учесник.

Доношење "правног оквира", којим се експропријација, уместо правом ограниченог задирања у право својине у јавном интересу, одређује као безобални појам, досадашња пракса спровођења експропријације, и елементарно одсуство владавине права на Косову и Метохији након престанка НАТО агресије 10. јуна 1999. године, само су неки од разлога који упућују на закључак да је експропријација једно у низу средстава кршења својинских права, пре свих, Срба. а не легитимно, сразмерно и законито средство задирања у права физичких лица ради остваривања општих интереса. У том погледу, "легилатива" и пракса поводом института експропријације на Косову и Метохији, представља само један облик, у мноштву појавних облика насиља у имовинско-правној сфери - "чедо" сурових друштвених прилика¹¹⁶ на Косову и Метохији.

¹¹⁴ В. Поглавље 12 "UNMIK Regulation No. 2001/9 on Constitutional framework for provisional self-government in Kosovo, UNMIK/REG/2001/9".

¹¹⁵ Забележено је СПГС, у области стварноправних односа то учинио само у два случаја: најпре када је "извршним директивама" наредио надлежном катастру у Приштини да упише незаконито брисано право својине Чедомиру Прлинчевићу, ондашњем председнику јеврејске општине у Приштини (В. Е.Тавил, нав. дело, стр. 52.). Другом приликом, када је наредио катастру у општини Дечани, да поново упише незаконито брисано право својине Манастиру Високи Дечани. Његове "извршне наредбе бр. 2008/16 и 2008/21", (В. Д. Челић, *Својина Манастира Високи Дечани – голгота или заштита ?* Владавина права и правна држава у региону, ур. Г. Марковић, Источно Сарајево, 2014, стр. 571-594.).

¹¹⁶ Поентирано према: Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *Право на имовину и денационализација грађевинског земљишта*, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, Књига прва, ур. П. Димитријевић, Ниш, 2011, стр. 3.

Dučko Čelić, LL.M.
Teaching Assistant

**EXPROPRIATION ON KOSOVO AND METOHIA AS A METOD OF
VIOLATIONS OF THE PROPERTY RIGHT**

Summary

The author considers the question quasi-legislative activities and practices in the area of expropriation, that after June 1999, implemented de facto authorities in Kosovo and Metohija. The paper analyzes the quasi-frame expropriation, whereby points to identify unacceptable " public interest " for the purpose of expropriation, which results in arbitrary abstraction of the property right. In this regard, suggests even the absence of determining public interest in certain cases of expropriation, as well as cases of de facto expropriation, ie, of its factual implementation without conducting any formal expropriation procedure. In this paper, we stress the absence of any reasonable effort by the de facto authorities in Kosovo and Metohija that the expropriation procedures notify owners of real estate, as subjects of expropriation, especially when it comes to persons expelled (internal refugees) from Kosovo and Metohija, which results has its indirect and direct discrimination.

Др Новак Крстић
Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

УРАЧУНАВАЊЕ ПОКЛОНА И ИСПОРУКА У ЗАКОНСКИ НАСЛЕДНИ ДЕО И У НУЖНИ ДЕО, КАО ИНСТРУМЕНТИ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО¹

Анстракт:

Када постоји опасност да услед оставиочевих добротних располагања нужни део буде повређен, нужни наследник може своје право заштитити коришћењем различитих правних инструмената. Између осталих, нужни део се може заштитити и истицањем захтева за урачунавањем поклона и испорука у законски наследни и нужни део. Колација у законски наследни део, у појединим ситуацијама, може представљати значајан метод заштите угроженог права на нужни део, чијом употребом нужни наследник може на ефикасан начин заштитити свој правни положај посредним путем. Урачунавањем поклона и испорука у нужни део обезбеђује се заштита права на нужни део, када се урачунавањем поклона и испорука у законски наследни део не може намирити нужни део, јер услед оставиочеве воље о неурачунавању у наследни део поклона или испорука учињених наследнику, нема довољно масе за урачунавање из које би се нужни део измирио. Право Републике Србије не регулише ову установу, али се и поред тога у неким нормама Закона о наслеђивању може пронаћи основ за примену колације у нужни део, те се у домаћој доктрини спорадично и указује на ту могућност. У раду аутор анализира решења из страних права која познају овај специфичан метод заштите нужног дела, и на темељу тих решења и постојеће регулативе у нашем праву појашњава како би се поступак урачунавања требало спроводити у домаћој јудикатури.

Кључне речи: *нужно наслеђивање, collatio bonorum, заштита права на нужни део.*

Увод

Право на нужни део бива повређено када је оставилац прекомерно бестеретно располагао својим имовинским правима, тако да нужни наследник ни лукративним пословима (као завештајни наследник,

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. пројекта 179046), који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу.

испорукопримац или поклонопримац), нити кроз законски наследни део, из нераспоређеног дела заоставштине, не добије део обрачунске вредности заоставштине који вредносно одговара величини његовог нужног дела, осим у случајевима када је оставилац наредио да се нужном наследнику у наследни део не урачунавају испоруке и поклони чија је вредност једнака или већа од нужног дела, као и када је вредност дугова нужног наследника према оставиоцу једнака или већа од нужног дела.² Када је нужни део повређен, нужни наследник може се обратити у законом предвиђеним роковима завештајним наследницима, испорукопримцима и/или поклонопримцима да му нужни део измире.

Оставилац, међутим, може тако добродино располагати својим имовинским правима да нужном наследнику само угрози нужни део. Када услед оставиочевих располагања само постоји могућност да до повреде права на нужни део дође (при чему она није наступила), нужном наследнику на располагању стоји читав арсенал различитих правних инструмената којима може заштитити своју правну позицију. Они су, по свом карактеру, потпуно међусобно различити, а могућност њихове употребе увек је условљена конкретним околностима, односно начинима на која је оставилац довео у опасност нужног наследника да остане без нужног дела, као и опредељењем самог нужног наследника за једно од ових средстава, уколико постоји могућност избора.

У раду се анализира како се остварује заштита права на нужни део истицањем захтева за урачунавањем поклона и испорука у законски наследни део, и урачунавањем у нужни део. Будући да између ова два института постоје битне разлике, најпре ћемо укратко указати на специфичности примене поступка урачунавања поклона, испорука и дугова у законски наследни део, у циљу заштите права на нужни део. Имајући у виду да наш законодавац не регулише експлиците институт урачунавања у нужни део, као нужност се намеће да у раду сагледамо начин на који је он нормативно уобличен у правима која га познају и његову имплементацију у пракси, како би се на темељу те анализе и постојећих решења могао објаснити поступак колације у нужни део у праву Републике Србије.

1. Заштита права на нужни део урачунавањем поклона, испорука и дугова у законски наследни део

Чинећи добродина располагања правним пословима за живота и за случај смрти својим наследницима, оставилац може направити значајне

² Н. Крстић, *Заштита права на нужни део повређеног прекомерним поклонима у нашем праву de lege lata и de lege ferenda*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63/2012, стр. 326.

дистинкције међу њима. Оне су нарочито видљиве приликом поделе заоставштине, у којој хонорисани наследници партиципирају сходно својим наследним квотама, задржавајући, притом, оно што су од оставиоца бестеретно стекли. Савремени правни поретци признају наследницима право да истакну захтев за еквиваленцијом међу санаследницима у погледу онога што су од оставиоца бестеретно стекли.³ Урачунавање поклона и испорука (као и дугова наследника према оставиоцу) у законски наследни део (*collatio bonorum*), стари је институт наследнога права, који за превасходни циљ има изједначавање свих санаследника у добротиним давањима оставиоца. Њиме се обезбеђује смањено учешће неког наследника у заоставштини оставиоца за вредност онога што је од њега бесплатно стекао.⁴

Када се у позицији наследника, који тражи урачунавање, нађе нужни наследник у чију корист је оставилац бестеретно располагао вредношћу мањом од нужног дела, или који од оставиоца ништа бесплатно није стекао, истицањем захтева за изједначавањем са санаследницима у добротиним примањима посредно може остварити и други циљ – обезбеђење нужног дела.

1.1. Субјекти и предмет урачунавања у законски наследни део

Могућност остваривања нужног дела у поступку урачунавања у законски наследни део, условљена је законом дефинисаним кругом наследника који подлежу колацији, као и добротиним давањима која се могу урачунати у наследни део. Европска права су сагласна да се урачунавање врши само интестатским наследницима, али несагласност постоји у погледу круга наследника који подлежу колацији. Најужи круг предвиђа немачко

³ Институт урачунавање поклона и испорука (као и дугова наследника према оставиоцу) темељи се на претпоставци да су законски наследници оставиоца, истог степена сродства и истог ранга, подједнако драги оставиоцу, и да он није желео никакву разлику међу њима чинити, а да је хтео – то би учинио тако што би дарована лица у завештању поставио за наследнике или наложио да им се добротино давање не урачуна у наследни део, те да су ова располагања само „аконтација“ будућег наслеђа. В. Ђорђевић, *Урачунавање поклона и легата (collatio bonorum) у наследни део*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1976, стр. 340; Н. Стојановић, *Collatio bonorum у савременом праву*, Правни живот, бр. 11/2008, стр. 389.

⁴ У наследни део оставиоцевих наследника урачунава се само оно што су бестеретно стекли од оставиоца, не и његових предака или других сродника, односно супружника. То је јасно наглашено и у судској пракси. Видети: решење Врховног суда Србије, Рев. 962/94, од 30. 03. 1994. године (извор: *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 2/94, стр. 19–20).

право, где се урачунавање врши само потомцима оставиоца.⁵ Нешто шири круг лица је у Аустрији, где колацији подлежу супружник, у погледу онога што је добио на основу брачног уговора или уговора о наслеђивању, и потомци,⁶ док се француски легислатор определио да се урачунавање врши свим законским наследницима који наслеђују, без обзира што у време чињења поклона нису били презумптивни наследници, осим уколико поклонодавац није наложио да се ти поклони не урачунавају.⁷ У свим државама, насталим распадом Југославије, па и у нашој, као реликт прошлих времена остало је да се урачунавање може вршити свим законским наследницима, који у конкретном случају наслеђују, без изузетка.⁸

Доброчина давања се, међутим, не урачунавају у наследни део само поклонопримцима, већ и наследницима који су на наслеђе позвани уместо лица коме су поклони учињени, због његове смрти, одрицања од наслеђа, недостојности, искључења из наслеђа или лишења права на нужни део.⁹ Овакво решење оправдава се „*доследним извођењем свих последица примене права представљања*“.¹⁰ С правом се, међутим, у правној књижевности указује да наведено решење може бити неправично чак и када се поклон урачунава потомку даропримца, јер он не мора од поклона имати билу какву

⁵ Видети: § 2050 Немачког грађанског законика, из 1896. године (*Bürgerlichen Gesetzbuches*; даље: НГЗ).

⁶ Видети: § 757, ст. 2 и § 790, ст. 2 Аустријског грађанског законика, из 1811. године (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer*; даље: АГЗ).

⁷ Видети: чл. 846 Француског грађанског законика, из 1804. године (*Code Civil des Français*; даље: ФГЗ).

⁸ Видети: чл. 89, ст. 1 Закона о наслеђивању Хрватске („*Narodne novine*“, бр. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 и 33/2015; даље: ЗОНПХ), чл. 46, ст. 1 Закона о dedovanju Slovenije („*Uradni list SRS*“, бр. 15/1976, 23/1978, „*Uradni list RS*“, 13/1994-ZN, 40/1994 – Odl. US, 117/2000 – Odl. US, 67/2001, 83/2001-OZ, и 31/2013 – Odl. US; даље: ЗОНСЛ), чл. 48, ст. 1 Закона о наслеђивању Црне Горе („*Službeni list CG*“, бр. 74/2008; даље: ЗОНЦГ), чл. 49, ст. 1 Закона о наслеђивању Федерације Босне и Херцеговине („*Službene novine Federacije BiH*“, бр. 80/2014; даље: ЗОНБИХ), чл. 50, ст. 1 Закона за наслеђивање Македоније („*Службен весник на РМ*“, бр. 47/1996 и 18/2001 – др. закон; даље: ЗОНМК) и чл. 66 Закона о наслеђивању Србије „*Службени гласник РС*“, бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015; даље: ЗОН.

⁹ Видети: чл. 71 ЗОН. Поједина права, што је, по нашем мишљењу, решење коме се једино могу наћи речи оправдања, урачунавање поклона наследнику који наслеђује уместо поклонопримца прописују само ако је наследник позван да наследи поклонодавца, применом права представљања (дакле, ако је реч о потомку поклонопримца). Видети: чл. 848 ФГЗ, § 2051, ст. 1 НГЗ и § 790 АГЗ.

¹⁰ О. Антић, З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, стр. 296. Заборавља се, међутим, да се формулацијом којој је прибегао наш законодавац поклони могу урачунати и лицима која уместо поклонопримца на наслеђе долазе применом права прираштаја и права следореда, што је бесмислено.

корист. Стога се износе предлози да се доброчином располагање наследнику урачуна у наследни део, осим ако не докаже да од њега није имао никакву корист.¹¹

У законски део наследнику се урачунавају сви поклони,¹² испоруке и дугови. Од урачунавања су изузета поједина доброчина давања: плодови и користи које је поклоњено добро дало од пријема поклона до оставиочеве смрти,¹³ оно што је дато за издржавање¹⁴ и обавезно школовање наследника, као и уобичајени мањи поклони.¹⁵ Ове законске норме су стриктне и њихову примену не може отклонити оставилац. Треба приметити да се ова доброчина давања, у доброј мери, поклапају са оним која и иначе не улазе у ОВЗ, и из којих се и не може намирити нужни део. Такође, у наследни део наследника не урачунавају се ни поклони за које је оставилац, у време чињења поклона, или у неком доцнијем тренутку, или, пак, у завештању тако што наложио, или се постојање такве намере може закључити из конкретних околности.¹⁶ Исти третман има и испорука за коју је у завештању речено да се наследнику неће урачунавати у наследни део.¹⁷ Сматра се да ремунациони поклон,¹⁸ поклон са налогом, узајамни поклон и мешовити

¹¹ Н. Стојановић, *Collatio bonorum у савременом праву*, стр. 391–392.

¹² Чл. 50 ЗОН даје веома широко одређење појма поклона, тако да се под њим подразумевају свако одрицање од права, као и одрицање од наслеђа у корист санаследника, опроштај дуга, оно што је оставилац за живота дао наследнику на име наследног дела, због оснивања и проширења домаћинства или обављања занимања, али и свако друго бестеретно располагање.

¹³ Не улазећи дубље у исправност размишљања, указујемо да се у литератури наводи да чл. 66, ст. 2 ЗОН, који гласи: „Плодови и друге користи које је наследник од поклоњене ствари или права имао до смрти оставиоце не урачунавају му се у наследни део“, не би требало „несмотреним и површним тумачењем“ схватити тако да се користи које је поклоњена ствар дала од тренутка делације до колације, урачунавају наследнику у наследни део. Видети: О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 289.

¹⁴ Како законодавац није довољно јасно дефинисао који се то трошкови издржавања не урачунавају, предлаже се да одредба треба бити прецизирана на начин да се само трошкови потребног издржавања, без обзира на основ, не урачунавају, а да се поклоном третирају давања која превазилазе стварне потребе. Н. Стојановић, *Остваривање и заштита права на нужни део урачунавањем поклона и испорука у законски наследни део и нужни део*, „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, Тематски зборник радова, Ниш, 2008, стр. 244–245.

¹⁵ Видети: чл. 49 ЗОН.

¹⁶ Видети: чл. 67 ЗОН.

¹⁷ Видети: чл. 68 ЗОН.

¹⁸ Има мишљења да ремунациони поклон треба третирати као мањи, уобичајени поклон, те да се његова вредност не узима у обзир при урачунавању. Видети: Б. Благојевић, *Наследно право СФРЈ*, Београд, 1969, стр. 341.

поклон могу бити предмет урачунавања само у оном обиму у коме представљају добит за наследника.¹⁹

Приликом одређивања вредности поклона полази се од стања поклоњеног добра у време чињења поклона, и вредности коју поклон има у моменту урачунавања.^{20, 21} Када се поклон састоји из периодичних давања, вредност поклона утврђује се сабирањем свих давања, према тренутку сваког појединачног давања.²² Поклони се урачунавају без обзира да ли се у тренутку делације налазе у државини поклонопримца, или су отуђени, односно пропали, јер би свако супротно решење одисало неправичношћу у односу на остале наследнике.²³ У нашем праву, урачунавање поклона и испорука у наследни део није временски ограничено, али се сматра да захтев за урачунавање може бити истакнут све до деобе наследства.²⁴ На тај начин, нужни део се може остварити и по протеку рока од три године, у коме се може тражити заштита права на нужни део, под претпоставком да деоба, пре истека тог рока није извршена.²⁵ Урачунавање је могуће само у сфери законског наслеђивања,²⁶ док је, када је о завештајном наслеђивању реч, могућност урачунавања детерминисана вољом завештаоца.

¹⁹ В. Ђорђевић, *Урачунавање поклона и легата (collatio bonorum) у наследни део*, стр. 343.

²⁰ Видети: чл. 72 ЗОН.

²¹ Оваквим дефинисањем параметара, наш законодавац одступио је од решења садржаног у чл. 57 савезног Закона о наслеђивању из 1955. године („Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/1955 и „Службени лист СФРЈ“, бр. 42/1965 и 47/1965), сходно коме се вредност поклона утврђивала према тренутку делације поклонодавца, а не према моменту урачунавања. Важећи прописи бивших југословенских република приклонили су се решењу из савезног закона. Видети: чл. 95 ЗОНРХ, чл. 52 ЗОНСЛ, чл. 54 ЗОНЦГ, чл. 55 ЗОНБИХ и чл. 55 ЗОНМК.

²² В. Ђорђевић, *Урачунавање поклона и легата (collatio bonorum) у наследни део*, стр. 347.

²³ У том смислу и: А. Smole, *Vračunanje daril in volil v dedni delež ter zmanjšanje oporočnih raspolaganj in vrnitev daril zaradi prikrajšanja nujnega deleža*, *Pravnik*, бр. 3-4/1963, стр. 93.

²⁴ Видети: С. Марковић, *Наследно право*, Београд, 1981, стр. 391; О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 301; N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, стр. 339; Н. Стојановић, *Остваривање и заштита права на нужни део урачунавањем поклона и испорука у законски наследни део и нужни део*, стр. 243.

²⁵ У новијој судској пракси је заузет став да уколико захтев за урачунавање поклона није истакнут у оставинском поступку, може бити истакнут у парници само на основу чл. 131 ЗВП, уколико су испуњени услови за понављање поступка по правилима парничне процедуре. Видети: пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 11058/10, од 05. 09. 2011. године (извор: *Билтен судске праксе Апелационог суда у Новом Саду*, бр. 3/2011, стр. 120–122).

²⁶ Видети: чл. 66, ст. 1 ЗОН.

1.2. Поступак урачунавања у законски наследни део

Важећи ЗОН Србије, за разлику од ранијих прописа, који су познавали и реално урачунавање (*collatio in natura*),²⁷ регулише само вредносно урачунавање (идеална колација, *collatio in valoris*),²⁸ које се спроводи по посебној процедури.²⁹ Читав поступак урачунавања састоји се од неколико фаза.

Најпре се утврђују законски наследни делови свих санаследника, и израчунава вредност нераспоређеног дела заоставштине (тзв. маса за урачунавање), која је једнака разлици чисте вредности заоставштине и остављених испорука, без обзира да ли се наследнику урачунавају у наследни део или не. Када се утврди вредност поклона, директних испорука, остављених законским наследницима, и дугова, из вредности нераспоређеног дела заоставштине сви санаследници изједначавају се у добротиним примањима (осим када се ради о оним примањима која се вољом оставиоца наследнику не урачунавају у наследни део), сразмерно величини наследних делова. Првобитно се оним законским наследницима који нису добили ништа, или се по закону сматра да нису добили ништа (ради се о поклонима и испорукама за које је оставилац наложио да се не урачунају наследнику у наследни део),³⁰ даје вредност из заоставштине како би се изједначили са наследницима који су од оставиоца бесплатно добили непосредно већу вредност. Процедура изједначавања санаследника у добротиним примањима окончава се када сви наследници, из масе за урачунавање, добију вредност

²⁷ Видети: чл. 56 Закона о наслеђивању из 1955. године. Суштина реалног урачунавања је у томе што наследник поклоњену ствар може вратити у заоставштину и учествовати у расподели заоставштине, а вредност поклоњене ствари се наследнику не урачунава у наследни део. Овај вид урачунавања нарочито спорним чине питања савесности наследника у погледу оштећења ствари, трошкова учињених за ствар и права на накнаду истих, као и околност да се у заоставштину може вратити поклоњено добро које је временом значајно изгубило на својој вредности услед коришћења. Детаљније о томе: М. Крећ, Ђ. Павић, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*, Zagreb, 1964, стр. 165–167; А. Финџгар, *Vračunanje daril in volil v dedni delež*, Правник, бр. 1–2/1961, стр. 21.

²⁸ Иако су предности вредносног урачунавања несумњиве (враћање поклона код натуралне колације компликују питања оштећења и умањења вредности поклоњеног добра, од тренутка поклањања до његовог враћања у заоставштину, трошкова за одржавање поклоњеног добра, те савесности поклонопримца у погледу ствари која се има вратити у заоставштину), све државе бивше СФРЈ, осим Македоније, задржале су и реалну колацију, као алтернативу идеалној, а чија примена је у диспозицији даропримца.

²⁹ Видети: чл. 69 ЗОН.

³⁰ Како законодавац вољу оставиоца о неурачунавању добротиних давања поштује, тада неће доћи до потпуног изједначавања санаследника у добротиним примањима од оставиоца, већ ће они са примањима која им се не урачунавају у коначном добити више од осталих санаследника, баш за вредност неурачунаног давања.

потребну да би се изједначили у бестеретним стицањима са наследником који је добио највећу вредност. Затим се преостали нераспоређени део заоставштине, уколико постоји, распоређује наследницима према њиховим наследним квотама. Не буде ли вредност заоставштине довољна да се сви санаследници у потпуности изједначе, наследник који је добио највећи поклон није дужан поклоњено добро вратити, али нема право ни да учествује у расподели масе за урачунавање. Нераспоређени део заоставштине, у том случају, распоредиће се осталим наследницима према њиховим наследним деловима, при чему се мора водити рачуна да није дошло до повреде нужног дела неког од нужних наследника. Таква ситуација постоји када је вредност добротних давања, у корист једног или више наследника, толика да нема масе за урачунавање довољне за постизање еквиваленције међу санаследницима.

Поступак урачунавања тзв. индиректне испоруке, код које је завештањем тачно назначен наследник који је дужник испоруке, унеколико се разликује. Приликом постојања захтева за колацију овог вида испоруке у наследни део хонората, њему ће испорука бити урачуната, те ће из масе за урачунавање добити идентичну вредност као они санаследници који нису оптерећени испоруком, сразмерно величини наследних квота. Истовремено, вредност испоруке ставља се на терет дужнику испоруке, па се у заоставштини појављује вишак који је једнак вредности испоруке. Ова вредност распоређује се свим наследницима, укључујући и дужника испоруке, пропорционално њиховим наследним деловима. У коначном, сви наследници, осим дужника испоруке, биће изједначени у добротним давањима, саобразно законским наследним деловима. Једино у случају када је испорука стављена на терет нужном наследнику, он ће бити дужан да испоруку исплати до вредности којом му се нужни део не вређа.

1.3. Заштита права на нужни део применом урачунавања у законски наследни део

Као што је већ речено, спровођењем поступка урачунавања поклона, испорука и дугова у наследни део, нужном наследнику се може обезбедити нужни део (по правилу, нужни наследник ће добити вредност већу од нужног дела). Право на нужни део, применом овог метода, оствариће се када оставиочева завештајна располагања (испоруке) и поклони (узимајући у обзир и она давања за која је оставилац рекао да се неће урачунати у наследни део законским наследницима) нису прекомерни, односно када је вредност нераспоређеног дела заоставштине довољна да се применом правила о поступку колације нужни део задовољи. До тога може доћи чак и када нема довољно вредности у заоставштини да се оствари основна сврха

колације и наследници потпуно изједначе у бесплатним оставиочевим располагањима.³¹

О захтеву наследника за урачунавање поклона и испорука санаследницима у наследни део одлучује, по правилу, оставински суд. Само у случају да међу учесницима у поступку постоји спор о некој правно релевантној чињеници која се тиче урачунавања,³² суд ће упутити на парницу или поступак пред управним органом странку чије право сматра мање вероватним, и оставити јој рок до 30 дана да поступак покрене.³³ Не буде ли овај поступак покренут, оставински поступак ће бити настављен и суд ће донети решење о наслеђивању на бази чињеница којима располаже.

Неистицање захтева за урачунавање у оставинском поступку, онемогућава, према становишту домаће судске праксе, наследника да захтев оствари у парници,³⁴ осим ако нису испуњени услови за понављање поступка по правилима ЗПП-а.³⁵ Имајући у виду да је законом одређен широк круг универзалних сукцесора којима се добротина давања могу урачунати у наследни део и да је релативно узано дефинисан круг поклона који не подлежу урачунавању, то се пружа већа могућност нужним наследницима да своје угрожено право на нужни део остваре истицањем захтева за извршење *collatio bonorum*. Овако нешто у интересу је нужних наследника, јер им се омогућава да кроз јефтинији, ефикаснији и једноставнији поступак колације

³¹ То се може илустровати следећим примером: Оставицац је имао три кћери. Најстаријој кћери даровао је 100.000 евра, средњој је учинио поклон у вредности 80.000 евра, док најмлађој није даровао ништа. У заоставштини је остало 60.000 евра. Обрачунска вредност заоставштине у овом случају је 240.000 евра, а нужни део сваке оставиоачеве кћери 1/6, дакле 40.000 евра. Уколико би се преостали део заоставштине делио према величини законских наследних делова (када захтев за урачунавање поклона није истакнут), свакој кћери би припала по трећина, дакле по 20.000 евра, па би најмлађа кћер добила мање од вредности нужног дела. Да не би дошло до повреде нужног дела, која би исходила подизање тужбе против једне од сестара којој је доцније учињен поклон, у циљу доплате још 20.000 евра до вредности нужног дела, најмлађа кћер може истицањем захтева за урачунавање поклона у наследни део, једноставнијим путем, остварити нужни део. У наведеном случају, најмлађа кћер не би могла да се у потпуности изједначи у добротиним примањима са својим сестрама, али би целокупан нераспоређени део заоставштине од 60.000 евра припао њој, јер би се сестрама у наследни део урачунали поклони које су добиле. Оваква операција очигледно би за најмлађу кћер била корисна, јер би исходила вредност већу од вредности нужног дела.

³² Видети: чл. 119, ст. 2 ЗВП.

³³ Видети: чл. 23 и чл. 24, ст. 1 ЗВП.

³⁴ Видети: одлука Врховног суда Србије, Рев. 3407/95 (наведено према: Г. Станојчић (прир.), *Збирка актуелне судске праксе*, Београд, 2008, стр. 371).

³⁵ Видети: решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 367/00, од 30. 03. 2000. године (извор: *Paragraf Lex*).

остваре право на нужни део. Тиме се, неретко, избегава вођење скупих и дуготрајних парница. Такође, како урачунавање поклона и испорука у наследни део није стриктно временски омеђено, коришћењем овог метода може се обезбедити нужни део и када је нужни наследник пропустио да благовремено захтева заштиту свога права, повређеног прекомерним завештајним располагањима и учињеним поклонима (рок у коме нужни наследник може тражити заштиту права на нужни део је три године од проглашења завештања, када је нужни део повређен завештајним располагањима, односно три године од отварања наслеђа, када је нужни део повређен поклонима).

2. Заштита права на нужни део урачунавањем поклона и испорука у нужни део

Урачунавање у нужни део посебан је метод заштите права на нужни део. Приступа му се уколико се урачунавањем поклона и испорука у законски наследни део не може намирити нужни део, када, због оставиочеве воље о неурачунавању у наследни део поклона или испорука учињених наследнику, нема довољно масе за урачунавање из које би се нужни део измирио. Примени овог института места има само уколико добротиним пословима није отуђена цела заоставштина, будући да се нужни део остварује из нераспоређеног дела заоставштине.³⁶ Када је оставилац располагао целокупном заоставштином, дошло је до повреде нужног дела, те нужном наследнику преостаје само да се обрати завештајним стицаоцима и/или поклонопримцима да му нужни део намире у новцу или у натури.

Основни циљ урачунавања у нужни део јесте обезбеђење нужног дела нужном наследнику из нераспоређеног дела заоставштине,³⁷ а не превасходно изједначавање санаследника у добротиним давањима, као код урачунавања у законски наследни део. Услед тога је и сам поступак колације битно другачији.

2.1. Укратко о урачунавању у нужни део у упоредном праву

Овај институт регулисан је у правима Аустрије и Немачке. У аустријском праву, у нужни део свих нужних наследника урачунавају се испоруке и друга завештајна располагања, као и поклони добијени од оставиоца,³⁸ у случају да су поклони, на захтев потомака или супружника (не

³⁶ Слично: С. Марковић, *op. cit.*, стр. 212.

³⁷ Видети: С. Марковић, *op. cit.*, стр. 212, В. Ђорђевић, *Наследно право*, Ниш, 1997, стр. 357.

³⁸ Видети: § 787 АГЗ.

и предака), узети у обзир приликом утврђивања увећане вредности заоставштине из које се одређује нужни део.³⁹ Титулар права на нужни део мора трпети урачунавање примљених добротних давања која подлежу урачунавању.⁴⁰ Посебним нормама предвиђено је да се у нужни део кћери и унука урачунава и оно што су добиле на име мираза, а мушким потомцима оно што је дато због заснивања радног односа или вршења какве делатности, као и оно што је потрошено за исплату дугова пунолетних потомака.⁴¹ Изједначавање се врши средствима из заоставштине, те иде на терет завештајних наследника, при чему се прво морају намирити нужни наследници. Уколико заоставштина није довољна да се њоме покрију нужни делови, изједначавање ће изостати, а лица којима се поклони урачунавају нису их дужни вратити.⁴² Сматра се да оставилац не може поклонопримце ослободити урачунавања у нужни део на штету осталих нужних наследника, али то може учинити на штету завештајних наследника.⁴³

Урачунавање у нужни део предвиђа и Грађански законик Немачке. У нужни део може се нужном наследнику урачунати свако *inter vivos* добротично давање, али само ако је оставилац приликом чињења поклона наложио урачунавање у нужни део.⁴⁴ Приликом утврђивања вредности нужног дела, вредност учињеног поклона нужном наследнику, узета према датуму чињења поклона, додаје се заоставштини,⁴⁵ па се од те увећане вредности израчунава износ резервисаног дела. Ако вредност примљеног поклона не досеже до вредности нужног дела, разлика ће се нужном наследнику исплатити из заоставштине.⁴⁶ Када се као нужни наследник јавља потомак оставиоца, у његов нужни део урачунаће се поклони учињени лицу уместо кога је позван да наследи, сходно одредбама § 2051 НГЗ.⁴⁷ Треба имати у виду да ће се, уколико је спроведен поступак урачунавања поклона у

³⁹ § 785 АГЗ детаљно уређује како се израчунава вредност заоставштине на основу које се утврђује вредност појединачних нужних делова нужних наследника.

⁴⁰ В. Escher, *Bürgerliches Recht, Band VI, Erbrecht*, Wien, 2008, стр. 144.

⁴¹ Видети: § 785 АГЗ.

⁴² Н. Koziol, R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band. II, Wien, 2007, стр. 555.

⁴³ J. Winiwarter, *Das österreichische bürgerliche Recht III*, Wien, 1841, стр. 399. Наведено према: *ibidem*.

⁴⁴ Видети: § 2315, ст. 1 НГЗ.

⁴⁵ Видети: §§ 2315, ст. 2 и 2327, ст. 1 НГЗ.

⁴⁶ Пример за израчунавање вредности која ће се нужном наследнику доплатити из заоставштине на име допуне нужног дела: Уколико је квота нужног дела 1/4, а чиста вредност заоставштине износи 40.000 евра, при чему је давање које се урачунава 8.000 евра, висина потраживања нужног дела одређује се на следећи начин: $(40.000 + 8.000) \cdot 1/4 - 8.000 = 4.000$ евра. Пример преузет од: D. Leipold, *Erbrecht, Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen, 2002, стр. 311.

⁴⁷ Видети: § 2315, ст. 3 НГЗ.

законски наследни део (узимајући у обзир и вредност доприноса наследника у очувању или увећању заоставштине, сходно § 2057а НГЗ), вредност поклоне које је оставилац даровао потомцима обавезно узети у обзир приликом утврђивања вредности нужног дела, па ако је вредност поклоне мања од нужног дела, нужни наследник може тражити допуну нужног дела.⁴⁸ Наследник који се одрекао права наслеђа не узима се у обзир приликом израчунавања нужног дела.⁴⁹

2.2. Урачунавање у нужни део у праву Србије

Наш законодавац није посебно регулисао институт урачунавања у нужни део,⁵⁰ али се, по угледу на решења из упоредног права, овај метод у литератури обрађује и указује на начин спровођења поступка колације. Основом за његову примену, у нашем праву, могу се сматрати чл. 67, ст. 2 и чл. 69, ст. 3 ЗОН, који указују да се одредбама о урачунавању поклоне и испорука у наследни део, начину урачунавања, а нарочито о неурачунавању појединих давања, не могу вређати норме којима се гарантује нужни део.⁵¹

⁴⁸ Поступак је специфичан, па ћемо га објаснити кроз пример преузет са сајта једне адвокатске канцеларије из Леверкузена: Оставилац је имао супругу и двојицу синова. Једном је даровао вредност од 100.000 евра, а целокупну заоставштину вредности 1.000.000 евра оставио је завештањем супруги. Да би се утврдили нужни делови деце, којима је повређен нужни део, најпре се израчунавају законски наследни делови. У конкретном примеру, супруга као законски наследник добија 1/2 заоставштине, а деца по 1/4, што значи да им је нужни део по 1/8. Од укупне вредности заоставштине одузима се половина вредности која би припала супруги по закону, а на преостали износ од 500.000 евра додаје се вредност поклоне од 100.000 евра дата једном од синова. Законски део синова је половина од наведене суме и износи 300.000 евра. При одређивању вредности нужног дела за сина који није дарован поклоном, законски део од 300.000 дели се са 2 (величина нужног дела је половина од законског), и вредност нужног дела који ће му бити исплаћен износи 150.000. Другом сину, који је добио поклон, одузеће се најпре његова вредност од износа од 300.000 евра, колики му је законски наследни део (300.000 – 100.000 евра), и вредност коју ће добити израчунаће се тако што ће се износ од 200.000 евра поделити са 2, те ће му припасти 100.000 евра. Разлика међу синовима постоји јер је оном који је добио поклон, његова вредност урачуната у нужни део. Пример преузет са сајта: <http://www.mm-law.de/pflichtteil-mandanteninformation/>. Приступ сајту: 28. 04. 2016. године.

⁴⁹ Видети: § 2316, ст. 1 и 2 НГЗ. Према трећем ставу овог параграфа, оставилац не може угрозити положај нужних наследника тако што би наложио да се поклони и давања из § 2050 НГЗ изузму од урачунавања.

⁵⁰ Идентично је и у бившим југословенским републикама. Једино ЗОНРХ прецизира да се у вредност нужног дела нужном наследнику увек урачунавају добијени поклони (чл. 89, ст. 4), али не регулише поступак урачунавања у нужни део.

⁵¹ У домаћој доктрини чак срећемо мишљење да нужни наследник, ако урачунавањем у наследни део не оствари своје право, може увек захтевати урачунавање у нужни део пре

У поступку урачунавања у нужни део, када је захтев у том правцу истакнут, сва оставиочева располагања, поклонима или завештањем, урачунаће се свим санаследницима (нужним наследницима) у њихов нужни део, па и нужном наследнику који је захтев поднео, ако је шта бестеретно стекао од оставиоца. У нужни део урачунавају се и она добротина располагања за која је оставилац наложио да им се не урачунавају у наследни део.⁵² Из нераспоређеног дела заоставштине потом се исплаћује вредност нужног дела нужном наследнику коме је нужни део угрожен, и који је захтев за урачунавање у нужни део истакао. Уколико још неко од нужних наследника није добио ништа, или је добио вредност мању од нужног дела, на основу оставиочевих бесплатних располагања, и њему ће истовремено, из масе за урачунавање, бити исплаћена вредност до висине нужног дела. Када нужни део свих нужних наследника буде задовољен, а преостане одређена вредност која није распоређена, тај вишак расподелиће се осталим наследницима који су трпели урачунавање, сходно величини њихових наследних делова.^{53, 54}

Ипак, колација ће своју сврху, када је у питању остваривање права на нужни део, испунити само ако је маса за урачунавање довољна да се нужни део добије. Када је нераспоређени део заоставштине недовољан за обезбеђење нужног дела, постоји повреда права на нужни део, и нужни наследник ће морати да покрене посебне механизме за заштиту овог права у оставинском или парничном поступку и затражи од оставиочевих

подношења захтева за редукацију завештајних располагања или враћање поклона, а ако то пропусти да учини, остали наследници би могли истаћи да не постоји повреда нужног дела, јер нужни наследник своје право није остварио урачунавањем у нужни део, као редовним средством заштите. В. Ђорђевић, *Наследно право*, стр. 357.

⁵² У томе је битна разлика између института урачунавања у нужни део и урачунавања у законски наследни део, код кога се, приликом операције урачунавања, поклони и испоруке за које је наређено да се не урачунавају у наследни део наследника, третирају као да нису ни били учињени.

⁵³ Н. Стојановић, *Наследно право*, Ниш, 2011, стр. 173.

⁵⁴ Показаћемо то на примеру сличном оном из фусноте 31, са идентичним субјектима, вредностима поклона и обрачунском вредношћу заоставштине, с тим да је оставилац наредио да се вредност поклона учињеног млађој кћери не урачуна у њен наследни део. Спровођењем поступка урачунавања у законски наследни део, нераспоређени део заоставштине поделио би се између средње и најмлађе кћери и свакој од њих би припало по 30.000 евра. На тај начин сину би био повређен нужни део за износ од 10.000 евра. Међутим, применом института урачунавања у нужни део, поклон учињен средњој кћери, за који је наређено да јој се не урачунава у наследни део, третирао би се као обичан поклон и урачунао би јој се у нужни део, па би се, у том случају, из нераспоређеног дела заоставштине најмлађој кћери најпре исплатило 40.000 евра, чиме би јој нужни део био намирен. Преосталих 20.000 евра поделило би се на једнаке делове старијим кћерима, које су трпеле урачунавање.

доброчиних стицалаца исплату вредности нужног дела, односно његово намирење *in natura*.

Закључак

Када услед оставиочевих доброделиних располагања постоји опасност да дође до повреде нужног дела, нужни наследник, уколико жели да заштити своју правну позицију и исходи барем вредност нужног дела из заоставштине, определиће се за онај процесни инструмент који му омогућава да своје интересе заштити на најефикаснији и најекономичнији начин. Уколико околности случаја то допуштају, нужни наследник своје право на нужни део може остварити истицањем захтева за урачунавање поклона и испорука у законски наследни део законских наследника или у нужни део нужних наследника.

Колација поклона и испорука у законски наследни део за примарни циљ има изједначавање санаследника у доброделиним давањима оставиоца. Међутим, када је нераспоређена вредност заоставштине довољна, истицањем захтева за урачунавање поклона, испорука или дугова у законски део санаследницима, нужни наследник може обезбедити нужни део, а неретко и вредност већу од гарантованог дела заоставштине. Истицање оваквог захтева против оставиочевих законских наследника, којима су чињени поклони, остављене испоруке, или који су имали дугове према оставиоцу, целисходно је, будући да се тиме на бржи и ефикаснији начин штите наследноправни интереси нужних наследника, него да се у редовном поступку правне заштите тражи намирење нужног дела од завештајних стицалаца или поклонопримаца.

Истицање захтева за урачунавање у нужни део условљено је немогућношћу намирења нужног дела у поступку урачунавања у законски наследни део, када нема довољно масе за урачунавање из које би се нужни део измирио, јер је оставилац изразио вољу да се у законски наследни део појединих хонорисаних законских наследника не урачуна вредност учињених поклона или остављених испорука. У поступку колације у нужни део, сви поклони, без изузетка, урачунавају се у нужни део свих нужних наследника, а потом се из нераспоређеног дела заоставштине измирује нужни део оним нужним наследницима којима је оставилац угрозио право на минимални део заоставштине. Тиме се, без потребе вођења дуге и скупе парнице за заштиту повређеног права на нужни део, на једноставнији начин обезбеђује нужни део нужним наследницима.

Novak Krstić, LLD.
Assistant

**COLLATION OF GIFTS AND LEGACIES IN STATUTORY PORTION
AND IN COMPULSORY PORTION, AS LEGAL INSTRUMENTS FOR
THE PROTECTION OF THE RIGHT TO COMPULSORY PORTION**

Summary

The legal institute of compulsory portion is substantively the most effective and direct limitation of the testator's freedom of testamentary disposition, but also the limitation of decedent's freedom of gratuitous distribution of property rights. Compulsory heirs are guaranteed the right to request their compulsory portion of the succession estate – a predetermined reserved amount explicitly prescribed by the law. When compulsory portion is violated or threatened by decedent's gratuitous dispositions, compulsory heirs have different legal instruments to protect their right. In this paper author discusses about collation of gifts and legacies in statutory portion and in compulsory portion, as a legal methods for the protection of compulsory portion. Author analyses situations when it is expedient for the compulsory heirs to claim the collation in statutory portion, in order to protect their compulsory portion. Also, author signifies that in case when forced share can not be protect by the collation in statutory portion, because decedent ordered that gift and legacies wouldn't count in heirs' statutory share, compulsory heirs should protect their right by claiming collation in compulsory portion of the heirs. By using this legal instrument, heirs would protect their legal position more efficient than to pursue the protection of this right in front of the court of law against testamentary heirs, legatees and donees.

Анђелија Тасић

Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ДОМЕНИ ДЕКЛАРАТИВНЕ ЗАШТИТЕ ИЛИ ДА ЛИ ЈЕ ДОПУШТЕНА ТУЖБА ЗА НЕГАТИВНО УТВРЂЕЊЕ ПОВРЕДЕ ПРАВА ЛИЧНОСТИ?¹

Апстракт:

Према садржини правне заштите, тужбе се деле на декларативне, кондемпнаторне и конститутивне. До доношења последњег Закона о парничном поступку, предмет тужбе за утврђење могло је бити утврђење постојања, односно непостојање неког права или правног односа или истинитост, односно неистинитост неке исправе. Новим Законом о парничном поступку из 2011. године, предмет декларативне тужбе проширен је на утврђење постојања, односно непостојања чињеница, под одређеним условима, и повреду права личности. Фокус овог рада јесте на тужби за утврђење повреде права личности. Ауторка у овом раду указује на чињеницу да је законодавац уредио само могућност подизања тужбе за позитивно утврђење, чиме се доводи у питање један од основних постулата парничног поступка - (формална) једнакост парничних странака. Овакво законско решење, атипично за релевантна упоредна права, у неравноправан положај ставља лице које жели да докаже да другом лицу није повредило право личности. Да би дала одговор на питање - на који начин лице које сматра да другом лицу није повредило права личности може да заштити своје право у парничном поступку, ауторка, даље, анализира друге значајне институте парничног процесног права – противтужбу и међупредлог за утврђење. Напослетку, анализирајући све реперкусије наведеног законског решења, ауторка сагледава начин за отклањање ове аномалије Закона о парничном поступку.

Кључне речи: *тужба за утврђење, декларативна тужба, права личности, дискриминација.*

Пролог

Петар Петровић, власник угоститељског објекта „Пролеће“ избацио је из свог локала Шабана Балића, Рома који је вређао друге госте и

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске Уније“.

ломио инвентар. Избачени гост оптужио га је за дискриминацију и дао о томе изјаву свим локалним медијима, али није покренуо судски поступак за заштиту од дискриминације. Због негативног публицитета који је локал добио, неколико фирми које су потписале уговор са „Пролећем“ престало је да доводи своје запослене и клијенте у овај објекат. Петар Петровић, револтиран описаним догађајима, одлучио је да своја права заштити судским путем и у парничном поступку докаже да није повредио право на недискриминацију конкретног лица.²

1. Уводне напомене

Последњи Закон о парничном поступку³ усвојен је пре пет година. Међу разлозима за његово доношење наведени су неопходност да се повећа ефикасност и економичност поступка, правна сигурност правних субјеката и потреба да се домаћи правни прописи ускладе са релевантним препорукама Савета Европе и праксом Европског суда за људска права.⁴ Да би постигао наведене циљеве, законодавац је прибегаво различитим методама-изменио је нека од темељних начела парничног поступка (начело концентрације) или их конкретизовао кроз нове установе (начело о суђењу у разумном року/временски оквир парнице), модификовао поједине основне института (предмет тужбе за утврђење) и регулисао нове посебне парничне поступке (поступак у потрошачким парницама или поступак у парницама за заштиту колективних права и интереса).

Како је пет година довољно дуг период да се сагледају ефекти законских решења, анализира евентуална судска пракса али и одреди однос норми ЗПП и других релевантних прописа, предмет овог рада биће (ново) решење ЗПП којим је предмет тужбе за утврђење проширен и на утврђење повреде права личности. Без обзира што поједини аутори наводе да је могућност подизања тужбе за утврђење повреде права личности постојала и без експлицитног законског допуштења, и то по општем режиму,⁵ изричито

² Наведени пример ће даље у раду послужити као својеврсни тест законских решења, чији исход треба да покаже колико су анализирани одредбе ЗПП креиране тако да одговоре на изазове комплексне друштвене стварности.

³ Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013-одлука УС, 74/2013-одлука УС и 55/2014“, у даљем тексту и ЗПП.

⁴ Предлог Закона о парничном поступку са образложењем, стр. 106, <http://www.parlament.gov.rs>, приступ сајту 9.5.2016.

⁵ Поједини аутори наводе да је могућност подизања тужбе за утврђење повреде права личности постојала и без експлицитног законског допуштења, и то по општем режиму („утврђење права или правног односа подразумевао је и подразумева и утврђивање правних својстава тог односа“). Указује се да изричито навођење само тужбе за утврђење повреде права личности у будућности може представљати проблем у погледу

навођење повреде права личности (као и утврђења чињеница, што није предмет овог рада) представља значајан искорак у законском регулисању декларативне тужбе.

Теоријске дефиниције појма права личности бројне су и разноврсне. Будући да би детаљана анализа овог појма превазилази оквире рада, на овом месту биће наведено само пар њих.⁶ Тако, права личности дефинишу се и као „права која припадају лицу као таквом, права која се односе на тзв. лична добра, тј. добра која се не могу оделити од човека, јер се односе на поједина својства или манифестације човекове личности“⁷ или као „државном принудом гарантована могућност субјекта да неометан од других реализује лично добро“.⁸ Заштита личних права може бити јавноправна (у односу грађанин-држава) и приватноправна (чији је грађанскоправна заштита један од облика).⁹

2. Тужба за утврђење повреде права личности - нормативни оквир

У основи савремене поделе тужби налази се садржина правне заштите која се тужбом тражи. На основу овог критеријума, тужбе се деле на декларативне, кондемпнаторне и конститутивне.¹⁰ Декларативна тужба за утврђење јавља се у два вида, као тужба за позитивно утврђење и тужба за негативно утврђење.¹¹

коришћења декларативне тужбе због повреде других правних добара која нису права личности (непуноважност уговора, на пример) (Rakić-Vodinić V, *Zakon o parničnom postupku Srbije 2011. godine*, у: *Pravni zapisi*, 2 (2011), str. 534).

⁶ Опширније: Јотановић Р, *Накнада материјалне штете због повреде права личности*, у: Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, бр. 35 (2013), стр. 33-55.

⁷ Гамс А, *Заштита личности у грађанском праву*, у: Архив, бр. 1/2 (1964), стр. 1.

⁸ Водинелић В, *Лично право као субјективно право и као грана права*, у: Архив, бр. 3 (1976), стр. 375.

⁹ Опширније: Симоновић И, Лазић М, *Грађанскоправна заштита права личности*, у: Зборник Правног факултета у Нишу, бр. 68 (2014), стр. 269-289.

¹⁰ Ранија подела тужби, настала под утицајем римског права, а заснована на спорној материјалноправној ситуацији, данас је превазиђена. Исто важи и за поделе тужби према подели субјективних права или природи грађанскоправног односа (Тако и, између осталих: Poznić В, *Грађанско процесно право*, Београд, 1970, стр. 185, Станковић Г, *Грађанско процесно право – парнично процесно право*, Ниш, стр. 338, Палачковић Д, *Парнично процесно право*, Крагујевац, 2004, стр. 158).

¹¹ Суд о декларативној тужби одлучује у декларативној пресуди. Ипак, у пракси су декларативне пресуде далеко чешће него декларативне тужбе. Постоје две врсте декларативних пресуда - позитивна и негативна. Позитивна се јавља у ситуацијама када суд усвоји тужбени захтев усмерен на декларативно утврђење. Негативна декларативна пресуда, пак, има два вида. Први вид је пресуда којом се одбија тужиочев тужбени захтев - декларативни, кондемпнаторни или конститутивни; други вид је пресуда којом се

Предмет декларативне тужбе регулисан је чл. 194. ЗПП. Члан 194. ст. 1. ЗПП гласи: Тужилац може у тужби да тражи да суд само утврди постојање, односно непостојање неког права или правног односа,¹² повреду права личности или истинитост, односно неистинитост неке исправе. Тужба за утврђење може да се поднесе ако тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно непостојање неког спорног права или правног односа, пре доспелости захтева за чинидбу из истог односа или истинитост, односно неистинитост неке исправе, или ако тужилац има неки други правни интерес (чл. 194. ст. 2. ЗПП).¹³ Тужба за утврђење може да се поднесе ради утврђивања постојања, односно непостојања чињенице, ако је то утврђено законом или другим прописом (чл. 194. ст. 3. ЗПП). У ст. 4. истог члана стоји и да се тужба за утврђење повреде права личности може поднети без обзира да ли је постављен захтев за накнаду штете или други захтев, у складу са посебним законом.

У сагласју са чл. 194. ст. 4. ЗПП је и чл. 43. ст. 1. т. 2. Закона о забрани дискриминације,¹⁴ у коме је прописано да се тужбом, на основу овог закона, може тражити утврђење да је тужени дискриминаторски поступао према тужиоцу или другоме. Поставља се питање шта је предмет утврђења код декларативне антидискриминационе тужбе: право, правни однос, повреда права личности или постојање, односно непостојање неке чињенице. У теорији процесног права заступљена су два гледишта. Са једне стране, истиче се да је ново законско решење, према коме предмет тужбе за утврђење може бити и повреда права личности, израз потребе да се процесна правила усагласе са законима који су у међувремену донети, нпр. са Законом о забрани дискриминације.¹⁵ Наводи се и да недопуштена дискриминација представља повреду права на једнакост односно права на недискриминацију,

у сваја захтев за негативно утврђење (Triva S, Dika M, *Parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, str. 398) .

¹² У литератури се скреће пажња да се под „правним односом“ подразумева цео правни однос, са свим правима и обавезама, а под „правом“ само једно субјективно право (Poznić B, Rakić - Vodinec V, *Грађанско процесно право (skripta – sveska dva)*, Beograd, 2012, str. 198).

¹³ Правни интерес је процесна претпоставка о којој суд води рачуна по службеној дужности (Станковић Г, *op. cit.*, 2010, стр. 341). Из новије судске праксе: „У тужби за утврђење је потребно објаснити у чему се састоји правни интерес тужиоца, а правни интерес увек постоји када је право тужиоца угрожено и тужилац има оправдани интерес да се судски заштити од будућих повреда субјективних права, што се све закључује на основу понашања туженика“ (Решење Апелационог суда у Београду, Гж. 139/2014 од 21.2.2014. године, извор: Paragraf Lex).

¹⁴ Закон о забрани дискриминације, „Сл. гласник РС, бр. 22/2009“, у даљем тексту и ЗЗД.

¹⁵ Петрушић Н, Симоновић Д, *Коментар Закона о парничном поступку*, Службени гласник, Београд, 2011, стр. 368.

што је видљиво из чл. 44. ст. 2. у вези са чл. 41. ст. 1. ЗЗД, у коме се о овој тужби говори као о „тужби за заштиту од дискриминације“.¹⁶ Насупрот томе, истиче се да је управо тужба за утврђење поднета у поступку за заштиту од дискриминације у корелацији са правилом да се њоме може тражити утврђење чињеница јер чињенице образују радњу дискриминаторског поступања које је тужени извршио према тужиоцу или другоме.¹⁷ Сматрам да је по среди утврђивање повреде права личности, и то права на једнакост, односно права на недискриминацију, будући да утврђење чињеничног стања представља само доњу премису судског силогизма који служи као основ за доношење одговарајуће пресуде.

Проширењем предмета декларативне тужбе на утврђење повреде права личности, превазиђена постаје и констатација из литературе да се „кондемнаторни систем заштите ставља у покрет тек *post festum*, а декларативни пре доношења повреде, са циљем да се убудуће умање могућности њеног евентуалног наступања“.¹⁸

Иако се у раду нећу задржавати на упоредноправном приказу предмета декларативних тужби, треба ипак указати да правни системи на које се српски законодавац традиционално ослања, немачки¹⁹ и аустријски,²⁰ не издвајају повреду права личности као посебан предмет декларативне тужбе. Исто важи и за парничне поступке Црне Горе²¹ или Хрватске,²² који

¹⁶ Водинелић В, *Садржина грађанскоправне заштите од дискриминације*, у: Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, Београд, 2012, стр. 227.

¹⁷ Ђукић Л, Андрејевић С, *Поступак у парницама за заштиту од дискриминације*, у: Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, *op. cit.*, стр. 248.

¹⁸ Živanović М, *Tužba za utvrđenje u parničnom postupku (doktorska disertacija)*, Banja Luka, 1991, str. 27.

¹⁹ Чл. 256. Закона о парничном поступку Немачке (*Zivilprozessordnung*, последња измена из марта 2016. године): Тужилац може тражити утврђење постојања или непостојања неког правног односа или истинитост или неистинитост неке исправе, уколико има правни интерес да се постојање или непостојање правног односа, односно истинитост или неистинитост неке исправе утврде судском одлуком.

²⁰ Чл. 228. Закона о парничном поступку Аустрије (*Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung - ZPO)*, последња измена из 2011. године): Тужбом за утврђење тражи се утврђење постојања или непостојања неког права или правног односа, односно истинитост или неистинитост неке исправе, када тужилац има правни интерес да се право, правни однос или истинитост исправе утврде судском одлуком. У аустријском праву, на пример, јасно је да предмет декларативне тужбе не могу бити чињенице или одређена правна својства чињеница (да се једно понашање може приписати у кривицу одређеног лица, на пример) (*Rechberger W, Simotta D-A, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, 2010, p. 305).

²¹ Чл. 188. Закона о парничном поступку, („Сл. лист РЦГ“, бр. 22/2004, 28/2005 - одлука УС 76/2006 и „Сл. лист ЦГ“, бр. 47/2015 - др. закон и 48/2015): Тужилац може у тужби

су се развили из истог темеља као и српски парнични поступак. Законодавство Босне и Херцеговине, пак, познаје декларативну тужбу за утврђење повреде права личности.²³

3. Домети заштите декларативне тужбе за повреду права личности

Декларативна тужба која се односи на повреду права личности може, према законској редакцији, бити само позитивна, односно може бити усмерена искључиво на то да се утврди да једно лице јесте извршило повреду права личности.²⁴ Другим речима, једно лице не може, у тужби за негативно утврђење, истаћи захтев да није извршило повреду права личности.

Уколико се овај проблем конкретизује кроз пример са почетка овог рада, Петар Петровић не би могао, према општим правилима парничног поступка, подићи тужбу за утврђење да није повредио право личности конкретног лица. Према слову чл. 194. ст. 1. ЗПП, та тужба била би недопуштена. Он, такође, не би могао да покрене посебан парнични поступак за заштиту од дискриминације, будући да је чл. 41. и 46. ЗЗД одређен круг активно легитимисаних субјеката. То су: свако ко је повређен дискриминаторским поступањем, и, у законом прописаним случајевима, Повереник за заштиту равноправности, организација која се бави заштитом људских права и добровољни испитивач дискриминације. Из чл. 43. истог закона јасно произилази да су сви захтеви усмерени да се спречи будући акт дискриминације (превентивни захтеви) или да се санкционише већ учињена дискриминација а дискримисаном лицу обезбеди одговарајућа сатисфакција (реактивни захтеви).

Како ни општим ни посебним законом није предвиђена могућност истицања тужбе за негативно утврђење, Петар Петровић би правну заштиту

да тражи да суд само утврди постојање, односно непостојање неког права или правног односа или истинитост, односно неистинитост неке исправе.

²²Чл. 187. Закона о парничном поступку („Narodne novine“, бр. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14): Тужилац може у тужби тражити да суд само утврди постојање, односно непостојање каквог права или правног односа или истинитост или неистинитост какве исправе.

²³ Чл. 54. Закона о парничном поступку Републике Српске („Сл. гласник Републике Српске“, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 и 61/13) и чл. 54. Закона о парничном поступку Федерације БиХ („Службене новине Федерације БиХ“, бр. 53/03, 73/05, 19/06, 98/15): Тужилац може у тужби тражити да суд само утврди постојање, односно непостојање неког права или правног односа, повреду права личности или истинитост, односно неистинитост неке исправе (Опширније: Раčić R, *Deklarativna tužba*, у: *Pravni život*, бр. 12 (2013), стр. 17-27).

²⁴ Тако и Петрушић Н, Симоновић Д, *op. cit.*, стр. 369.

могао да оствари само кроз одбијајућу пресуду донету на основу тужбе наводно дискриминисаног лица. Уколико истакне одштетни захтев у новој парници, о повреди права на недискриминацију суд неће поново одлучивати јер је то питање већ решено судском одлуком на несумњив и ауторитативан начин.

Петар Петровић, такође, може на основу чл. 112. Закона о јавном информисању и медијима²⁵ тражити накнаду штете коју трпи због објављивања информације чије је објављивање у складу са овим законом забрањено.

4. Противтужба за утврђење повреде права личности

Захтев за утврђење начелно, осим из у тужби, може бити истакнут и у противтужби, радњи која садржи нови захтев за пресуду туженог. Према садржини правне заштите, противтужбе, као и тужбе, могу бити декларативне, конститутивне и кондемпнаторне. С обзиром на услове за заснивање, пак, противтужбе могу бити прејудицијелне, конексне и компензацијске. Да би противтужба могла да се подигне, потребно је да буду испуњени услови из чл. 198. ст. 1. ЗПП: тужени може до закључења главне расправе да подигне противтужбу код истог суда, ако је захтев противтужбе у вези са тужбеним захтевом или ако ти захтеви могу да се пребију или ако се противтужбом тражи утврђење неког права или правног односа од чијег постојања или непостојања зависи зависи у целини или делимично одлука о тужбеном захтеву. Противтужба не може да се поднесе ако је за захтев из тужбе из противтужбе стварно надлежан виши суд или суд друге врсте (чл. 198. ст. 2. ЗПП). Иако приликом прописивања правила о допуштености истицања противтужбе, законодавац није као услов прописао правило да је за захтеве из тужбе и противтужбе прописана иста врста поступка, овај услов је општеприхваћен у теорији процесног права.²⁶

Неколико проблема се јавља поводом противтужбе за утврђење повреде права личности (декларативне прејудицијелне противтужбе), уопште али и на примеру са почетка рада. Најпре, редакција законског текста је таква да се наводе само право или правни однос као предмет захтева за утврђења из противтужбе, не и (не)истинитост неке исправе, утврђивање чињеница или повреда права личности. Било да је реч о пропусту законодавца да новине које је предвидео у погледу тужбе на исти начин регулише и код

²⁵ Закон о јавном информисању и медијима, „Сл. гласник РС“, бр. 83/2014 и 58/2015.

²⁶ Овај услов се, пак, може наћи у теорији парничног процесног права (Станковић Г, *Грађанско процесно право, прва свеска – парнично процесно право, op. cit.*, стр. 373). Тако и *Poznić B, Rakić - Vodinelić V, op. cit.*, стр. 233, уз констатацију да то у Закону није изричито речено.

противтужбе, или његовој свесној одлуци да предмет прејудицијелне декларативне противтужбе постави уже него предмет декларативне тужбе, на основу постојеће законске регулативе не може се подићи ни противтужба за позитивно, ни противтужба за негативно утврђење повреде права личности. Декларативна противтужба се може, даље, истаћи само у оним парницама у којима тужилац није истакао искључиво декларативни захтев. У противном, постојала би двострука литиспенденција, иако би, са друге стране, значај те чињенице био умањен могућношћу да правозаштитна потреба туженог буду задовољене кроз пресуду којом се одбија тужиочев тужбени захтев.

У антидискриминационим парницама, конкретизовано кроз пример Петра Петровића, се, напоследку, јавља и проблем непостојања исте врсте поступка (посебан парнични поступак за заштиту од дискриминације који би покренуо тужилац наспрам општег парничног поступка у коме би тужени могао да истакне захтев из противтужбе). Имајућу у виду све наведене аргументе, долази се до закључка да 1) Петар Петровић у антидискриминационој парници коју би покренуо дискриминисано лице не би могао да истакне противтужбу за утврђење да није повредио његово право личности јер није предвиђена иста врста поступка, а да 2) из редакције законског текста уопште не произилази да се ни у противтужби о којој се одлучује у режиму општег парничног поступка може истаћи захтев поводом права личности.

5. Непостојање повреде права личности као основ тужиоачевог потраживања

Петар Петровић би и сам могао да покрене парницу у којој би истакао захтев за накнаду штете причињене повредом угледа због ширења неистинитих навода да је извршио повреду права личности. Захтев за накнаду материјалне штете базирао би се на чл. 198. Закона о облигационим односима,²⁷ према коме ко другоме повреди част као и ко износи или преноси неистините наводе о прошлости, о знању, о способности другог лица, или о чему другоме, а зна или би морао знати да су неистинити, и тиме му проузрокује материјалну штету дужан је накнадити је.²⁸ Накнаду нематеријалне штете тужилац би могао да захтева на основу чл. 200. ЗОО,

²⁷ Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 45/89-одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003-Уставна повеља, у даљем тексту и ЗОО.

²⁸ Сматра се да се у оба случаја (повреда части и изношење или преношење неистинитих навода) ради о повреди части, с тим што је у првом случају реч о увреди а у другом о клевети (Перовић С (редактор), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, стр. 464.

којим је прописано да за претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица као и за страх суд ће, ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете, као и у њеном одсуству. Како сваки захтев за осуду на чинидбу у себи прећутно садржи захтев за утврђење, суд би, свакако, најпре утврђивао основ тужиочевог потраживања. Ипак, о (не)постојању повреде права личности суд би се изјаснио у образложењу пресуде. Смисао законског уређења декларативне тужбе је, међутим, управо у могућности да буде подигнута самостално, без обзира на то да ли тужилац истиче и кондемпнаторни или конститутивни захтев. Пружањем декларативен заштите уноси се сигурност и извесност у правне односе, а странци која је успела у поступку пружа сатисфакција, која је, каткад, важнија од репарације. Из тог разлога, прећутно изјашњење суда, у виду разлога и мотива за доношење одлуке, не пружа одговарајућу правну заштиту тужиоцу.

Уколико тужени оспори основ тужиочевог потраживања, тужилац би могао да истакне међупредлог за утврђење, радњу која садржи нови захтев за пресуду. Ако одлука о спору зависи од тога да ли постоји или не постоји неки правни однос који је у току парнице постао споран, тужилац може, на основу чл. 195. ЗПП, поред постојећег захтева, да истакне и захтев да суд утврди да такав захтев постоји, односно да не постоји, ако је суд пред којим парница тече надлежан за такав захтев. Опет, да би то утврдио, суд мора да трага за начином на који је углед повређен, а он лежи у неистинитим наводима туженог да је тужилац њему повредио право личности. Дакле, само ако суд утврди да тужилац није извршио повреду права личности туженог, могло би да се говори да је онда повређено право тужиоца ширењем неистинитих навода, што би био правни основ исплате накнаде штете. Поново на примеру Петра Петровића, ако би он од наводног дискриминисаног лица потраживао 100 000 на име накнаде штете, а због повреде угледа проузроковане ширењем лажних навода, а лице оспорило основ његовог потраживања, тврдећи да наводи нису неистинити, Петар Петровић би могао да истакне међупредлог за утврђење да јесте дошло до повреде његовог угледа на описан начин. Суд би морао да испита наводе да су углед и част Петра Петровића нарушени и да између тога и настале штете постоји узрочна веза. Ипак, како чл. 195. ЗПП наводи само „право или правни однос“, а очигледно је увео повреду права личности као посебну категорију, поново не би било законског утемељења за истицање овог захтева.

7. Тужба за заштиту повреде права личности *de lege ferenda*

Актуелни ЗПП уређује само могућност истицања тужбе за утврђење повреде права личности. Тужба којом би једно лице тражило од суда да утврди да оно није повредило права личности другог лица или групе није могућа према важећим правилима парничне процедуре. Стриктност овог правила није ублажена ни могућношћу да лице које тврди да није повредило туђа лична права, кроз радње које садрже нови захтев за пресуду - противтужбу или међупредлог за утврђење, оствари своје право на правну заштиту. Можда је тужилац, уважавајући наведени аргумент да је и до доношења новог ЗПП тужба за утврђење повреде права личности могла бити истакнута по општем режиму, до доношења ЗПП из 2011. године и могао да истакне тужбу за негативно утврђење повреде права личности, али, када је једном нови ЗПП ступио на снагу, тужба за утврђење повреде права личности добила је посебан „третман“. Чак и да је по среди редакцијска грешка, остаје нејасно због чега је законодавац уопште сматрао да је потребно посебно издвојити тужбу за утврђење повреде права личности. Остављајући слободу законодавцу да самостално креира нова законска решења, још једном бих подсетила да упоредно право (аустријско, немачко, хрватско, црногорско) не издваја повреду права личности као посебан предмет декларативног захтева, већ се ограничава на утврђење права или правног односа или истинитост или неистинитост неке исправе.

На основу овакве законске регулативе учесници једног спорног грађанскоправног односа у коме је дошло до спора - лице које тврди да му је повређено право личности, и лице које тврди да другоме није повредило право личности, не налазе се у равноправном положају са аспекта могућности да заштиту својих права остваре у парничном поступку. Како законодавац у образложењу ЗПП, а судови кроз доступну судску праксу нису понудили разумно објашњење за различит третман потенцијалних парничних странака, чини се да би већ у наредним изменама и допунама ЗПП предмет декларативне тужбе требало проширити и на тужбу за утврђење непостојања повреде права личности.

Andelija Tasić, LLM
Teaching Assistant

ACTION FOR DECLARATORY JUDGEMENT

Summary

The latest Civil Procedure Act significantly changed the rules on the action for declaratory judgement. Beside establishing the existence or not existence of the particular right, legal relation or the authenticity of the legal document, the action for declaratory judgement is now expanded to establishing the violation of personality rights and the facts. In this paper, the author is wandering whether the claimant can file the legal action for establishing the absence of violation of personality rights. According to Civil Procedure Act, the person who wants to prove that he or she has not violated someone else's personality right, can not request the court to establish this. For that reason, the author searches for other instruments which could be used, such as counterclaim or declaratory claim in the course of litigation. Finally, the author proposes the solution for this *anomalía* in Civil Procedure Act.

Слобода Мидоровић

Сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Новом Саду

Иван Милић

Асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ИЗАЗОВИ ПРАВА КУЛТУРНИХ ДОБАРА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Анстракт:

Предмет пажње аутора су поједина питања из области права културних добара Републике Србије. Рад је мултидисциплинаран, јер се бави појединим грађанскоправним и прекршајноправним аспектима предметне области.

Први део рада посвећен је појединим грађанскоправним питањима из области културних добара, и то: регистрима културних добара, праву прече куповине културних добара и (не)отуђивости културних добара у јавној својини.

У другом делу рада пажња је посвећена прекршајноправним санкцијама прописаним Законом о културним добрима, те је указано на њихову неусклађеност са важећим Законом о прекршајима.

На крају, аутори закључују да је пожељно, а у одређеним случајевима чак и нужно, изменити поједине одредбе Закона о културним добрима и предлажу конкретна *de lege ferenda* решења.

Кључне речи: *културна добра, регистри, право прече куповине, отуђење, прекршај, санкција.*

УВОД

Основни извор права културних добара у Републици Србији је Закон о културним добрима из 1994. године¹. Законом је уређен систем коришћења и заштите културних добара и утврђени су услови за обављање делатности њихове заштите². Услед доношења нових, парцијалних закона у области културе, Закон је током 2011. године претрпео извесне измене³, које,

¹ „Службени гласник РС“, бр. 71/94, 52/2011, 99/2011.

² Вид. чл. 1 Закона о културним добрима.

³ Измене Закона о културним добрима уследиле су након почетка примене Закона о старој и реткој библиотечној грађи, Закона о обавезном примерку публикација („Службени гласник РС“, бр. 52/2011) и Закона о кинематографији „Службени гласник РС“, бр. 99/2011.

Слобода Мидоровић, Иван Милић

међутим, нису утицале на његову суштину. Иако је реч о основном извору у области културних добара, појединим значајним аспектима ове проблематике у Закону није посвећена одговарајућа пажња. То је, између осталог, за последицу имало извесне пропусте у регулисању одређених питања из области грађанског и прекршајног права од којих, у великој мери, зависи ефикасна заштита српског културног наслеђа. Закон о културним добрима, такође, није усклађен са појединим законима каснијег датума, а нарочито са основним законом који уређује прекршајноправну материју. Поред тога, за време важења Закона о културним добрима, област коју он уређује доживела је велику експанзију на међународном⁴ и наднационалном⁵ плану, што је довело до значајних новина и изградње одређених стандарда⁶ који одступају од општих правила. Имајући наведено у виду, у раду ће бити указано на поједине изазове са којима ће се српски законодавац суочити приликом измена важећег Закона, или, пак, приликом израде новог закона у области културних добара. Из угла грађанског права у раду ће бити скренута пажња на извесне недостатке важеће регулативе о регистрима културних добара, праву прече куповине културних добара и (не)отуђивости културних добара у јавној (државној) својини. Из угла прекршајног права биће указано на пропусте Закона о културним добрима у делу којим су прописане

⁴ На међународном нивоу материји културних добара посвећена је велика пажња што је резултовало усвајањем неколико конвенција и модел закона. Од 1994. године до данас под окриљем UNESCO усвојене су: Конвенција о заштити и унапређењу разноликости културних израза из 2005. године, коју је Србија ратификовала 2009. године („Службени гласник РС - Међународни уговори“, бр. 42/2009), Конвенција о очувању нематеријалног културног наслеђа из 2003. године, коју је Србија ратификовала 2010. године („Службени гласник РС - Међународни уговори“, бр. 1/2010), као и Конвенција о заштити подводног културног наслеђа из 2001. године, коју Србија није ратификовала. UNESCO је израдио и Модел националног закона о заштити културног наслеђа. Под окриљем Савета Европе усвојена је Оквирна конвенција о вредности културног наслеђа за друштво, док је под окриљем UNIDROIT усвојена Конвенција о украденим и незаконито извезеним културним предметима, коју Србија још није ратификовала. Као плод заједничке сарадње UNESCO и UNIDROIT настао је Модел одредаба о државном власништву на неоткривеним културним добрима.

⁵ У циљу очувања културног блага држава чланица као и комунитарног културног наслеђа у праву Европске уније предвиђена су одговарајућа правила о културним добрима. Вид. чл. 36 Уговора о функционисању Европске уније (*Official Journal of the European Union*, С 326/47 од 26.10.2012.), Уредбу ЕЗ бр. 116/2009 о извозу културних добара (*Official Journal of the European Union*, L 39/1 од 10.2.2009.) и Директиву ЕУ бр. 2014/60 о повраћају културних предмета незаконито изнетих са територије државе чланице (*Official Journal of the European Union* L 159/1 од 28.5.2014.).

⁶ Појединим стандардима међународног и комунитарног права о културним добрима, који одступају од националних решења, биће посвећен посебан рад.

прекршајноправне санкције као и на њихову неусклађеност са важећим Законом о прекршајима⁷.

1. ГРАЂАНСКОПРАВНИ АСПЕКТИ

Регистри културних добара имају непроцењив значај за очување културног наслеђа земље. Од њих се очекује да пруже поуздан извор знања о томе која добра уживају статус културних добара, што је уједно и основна претпоставка за њихову делотворну заштиту. У одсуству регистара културних добара би се лако могле заобићи законом установљене дужности власника културних добара, као и ограничења садржине права својине на њима⁸. За сигурност правног промета су нарочито значајни регистри покретних културних добара будући да се о њима не води ниједна друга јавна евиденција⁹. Подаци из регистара представљају и један од најпоузданијих доказа о власништву на културним добрима, што игра велику улогу у реивиндикационим споровима, односно у поступцима за реституцију културних добара. Због тога је Законом о културним добрима прописано да се културна добра, непокретна и покретна, уписују у регистре културних добара према врстама¹⁰. Поред Закона који прописује основна питања о регистрима, начин и техника њиховог вођења ближе су уређени подзаконским актима у форми правилника¹¹.

У Србији, међутим, не постоји јединствени регистар културних добара.¹² Напротив, свака установа заштите¹³ дужна је да води регистар

⁷ „Службени гласник РС“, бр. 65/2013, 13/2016.

⁸ Вид. III главу Закона о културним добрима.

⁹ О непокретним културним добрима се заједно са осталим непокретностима води и јединствена евиденција непокретности, спроведена кроз катастар непокретности, при чему се кроз забележбу уписа својства културног добра јавности скреће пажња на посебни статус непокретних културних добара и ограничења права својине на њима. Вид. чл. 64 Закона о културним добрима.

¹⁰ Вид. чл. 6 Закона о културним добрима.

¹¹ Вид. Правилник о регистрима уметничко-историјских дела, („Службени гласник РС“ бр. 35/96); Правилник о регистрима архивске грађе, („Службени гласник РС“, бр. 24/97); Правилник о садржини и начину вођења регистара категорисане старе и ретке библиотечке грађе, („Службени гласник РС“, бр. 22/2013); Правилник о регистрима филмске грађе, („Службени гласник РС“, бр. 47/96); Правилник о вођењу евиденција о непокретностима које уживају претходну заштиту, („Службени гласник РС“, бр. 19/95).

¹² За разлику од наше земље, у Хрватској, примера ради, постоји јединствена, централна, електронска база података о културним добрима за чије је вођење надлежно Министарство културе. Вид. чл. 14 Закона о заштити и очувању културних добара Републике Хрватске бр: 01-081-99-1280/2 од 25. јуна 1999. године. Доступно на: <http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/271022.html> (20.4.2016.).

културних добара која су јој поверена на чување, односно културних добара која се налазе на подручју њеног деловања¹⁴. Регистре непокретних културних добара воде заводи за заштиту споменика културе¹⁵, регистре уметничко-историјских дела воде надлежни музеји, регистре архивске грађе воде надлежни архиви, регистре филмске грађе воде надлежне кинотеке, док регистре старе и ретке књиге воде библиотеке које имају фондове старе и ретке књиге.¹⁶ Поред подручних регистара, Законом је предвиђено да се за сваку врсту културних добара воде централни регистри.¹⁷ Сходно томе, централни регистар непокретних културних добара води Републички завод за заштиту споменика културе, централни регистар уметничко-историјских дела води Народни музеј у Београду, централни регистар архивске грађе води Архив Србије, централни регистар филмске грађе води Југословенска кинотека, док централни регистар старе и ретке књиге води Народна библиотека Србије.

Поред регистара културних добара, Законом је прописано да установе заштите према врстама¹⁸ евидентирају и добра која уживају претходну заштиту¹⁹, при чему није предвиђено да се о овим добрима воде и централне евиденције. Од момената евидентирања добра које ужива претходну заштиту почиње да тече трогодишњи рок за његово утврђење за културно добро, а значај евидентирања огледа се и у одређењу круга непокретности на које се примењују мере заштите утврђене Законом.²⁰ На тај начин превентивно се штите и одржавају добра за која се претпоставља да заслужују да буду утврђена за културна добра.

¹³ Према чл. 70 Закона о културним добрима установе заштите су: завод за заштиту споменика културе, музеј, архив и кинотека, као и библиотека која обавља заштиту старе и ретке књиге.

¹⁴ Вид. чл. 60 Закона о културним добрима.

¹⁵ Према Одлуци о утврђивању мреже завода за заштиту споменика културе на територији Аутономне Покрајине Војводине („Службени лист АПВ“, бр. 14/2003), на територији АПВ постоји 6 завода: Покрајински завод за заштиту споменика културе Нови Сад, Завод за заштиту споменика културе града Новог Сада, Завод за заштиту споменика културе Панчево, Завод за заштиту споменика културе Сремска Митровица, Завод за заштиту споменика културе Зрењанин, Међуопштински завод за заштиту споменика културе Суботица. Чланом 2 ове Одлуке дефинисано је подручје деловања сваког од набројаних завода. Према мрежи завода доступној на http://www.heritage.gov.rs/latinica/mreza_zavoda_u_srbiji.php (13.4.2016.), надлежни заводи постоје и у Смедереву, Ваљеву, Крагујевцу, Београду, Нишу и Краљеву.

¹⁶ Вид. чл. 86 ст. 1 Закона о културним добрима.

¹⁷ Чл. 61 Закона о културним добрима.

¹⁸ Вид. чл. 62 ст. 2 Закона о културним добрима.

¹⁹ Вид. чл. 29 у вези са чл. 4 и чл. 27 Закона о културним добрима.

²⁰ Чл. 29 ст. 3 и ст. 2 Закона о културним добрима.

Децентрализованост вођења регистара покретних културних добара и евиденције о добрима која уживају претходну заштиту представља, према нашем мишљењу, велики недостатак. Због тога законодавац треба да размотри могућност увођења јединственог регистра културних добара и добара која уживају претходну заштиту са централизованом надлежношћу за његово вођење. По узору на неке стране земље, вођење јединственог регистра би могло бити поверено министарству надлежном за послове културе. У корак са развојем савремене технологије и по угледу на друге јавне регистре који постоје у нашој земљи²¹, јединствени и централни регистар културних добара би, такође, требало да буде доступан јавности путем интернета. На тај начин би се заинтересованим лицима омогућило да путем једноставног претраживача на једном месту сазнају која добра уживају статус културних, као и која добра уживају претходну заштиту. О томе да овакав подухват није недостижан сведоче регистри појединих земаља²².

Законом о културним добрима, такође, није прецизирано да ли се у регистре културних добара уписују само културна добра у јавној својини, или се, пак, у њих евидентирају и културна добра у приватној својини. У централном регистру споменика културе су, примера ради, евидентирани не само непокретности у јавној, него и оне у приватној својини грађана и правних лица.²³ Када је, пак, реч о покретним културним добрима, није јасно да ли се у њихове регистре уносе само покретна културна добра која су поверена на чување установама заштите, или се у њих уписују и добра у приватном власништву грађана и правних лица. Делује да ово питање није прецизно уређено Законом, ни релевантним подзаконским актима. Закон прописује да се у регистре уписују културна добра према врстама, не ограничавајући при том регистрацију на културна добра у јавној својини.²⁴ Правилник о регистрима уметничко-историјских дела, такође, прописује да се „у инвентарском картону књиге регистра у рубрици „напомена“ уписује име и адреса *сопственика, односно правног лица које користи и управља уметничко-историјским делом уколико се оно чува ван музеја*“²⁵. Из овог би се могао извести закључак да би у регистре покретних културних добара требало да се уносе и културна добра у приватном власништву. Овде се, пак, поставља питање колико је реално, упркос постојању дужности власника да

²¹ Овде се пре свега мисли на регистре које води Агенција за привредне регистре, као и катастар непокретности који води Републички геодетски завод.

²² Вид. Веб тражилицу културних добара Републике Хрватске. Доступно на: <http://www.minkulture.hr/default.aspx?id=6212> (8.5.2016.).

²³ Вид. регистар споменика културе. Доступно на: http://www.heritage.gov.rs/cirilica/nepokretna_kulturna_dobra.php (26.2.2016.).

²⁴ Чл. 6 Закона о културним добрима.

²⁵ Чл. 3 ст. 1 Правилника о регистрима уметничко-историјских дела.

пријаве надлежној установи добра која уживају претходну заштиту²⁶, да надлежна установа заштите буде информисана о свим таквим добрима. Ови проблеми, између осталог, могу отежати остваривање права прече куповине покретних културних добара, јер се поставља питање да ли надлежна установа заштите уопште има право прече куповине у погледу уметничко-историјског дела које није утврђено као културно добро и уписано као такво у регистар, односно да ли би у том случају установа заштите уопште била активно легитимисана за подношење тужбе због повреде права прече куповине²⁷.

Поред увођења јединственог регистра културних добара, треба размотрити и потребу за увођењем посебног регистра украдених и незаконито извезених културних добара. Овај регистар би олакшао лоцирање културних добара која су предмет незаконите трговине чиме би се потенцијални купци одвратили од стицања културних добара која су евидентирана у њему. С обзиром на то да се услед јавности података садржаних у регистрима нико не би могао позивати на савесност стицања украдених и незаконито извезених културних добара, овај регистар би онемогућио пуноважно стицање културних добара сумњивог порекла према правилима о стицању својине од невластника и у складу са правилима о стицању својине одржајем.

С обзиром на то да се од наше земље очекује да током преговора са Европском унијом усклади своје право са *acquis communautaire*²⁸, треба размотрити увођење листе националног културног блага Републике Србије²⁹. Наиме, Уговором о функционисању Европске уније предвиђен је посебан режим за културна добра квалификована као део националног културног блага у смислу њиховог изузимања од забране мера квантитативног ограничења и других мера које имају једнако дејство.³⁰ Ова листа садржала би списак културних добара непроцењивог значаја за српско културно наслеђе на која би се примењивао посебан режим заштите и извоза. Приликом састављања листе националног културног блага Републике Србије треба имати у виду да реч *благо* (енгл. *treasures*, фр. *des trésors*) упућује на то да се она не може подударати са културним добрима евидентираним у

²⁶ Вид. чл. 36 ст. 1 тачка 1 Закона о културним добрима.

²⁷ Вид. чл. 10 Закона о промету непокретности, „Службени гласник РС“, бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015.

²⁸ Области образовања и културе посвећено је преговарачко поглавље бр. 26.

²⁹ Вид. чл. 36 Уговора о функционисању Европске уније. Примера ради, немачка база података о културним добрима од националног значаја (*Datenbank national wertvolles Kulturgut*), доступна је на: http://www.kulturgutschutz-deutschland.de/DE/3_Datenbank/3_datenbank_node.html (9.5.2016.).

³⁰ Вид. чл. 36 Уговора о функционисању Европске уније.

регистрима културних добара³¹. Поред Уговора о функционисању Европске уније, потребу за увођењем ове листе имплицира и Директива ЕУ бр. 2014/60 о повраћају културних предмета незаконито изнетих са територије државе чланице, будући да се она примењује на „повраћај културних добара класификованих или дефинисаних од држава чланица као национално благо“³².

Ради очувања националног културног наслеђа³³ велики број законодавстава установљава право прече куповине културних добара. Национално законодавство Републике Србије, такође, ограничава аутономију воље власника који намерава да прода своје културно добро правом прече куповине надлежне установе заштите³⁴. За разлику од неких страних права³⁵, српски Закон не утврђује право прече куповине за поједине врсте и категорије културних добара³⁶. У циљу успостављања равнотеже између општег друштвеног интереса да се јавности омогући доступност културним добрима, и приватних интереса њихових власника, основано је размотрити ограничавање права прече куповине на покретна културна добра великог и изузетног значаја, или на она покретна културна добра која би била садржана на листи националног културног блага.

Из законске формулације је нејасно ко је у конкретном случају титулар права прече куповине културног добра. Наиме, право прече куповине утврђено је у корист установа заштите, при чему Закон не прецизира о којој се установи заштите у конкретном случају ради.³⁷ Због тога

³¹ Вид. *Commission of the European Communities v Italian Republic*. - Case 7-68, Judgment of the Court of 10 December 1968. Доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX:61968CJ0007> (15.08.2015.). Вид. Marie Cornu, France, in *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Trade*, James A. R. Nafziger and Robert Kirkwood Paterson ed, 2014, 128.

³² Чл. 1 Директиве ЕУ бр. 2014/60 о повраћају културних предмета незаконито изнетих са територије државе чланице.

³³ Radenka Cvetić, *Pravo preče kupovine*, Novi Sad, 2002, 249.

³⁴ Вид. чл. 119 Закона о културним добрима.

³⁵ У Енглеској се, примера ради, право прече куповине актуелизује само уколико се испостави да се ради о добру које је намењено извозу што је, по природи ствари, само покретно културно добро, које испуњава тзв. „Вејверли критеријуме“ (енгл. *Waverly criteria*).

³⁶ Сходно члану 2 Закона о културним добрима: „Културна добра, у зависности од физичких, уметничких, културних и историјских својстава, јесу: споменици културе, просторне културно-историјске целине, археолошка налазишта и знаменита места - непокретна културна добра; уметничко-историјска дела, архивска грађа, филмска грађа и стара и ретка књига - покретна културна добра. Културна добра, у зависности од свог значаја, разврставају се у категорије: културна добра, културна добра од великог значаја и културна добра од изузетног значаја“.

³⁷ Radenka Cvetić, *op. cit.* 248, 249.

је нејасно да ли право прече куповине непокретних културних добара припада свим заводима за заштиту споменика културе на територији наше земље³⁸, само подручном заводу на чијој се територији конкретна непокретност налази, или Републичком заводу за заштиту споменика културе као централној установи заштите непокретних културних добара³⁹. Такође, није јасно да ли право прече куповине уметничко-историјских дела припада свим музејима, или само Народном музеју у Београду. Иста примедба важи и за остале врсте покретних културних добара. Непрецизно одређивање титулара права прече куповине културних добара проблематично је за њихове власнике и потенцијалне купце, али и за судове који су, у складу са правилима извршног поступка, дужни да закључак о продаји непокретности доставе лицима која имају (*уписано*⁴⁰) законско право прече куповине.⁴¹ Проблем титулара може бити решен његовом централизацијом, тј. предвиђањем једног титулара права прече куповине културних добара на националном нивоу који би ово право на предлог заинтересоване установе заштите могао да оствари у своје или, пак, у име неке установе заштите⁴². У том смислу, титулар права прече куповине у нашој земљи би могла да буде Република Србија која би то своје право остваривала преко министарства надлежног за послове културе.

Закон о културним добрима не уређује ближе ни поступак за остваривање права прече куповине културних добара, него само прописује да се „право прече куповине *непокретног* културног добра остварује на начин и по поступку утврђеним законом којим се уређује промет непокретности“⁴³. Закон, међутим, не уређује начин и поступак за остваривање права прече куповине покретних културних добара, нити упућује на сходну примену другог закона. С обзиром на то да је и овде реч о законском праву прече куповине, на право прече куповине покретних културних добара би требало

³⁸ Вид. чл. 70 ст. 1 Закона о културним добрима.

³⁹ Вид. чл. 74 ст. 1 у вези са чл. 79 Закона о културним добрима.

⁴⁰ О критици формулације *уписано* законско право прече куповине вид. Раденка Цветић, *Право прече куповине у извршном поступку у Републици Србији, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2014, 147-160. У тексту новог Закона о извршењу и обезбеђењу (*„Службени гласник РС“*, бр. 106/2015), који почиње да се примењује од 1. јула 2016. године, у чл. 170 ст. 1 отклоњен је наведени недостатак.

⁴¹ Ова обавеза суда се, међутим, односи само на непокретна, а не и на покретна културна добра, што је, такође, проблематично. Вид. чл. 119 ст. 4 Закона о извршењу и обезбеђењу (*„Службени гласник РС“*, бр. 31/2011, 99/2011, 109/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 139/2014).

⁴² Овакво решење је, примера ради, предвиђено чл. Л 123-1 у вези са чл. Р 123-1 Законика о културном наслеђу Француске (*Code du patrimoine – version consolidé eau au 23 février 2015*). Доступно на: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14246> (5.5.2016.).

⁴³ Чл. 119 ст. 2 Закона о културним добрима.

применити правила о остваривању права прече куповине непокретних културних добара. Правила поступка за реализацију права прече куповине културних добара би, према нашем мишљењу, требало да буду прилагођена њиховом значају и специфичностима, услед чега за њих треба предвидети посебан режим. Примера ради, рок од 15 дана у коме титулар права прече куповине има могућност да се изјасни о понуди⁴⁴ треба продужити на разуман рок како би се установама заштите омогућило прикупљање средстава за откуп. Наиме, сваки облик ограничења својине на културним добрима којим се држави, односно њеној установи заштите, омогућује да постане власник културних добара мора да испуни уставне и законске претпоставке за експропријацију.⁴⁵ То налаже и члан 1 Првог протокола Европске конвенције о људским правима којим се сваком гарантује право на мирно уживање имовине⁴⁶, што упућује на закључак да су расположива финансијска средства *conditio sine qua non* за остваривање права прече куповине од стране установа заштите.

Последње грађанскоправно питање које ће бити размотрено у раду тиче се отуђивости културних добара на које се, према важећем праву, не може дати јединствен одговор. Отуђивост културних добара зависи од њиховог својинског облика. Културна добра у приватној својини отуђива су уз поштовање законом прописаног ограничења оличеног у праву прече куповине. Уколико је, пак, реч о културном добру у јавној својини, одговор није јединствен из разлога што постоје различита законска решења која се међусобно искључују. Закон о културним добрима, с једне стране, предвиђа да се културна добра у државној својини⁴⁷ могу отуђити под условима утврђеним законом⁴⁸, док је, с друге стране, Законом о јавној својини прописано да се културна добра у јавној својини не могу отуђити из јавне својине⁴⁹. Реч је о очигледној неусклађености прописа исте правне снаге, при чему први предвиђа да су културна добра у државној својини у промету, а други да је реч о *res extra commercium*. Чини се да овај сукоб законских решења, применом правила *lex posterior derogat legi priori*, треба решити у

⁴⁴ Вид. чл. 7 ст. 3 Закона о промету непокретности („Службени гласник РС“, бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015).

⁴⁵ Вид. John Henry Merryman, “Cultural Property, International Trade and Human Rights“, *Cardozo Arts & Entert. LJ*, 2001, 51.

⁴⁶ Вид. *Beyeler v. Italy*, of 5.1.2000, App. No. 33202/96, Eur. Ct. H.R. (2000).

⁴⁷ Формулација ове одредбе није усклађена ни са чл. 86 Устава Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 98/2006), према коме је државна својина само један од подоблика јавне својине. Због тога законодавац треба да замени реч „државна“ речју „јавна“ својина.

⁴⁸ Вид. чл. 14 ст. 1 Закона о културним добрима.

⁴⁹ Вид. чл. 16 ст. 1 и ст. 4 Закона о јавној својини („Службени гласник РС“ бр. 72/2011, 88/2013, 105/2014).

корист Закона о јавној својини, сходно чему би закључак био да су културна добра у јавној својини неотуђива⁵⁰. Сходно наведеном, у наредној ревизији Закона о културним добрима законодавац би требало изричито да предвиди да су културна добра у јавној својини неотуђива. Истовремено, треба размотрити оправданост увођења опште забране отуђивости културних добара у јавној својини будући да се у иностраној литератури истиче да *en bloc* забрана отуђивости одређених културних добара доприноси покушајима њихове крађе од стране организованих криминалних група. Право земље да предвиди неотуђивост појединих културних добара загарантовано је чланом 13 д UNESCO Конвенције о мерама за забрану и спречавање недозвољеног увоза, извоза и преноса својине на културним добрима из 1970. године. Социјалистичка Федеративна Република Југославија је још 1973. године ратификовала ову Конвенцију, док се Србија, према правилима о сукцесији, сматра њеном чланицом.⁵¹

2. ПРЕКРШАЈНОПРАВНИ АСПЕКТИ

Закон о културним добрима прописује низ обавеза и ограничења власника и држалаца културних добара и добара која уживају претходну заштиту чије непоштовање представља прекршај и повлачи изрицање прекршајних санкција. Прекршаји се уопште, као и у Закону о културним добрима, не прописују као кривична дела, већ се претежно предвиђају санкције за непоступање у складу са појединим члановима закона.⁵²

Прекршаји су прописани у оквиру XI главе Закона о културним добрима, која обухвата чланове 130 до 134 и која носи назив „Казнене

⁵⁰ Вид. Мишљење М-1791/11, о захтеву наследника деоничара уметничке галерије из Немачке за повраћај уметничке слике која се налази у збирци Народног музеја у Београду као културно добро Републике Србије, Билтен Републичког јавног правобранилаштва, бр. 1/2012, 29, 30.

⁵¹ „Службени лист СФРЈ“ - Међународни уговори, бр. 50/73. Статус Конвенције доступан је на: <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=E> (9.5.2016.).

⁵² Можда је, с обзиром на уређење прекршаја, исправније говорити да се не прописују конкретни прекршаји, већ да се за непоступање у складу са појединим одредбама закона или актима ниже правне снаге прописују прекршајне санкције, мада постоје и изузеци. Вид. Иван Д. Милић, Стефан С. Самарџић, Кратка расправа о прекршајним санкцијама са посебним освртом на њихов значај у области заштите животне средине, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015. стр. 1312. На пример, чл. 132 Закона о културним добрима прописује: Новчаном казном од 800 до 8.000 нових динара казниће се за прекршај установа: 1) ако не спроведе мере заштите и не обезбеди археолошко налазиште и налаз (члан 113. став 2. овог закона); 2) ако не води дневник радова и другу документацију о тим радовима (члан 115. став 1. овог закона); 3) ако не преда извештај у складу с чланом 116. став 1. овог закона (...).

одредбе“, које се у закону налазе пре „Прелазних и завршних одредаба“. Прекршајноправне санкције су одвојено прописане за правна и физичка лица – власнике културних добара и одговорна лица у правним лицима. За непоштовање прописаних обавеза се физичким лицима, поред новчане казне, може изрећи и казна затвора до 60 дана.⁵³ Када је реч о новчаним казнама, њихови износи и распони нису усклађени са важећим Законом о прекршајима.⁵⁴ Законодавац је, по свему судећи, „заборавио“ на Закон о културним добрима када је усвајао Закон о изменама закона којима су одређене новчане казне за привредне преступе и прекршаје⁵⁵. То је нарочито интересантно када се узме у обзир да су наведеним законом обухваћени закони из области културе⁵⁶, али је вероватно омашком изостављен Закон о културним добрима. То нас наводи на закључак да ће се, сходно важећем Закону о културним добрима, за непоштовање прописаних ограничења и обавеза власника и држалаца културних добара и добара која уживају претходну заштиту, по правилу, изрицати само багателне новчане казне⁵⁷. Тиме се основано намеће питање смислености прописаних казни. Штавише, може се рећи да Закон о културним добрима изразито ниским новчаним казнама уместо да делује превентивно на потенцијалне учиниоце као да „позива“ на кршење његових решења, јер учинилац неког од ових прекршаја којем суд изрекне новчану казну не губи „скоро ништа“, док истовремено може да оствари велику имовинску корист учињеним прекршајем. Речено ће бити демонстрирано конкретним примерима.

Члан 130 Закона о културним добрима прописује: новчаном казном од **1.000 до 10.000 нових динара** казниће се за прекршај установа, предузеће, друга организација и друго правно лице (...), а затим се наводи за које прекршаје, односно наводе се чланови за чије се „непоштовање“ прописује санкција. У оквиру овог члана прописује се преко тридесет „радњи или непредузимања радњи“ за које се прописује наведена прекршајна санкција. У другом ставу овог члана прописано је да „казном затвора до 60 дана, односно новчаном казном од 100 до 1.000 нових динара казниће се за прекршај из

⁵³ Вид. чл. 130 Закона о културним добрима. „Казна затвора, као најтежа прекршајна казна, ријетко се прописује као искључива казна за прекршаје, него редовно долази као алтернативна казна уз новчану казну“, Стјепан Потоčki, *Prekršajno pravo, opći dio*, Zagreb, 1959, 57.

⁵⁴ Вид. чл. 39 ст. 1 Закона о прекршајима („Службени гласник РС“, бр. 65/2013 и 13/2016).

⁵⁵ „Службени гласник РС“, бр. 101/2005.

⁵⁶ Вид. чл. 95-99 Закон о изменама закона којима су одређене новчане казне за привредне преступе и прекршаје.

⁵⁷ За правна лица је предвиђена новчана казна у распону од 1.000 до 10.000 нових динара, а за физичка лица новчана казна у распону од 100 до 1.000 нових динара. Вид. чл. 130 ст. 1 и ст. 2. Закона о културним добрима.

става 1. овог члана сопственик културног добра, а одговорно лице у установи и другом правном лицу новчаном казном од 100 до 1.000 нових динара⁵⁸. Оваквом законском решењу може се упутити неколико критика. Прво, по Закону о прекршајима новчана казна може се прописати у распону - од **50.000 до 2.000.000** динара за правно лице.⁵⁸ Друго, поједини чланови Закона о културним добрима престали су да важе, али је законодавац „заборавио“ да стави ван снаге одговарајуће прекршајне санкције у оквиру Казнених одредаба.⁵⁹ Надаље, прописују се прекршаји за сопственика ствари, који је и физико лице, док према слову Закона конкретан прекршај може да учини само „музеј, архив, кинотека и одређена библиотека“.⁶⁰ Такође, недопустиво је да се за прекршај прописује казна затвора до 60 дана, односно новчана казна од 100 до 1.000 нових динара за сопственика ствари, и новчана казна од 100 до 1.000 нових динара за одговорно лице.⁶¹ Овакво прописивање новчане казне није у складу са Законом о прекршајима.

У тексту који следи указаћемо на остале чланове Закона о културним добрима којима се прописују прекршаји, са циљем да предочимо да је садашње прописивање новчаних казни у супротности са Законом о прекршајима, те да је њихова висина скоро па безначајна. Члан 131 Закона о културним добрима прописује - новчаном казном од 900 до 9.000 нових динара казниће се за прекршај установа, предузеће и друго правно лице у чијем раду настаје регистратурски материјал.⁶² Ставом два прописује се - новчаном казном од 90 до 900 нових динара казниће се за порекршај из става 1. овог члана одговорно лице у установи и другом правном лицу. Чланом 132 Закона о културним добрима прописује се - новчаном казном од **90 до 900 нових динара** казниће се за прекршај из става 1. овог члана и одговорно лице у установи и другом правном лицу⁶³. Новчаном казном од **80 до 800**

⁵⁸ Чл. 36 ст. 1 тач. 2 Закона о прекршајима.

⁵⁹ Тако је на пример престао да важи чл. 42 - 45 и чл. 46, али се и даље прописује санкција ако се поступи противно чл. 42. ст. 1, и чл. 42 ст. 6.

⁶⁰ Вид. чл. 87 и чл. 130. ст. 1 тач. 21 и ст. 2. чл. 87 Закона о културним добрима.

⁶¹ Казна затвора не може се прописати у трајању краћем од једног ни дужем од шездесет дана. чл. 37 ст. 1 Закона о прекршајима. С тим у вези, Закон о културним добрима, с једне стране, прописује казну затвора у максималном трајању (до 60 дана), и са друге стране, новчану казну у „минималном износу“, што је недопустиво. Дакле, судија може учиниоцу прекршаја да изрекне најстрожу казну затвора или новчану казну која није у складу са Законом о прекршајима. Само још да појаснимо, суд може да изрекне казну затвора до 60 дана, а с обзиром да се Законом о културним добрима не прописује колико је минимум трајања казне затвора, учиниоцу прекршаја се може изрећи казна затвора у трајању од једног дана, јер је казна затвора од једног дана општи минимум трајања казне за учињени прекршај.

⁶² Након тога се у шест тачака наводи за које све прекршаје.

⁶³ Након тога се у пет тачака наводи за које све прекршаје.

нових динара казниће се за прекршај из става 1. овог члана стручно лице које врши археолошка ископавања, као и одговорно лице у установи која врши археолошка ископавања. **Чланом 133 Закона о културним добрима** прописује се - новчаном казном **од 700 до 7.000 нових динара** казниће се за прекршај установа, односно предузеће ако назив, име и лик културног добра користи у комерцијалне сврхе без одобрења (члан 73. овог Закона). Новчаном казном **од 70 до 700 нових динара** казниће се за прекршај из става 1. овог члана и одговорно лице у установи, односно предузећу. Чланом 134 Закона о културним добрима прописује се - казном затвора до 30 дана, односно новчаном казном **од 100 до 1.000 нових динара** казниће се за прекршај лице које ван организованог истраживања, ископа из земље, односно извади из воде добро које ужива претходну заштиту, ако у року од 24 сата не обавести установу заштите и орган унутрашњих послова (чл. 28. ст. 1. овог Закона). С друге стране, по Закону о прекршајима: законом или уредбом новчана казна може се прописати у распону: 1) од 5.000 до 150.000 динара за физичко лице или одговорно лице; 2) од 50.000 до 2.000.000 динара за правно лице; 3) од 10.000 до 500.000 динара за предузетника.⁶⁴

Постојала је могућност да се овакво законско решење усклади са Законом о прекршајима приликом измена Закона о културним добрима из 2011. године, али та „шанса“ није искоришћена. Законодавац је, такође, пропустио „прилику“ да измени новчане казне, што је за сваку критику, 2005. године, када је донет Закон о изменама закона којима су одређене новчане казне за привредне преступе и прекршаје.⁶⁵

У прекршајном поступку казна затвора се изриче у малом броју случајева. С тим у вези, ако би се од стране прекршајног суда изрицала новчана казна која је прописана Законом о културним добрима, сматрамо да се њеним изрицањем и извршењем не би постигла сврха кажњавања.⁶⁶ Осим тога, не можемо да се не запитамо да ли поступајући судија „може“ да изрекне новчану казну која није у складу са основним законом – Законом о прекршајима?

⁶⁴ Вид. чл. 39 ст. 1 тач. 1 и 2 Закона о прекршајима.

⁶⁵ „Службени гласник РС“, бр. 101/2005.

⁶⁶ Закон о прекршајима у чл. 33 ст. 2. прописује: У оквиру опште сврхе прекршајних санкција (члан 5. став 2.) сврха кажњавања је да се изрази друштвени прекор учиниоцу због извршеног прекршаја и да се утиче на њега и на сва остала лица да убудуће не чине прекршаје. Иако је неко лице у прекршајном поступку кажњено и најмањом новчаном казном, оно се уписује у Регистар санкција. Вид. Иван Милић, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, 239–251. Међутим, постоји могућност да се учиниоцу прекршаја одузме имовинска корист која је прибављена прекршајем. Вид. чл. 66 Закона о прекршајима.

ЗАКЉУЧАК

Културно наслеђе земље нераскидиво је повезано са њеним националним идентитетом. Због тога очување културних добара представља кључан предуслов за очување културног идентитета земље и народа који у њој живи. Упркос поодмаклом процесу глобализације, масовној и стандардизованој производњи, област културе је једна од ретких која и даље пружа простор за неговање различитости. Очување културног наслеђа је, такође, кључан предуслов за остварење права на културу које је Универзалном декларацијом о људским правима⁶⁷ и Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима из 1966. године⁶⁸ признато као основно људско право. Уважавајући значај културе из угла очувања различитости и потребе грађана и шире јавности да у њој уживају, законодавац треба да јој посвети пажњу коју она заслужује. То се, пре свега, постиже одговарајућим правним оквиром. Због тога је у раду скренута пажња на поједина питања у погледу којих постоји простор за побољшање нормативних решења. Штавише, у раду је указано да одредбе Закона о културним добрима којима су прописане прекршајноправне санкције захтевају хитну интервенцију законодавца. Неприхватљиво је да се за непоштовање обавеза прописаних Законом о културним добрима изричу новчане казне којима се не може постићи нити превентивна нити репресивна сврха кажњавања. Због тога их у најкраћем року треба ускладити са износима и распонима новчаних казни прописаних важећим Законом о прекршајима. У раду је, такође, указано на простор за унапређење појединих грађанскоправних аспеката важеће регулативе о културним добрима. Наиме, истакнута је потреба за увођењем јединственог, централног и електронског регистра културних добара као и потреба за састављањем листе националног културног блага. Указани су пропусти законодавца приликом уређења права прече куповине културних добара. Предложено је да се ово право утврди у корист Републике Србије која ће га, у своје, или, пак, у име и на предлог неке установе заштите, остваривати преко министарства надлежног за област културе. Истовремено је указано на потребу прилагођавања поступка за остваривања права прече куповине особеностима културних добара. На крају, законодавцу је сугерисано да усклади одредбу о отуђивости културних добара у државној својини из Закона о културним добрима са Уставом Републике Србије и Законом о јавној својини, у смислу прописивања неотуђивости културних добара у јавној својини.

⁶⁷ Вид. чл. 22 и 27 Универзалне декларације о људским правима из 1948. године.

⁶⁸ Вид. чл. 7 у вези са чл. 15 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима из 1966. године.

Sloboda Midorović, LLM
Teaching assistant
Ivan Milić, LLM
Assistant

CHALLENGES OF CULTURAL PROPERTY LAW IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The focus of authors attention are certain questions that pertain to cultural property law of the Republic of Serbia. The paper is of a multidisciplinary nature in that it reviews specific civil and misdemeanor law aspects of the given subject matter.

The first part of the paper is devoted to several civil law questions about cultural goods, specifically to the registries of cultural goods, pre-emption right over cultural goods and (in)alienability of publicly owned cultural goods.

In the second part, the attention rests to the misdemeanor sanctions stipulated in the Law on cultural goods, whereby their discrepancy with the Misdemeanor Law has been indicated.

At the end, authors conclude that changes of specific provisions of the Law on cultural goods of the Republic of Serbia are desirable, and with regard to some points even inevitable, offering at the same time specific de lege ferenda solutions.

**ПРИВРЕДНОПРАВНА
ОБЛАСТ**

Урош Здравковић
Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ТРГОВИНСКЕ САНКЦИЈЕ У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

Апстракт:

Систем људских права на међународном нивоу није у потпуној мери ефикасан у заштити субјеката који се лишавају основних људских права. Као један од начина борбе против повреде људских права могу се користити и трговинске мере против државе која се препозна као одговорна за кршење, омогућавање кршења, као и за организовање и помагање таквих активности. Правила Светске трговинске организације (СТО) су веома стриктна када је у питању примена мера са економским дејством ради постисања неекономских циљева. Иако предвиђа одређене изузетке у којима чланица може одступити од преузетих обавеза и принципа Организације, право СТО не препознаје изричито заштиту људских права у другој држави као основ за такво одступање. Због тога могућност да држава чланица СТО уведе мере за заштиту људских права са трговинским дејством, а да притом не прекрши норме СТО, треба потражити у тумачењу члана XX Општег споразума о царинама и трговини (GATT) и члана XIV Општег споразума о трговини услугама (GATS). Обе одредбе наводе интерес заштите јавног морала као основ који оправдава одступање од принципа СТО. Ако се пође од оправдане претпоставке да је са становишта сваке цивилизоване државе кршење поједних људских права неморалан чин (попут ропства, трговине људима, присилног рада, дечје радне снаге и сл.), онда се у овим одредбама може препознати основ за одступање од принципа СТО и примену трговинских санкција према чланици која је одговорна за такве појаве.

Кључне речи: *људска права, трговинске санкције, Светска трговинска организација.*

Увод

Међународни механизми у испуњавању стандарда људских права састоје се, пре свега, кроз надгледање, и у неким случајевима, путем индивидуалне или групне притужбе међународним институцијама. Не постоји довољно чврст и ефикасан механизам санкција који би сваку државу приморао да поштује људска права у складу са међународним стандардима. Овакви недостаци условили су да неке државе посежу за трговинским

мерама како би помоћу њих ефикасније сузбијале кршење људских права у другим државама.

Трговинске санкције могу представљати ефикасно средство у спроводјењу циља подизања глобалног нивоа заштите људских права. Међутим, с обзиром да се ради о трговинским мерама којима се не остварују економски циљеви, нужно долази до мешања интереса, норми и принципа који се се развијали изоловано једни од других. То често може да буде извор многих проблема са којима би се држава која примењује трговинске санкције суочила.

Постоји, ипак, општа тенденција да питања која се тичу људских права добијају све већу пажњу приликом креирања трговинске политике многих држава и трговинских и економских организација. Стању људских права се све више поклања пажња и приликом трговинских преговора и учлањења у међународне економске организације.

Светска трговинска организација (СТО) уводи нова правила понашања у трговинским односима која подразумевају да чланице не могу на унилатералан начин увести према другој чланици мере са трговинским дејством. Такве мере би морале бити у складу са правилима и принципима СТО. Међутим, проблем је у томе што ни право СТО, а ни бивши ГАТТ – 1947, не помињу експлицитно људска права као основ за трговинске рестрикције.

Питање које се поставља је да ли правни систем СТО има потенцијал да омогући примену трговинских мера са циљем заштите људских права? Односно, да ли чланица СТО може примењивати трговинске мере према другој чланици СТО која је одговорна за кршење људских права? СТО нема овлашћења да колективно уведе трговинске санкције према некој чланици услед лошег положаја људских права. Чак, испуњење стандарда људских права није ни формални услов за приступање СТО. Међутим, спорно је да ли поједина чланица СТО има право да, штитећи интересе људских права, унилатерално примени мере са трговинским дејством према другој чланици.

Споразуми на којима почива правни систем СТО не препознају експлицитно наведену могућност. Одговор на ово питање још више отежава и непостојање става о том проблему у пракси решавања спорова од стране надлежних институција СТО. Због тога се у тражењу одговора на ово питање морамо ослонити на теоријски приступ и имплицитно значење појединих одредби у споразумима СТО.

1. Регулисање међународне трговине и питање људских права

Консолидација регулативе људских права и регулативе међународне трговине још увек није лак задатак. Норме људских права и норме међународне трговине развијале су се одвојено. Са друге стране, између ових

правних система постоји функционална међузависност, јер су се успостављали мање – више истовремено и делили идентичан циљ – унапређење животног стандарда људи. Ова тенденција се може посматрати као "противречност глобализације", која проблеме људских права оставља по страни када регулише економске токове.¹ Питања људских права су одвојена од економске регулативе и међународне трговине, и ова два сегмента још увек представљају засебне системе. Међународно право људских права има за свој циљ заштиту људских права на глобалном нивоу, а међународно трговинско право уређење и регулисање међународне трговине, чији је основни циљ профит. Међутим, последњих година се све више наглашава да људска права треба да буду примарни циљ међународне трговине и регулативе која се односи на ту област.

Иако се често истиче да су слободна трговина и економске слободе нужни чиниоци суштинског остваривања људских права, они се лако могу претворити у фактор који утиче на њихово угрожавање. Глобализација је условила појаву нових облика прекограничних криминалних подухвата. Међународне криминалне активности којима се повређују основна људска права појединачно или група се стално увећавају. Као облици међународног криминала најчешће се издвајају илегална трговина дрогом и оружјем, праће новца и трговина људима (мање контроле на границама доста погодују лакшој трговини људима). Уз све своје предности, слободна трговина је погодна и да олакша овакве негативне подухвате.

У бројним документима организација при Уједињеним нацијама које се баве људским правима истиче се неопходност сарадње са СТО и њеним чланицама како би се назначила хумана димензија слободне трговине и инвестиција, и како би се осигурало да принципи људских права и обавезе које из њих произлазе буду узети у обзир приликом трговинских преговора у оквиру СТО. Такав став је изразила и Поткомисија УН за заштиту и промоцију људских права.²

2. Мере за заштиту људских права са трговинским дејством

Људска права никада до сада нису разматрана у контексту међународног трговинског права. Међународно право људских права има за свој циљ заштиту људских права на глобалном нивоу, а међународно трговинско право уређење и регулисање међународне трговине, чији је основни циљ профит. Такође, ако савремени систем међународног трговинског права посматрамо као систем СТО, онда се може констатовати

¹ D. Shelton, *Protecting Human Rights in a Globalized World*. *Boston College International and Comparative Law Review*. Vol. 25, Iss. 2, 2002, стр. 284.

² Ibidem.

да тај систем предвиђа далеко ефикаснију заштиту права која предвиђа од оне заштите која је гарантована системима људских права. За разлику од права СТО, које се одликује ефикасним механизмом за остваривање права путем институционалног система решавања спорова, међународни систем људских права се не може похвалити таквим механизмом. Тренутно не постоји универзални и институционални начин ефикасне примене санкција против државе која крши општеприхваћена људска права.

Међународно трговинско право и Право људских права се ипак нужно преплићу, и на крају крајева, имају исти врховни циљ – побољшање животног стандарда људи. Осим ове апстрактне и идејне повезаности, јавља се и много практичнија повезаност која се огледа могућношћу да се нормама међународног трговинског права, и активностима у складу са тим нормама, на ефикаснији начин заштите људска права, односно да се трговинским мерама утиче на стање људских права у некој земљи или региону.

Када је у питању појам „трговинске мере”, он се треба схватити широко, у смислу сваке мере која има утицај и дејство на међународну трговину. Такве мере се најчешће јављају у два вида: а) као трговинске санкције и б) као трговински подстицаји.

Циљ трговинских мера за заштиту људских права је побољшање људских права у одређеној држави. Начини на које се преко трговинских мера може утицати на стање људских права су различити и бројни. Мере се могу спроводити ради општег побољшања стања људских права у некој земљи, али за циљ могу имати и побољшање неког конкретног генерално прихваћеног људског права које се крши у појединој држави: на пример путем забране увоза производа у чијем је настајању учествовала радна снага над којом се примењује ограничење слободе или присилни рад, или дечја радна снага.³

Овакве мере се означавају као „мере за заштиту људских права са трговинским дејством” (енг: *Trade-related human rights measures*) и могу, као што је поменуто, представљати трговинске санкције или трговинске подстицаје који су условљени испуњењем одређених стандарда људских права. Овакве мере се најчешће примењују од стране развијених земаља према неразвијеним и представљају важан и ефикасан инструмент заштите људских права на глобалном плану.⁴

³ С. М. Vázquez, Trade Sanctions and Human Rights – Past, Present, and Future. *Journal of International Economic Law*, 2003, стр. 797, наведено у: G. Zagel, The WTO and Trade-Related Human Rights Measures: Trade Sanctions vs. Trade Incentives. *Austrian Review of International and European Law*, No. 9, 2004. ©2006, стр. 121.

⁴ Као прве трговинске санкције које су уведене некој земљи као одговор на насиље према људима, помиње се сет економских санкција које је Атина за време Периклове владавине, 432. године п.н.е. увела против Мегаре због отмице три жене, држављанке

Трговинске санкције услед кршења основних људских права у некој држави могу се такође увести у виду економског ембарга од стране Савета безбедности УН у складу са Главом VII Повеље Уједињених Нација (УН). Овакве мере су до сада често спровођене према многим земљама, додуше не увек као реакција на кршење људских права. Акције које Савет безбедности може преузети на основу Главе VII Повеље УН се односе пре свега на поновно успостављање мира у неком региону, међутим, економске санкције се могу увести и услед енормног кршења људских права у некој земљи⁵.

3. Људска права и правни систем Светске трговинске организације

Светска трговинска организација својим оснивањем уводи потпуно нови систем међународне трговине, доноси нова правила и поступке којих се све државе чланице морају придржавати. Значајно је да правила СТО дозвољавају једино царине као протекционистичке мере које државе могу употребљавати у склопу своје спољнотрговинске политике, док су остале ограничавајуће мере дозвољене као изузетак, и уз испуњење стриктно прописаних услова.

Према правилима која СТО предвиђа, свака трговинска санкција се може сматрати дискриминаторном⁶ и због тога постоји нејасноћа у односу између обавеза које држава има као чланица СТО и обавеза у домену људских права. Ипак, члан XXI (c) GATT дозвољава одступање од обавеза и принципа у односу на чланицу против које се примењу мере у складу са одлуком Савета безбедности на основу Главе VII Повеље УН.

СТО за сада оклева да се позабави питањем људских права и њени званичници наглашавају да је она трговинска, а не организација за заштиту људских права⁷. СТО не поседује надлежност и механизам да као организација, попут Савета безбедности, уведе колективне трговинске санкције према држави у којој се угрожавају људска права. Штавише, целокупни правни систем СТО је конципиран на начин којим се одређује шта чланице не смеју да предузимају, а не шта могу, или морају да

Атине коју су извршиле њене власти. Савременији пример оваквих мера су трговинске санкције према Бурми које су увеле Сједињене Државе и које су се састојале од укидања трговинских олакшица (Опште шеме преференцијала) због кршења појединих људских права.

⁵ Хаити, Руанда и Конго су, на пример, државе против којих је Савет безбедности примењивао економске санкције услед великог степена кршења основних људских права. Наведено у: Cf. C. J. Le Mon, R. S. Taylor, Security Council Action in the Name of Human Rights. 11 *African Yearbook of International Law*, 2003, стр. 263.

⁶ Ст. I и XI GATT.

⁷ G. Zagel, op. cit, стр. 123.

предузимају. Због тога и не чуди да споразуми у систему СТО не садрже одредбе које би упућивале државе на које све начине могу да унапреде људска права на својој територији, а да притом не поремете слободну трговину⁸.

Треба поменути и да се у пракси решавања спорова у оквиру СТО до сада није појавио случај који се директно тича кршења људских права. Осим тога, судећа тела СТО не поседују мандат, нити су квалификована да одлучују о постојању повреде људских права. То се од њих не може ни очекивати, већ је на државама да се старају истовремено о поштовању људских права и својих обавеза из СТО.⁹ Међутим, органи који су у систему СТО надлежни да решавају спорове до сада су више пута имали прилику да се баве трговинским рестрикцијама које имају неекономске циљеве (нпр. заштита животне средине). Такви случајеви несумњиво доводе органе за решавање спорова у позицију да балансирају између интереса слободне трговине и неекономских интереса, попут заштите јавног здравља, животне средине итд.

Имајући у виду да пријем у СТО, осим економске, има и приличну политичку конотацију, неке моћне чланице СТО могу условљавањем државе – апликанта извршити притисак са циљем побољшања стања људских права у њој. Овакву праксу су до сада упражњавале једино Сједињене Америчке Државе, користећи стратегију условања чланства у СТО стањем људских права. Међутим, то је чињено без довољно доследности.¹⁰

4. Могућност за увођење рестрикционих трговинских мера на основу члана XX GATT-а и члана XIV GATS-а.

Светска трговинска организација дозвољава одређене изузетке којима допушта чланицама да одступе или модификују своје обавезе у придржавању принципа СТО са циљем заштите одређених дефинисаних јавних и неекономских интереса. Могућности да чланице ограничавају трговину у овом смислу су ограничене и услови за примену ограничавајућих мера су строги.

Најзначајнија одредба у систему права СТО која има потенцијал да оправда мере за заштиту људских права са трговинским дејством је члан XX GATT, који иначе уређује услове за одступање од принципа СТО. Нарочити значај имају тачка (а) - одступање од принципа са циљем заштите јавног

⁸ S. A. Aronson , Seeping in slowly: how human rights concerns are penetrating the WTO. *World Trade Review* 6:3, 2007, стр. 2.

⁹ G. Marceau, WTO Dispute Settlement and Human Rights. *European Journal of International Law*. Vol. 30, No.4. 2002, стр 813-814.

¹⁰ S. A. Aronson, op. cit., стр. 11.

морала и тачка (е) – одступање у случају учествовања затворске радне снаге у производњи. Са друге стране, члан XX не признаје експлицитно кршење људских права као оправдан разлог за одступање од принципа те Организације.

Изузимајући стриктну интерпретацију члана XX GATT, најзначајније питање је да ли чланица СТО има право да различито “третира” производ једне чланице СТО у односу на остале чланице, на основу метода процеса и производње производа (енг: *process and production methods* – PPM).

Људска права се често повређују путем радних услова. Када је у питању терминологија СТО, радни услови се могу ценити кроз метод процеса и производње (PPM). Постоје бројни примери где се експлоатише дечја радна снага, или где радници раде у условима сличним ropству. Један од метода борбе против те праксе је примена рестрикционих мера за увоз производа који настају таквим радом.

Дефиниција јавног морала на који упућује одредба XX (a) GATT не постоји у оштеприхваћеном облику, али свакако укључује у свој појам поштовање основних људских права. На пример, заштита јавног морала може оправдати забрану увоза порнографског материјала који је настао услед озбиљног малтретирања жена, или чак деце. Међутим, треба поменути да се тешко може наићи на случај из праксе решавања спорова пред СТО где се помиње заштита јавног морала или права затвореника као основ за трговинске санкције. У целој историји решавања спорова у систему СТО, па и у оквиру ранијег GATT -1947, постоји само један случај где се расправљало о јавном моралу као основу за изузетак од принципа GATT. Ради се о тужби Антигве и Барбуде против САД које су увеле забрану прекограницних услуга коцкања и клађења, истичући да САД тиме крше обавезе предвиђене правилима СТО, односно Општег споразума о трговини услугама. САД су се у овом случају позвале на заштиту јавног морала и на члан ХИВ GATS, који је по својој садржини и тексту сличан члану XX GATT. У свом извештају Панел је закључио, сто је касније потврдило и Апелационо тело, да је појам “јавног морала” “флексибилан и да се мора тумачити у контексту сваке ситуације, од случаја до случаја и том приликом треба анализирати све факторе који су релевантни за тренутну ситуацију и поднебље, укључујући друштвене, културне и религијске вредности” и да свака држава има суверено право да цени шта је у складу са њеним јавним моралом¹¹. Јавни морал је дефинисан као “стандард на основу којег се процењује шта је добро, а шта је погрешно у складу са уверењима одређене заједнице или нације”¹². Појам јавног поретка који је садржан у члану XIV(a)

¹¹United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Appellate Body Report, adopted on 20 April 2005, WT/DS285.

¹²Ibidem.

GATS, али не и у члану XX GATT, упућује на заштиту фундаменталних интереса једног друштва. Иако је Панел означио да се ради о два различита концепта, ради се о појмовима којима се штите приближно исте вредности, па преклапање не може изазвати забуну.

На основу напред изнетих аргумената, и имајући притом у виду да се кршење најосновнијих права човека попут слободе, телесног и физичког интегритета, полне слободе и сл., без сумње може сматрати неморалним поступањем, члан XX (а) GATT и члан XIV GATS омогућавају оправдан основ за увођење трговинских санкција против државе која посредно или непосредно учествује у кршењу основних људских права. Са друге стране, смисао члана XX (е) GATT, који дозвољава примену органишавајућих мера када су у питању производи у чијем је стварању учествовала затворска радна снага, имплицитно конституише PPM метод, па се његова примена може проширити и на ситуације сличне ропству у којој се налазе радници у појединим земљама.

Када су у питању мере које се преузимају у складу са чланом XX GATT и XIV GATS, неопходно је да оне прођу тест пропорционалности, који подразумева проверу да ли је мера неопходна и подобна да се постигне циљ.¹³ То значи да се не може увести општа забрана увоза из државе која је идентификована као одговорна за кршење људских права, већ се мора, што је могуће прецизније, означити производ или услуга која има везе са нелегалном експлоатацијом људи и у односу на то увести забрану. Иако се чини да је забрана увоза производа најједноставнија мера која се може предузети, њом се тешко може побољшати положај жртава. У овом случају ефикасније решење би било обавезно етикетирање производа чиме би се потрошачи обавестили о начину његове производње.

Да би се спречила злоупотреба права на изузетке које предвиђа члан XX GATT, постоје и додатни захтеви који морају бити испуњени. Било која мера која се уводи у складу са чланом XX GATT не може се примењивати на арбитражан начин или на начин да се њоме успоставља неоправдана дискриминација између земаља, или да представља прикривено ограничење међународне трговине¹⁴. У том смислу, ако нека чланица СТО сматра да друга чланица својим мерама крши преузете обавезе, или мере примењује на неадекватан начин и тиме јој наноси штету, има могућност да такву чланицу тужи Органу за решавање спорова.

¹³ Више о принципу пропорционалности видети у: П. Цветковић, Принцип пропорционалности у праву WTO: пример члана XX GATT-а, *Право и привреда*, Бр. 5-8, 2008, стр. 692-705.

¹⁴ Преамбула члана XX GATT.

Uroš Zdravković, LL.M
Teaching assistant

TRADE SANCTIONS IN THE FUNCTION OF PROTECTING HUMAN RIGHTS

Summary

The system of human rights on international level is not completely efficient in protecting subjects which are deprived of basic human rights. One of the methods in fight against violation of human rights are trade measures towards state that is recognized as a responsible for violation, enabling of violation, as well as organizing of such activities. The rules of the World trade organization (WTO) are very rigid regarding application of economic measures for non-economic goals. Although it provides some exceptions in which Member can escape from negotiated obligations and principles of the WTO, the WTO law does not explicitly recognize protection of human rights in other Member as a justification for escaping. However, the possibility for application of trade measures in order to protect human rights can be found in articles XX of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) and XIV of the General Agreement on Trade in Services (GATS). Both provisions provide interest of public moral as a justification for deviation from the WTO principles. If we accept assumption that from the point of each civilized state, violation of certain human rights is immoral (for example slavery, human trafficking, forced work, child labor), then we can find in these WTO provisions basis for application of trade sanctions against Member that is responsible for that.

Дамјановић Гордана
Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица
Др Видоје Спасић
Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ПАТЕНТИРАЊЕ ЉУДСКОГ ГЕНЕТСКОГ МАТЕРИЈАЛА

Анстракт:

Развој биотехнологије донео је многе погодности људима али и опасности и ризике. Патентирање биотехнолошких проналазака уопште и посебно патентирање гена изазивало је од самог почетка многе полемике. Свидело се то многим или не, патентирање се не може зауставити, па га је боље контролисати у корист целокупне друштвене заједнице. Правни оквир патентирања гена у Европи је Конвенција о европском патенту и Биотехнолошка Директива. У судској пракси САД, која је веома важан извор права у англосаксонском правном систему, не постоји доследност у погледу патентирања предмета природе, већ се случајевима прилази из разних историјских контекста, одлуке су или прагматичне, формалистичке, патентно пријатељске али могу бити и патентно скептичне. Ипак, патентирање гена обезбеђује инвестирања у истраживање и развој ове области, а патенти у овој области могу бити од огромне користи. Један од предлога је сужавање обима патентне заштите гена, што је свакако боље решење од потпуног искључивања гена из патентне заштите. Поред обавезног лиценцирања и патентних базена, адекватна су и изузећа из патентне заштите која могу ускратити или сузити обим патентне заштите, када је то потребно у општем интересу.

Кључне речи: *биотехнологија, патент, гени, обавезне лиценце, патентни базени.*

Појам биотехнологије

Поред информатике, печат времену у коме живимо даје и изузетан развој биотехнологије.¹ Нема сумње да су обе науке донеле многе

¹Израз биотехнологија представља кованицу која потиче из грчког језика: *bios* (живљење), *teuchos* (алат) и *logos* (наука). Овај термин први пут је употребио мађарски научник *Károly Ereky*: *Biotechnologie der Fleisch-, Fett-, und Milcherzeugung im*

погодности људима али и својеврсне ризике и опасности. Због свог динамичног развоја биотехнологија се с правом назива науком перманентне револуције. У најширем смислу, биотехнологија представља науку која проучава примену биолошких активности за добијање одређених производа или остваривање неког процеса.

Европска федерација биотехнолога је 1992. године дефинисала биотехнологију као примену биохемије, микробиологије и инжењерских знања у циљу коришћења микроорганизама, култура биљних и животињских ћелија и ткива или њихових делова у индустријској производњи. На основу ове дефиниције се види да она има изразиту мултидисциплинарност.²

У складу са дефиницијом биотехнологије као “интеграције природних наука и инжењеринга у примени организама, ћелија, делова ћелија и молекуларних аналога у производњи”³, Европска комисија је 1999. године одредила таксономију биотехнологије, односно биотехнолошке области и подобласти. Истраживачке и развојне активности на овом пољу усмерене су ка осам основних области и разграната у оквиру њих.⁴

Према ставу Генералне скупштине Европске федерације за биотехнологију из 1989. године, биотехнологија је спој природних и инжењерских наука у циљу примене организама, ћелија, њихових делова и молекулских аналога за добијање производа и услуга. Сагласно Одредници ОЕСД из 2002. године, биотехнологија је примена науке и технологије на живе организме као и на њихове делове, производе и моделе, у циљу побољшања живих и неживих материјала, ради добијања знања, роба и услуга.

Под биотехнологијом подразумевамо употребу биолошких продуката (ензима) у производне сврхе, т.ј. прекрајање живих бића у функцији захтева индустријске производње. Дакле, биотехнологија је комерцијализација биологије ћелија. Прерада биолошких продуката назива се биоинжењерство, а измена генетичке структуре организама генетички инжењеринг.⁵

landwirtschaftlichen Grossbetriebe : für naturwissenschaftlich gebildete Landwirte verfasst / von Karl Ereky, 1919, Berlin.

² Попов, С.; Основи биохемијског инжењерства, Технолошки факултет, Нови Сад, 2000.

³ Генерална скупштина Европске федерације за биотехнологију, 1989.

⁴ Области биотехнологије (ЕС, 1999) су: 1. биотехнологија биљака (пољопривредних култура, дрвећа, жбуња итд.); 2. биотехнологија животиња; 3. биотехнологија заштите околине; 4. биотехнологија у индустрији (храна, сточна храна, папир, текстил, фармацевтска и хемијска производња); 5. биотехнологија у индустрији (производња ћелија и истраживања ћелија произвођача прехранбених и осталих производа); 6. развој хумане и ветеринарске дијагностике (терапеутски системи); 7. развој основне биотехнологије; 8. нетехничке области биотехнологије.

⁵ В.Спасић,Д.Вујисић, „Савремене тенденције у примени ГМ хране – осврт на српско законодавство“стр.2.

Биотехнолшке методе можемо поделити на традиционалне са једне и савремене биотехнолошке методе са друге стране. Традиционални биотехнолошки поступци поред разних видова ферментације, обухватају и манипулацију генима путем тзв. конвенционалних метода оплемњивања. Реч је вертикалном преносу гена са родитеља на потомство унутар исте врсте. Савремени биотехнолошки поступци односно генетски инжењеринг, подразумева облик вештачке манипулације и преноса гена између индивидуа различитих несродних врста.⁶ За разлику од класичне, модерна биотехнологија примењује своје технике на ћелијама и молекулима. Свако живо биће је изграђено од молекула који су слични и ретко на молекуларном нивоу постоји разлика између људи, риба, дрвећа, црва и бактерија. Али се између врста разликује дезоксирибонуклеинска киселина (ДНК) и она их на крају и чини то што јесу⁷.

Ген је посебан фрагмент ДНК који омогућава нашем геному да пренесе наследне информације новим генерацијама, док је геном скуп свих гена у организму. Сваки организам, укључујући и људски чува своју генетску информацију у геному који се базира на ДНК. ДНК је хемијска база податка која носи комплетан сет инструкција за прављење свих протеина које ће икада требати ћелијама и који у суштини одређује сваки детаљ у организму. Реч је о компликованом биолошком систему у којем је на хиљаде протеина кодирано тако да са другим протеинима осигура здравље људи. Док прецизна интеракција протеина диктира такве ствари као што су физички изглед, опште здравствено стање и метаболизам. Узнемиравање баланса протеина у људском телу доводи до генетских дефекта или мутација које изазивају многе болести.⁸

ДНК су „спаковане“ у хромозомима и сваки хромозом садржи хиљаде гена, а сваки ген одређену комбинацију ДНК низа. ДНК чине два међусобно повезана ланца у двоструку спиралу. Појединачни ланци се заправо састоје од низа нуклеотида, који се идентификују према својим базама. Постоје четири врсте нуклеотида (аденин, тимин, цитонин и гуанин), док се сваки нуклеотид састоји од шећера, фосфата и нуклеобазе. Човеков ДНК се састоји од више од три милијарде парова нуклеотида, распоређених у 23 пара хромозома, физички засебних молекула у чији састав улази између 50 и 250 низова пара нуклеотида.

⁶ В. Спасић, „Патентирање производа биотехнологије“, Зборник Правног факултета у Нишу XLVI, стр. 78.

⁷ E.R. Jayaram, „Open source movement in biotechnology research – a contemporary Study on research Data Protection and Legal issues in Intellectual Property Management“, Mahatma Gandhi University, 2011, www.shodhganga.inflibnet.ac.in:8080/jspu/handle/10603/26002-

⁸ X. Li, „The patentability of Human genetic Material in China, A Comparative Analysis“, 2003., стр. 5

Развој биотехнологије

Као резултат човекове појачане жеље да зна механизме који одржавају живе организме, настали су научни продори попут генетског инжењеринга и мапирање људског генома. Почетак 21. века је обележило одређивање комплетног генома човека, односно одређивање записа присутног у укупном наследном материјалу човека. Секвенцирање генома поставило је основу за развој геномике, нове гране молекуларне биологије, која се бави анализом структуре и организације генома.⁹

Али, намеће се питање како је све почело? Верује се да је модерна биотехнологија почела открићем микроскопа. Пут генетичке манипулације први је започео енглески научник Роберт Хук, који је кроз микроскоп видео „мале просторе окружене зидинама“, док је посматрао узорке плуте. Потом је Anton Van Leeuwenhoek је дизајнирао микроскоп са 270 пута јачом лупом, који је користио за посматрање и описивање микроорганизама. Седамдесет година касније, два немачка биолога Mathias Schleiden и Theodore Schwann, постали су познати по теорији о ћелијама као „основним структуралним и функционалним јединицама живог организма“. Даља истраживања на ћелијама довела су до откривања ДНК. Швајцарски лекар Friedrich Miescher је из језгра белих крвних зрнаца изоловао разне хемикалије које су названи нуклеини (данас нуклеинска киселина). Руски биохемичар Фибус Лавин (Phoebus Levene) који је радио на Рокфелеровом институту за медицинска истраживања у Њујорку, идентификовао је нуклеотиде аденин, гуанин, тимин и цитозин. Према његовим речима, сваки молекул садржи четири нуклеотида али, нуклеотид је сувише једноставан да садржи генетски код. Oswald Avery, научник који је такође радио на Рокфелеровом институту, утврдио је да је ДНК кључна компонента гена и хромозома.

Свакако да је преломни тренутак у развоју генетике и камен темељац развоја молекуларне генетике, која ће неколико деценија касније довести и до стварања генетски модификованих организама, објављивање „структуре ДНК“ и њеног значаја за пренос информација у живи материјал, од стране научника James Watsona и Francis Cricka. ДНК је нуклеинска киселина која садржи упутства за развој и правилно функционисање свих живих организама. Наведени научници су 1953. године доказали да је у живим организмима ДНК молекул, састављен од два полинуклеотидна ланца који су спирално увијени један око другог и за то откриће су награђени Нобеловом наградом. ДНК је нуклеинска киселина, која садржи упутства за развој и

⁹ М. Стевановић, „Успони и достигнућа геномике“, Институт за молекуларну генетику и генетичко инжењерство, www.sanu.ac.rs/Projekti/Skupovi/2015_Genom.pdf – од 01. децембра 2015.

правилно функционисање свих живих организама. Ова важна упутства, као сегмент ДНК, преноси ген.

Развој „рекомбинантне ДНК“ технологије 1973. године, било је још једно откриће на пољу генетике. Научници Herbert Boyer и Stanley Cohen, утврдили су да се ген једног бактеријског организма може изместити и рекомбиновати „in vitro“, са ДНК другог бактеријског организма.¹⁰ Рекомбиновани ДНК би се затим могао поново убацити у први организам, како би потврдио генске карактерне особине. Израз „технологија рекомбинантне ДНК“ обухвата низ техника које могу бити коришћење за модификацију генетског материјала.¹¹

Током седамдесетих и осамдесетих година прошлог века, почео је процес комерцијализације дотадашњих истраживања и почетак процвата индустријске биотехнологије. Као резултат тога у САД донета је дозвола за пласман на тржиште рекомбинованог протеина хуманог инсулина за дијабетичаре, добијеног рекомбиновањем гена у културама микроорганизама.

Пројекат људског генома

Посебно је важна последња деценија прошлог века јер је 1990. године започет Пројекат људског генома (Human Genome Project), чији је руководилац био поменути научник Džejms Votson (који је касније дао оставку). Пројекат људског генома је међународни истраживачки пројекат настао под покровитељством Националног здравственог инситута и Министарства за енергију САД, заједно са конзорцијумом научних центара из Велике Британије, Немачке, Јапана, Француске, Канаде и многих других земаља.

Главни циљ Пројекта људског генома је откривање потпуног и тачног редоследа 3 милијарде ДНК базних парова који чине људски геном и проналажење гена који су одговорни за болести са којима се човечанство за сада безуспешно бори. Већ 2000. године добијена је „прва верзија“ секвенце хуманог генома, која је омогућила научницима да идентификују збирку гена и да је протумаче. Проучавајући сличности и разлике између људских гена и гена других организама, истраживачи су открили функције појединих гена и утврдили који су гени од кључне важности за живот¹². Пројекат је битан јер је извршио револуционарни утицај, с обзиром да ће познавање 30 000 људских гена обезбедити велики терапијски репертоар са којим фармацутска

¹⁰ В. Спасић, стр. 79.

¹¹ М. Димитријевић, С. Петровић, „Генетски модификовани организми, питања и дилеме“, Нови Сад, 2004., www.zelenamreza.org/uploads/36/gmo-pdf.html - 07.08.2015.

¹² „The Human Genome Project“, Genetics Home Reference, <https://ghr.nlm.nih.gov> - 26.02.2016.

индустрија може да нападне фундаментални аспект људских обољења¹³. Значај одређивања секвенце хуманог генома је огроман али најзначајнија достигнућа треба тек очекивати у годинама које следе.. Тако је на пример крајем осамдесетих година прошлог века, научницима било потребно девет година да открију ген за цистичну фиброзу, док је захваљујући Пројекту било потребно само девет дана да се мапира ген који изазива Паркинсонову болест.¹⁴ Пројекат је такође посвећен истраживању последица геномског истраживања, кроз Програм етичких, правних и друштвених импликација (у даљем тексту ELSI¹⁵).

ELSI је саставни део Пројекта људског генома и бави се последицама геномских истраживања у области приватности коришћења генетских информација, нарочито могућношћу генетске дискриминације код запошљавања и осигурања. Затим, етичким проблемима везаним за спровођење генетских истраживања на људима, укључујући и процес информисаног пристанка. Задатак ELSE је и едукација здравствених радника, креатора политике, студената, и јавности о генетици и другим сличним питањима која произилазе из геномских истраживања.¹⁶

У оквиру Пројекта је констатовано да је наследни материјал човека заједничко наслеђе, па је неопходно да се у заједничком интересу човечанства све информације користе слободно, без ограничења. Али је по питању патентирања гена одлучено да се патентирање ограничи само на оне случајеве када је ген идентификован и када је одређена његова функција и јасан план за његову примену.¹⁷ Ближи услови патентирања гена садржани су у Смерницама које су прихваћене од многих земаља а односе се на то када и како треба одобрити патентирање наследног материјала. Смернице подразумевају да откриће у области генетике мора да задовољи одређене услове, при чему проналазач мора да идентификује нову наследну секвенцу, да окарактерише предмет секвенце, да одреди његову функцију и да приложи довољно информација које ће омогућити стручњаку из одговарајуће области да примени секвенцу у наведену сврху.

¹³ X. Li, „*The patentability of Human genetic Material in China A Comparative Analysis*“, 2003стр.8.

¹⁴ М.Стевановић, стр.109.

¹⁵ Ethical Legal and Social Implications

¹⁶ „*Ethical issues in human genetics and genomics*“, Health Centre for Genetics Education, www.genetics.edu.au -26.02.2016., стр.3.

¹⁷ М.Стевановић, стр. 111.

ПАТЕНТИРАЊЕ ГЕНА

По својој природи секвенце гена и делови секвенце гена јесу хемијске материје. Патентна заштита хемијских материја дуго је била један од најспорнијих проблема у патентном праву. Искључивање хемијске материје из патентне заштите правдало се чињеницом да се проналасци из области хемијске материје не могу представити моделом, као што је то случај са проналасцима из области механике. Затим, резултати хемијског поступка не могу се употребити неограничени број пута, опет за разлику од предмета у коме је отеловљен проналазак у области механике. Међутим, поборници патентне заштите материје истицали су да и велики број механичких проналазака има своје узорке у природи, као на пример фотографска камера у оку, док са друге стране, велики број једињења није уопште присутно у природи, јер нема потребних услова за њихово образовање, већ се они могу створити искључиво вештачким путем (на пример, врло висок или низак притисак и температура који су потребни за добијање неких хемијских једињења).¹⁸ У великом броју европских земаља патентна заштита хемијских производа је постепено признавана у првој половини 20 ог века. У корист патентне заштите проналазака материје на европском тлу, поборници заштите материје истицали су и динамичан развој хемијске индустрије у САД, коме је допринела патентна заштита проналазака материје.¹⁹

Први патентни захтев у САД поднет је од стране јапанског хемичара који је живео и радио у САД (Jokichi Takamine), за хормон који је успео успешно да изолује у новембру 1900. године. Патентни захтев је одобрен у јуну 1903. године под бројем 730.175, за адреналин који садржи нов квалитет и функцију који природна супстанца не поседује и представља напредак у медицини²⁰.

Секвенце и делови секвенце гена, сматрају се хемијским материјама са посебним функцијама. Међутим констатција да гени нису ништа више од хемикалије и да их због тога треба заштитити није опште призната. Тако на пример, Graham Dutfield, тврди да је ова аналогија погрешна и да научници и адвокати на тај начин охрабрују ширење патентних закона. Он напомиње да је метафора да је „живот у великој мери хемијски“ варљива, и да се на тај начин наводи да је реч о проналаску а у ствари се ради о открићу. Чини се да третирање гена као хемијских једињења, своди њихову природу на „хемијску“ димензију, у циљу држања питања патентирања гена ван области

¹⁸ Б.Влашкалић, „Патентна заштита проналазака из области хемијске материје“, Београд, 1989., стр.83.

¹⁹ Б. Влашкалић, стр.86.

²⁰ С. Beauchamp, „Patenting Nature: A problem of History“, Stanford technology Law Review, Volume 16, Number 2, Winter 2013, стр.132.

политике. Патентирање гена је од значаја за комерцијални успех биотехнолошких компанија. Постоји обиље доказа који подржавају аргумент да патенти привлаче инвестиције приватног сектора да инвестирају у генетска истраживања. Тако је на пример, Америчка Федерална Трговинска Комора (US Federal Trade Commission) у свом извештају од 2009. године, навела да је биотехнолошки сектор, укључујући универзитете и друге непрофитне организације у периоду од 2000 – 2007. године у САД добио више од 82 000 патената. Дакле, патенти су одобравани да би се подстакла иновативност и напредак у области биотехнологије.²¹

Израз патентирање гена је погрешан, јер се природни гени не могу патентирати, с обзиром да не испуњавају услове патентирања. Али вештаки припремљени ДНК молекули, имају све квалитете који их разликују од природних гена и могу испуњавати услове неопходне за патентну заштиту. Као и друге хемикалије које су изведене из природе (попут антибиотика) препарати ДНК молекула се могу патентирати, јер су кроз различите људске интервенције претворени у нешто што се разликује од природног стања, и може се оквалификовати као нешто ново и корисно. Трансформација почиње изоловањем и прочишћавањем ДНК, које само по себи није довољно, већ је потребно постићи нов квалитет, који омогућава да се користи на начин на који не може да се користи природни ген. Патентирани ДНК препарат садржи изоловане молекуле ДНК којима је одузето све што је потребно за нормалан рад гена у природном стању. Такви пречишћени ДНК молекули се често реконфигурирају на начине који елиминишу велике делове генетских секвенци природног гена, што ствара ДНК молекулу којој не постоји у природи. Заправо се један ген или генска секвенца добија као нова из ланца ових секвенци специфичног биолошког организма путем хемијског поступка уз примену предвиђених хидролитичких ензима рестрикције. Из тог разлога појединачни гени нису просто изоловане материје које се у тој форми налазе већ у природи, него хемијски нове материје које се могу дефинисати формулама, а састоје се из четири различитих фосфата нуклеотида који су већ присутни у природи²². Такви ДНК молекули се могу користити на начине који нису могући код природних гена.

²¹ Т. А. Hemphill, „*The biotechnology sector and US gene patents legal challenges to intellectual property rights and the impact non basic research and development*“, Science and Public Policy 39, 2012, стр.815.

²² Б. Влашкалић, „*Технички ефекат и обим патентне заштите хемијских и биотехнолошких проналазака*“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2013 стр...

ПРАВНИ ОКВИР РЕГУЛИСАЊА ПАТЕНТНЕ ЗАШТИТЕ ГЕНА

Услови заштите у САД

Да би се могао направљени ДНК молекула патентирати, у САД, потребно је да проналазач успостави детаљну биолошку функцију гена из којег је био изведен и да идентификује кредибилну, специфичну и значајну корисност²³. Препознавање биолошке улоге гена и успостављање кредибилне, специфичне и значајне корисности за ДНК молекуле, често је теже него идентификација самог гена, и због тога се испуњава услов корисности, поред услова новости, који свакако мора бити испуњен. Услов корисности из америчког права представља пандан услову применљивости у континенталној Европи. Поступак испитивања генске корисности одвија се у четири фазе. У првој фази се врши провера испуњености законског предмета заштите и провера постојања очигледне и добро утврђене корисности. У другој фази врши се установљивање специфичне и битне корисности која је уверљива. Уверљивост се може добити остваривањем само једне специфичне и значајне корисности која би се видела у подацима са теста, писменим исказима експерата или штампаним публикацијама, уколико се то не оствари, захтев ће се одбити.²⁴ Препознавање, извођење, карактеризација и описивање секвенце гена захтева људску генијалност исто као и синтеза нове хемикалије, састављање металне легуре или друге људске творевине које се обично могу патентирати.

У погледу патентирања гена постоји дуга традиција у САД, и они се могу патентирати јер имају првенствено различит хемијски идентитет у односу на молекуле који постоје у природи. Може се слободно рећи да је у почетку политика патентирања биотехнолошких проналазака у САД била знатно блажа у односу на Европу. Наиме, од заштите су изузимане само апстрактне идеје и природни закони, али су временом, превасходно судови, сужавали обим патентне заштите биотехнолошких проналазака у САД²⁵.

Услови заштите у Европи

У члану 5 Директиве о патентној заштити биотехнолошких проналазака²⁶ (у даљем тексту Директива) истиче се да изоловани део

²³ Корисност је услов за патентну заштиту проналазка у Закону о патентима САД.

²⁴ В. Спасић, „Патентирање производа биотехнологије“, Зборник Правног факултета у Нишу XLVI, стр.84.

²⁵ Y.Li, The patentability of Human Genetic Material in China, A Comparative Analysis, 2003, стр.2.

²⁶ Директива 98/44 ЕЗ од 1998.г од.

човековог тела може бити патентиран, укључујући секвенцу и делимичну секвенцу гена. Услов је да је реч о изолованом делу или делу добијеном на други начин на основу неког техничког поступка. Заштита се односи на сваки материјал у којем је садржана генетска информација. У тачки 23. образложења Директиве, истакнуто је да сегмент ДНК није учење за техничко поступање и због тога проналазак није патентбилан ако није наведено коју функцију испуњава. Полазећи од текста Директиве Неформална Експертска Група Европске Комисије је у свом извештају о заштити секвенце гена (2003.) заступала такође став да не постоје разлози за ограничавање традиционалне патентне заштите, јер између хемијских материја и ДНК секвенци не постоје никакве разлике које би оправдале различит приступ приликом одређивања обима патентне заштите гена.²⁷

У начелу да би био патентбилан сваки биотехнолошки проналазак мора испуњавати исте критеријуме као и проналасци из било које друге области. Патенти се могу одобрити само за проналаске који су нови, инвентивни и индустријски применљиви. Проналазак који се односи на генске секвенце може бити патентбилан уколико се у патентној пријави обелодани индустријска примена и ако су испуњени остали услови патентирања. (Исто решење је садржано и у правилу 29 (3) Европске патентне конвенције).

У погледу обима заштите Директива није дала обавезујући одговор, већ је оставила земљама чланицама могућност да одаберу најадекватније решење. Али, Европски суд правде је решавајући „Монсанто случај“ у пресуди од 2010. године²⁸ одлучио да се на људске гене примењује ограничена заштита материје, односно да се патентира само функција која се остварује секвенцом или делимичном секвенцом гена.

Наиме, фирма Монсанто је носилац европског патента за ДНК секвенцу изведеном из биљке соје отпорну на глифосат, хебрицид произведен под именом „Роундуп“, који блокира дејство одређених ензима значајних за раст биљака, што за последицу има одумирање коровских биљака. Гени који кодирају ензиме изоловани су из три различите бактерије, које је Монсанто унео у ДНК соје па су биљке постале резистентне на глифосат. Такве биљке су сејане у Аргентини у којој фирма Монсанто није уживала патентну заштиту. Због повреде права на патент, Монсанто је тужио пред Окружним судом у Хагу две фирме које су се бавиле увозом сојиног брашна из Аргентине у Холандију, јер је анализом увезене соје откривено присуство трагова ДНК аутентичних за генетски модификовану соју, за коју фирма

²⁷ Б. Влашкалић, „Технички ефекат и обим патентне заштите хемијских и биотехнолошких проналазака“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2013 стр18.

²⁸Case C-42808 .

Монсанто поседује патент. Холандски суд је предмет упутио Суду Уније и поставио питања која се односе на тумачење члана 9. Директиве. Суд је занимало да ли се члан 9 може применити и у ситуацији у којој је ДНК секвенца, део сојиног брашна и поред тога што не испуњава своју функцију у моменту подношења тужбе због повреде права (али је ту функцију испуњавала раније у биљци соје). Суд је истакао мишљење да се не може пружити заштита патентираној ДНК секвенци, која не испуњава функцију за коју је патентирана.²⁹ И поред тога што судска пракса није извор права на тлу европе, многи национални патентни европски закони су питање обима заштите гена регулисали су у складу са наведеном судском одлуком.

У образложењу Закона о патентима Немачке од 2009. године, на пример, истакнуто је да применљивост секвенце или дела секвенце гена мора бити конкретно описана у патентној пријави, уз навођење функције које испуњавају секвенце односно део секвенце гена, тако да патентни испитивач може да ограничи патент само на онај део гена за који је описана функција и да искључи из патентне заштите секвенце гена које нису неопходне за односну функцију.

Директива искључује могућност патентирања читавог људског тела у свим својим развојним фазама (то је уједно и решење Европске патентне конвенције, правило 29 (1)). Процеси клонирања људских бића и коришћење ембриона у индустријске или комерцијалне сврхе су такође искључени из патентне заштите, поступци измене генетског идентитета животиња које може изазвати патњу без значајне медицинске користи за човека или животиње, као и саме животиње које се добијају таквим поступцима.

Када се говори о патентирању гена, мисли се не само на патентбилност људског генетског материјала, већ и на развој комерцијализације генетских истраживања, као и на то које су границе људске интервенције на нивоу гена. Дакле, у погледу патентирања гена, увек је постојала забринутост због евентуалне опасности од генетски модификованих биљака, животиња и хране. Забринутост је постајала и 70 их година прошлог века због патентирања микроорганизама, првенствено због специфичне технологије која карактерише биотехнологију, али и због бојазни да ли се евентуалне опасности могу контролисати.³⁰

Патенти су веома корисни за друштвену заједницу и њихова улога се састоји у промовисању иновација али када говоримо о патентима из области генетике, потребно је успоставити баланс између потребе да се подстиче

²⁹ „*Judgment of the Court*, 6 July 2010 in case C-42808“, Info Curia- Case law of the Court of Justice, [www.curia.europa.eu/juris/](http://www.curia.europa.eu/juris/document.fsf?sessionid=9ea7d2dc30d5766ee45bc92694ccab544dc6b8045666be34kayil) document.fsf:sessionid-9ea7d2dc30d5766ee45bc92694ccab544dc6b8045666be34kayil. од 04.08.2015.

³⁰ R. H. Kers, „*Human gene patents: Core issues i a multi loytered debate*“--Medicine Health Care and Philosophy, Cluver Academic Publisher 2001., стр. 4.

иновативност са једне стране и потребе јавног приступа иновацијама и интересима јавног здравља са друге стране. Добијање патентне заштите је кључни елемент стратегије биотехнолошких предузећа и истраживачких институција које настоје да биотехнолошки проналазак пренесу у приватни сектор у циљу његове комерцијализације. Према подацима ОЕЦД број патената одобрених у области биотехнологије порастао за 15 % у САД у периоду од 90 – 2000 године (УСПТО) а у Европском заводу за патенте (ЕПО) за 10, 5 %.³¹

Патентни закони у већини земаља на истоветан начин регулишу патентну заштиту биотехнолошких проналазака уопште, па самим тим и патентну заштиту гена. Правни оквир у Европи чине Конвенција о европском патенту и Биотехнолошка Директива. Али с обзиром да се биотехнолошки проналасци односе на живе организме, јављају се као што смо видели и посебна правила која се тичу искључиво биотехнолошких проналазака. Тако постоје специфични механизми попут депоновоња микроорганизама када је потребан приступ материји за разумевање проналаска. Затим, постоје посебни захтеви у погледу обелодањивања проналазака који се односе на генетичке ресурсе као и изузеци у јавном интересу када се не могу патентирани проналасци из области биотехнологије.

Патентирање треба посматрати као „канал за иновације“. Правна питања су доста сложена, због тога је најбоље избегавање сукоба између приступа научним открићима и заштите права иноватора, јер је то од кључног значаја за унапређење научног развоја али јачање јавног здравља.³²

Дакле, нико не пориче да титулари патената заслужују да буду награђени за обимна улагања у истраживања и развој. Али, етичари и њихове дебате које воде против патентирања гена су такође убедљиве. Наиме, гени су заједничко наслеђе целог човечанства. Приватно власништво над њима вређа људско достојанство и интегритет човека. Овај аргумент налази подршку у Општој декларацији о геному и људским правима човека од 1997. године. У члану 1 поменуте Декларације се истиче да је људски геном у основи суштинско јединство свих чланова људске породице. У симболичком смислу, то је наслеђе целог човечанства, док члан 4 истиче да људски геном у свом природном стању не може довести до финансијских добитака. На основу ових појмова заједничког наслеђа и заједничког власништва, људски

³¹Е. Burrane, “*Patents at the Core the Biotech Business*”, *Life sciences and biotechnology are widely regarded as one of the most promising frontier technologies for the coming decades*, www.wipo.int/sme/en/documents/patents_biotech_fulltext.html, од 02.03.2016.

³² J.Raidt, “*Patents and Biotechnology U.S. Chamber of Commerce Foundation*”, www.uschamberfoundation.org.patents-and-biotechnology, од 23.05.2015.

гени не би требало бити заштићени патентом.³³ Међутим, потпуно искључивање гена из патентне заштите могло би довести до недовољно инвестиција у области биотехнологије. Због тога закон као манифестација правде и правичности, треба да усклади индивидуалне интересе са највиши интересима заједнице. Један од предлога је сужавање обима патентне заштите гена, што је свакако боље решење од потпуног искључивања гена из патентне заштите. Поред обавезног лиценцирања, патентних базена, адекватна су и изузећа из патентне заштите која могу ускратити или сузити патент када је то потребно у општем интересу.

³³ E. Siew, N.G Kuan „Patenting human genes Wherein lies the balance between private rights and public access“, Indian Journal of Law and Technology, Volume 11, 2015, стр.44.

Gordana Dajmanović, LL.M

Assistant

Vidoje Spasić, LL.D

Associate Professor

PATENTING HUMAN GENETIC MATERIAL

Summary

The development of biotechnology offers many benefits to diverse groups of people. But there are also potential hazards and risks. Patenting of biotechnological inventions in general, as well as gene patenting caused from the very beginning many controversies. Like it or not, the patenting can not be stopped, so it is better to control it to be to the benefit of the entire community. *The European Patent Convention and The European Biotech Directive provide the legal framework for gene patenting in Europe. In the United States jurisprudence, which is a very important source of law in Anglo-Saxon legal system, there is no consistency regarding patenting products of nature. Each case is approached from a different historical context. Decisions are either pragmatic and patent-friendly, or patent-skeptical. However, gene patenting provides opportunities for investment in research and development in the field of biotechnology, and patents in the field of biotechnology can be of enormous benefit. One of the recommendations is narrowing the scope of patent protection of gene, which is certainly preferable to a complete exemption of gene from the patent protection. In addition to compulsory licensing and patent pools, there are adequate exemptions from patent protection which can deny or reduce the scope of patent protection, when necessary in the public interest.*

ПРАВНО-ЕКОНОМСКА
ОБЛАСТ

Др Љубомир Митровић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица
Александра Митровић*
Мастер правник

РЕШАВАЊЕ ЕКОЛОШКИХ ПРОБЛЕМА СА СТАНОВИШТА ОСТВАРИВАЊА СОЦИЈАЛНО - ЕКОНОМСКЕ ПРАВДЕ

Анстракт:

Савремено друштво се налази пред бројним изазовима садашњице, те се еколошки проблем, као цивилизацијски проблем, посматра као неминовност и нужност и сходно томе његово решавање изискује мултидисциплинарни приступ дакле, приступ са становишта економије, социологије, политике, екологије, културе или права, али и етике, јер је решавање еколошких проблема за човека и морално дужност. Аутори овог рада чине покушај да сагледају и истакну суштину еколошког проблема, као цивилизацијског проблема и тражења решења са становишта правде, односно социјалне правде. То значи да би праведно решавање еколошког проблема подразумевало решавање са становишта социјалне правде, јер су еколошки проблеми проблеми друштва како на глобалном тако и на индивидуалном плану. Аутори даље указују на неопходност постојања правне регулативе (правно нормирање и санкционисање) услед небриге појединца и глобалног друштва за планету Земљу.

Кључне речи: *еколошки проблем, мултидисциплинарни приступ, правда, социјална правда, цивилизацијски проблем, глобално друштво, правна регулатива.*

Увод

Једно од најважнијих питања којим се у последње време баве друштва заснована на демократском уређењу је питање заштите животне средине, а то је уједно и питање људског опстанка. Демократија се као вид државног уређења залаже за поштовање принципа одрживог развоја и посматра питање заштите животне средине као једно од најважнијих и сагледава га са аспекта људских права као приоритетно питање сваке

* Мастер правник, професор француског језика и књижевности и учесник пројекта Sustainable Development Forum, University Club for UNESCO 2016.

Проф. др Љубомир Митровић, Александра Митровић

државе. На тај начин се право и природа доводе у директну везу, па је заштита животне средине постала предмет правне регулативе не само на државном, већ и на међународном плану. Питање животне средине је дакле, егзистенцијално питање човечанства и у том смислу потребно је „да животна средина има будућност, јер без ње будућности неће ни бити“.¹ На овај начин се остварује снажна повезаност између питања заштите животне средине и људских права, што нас доводи до закључка да се кроз унапређење животне средине омогућава поштовање и уживање основних људских права као што су право на живот и здравље, а онда и сва остала људска права из области економије, социологије или политике. Према томе питање очувања и заштите животне средине није само еколошко питање, већ и економско, социолошко, политичко и правно питање, односно питање социјалне правде. Еколошки проблеми су проблеми савременог друштва, цивилизацијски проблем који се поставља као изазов садашњости пред глобално друштво, те као такав изискује мултидисциплинаран приступ у решавању. Са становишта глобалне друштвено – етичке парадигме, овај проблем је цивилизацијска неминовност и нужност, те у том контексту он изискује решење које ће у себи обухватити не само екологију, већ и економију, социологију, политику, право, али и етику јер је решавање еколошких проблема за човека и морална обавеза. Угрожавање природне компоненте човекове животне средине, односно нарушавање еколошке равнотеже и непоштовање природних законитости је проблем који добија глобални карактер, те на тај начин као глобални проблем постаје један од највећих изазова савременог друштва.

I

У не тако далекој прошлости човек је био синхронизован са законима природе, био је њен пажљиви слушалац, тумач, покретач и чувар, али данашњи човек живи у отелотворењу сопствене креације која је вештачка и која је природу и природне законе „заробила“ оквирима људске жеље да човек поседује и руководи природом. Превелика амбиција да се природа поседује или немарност да се спознају закони природе, довели су до тога да природа остане без алтернативе и то демонстрира кроз сопствену тежњу ка саморегулацији, те као последицу тога имамо поплаве, глобално загревање, земљотресе, велике температурне осцилације у подручјима где то није типично, као и све остале показатеље климатских промена које могу бити погубне по живи свет на планети Земљи. Човек је дакле, и конструкција и деструкција природе. Уколико жели, он је тај који је може „ослушнути“ на

¹ Костић, М., „Утицај Архуске конвенције на статус проблема и правни третман заштите животне средине у Европској унији“, *Правни живот часопис за правну теорију и праксу*, том I - бр. 9, Удружење правника Србије, Београд 2008, 452.

најбољи могући начин, јер и сам је део природе, део њене суштине. Наизглед човек делује као мали и безначајан део сложеног феномена коме припада, каква је природа, међутим, то је погрешно становиште, јер човек је неодвојиви и саставни део природе и као такав изузетно значајан за природу. Само као део природе човек може доживети своју пуну афирмацију као биолошко, морално и интелектуално биће имајући развијену свест о важности очувања животне средине и природе уопште, јер у супротном, његова егзистенција биће угрожена и врло брзо ће постати сведок самоуништења. Према томе, уједначен, синхронизован и јединствен однос човека и природе постаје нужност за опстанак планете и човечанства. Неопходно је дакле, усагласити људске амбиције и природне законе како би се постигло очување биосфере у корист садашњости и будућности човечанства. Стога је потребно развити индивидуалну и колективну свест о важности предузимања акција за климу, борбе са климатским променама и њеним последицама.

Прелазак биосфере у ново стање, односно стање свести, сферу ума (*ноосферу*) је тренутак када се научна мисао доводи у везу са човековим деловањем, како је говорио велики руски биохемичар В. Вернадски.² „Једна од кључних идеја која лежи у основи теорије Вернадског о *ноосфери* је да човек није самодовољно живо створење, који живи одвојено по својим законима, он живи унутар природе и део је ње. То јединство је условљено пре свега функционалном нераздвојивошћу животне средине и човека, коју је покушао да прикаже Вернадски као биохемичар. Човечанство само по себи је природна појава и нормално је да се утицај биосфере испољава не само на животну средину, већ и на начин размишљања.“³ По његовом мишљењу потребна је синхронизација људских освајачких амбиција са природним законитостима. Како би дошло до промене у односу према природи, потребно је извршити суштинску и корениту промену у свести свих друштвених категорија, а то значи схватити и разумети природу не само ради ње саме, већ и ради увиђања значаја њене улоге у основним и виталним животним функцијама једног друштва. Стога, да би се промена десила на реалном плану, она најпре мора постојати у идеалном смислу, односно да бисмо практично применили и спровели промену, ми је пре тога морамо креирати у својој свести. Према томе, изградити нову етику ради решавања еколошких проблема и обезбеђивања будућности за људски род на планети Земљи значи постављање потпуно другачијег погледа на свет.⁴ „Нови поглед на свет је нужан јер без њега, без доброг умовања о принципима и тражењу

² www.bebamur.com/blog/v-vernadski-noosfera-i-biosfera

³ *Ibid.*

⁴ Кенеди, П., „Припрема за двадесет први век”, *Новинско-издавачка установа Службени лист СРЈ*, Београд 1997, 134.

истине о свету, нема ни добре праксе већ се перманентно угрожава егзистенција људи на Земљи у будућности.⁵ Суштина новог погледа на свет, тј. новог односа према природи јесте успостављање неког новог склада између природе и човека, односно друштва.

II

Процес решавања самог односа према природи дакле, решавање еколошког питања, мора бити обухваћено системом вредности једног друштва и социјалне правде која је и сама део система вредности једног државног поретка. Тражење правде и слободе је перманентно⁶, док се са становишта социјалне правде решавање еколошког питања заснива на схватању правде као односа човека и праведности⁷, са становишта природног права човека, право се налази у основи човека као природне појаве.⁸ Ипак, однос човека и праведности је у данашње време испреплетан великим противуречностима, јер „ то је на крају наша садашња ситуација: цена за нашу слободу, овде у западном свету, јесте монструозна неправедност, унутар наших земаља, а још више између њих. Филозофски речено не постоји никаква праведност у савременом свету.“⁹ Стога савремено друштво живи у једном потпуно деформисаном систему вредности који има своје противуречне манифестације и када су у питању еколошки проблеми и њихово решавање са становишта социјалне правде. Дата противуречност се нарочито манифестује у колизији између начела профита, које је у основи капиталистичког поретка ма којег нивоа развијености, и начела хуманизма, начела за које су се залагали највећи умови прошлог века.¹⁰ О колизији начела профита и начела хуманизма највише је полемисао Карл Маркс у свом закону капиталистичке акумулације. Према овом закону, тамо где постоји приватна капиталистичка својина као услов друштвене производње, сва средства друштвене производње постају средства експлоатације произвођача и његове доминације тако да произвођач бива експлоатисан од стране власника. Стога акумулација која се базира на саморегулацији, тежи

⁵ Пантић, Н. К., „О јединству природног и духовног”, Београд 1997, 7.

⁶ Алечковић-Николић, М., „Психологија идеја слободе и правде и српски национални интерес”, *Институт за криминолошка и социолошка истраживања*, Београд 2007, 25.

⁷ Гозобов, И. А., „Социјална филозофија”, *Академически Проект*, Москва 2007, 264–270.

⁸ Перовић, С., „Вратимо се школи природног права” (у књизи „Беседе са Копаоника”), Београд 2003, 69.

⁹ Бадју, А., „Демократско друштво није праведно”, *НИН* 21/08/08.

¹⁰ Ђорђевић, Р., „Од интуиције до хипотезе – изабрани списи из филозофије науке”, *Институт за филозофију Филозофског факултета у Београду*, Београд 2006, 69.

да се отргне контроли, тако да са једне стране имамо акумулацију богатства која за последицу има акумулацију беде са друге стране, те као неминовност имамо жестоке премисе банкарских криза¹¹ које су праћене многобројним социјалним потешкоћама. Оно што је извесно је чињеница да су Марксова разматрања и данас актуелна, јер су се показала као тачна кроз периоде развоја, али и периоде кризе либералног и савременог глобалног капитализма (*светска финансијска криза 2008. године*).

На основу свега тога, намеће се питање да ли је новац овладао човеком и његовим хуманим и моралним вредностима и да ли га је услед своје велике моћи истовремено лишио достојанства као и његовог природног права да буде слободан. Такође, поставља се и питање да ли је новац ограничио људску слободу и самим тим омео остваривање социјално - економске правде, будући да су слобода и правда два нераскидива појма када говоримо о друштвеној праведности. Друштвена праведност је дакле, условљена новцем кроз извесне механизме робне размене које успоставља тржиште, те тако и тржиште утиче на структуру самог друштва и друштвених односа. Будући да тржиште своје постојање заснива на људима, односно друштву, оно би требало да служи људима и да функционише на начин који би обезбедио једнакост и праведност за све људе и боље услове за живот свих људи. Зато је неопходно да се регулисање тржишта, као још један од изазова садашњости, спроведе са циљем постизања идеала, а то значи постизање једнакости, праведности и бољих услова за живот свих људи. „Тржиште без људи не постоји. Тржишни механизам потребно је регулисати на начин да смањује неједнакости људи, повећава животни стандард свих народа и држава. Од савременог глобалног тржишта угрожена је апсолутна већина привреда.“¹² На тај начин би грађанско друштво тежило да постане праведније друштво које би било засновано на вредностима социјалне, односно социјално - економске правде.

III

Овај поступак се свакако може применити и у поступку решавања еколошког проблема, где би се моћ у друштву једнако расподелила тако да не долази до тога да појединци или извесне друштвене групе експлоатишу већину, те као последицу тога имамо савремену олигархију или апсолутизам. „Једно друштво је праведно у оној мери у којој је моћ да се одређују поступци и регулишу значајни поступци – једнако расподељена. Другим речима друштвена правда треба да искључи доминацију неких

¹¹ Опширније о овоме видети: Маркс, К., „Капитал“ (књига прва), *Култура*, Београд 1951.

¹² Гозобов, И. А., 283.

појединаца или друштвених група над осталима.¹³ Праведност и равноправност би се у том случају мерила расподелом онога што је добијено растом економског и техничког потенцијала.¹⁴ Правичност овог типа била би у складу са самопоштовањем и самовредновањем које поседују сва људска бића.¹⁵ Дакле, да би једно друштво постало праведно, неопходно је да се у сваку пору грађанског друштва инфилтрира друштвена правда као есенцијални елемент сваког аспекта друштвене структуре. Чињеница је да се глобално друштво посматра као резултат процеса модернизације и напретка са циљем да сва грађанска друштва света обједини у једно глобално грађанско друштво које ће у себи садржати сва друштва, а која ће функционисати по истом принципу, тј. биће заснована на истоврсним друштвеним и друштвено – политичким односима. Дакле, глобализација као идеал савременог друштва је успела да се оствари, али је то са друге стране довело и до великих проблема који су управо произишли из сложене природе глобализма. Да би глобализација била означена као позитивни процес и како би на најбољи начин успела да одговори пред савремене економске, еколошке, политичке и остале друштвене изазове, она мора да се определи за хумани приступ, односно за поштовање равноправности и једнакости за све људе, што се наравно односи на сваки друштвени аспект – економију, екологију, политику, културу, право, а све са циљем постизања социјалне правде.

IV

Социјална правда, између осталог захвата и посебну област која се односи на решавање глобалних еколошких проблема које као изазов пред друштво ставља садашњост. Хуманост или хумани приступ треба применити и у овој друштвеној области и то тако што ће строго поштовање равноправности и једнакости имати своју примену у односу човека и природе. Како би опстао, човек би морао да се усагласи са природом, јер живи у њој и као такав неодвојиви је део природе. „Она је саздана на начин на који људска свест не би могла да измисли. У њој сви облици неорганског и органског света чине неодвојиву заједницу. Човек живи у њој и са њом је везан нераскидивим везама. Природа је прави оквир живота човека и његовог друштва.“¹⁶ Човек, односно људско друштво је нажалост опчињено идејом да може овладати законима природе и да природу као и остале друштвене

¹³ Марковић, М., „Расподела моћи у праведном друштву”, *Српски политички лист 1–4/1994*, Београд 1994, 21–22.

¹⁴ Мајор, Ф., „Сутра је увек касно”, *Југословенска ревија*, Београд 1991, 81.

¹⁵ Фукујама, Ф., „Крај историје и последњи човек”, *ЦИД*, Подгорица 1997, 198.

¹⁶ Станковић, С., „Организација и поредак у живим системима”, *Дијалектика*, Београд 1966, 2.

аспекте – економију, политику, културу може контролисати, међутим, закони природе су неутуђиви и припадају само природи. Из превелике жеље за поседовањем, руковођењем, модернизацијом, глобализацијом, савремено друштво сведочи суровој историји савременог доба које обележавају ратови, епидемије, загађење животне средине, еколошке катастрофе – поплаве, земљотреси, велике температурне разлике, глобално загревање. Људско друштво према томе нарушава основне еколошке процесе у природи, те као одговор на то природа има сопствену тежњу ка саморегулацији, јер не прихвата чињеницу да функционише као измењен еко - систем. У том смислу човек, односно друштво се мора усагласити са природом као еко – системом тако што ће се закони друштва усагласити са законима природе, односно тако што ће бити синхронизовани са природом, па ће у складу са тим, друштво успети да томе прилагоди и сопствену производњу. Наравно да би еколошки проблеми били на праведан начин решени, они морају бити разматрани са становишта социјалне правде, јер су еколошки проблеми, проблеми друштва у глобалном, али и индивидуалном смислу. Стога се еколошки проблеми решавају са циљем успостављања праведнијег односа према природи који управо проистиче из социјалне правде, а који постоји као правичан и идеалан концепт друштва. Социјална правда се мора спроводити кроз све друштвене области дакле, не само кроз чињеницу да је сваки појединац у друштву једнак пред законом, већ и кроз став да се основне потребе људи, попут права на живот и права на достојанствене услове за живот, образовање или социјалну сигурност, морају задовољити. У том смислу социјална правда мора да постоји и са аспекта остваривања права поједница и његових интереса, а то значи да ће се социјална правда успоставити у оном друштвеном поретку у коме постоји тежња ка испољавању многобројних видова људског потенцијала у глобалном и појединачном смислу. Под људским потенцијалом подразумева се: продуктивност (као резултат ефективности делатности усмерен на повећање дохотка и економског раста); равноправност (схваћена као могућност у реализацији способности у потребним добрима); сталност - одрживост која дозвољава обезбеђење доступности могућностима цивилизације не само садашњим, већ и будућим поколењима; проширење могућности располагања које постоје не само људима, но и њиховом развоју.¹⁷ У том контексту, „основни циљ „државе благостања“ је слабљење (омекшавање, смањење) социјалних неједнакости, избалансирање интереса и постизање друштвеног консензуса, с једне стране, и стимулирање активности различитих слојева и група, како би се постигла динамичка равнотежа између економске

¹⁷ Жуков, В. И., „Университетское образование”, *Универзитетски проект*, Москва 2006, 359.

ефикасности и социјалне правичности, с друге стране.¹⁸ Социјална правда, која дакле, обухвата све аспекте друштва од економије, политике, преко културе и екологије мора бити заснована на сузбијању сваког вида неправедности и истицању хуманости и морала као основних вредности појединца, а потом и друштва уопште. На тај начин човек ће егзистирати као слободно и одговорно биће које је развило осећај за праведност, морал и хуманост, а то ће се наравно одразити и на односе које креира и друштвене активности које предузима у свом друштвеном животу. Подстицање хуманих вредности код човека, довешће до тога да се промени и његов однос према природи, па ће у том смислу однос према природи постати одговорнији и од стране човека као појединца, а онда и од стране читавог друштва, а све у циљу очувања и заштите животне средине и успостављања социјалне правде кроз екологију.

Заштита животне средине је тема која се јавља како у научној литератури, тако и у свакодневном животу што доказује да је ово питање од есенцијалне важности за човека и његов опстанак. Не може се говорити о билокаком развоју и напретку човечанства, ако развој и напредак нису постигнути на најосновнијем нивоу, нивоу екологије, који се односи на очување човекове животне средине, а самим тим и на опстанак човека на овој планети. Пошто је екологија присутна у свакој сфери људског друштва, свака промена у економији, политици, култури, праву, имаће одјека на екологију. Просперитет у овим областима имаће свој позитиван одраз на екологију и обрнуто. Нажалост, сведоци смо времена које карактерише политичка и економска нестабилност, период социјално - економске кризе која јењава кроз сиромаштво, ратове, неквалитетно образовање, запостављање културе, климатске промене, тј. нарушавање еколошке равнотеже и уништавање човекове животне средине. Дакле, у питању је шири социјални контекст који карактерише економска, политичка, културолошка и најзад, најосновнија, еколошка нестабилност. Да бисмо одговорили на сложенија питања, морамо кренути од оног најосновнијег и најважнијег, а то је питање људског живота које је нужно везано за природу, биосферу, а самим тим и за очување човекове животне средине. Према томе еколошки вид кризе је феномен који би требало посматрати као цивилизацијски проблем, као проблем који је актуелан, јер се и сада дешава и који уколико не схватимо довољно озбиљно претендује да постане још тежи у будућности. „Ово је последица, да поставимо ствари на најопштији ниво, наше спознаје да људи имају значајан утицај на међусобну егзистенцију, чак и када нису чланови исте друштвене заједнице и када не

¹⁸ Вукмирица, В., „Економски државни менаџмент“, *Завод за уџбенике и наставна средства*, Београд 1993, 213.

припадају истом историјском времену. (...) Између осталог, и питање одрживог развоја животне средине, питања која се односе на велики број проблема које остављамо у наслеђе будућим генерацијама, налази се у центру ових размишљања. Она чине део ширег оквира питања која се односе на правичну расподелу „добара“ (*goods*), као што су пољопривредно земљиште, чиста вода и минерална богатства, и еколошких „зла“ (*bads*), као што су осиромашено земљиште и загађени погони за прераду отпада. Ова питања – како еколошка „добра“ и „зла“ расподелити међу људима, у оквиру и изван датог друштва, као и међу различитим генерацијама – од недавно се означава као еколошка правда.¹⁹ Најзначајнију улогу у осмишљавању стратегије и доношењу правне регулативе у заштити животне средине (*једна трећина законодавства ЕУ се односи на заштиту и очување животне средине*) имају Уједињене нације које су то и доказале усвајањем једне од најважнијих декларација о заштити животне средине, *Стокхолмском декларацијом (Stockholm Declaration)* из 1972. године. У овој декларацији је успостављен *Програм заштите животне средине (UNEP – UN – Environmental Protection Program)*²⁰ Након дате Конференције, све је већи број међународних организација које се баве заштитом животне средине као што је и сама Европска унија – ЕУ (*European Union*).²¹ Будући да је овај програм за Европску унију веома значајан, долази се до закључка да је он од велике важности и за све оне земље које теже чланству у ЕУ, односно и за Србију.

V

Програм заштите животне средине (*UNEP*), је заправо програм који се заснива на основима социјалне правде и једног од основних људских права, а то је да човек има потпуно право да живи и ради у здравој животној средини. Дакле, применом овог програма гарантује се право, а на тај начин и штити правда, у овом случају „еколошка правда“ која је неопходна за опстанак и даљи прогрес човечанства. Узимајући у обзир *Стокхолмску декларацију*, треба рећи да се заштита животне средине по први пут сагледава са правног аспекта и то са аспекта људског права на *Светској конференцији УН-а о животној средини (United Nations Conference on the Human Environment)*. На тај начин је очување животне средине препознато као неизоставна компонента постојања и заштите људских права и права на живот.²² Сама конференција је већ у припреми имала став да је заштита

¹⁹ Baxter, B., „A Theory of Ecological Justice”, *Routledge*, London – New York 2005, 6.

²⁰ UNEP – *United Nations Environmental Protection Program* (www.unep.org)

²¹ Погледати: Lee, M., „EU Environmental Law”, *Oxford and Portland*, 2005.

²² Sueli, G., „The Right to a Healthy Environment, Human Rights and Sustainable

животне средине од велике важности за „физичку, менталну и друштвену добробит човека, за његово достојанство и за уживање основних људских права.“²³ Право човека на здрав и продуктиван живот у складу са природом је уједно и први принцип *Декларације о животној средини и развоју из Рио де Женеира (Rio Declaration on Environment and Development)* која је усвојена на Конференцији УН - а посвећеној човековој околини и њеном развоју од 3 – 14. јуна 1992. године. Рио декларација је потврда *Стокхолмске декларације* донете 16. јуна 1972. године, која је иначе заснована на стварању нових путева сарадње међу државама, битних друштвених структура, становништва и наравно на изградњи праведног партнерства широм света које би се манифестовало кроз заједничку иницијативу да се остваре међународни договори (уговори), где би били заштићени интереси свих људи, природа као човекова околина, а све у духу очувања социјалне правде. У најзначајнијем документу о заштити животне средине, у *Декларацији из Рија* истакнуто је: „Људско биће има право на слободу, равноправност и адекватне услове живота, у таквој животној средини чији квалитет омогућава живот у достојанству и благостању, и свечану обавезу да заштити и унапреди ту животну средину како за садашње, тако и за будуће генерације.“²⁴ Идеја о вези између заштите животне средине и људских права је индиректно подржана и у Рио декларацији о животној средини и развоју која наглашава да људска бића имају право на здрав и продуктиван живот у хармонији са природом.“²⁵

Такође, још један међународни документ који је од велике важности за заштиту животне средине је *Архуншка конвенција (Aarhus Convention)* која је усвојена 25. јуна 1998. године на IV Конференцији „Животна средина за Европу“ у граду Архусу (Данска). Ова конвенција се бави приступом информацијама о животној средини, правдом која се тиче екологије, те гарантује могућност да се погрешне управне одлуке исправе од стране суда или неког другог надлежног органа. Дакле, ова конвенција гарантује и омогућава приступ правди, јер и сама почива на неким од основних људских права, тако што се у великој мери доводи у везу са најважнијим

Development”, Vellinga, Pier (Ed): INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL AGREEMENTS: POLITICS, LAW AND ECONOMICS 2, *Kluwer Academic Publishers*, Netherlands, Dordrecht 2002, 175.

²³ Вукасовић, В., „Међународноправно регулисање информисања о животној средини у Европи”, *Зборник радова Прве регионалне конференције „ЖИВОТНА СРЕДИНА КА ЕВРОПИ”*, Амбасадори животне средине, Београд 2005, 91.

²⁴ *Stockholm Declaration*, United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 June 1972, UN doc. A/CONF.48/14, part II (Principles), Principle 1..

²⁵ *Rio Declaration on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 13 June 1992, UN doc. A/CONF.151/5/rev.1.

међународним правним документима који се тичу заштите људског права, попут *Универзалне декларације о људским правима (The Universal Declaration of Human Rights) (1948.)*, *Међународни пакт о грађанским и политичким правима (International Covenant on Civil and Political Rights) (1966.)* и најзад *Европске конвенције о људским правима и основним слободама (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) (1950.)*. *Архушка конвенција* је дакле, суштински везана са међународним документима о људским правима и основним уставним и правним слободама. Ова конвенција представља нову врсту споразума о животној средини, којим се повезују права на животну средину и људска права.²⁶ Потписнице *Архушке конвенције* су на првом састанку одржаном у октобру 2002. године у граду *Лисса* у Италији закључиле: „Ми препознајемо блиску везу између људских права и заштите животне средине. Кроз свој циљ да допринесе праву сваког појединца садашњих и будућих генерација да живи у животној средини која обезбеђује здравље и благостање Конвенција подржава поменути везу.“²⁷ Србија је између осталог приступила потписивању *Архушке конвенције*, тако да је као и све остале државе које су потписале ову конвенцију, дужна да обезбеди поштовање свих права наведених у конвенцији. Дата конвенција је специфична по томе што се не односи на регулисање правних односа на међународном нивоу – међу државама потписницама, већ на регулисање права и обавеза на националном нивоу – нивоу државе и њених грађана.

Међу бројним међународним документима који се односе на заштиту животне средине и њен развој, данашња *Оквирна конвенција Уједињених нација о климатским променама (United Nations Framework Convention on Climate Change)* заузима примарно место као важан међувладин форум за преговарање о облицима глобалног одговора на климатске промене. Оквирна конвенција УН - а о климатским променама – *UNFCCC* је креирала Кјото протокол који је за сада главна окосница глобалног одговора светске политике на изазов климатских промена. Резултат је покушај влада света да се договоре о смањењу емисија гасова стаклене баште. Оквирна Конвенција УН - а о климатским променама је споразум који тежи регулисању негативних утицаја климатским промена. Циљ Конвенције је да се концентрација гасова стаклене баште стабилизује на нивоу који ће дозволити еко - системима да се природно прилагоде на климатске промене, тако да

²⁶ Богдановић, С., Гучић М., „Водич кроз прописе и учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима заштите животне средине”, *Регионални центар за животну средину за централну и источну Европу*, Канцеларија у Србији, Београд 2006, 12.

²⁷ Mason, M., „Information Disclosure and Environmental Rights: The Aarhus Convention”; *Global Environmental Politics* 10:3, 2010, 16

производња хране није угрожена, а развој је оумгућен у одрживом правцу.²⁸ Сама Конвенција не даје ограничења за емисију гасова стаклене баште. Уместо тога, Конвенција препоручује друге механизме, као што је Кјото протокол, који поставља обавезе у емисији земаља потписница. Конвенција говори да се о заједничким, али и различитим одговорностима држава, што у суштини значи да би земље света требало да смање емисију штетних гасова у односу на количину коју су раније испуштале у атмосферу и онолико колико могу себи да дозволе у том тренутку.²⁹ Према најновијим разматрањима са становишта ове конвенције, нужно је унапредити образовање, подићи ниво свести о важности климе, као и инсталирати институционалне капацитете у вези са ублажавањем и смањивањем утицаја климатских промена, односно капацитете за прилагођавање и рано упозоравање на климатске промене што је и један од циљева одрживог развоја. На форму Одрживог развоја Универзитетског клуба УНЕСКО (*Sustainable Development Forum University Club for UNESCO*), одржаног у фебруару 2016. године, закључено је у оквиру циља *Акција за климу*, да развијене земље које су потписнице *Оквирне конвенције Уједињених нација о климатским променама*, примене обавезу прикупљања 100 милијарди долара годишње до 2020. године из свих извора и тако одговоре на потребе земаља у развоју и транзицији, а у контексту предузимања значајних активности ради ублажавања негативних утицаја климатских промена. Такође се дошло до закључка да је потребно у потпуности операционализовати *Зелени климатски фонд* кроз нови капитализацију, што је могуће реализовати.³⁰

Србија је, такође, међу првих десет земаља у свету 10. јуна 2015. године, доставила своје национално утврђење могућности смањења емисија гасова са ефектом стаклене баште, а 22. априла, на дан планете Земље, текуће 2016. године, Србија је потписала *Париски споразум о климатским променама* (*Paris Agreement - L'accord de Paris*) у Њујорку. Овај важан међународни документ потписале су и САД, Кина и Индија као највећи светски емитери штетних гасова, а поред тога ова церемонија УН - а остаће упамћена и по томе што је присуствовао рекордан број од 171 државе.³¹

²⁸ Nations Framework Convention on Climate Change, UNITED NATIONS 1992, FCCC/INFORMAL/84, GE.05-62220 (E), 200705, article 2.

²⁹ *Ibid.*, article 4.

³⁰ Погледати: *POST-2015 DIALOGUES ON CULTURE AND DEVELOPMENT*, Published in 2015 by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 7, place de Fontenoy, 75352 Paris 07 SP, France, the United Nations Population Fund, 605 Third Avenue, New York, New York 10158 USA, and the United Nations Development Programme, One United Nations Plaza, New York, NY 10017, USA, © UNESCO/UNFPA/UNDP, 2015 ISBN 978-92-3 100086-7, 59 -71.

³¹ www.politika.rs/scc/clanak/353634/SAD-i-Kina-potpisale-Pariski-sporazum-o-klimi

Париски споразум је закључен децембра 2015. године у циљу ограничавања раста глобалне температуре на мање од 2 степена Целзијуса, када је учествовало 140 земаља. Генерални секретар УН - а, Бан Ки Мун је приликом отварања церемоније потписивања споразума, позвао чланице ове организације да смање зависност од својих економија од угљеника и да пруже помоћ земљама у развоју и транзицији. Потписнице споразума учествују са више од 93% у укупној светској емисији гасова, стварајући ефекат „стаклене баште“, а од тога само САД и Кина чине 40% емисије штетних гасова.³² *Париски споразум* ће ступити на снагу чим 55 земаља које су уједно и одговорне за 55% штетних гасова у свету ратификују споразум, а његова примена се очекује 2020. године. Потписивањем овог споразума Србија је показала спремност да се као држава суочи са еколошким и цивилизацијским проблемом као изазовом које јој садашњост ставља на терет, а на тај начин и дала допринос у подизању глобалне свести о важности очувања биосфере, односно саме природе као еко - система од стране човека. Штитећи природу, штите се и основна људска права сваког човека да има право на адекватну животну средину што је у складу са *Европском конвенцијом* са циљем успостављања социјалне правде.

Закључак

Оно што је од пресудне важности за подизање нивоа индивидуалне и колективне свести о важности заштите животне средине и климатским променама, јесте чињеница да природа има сопствену тежњу ка саморегулацији уколико је њена равнотежа нарушена. Како би дошло до промене у односу према природи, потребно је извршити суштинску и корениту промену у свести свих друштвених категорија, а то значи схватити и разумети природу не само ради ње саме, већ и ради увиђања значаја њене улоге у основним и виталним животним функцијама једног друштва. У том контексту је потребно спровести неку врсту друштвене иницијативе, где ћемо сви тежити ка подизању „еколошке свести“, јер сви смо једнако одговорни пред овим изазовом. Потребно је, према томе, да постоји међународна иницијатива где ће свака држава инсистирати на решавању еколошких проблема и питања заштите животне средине. Можемо рећи да најважније од свих планова, пројекција и аналогија, је постојање индивидуалне и друштвене свести о неопходности заштите животне средине. У остваривању социјалног циља неопходно је и правно нормирање и санкционисање небриге појединца и друштва за планету Земљу. На основу тога, свака држава би требало да обезбеди адекватну заштиту права у

³² www.info24.rs/vise-od-179-zemalja-potpisalo-pariski-sporazum-o-klimi/

области заштите животне средине кроз формирање посебних надлежних органа за дату област. На тај начин би сваки вид неадекватног спровођења реформе у области заштите животне средине био санкционисан, а уједно би била обезбеђена адекватна правна заштита у кривичним поступцима из области заштите животне средине. Резултат свега био би да цео систем власти једне државе, у свим областима, буде у служби заштите животне средине, односно у служби очувања будућности човечанства. Дакле, еколошка заштита мора бити мултидисциплинарна и истовремено је треба видети као дужност сваког појединца и приоритет глобалног друштва, јер је здрава животна средина основ људске егзистенције на планети Земљи.

Ljubomir Mitrović, LLD
Full Professor
Aleksandra Mitrović, LLM

RESOLVING ECOLOGICAL PROBLEMS FROM THE PERSPECTIVE OF SOCIO – ECONOMIC JUSTICE

Summary

Modern society is facing many challenges of today, and the ecological problem as a problem of civilization, has been seen as a necessity, and therefore its solution needs multidisciplinary approach, therefore, approach from the standpoint of economy, sociology, politics, ecology, culture and law, but also ethics, because the solution of ecological problems is human and moral duty. The authors make an attempt to look at and highlight the essence of ecological problem, as a problem of civilization and seek solution from the standpoint of justice, precisely social justice. This means that a fair solution of ecological problem implies solution from standpoint of social justice, because the ecological problems are concern as problems of society on global and individual level. The authors further indicate the necessity of legal regulation (legal norms and sanctions) due to the negligence of the individual and global society for planet Earth.

Мр Сузана Симић
Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

ПРАВО ПОРЕСКИХ ОБВЕЗНИКА НА ПОВЕРЉИВОСТ ПОРЕСКИХ ПОДАТАКА ПРЕД ИЗАЗОВИМА МЕЂУНАРОДНЕ РАЗМЕНЕ ПОРЕСКИХ ИНФОРМАЦИЈА

Апстракт:

Интезивна активност на међународном плану у регулисању размене пореских информација, ма како значајна за решавање проблема пореске евазије и двоструког опорезивања, отвара многа питања. У том смислу, успостављање међународних стандарда у размени пореских информација носи одређене ризике по право пореских обвезника на поверљивост пореских података.

Кључне речи: *међународна размена пореских информација, банкарска тајна, поверљивост и тајност пореских података.*

УВОД

Проблем избегавања плаћања пореза у савременим условима и његово решавање добија нове димензије. Глобализација привредних токова и неслуђени развој информационих технологија омогућили су пословање независно од државних граница и неометано кретање капитала у потрази за већим профитом. Упоредо са тим, државе располажу пореским суверенитетом само у оквиру својих граница.

У настојању да обезбеде наплату планираног нивоа прихода, државе предузимају низ мера на националном нивоу, као што је, рецимо, подстицање добровољног плаћања пореза. Најновије активности на међународном плану су усмерене на стварање услова за интезивнију међународну пореску сарадњу, у чијим оквирима се посебна важност придаје међународној размени пореских информација. Поред тога што представља једну од основних мера за сузбијање неправичне пореске конкуренције, међудржавна размена пореских информација је такође значајна за решавање проблема двоструког опорезивања.

МЕЂУНАРОДНА РАЗМЕНА ПОРЕСКИХ ИНФОРМАЦИЈА У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА

Питање решавања међународног двоструког опорезивања, у оквиру којег је и питање размене информација, традиционално представља предмет међудржавног споразумевања. Сарадња пореских администрација између држава, као и размена информација у пореским стварима добија, у новије време, мултилатерални приступ.

Најзначајније активности на оклањању штетне пореске праксе на међународном нивоу одвијају се у оквиру међународних организација - OECD и ЕУ.

Прва правила о размени пореских информација у оквиру OECD постављена су чланом 26. Модел конвенције о порезима на доходак и имовину, на основу кога су закључени билатерални споразуми. Ова правила су подразумевала примену размене пореских информација на захтев. Следећи корак у регулисању административне пореске сарадње између држава учињен је доношењем Модел споразума о размени пореских информација из 2002. године. Споразум је сачињен у две верзије, у зависности од броја потписника: билатерални и мултилатерални. Овим документом, као и ревидираним чланом 26 Модел конвенције из 2005. године, уводи се стандард транспарентности тако да више не постоји могућност позивања на банкарску тајну као разлог за одбијање пружања пореских информација. Први обавезујући инструмент којим се регулише размена информација на нивоу ЕУ представља Директива о опорезивању прихода од штедње у облику камате из 2005. године. Обавезивањем државе чланице у којој је исплаћена камата да аутоматски пружи информацију другој држави чланици, чији је резидент прималац камате, постиже се аутоматска размена пореских информација. Почевши од размене на захтев, међудржавна размена пореских информација се креће у правцу успостављања аутоматске. Наиме, размену на захтев карактеришу ограничења која се састоје у томе да се размена информација односи на појединачни случај, а држава у том случају може захтевати потребне податке тек пошто исцрпи своје изворе (начело супсидијарности), као и да податке до којих је дошла може користити само у поступку који је изричито наведен у захтеву. Аутоматска размена подразумева систематско и периодично достављање пореских података тако да доприноси спречавању ситуација које доводе до пореске евазије.¹

¹Снежана Стојановић, *Пружање услуга међународне размене информација у пореским стварима*, Финансије бр. 1-6/2011, стр. 227-229.

Успостављањем међународних стандарда у размени пореских информација потискује се традиционална обавеза банке на чување тајности података својих клијената², која подразумева да се ти подаци не могу саопштавати трећим лицима или неовлашћено користити. Прописивањем да банкарска тајна више није разлог за одбијање размене информација нарушава се и ограничава, национална регулатива о тајности и поверљивости података. Земље извора (*пореске оазе*) су на изванредан начин принуђене да изврше измене у домаћем законодавству, независно од својих националних интереса. Наиме, ове земље би имале више штете него користи, јер тајност традиционално представља основу банкарских односа.³ У том смислу, посебна мера усвојена на америчком националном нивоу, Законом о извршењу плаћања са рачуна страних финансијских институција (*Foreign Account Tax Compliance Act*) - FATCA, представља пример нарушавања фискалног суверенитета, којом су САД прошириле пореску јурисдикцију у целом свету. Овим актом се обавезују све стране финансијске институције на достављање података о приходима америчких пореских обвезника, под претњом примене пореза по одбитку од 30% на камате и дивиденде исплаћене у САД.⁴

Значајан изазов убрзаном развоју међудржавне размене пореских информација представља заштита права пореских обвезника на поверљивост и тајност пореских података. Савремене информационе технологије су једноставним поступком уношења и чувања података у рачунарску систем омогућиле интензивнију административну пореску сарадњу, Истовремено, постоји потенцијална опасност да ће право на приватност и поверљивост података пореских обвезника бити угрожена, с обзиром на техничке могућности за њихово неовлашћено коришћење. У међународним оквирима, порески обвезници, готово, да немају могућности заштите ових права, пошто нису уговорне стране међународних пореских споразума. Такође, немају могућност да се, за разлику од других лица, обратe Европском суду за људска права, с обзиром да се члан 6. Европске конвенције о људским правима не примењује на обичне пореске спорове.⁵

²Инсистирање на укидању банкарске тајне је посебно било усмерено на Швајцарску, која се традиционално сматра пореском оазом, мада је, у ствари, највећа оаза у Европи Лондон (Милева Анђелковић, *Глобалне пореске иницијативе*, Зборник Правног факултета у Нишу, бр. 71/2015, стр.116).

³Милева Анђелковић, *Размена информација као вид међународне пореске сарадње*, "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", Правни факултет, Ниш, 2012, стр. 172, 175.

⁴*Ibid.*, стр.168.

⁵Милева Анђелковић, *Фундаментална права пореских обвезника и њихова заштита у савременим информационо - технолошким условима*, Страни правни живот бр. 3/2008, стр.165-166.

Правни инструменти донети у оквиру ОЕСД-а не предвиђају њихову експлицитну заштиту, тако да се поверљивост података обезбеђује на посредан начин, према унутрашњим законима државе која их је прикупила, преко института третирања којим се прикупљене информације имају третирати као тајна, и кроз ограничења коришћења података само у конкретне сврхе за које су и тражени. Дакле, очигледно је настојање савремених држава да се обезбеди поверљивост података, што се за гарантовање права у поступку размене пореских података не би могло рећи. То је делом последица бојазности да би обавештавање обвезника обесмислило размену пореских информација, јер би тако била доведена у питање њена ефикасност.⁶ Мали је број земаља који обезбеђује експлицитну заштиту права пореских обвезника у међудржавној размени пореских података. Обично се прописује право на обавештавање пореског обвезника, у складу са којим инострани порески орган може да тражи информације. У том погледу је споран тренутак у коме порески обвезник треба да буде обавештен, односно да ли је то моменат пријема захтева или након што је информација достављена. Прихватањем друге опције, обавештавање обвезника губи смисао јер он више није у могућности да се супротстави постављеном захтеву.⁷ Неке земље прописују право на консултације када порески обвезник у поступку прикупљања информација може да се изјасни о постављеном захтеву и има право на интервенцију. Ово је од значаја уколико се врши размена на захтев. Због инсистирања на аутоматској размени података, ова права *de facto* не пружају никакву заштиту и сигурност пореским обвезницима, и успоравају одвијање тог процеса.⁸ Стварна примена заштите поверљивости размењених информација ће изостати уколико обвезници нису обавештени о томе. Из тога произилази да инсистирање на глобалном увођењу аутоматске размене података у условима пуког прокламовања стандарда поверљивости размењених информација наноси штету савесним пореским обвезницима. Наиме, дугорочно, унутар "глобалне пореске мреже" наћи ће се сви порески обвезници, не само порески утајивачи.⁹

Изузетан напредак иновационих технологија створа ризик у погледу поверљивости података пореског обвезника, и то не само оних које се односе на утврђивање његове економске снаге, него и бројних других података као

⁶Цвјетана Цвјетковић, *Права пореских обвезника у поступку размене информација*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2012, стр.459.

⁷*Ibid.*

⁸Милева Анђелковић, *Право обвезника на поверљивост и тајност у међународној размени пореских информација*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68/2014, стр. 747.

⁹*Ibid.*, стр.744,794.

што су они из приватног и породичног живота. Имајући у виду да не постоји апсолутно сигуран систем заштите од упада у националне базе пореских података пореским обвезницима нико не може да гарантује да се прикупљени подаци неће злоупотребити.¹⁰ У том смислу, Конвенција о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података садржи обавезу предузимања одговарајућих мера заштите од неodobреног коришћења, измене и сл. Прописане су и додатне мере заштите, на пример, обавеза обавештавања лица о томе да се води аутоматизована збирка са личним подацима, као и њена сврха, право на достављање тих података у разумним роковима, да, према потреби, има право на исправку и подношење жалбе за поједине категорије података (о здравственом стању и сл.).¹¹

Право на приватност појединаца је, као једна од основних тековина савременог демократског друштва, угрожено пред изазовима савремених технологија због опасности од злоупотребе. Укључивање пореских информација у свеобухватно прикупљање, обраду и складиштење личних података путем глобалне информационе мреже се не мора користити само у борби против пореске евазије и других облика финансијског криминалитета. Упоредо са тим, светска пореска власт ће имати увид у све економско-финансијске трансакције обвезника, нарочито у вези са повлачењем готовине из платног промета.¹² Током 2014. године у медијима је најављено да ће шведске банке забранити плаћање готовином, а потом је то учинила и Данска. Забрану плаћања готовином у већем износу прихватила је и Француска, и то у износу до 1.000 евра. Присутна је бојазан да се иза настојања развоја аутоматске мултилатералне размене пореских информација крије тежња светске елите да успостави потпуну контролу над свим трансакцијским и финансијским токовима физичких и правних лица, уз укидање демократских слобода и права.¹³ У условима коришћења разних идентификационих картица, микрочипова који се уграђују у одећу, праћење и снимање камерама на сваком кораку ... размере контроле су неслућене. Полемичку у стручној јавности, али и забринутост становништва, изазвала је најаву укидање готовине чиме се стварају могућности за праћење свих

¹⁰Милева Анђелковић., *Сарадња пореских администрација*, Зборник радова "Право Републике Србије и право ЕУ - стање и перспективе", стр. 225.

¹¹Чл. 6. и чл. 8. Закона о потврђивању Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података ("Сл. СРЈ - Међународни уговори", бр. 1/92, "Сл.СЦГ - Међународни уговори бр. 11/2005 - др. закон и "Сл. РС - Међународни уговори, бр. 98/2008 - др. закон и 12/2010).

¹²Милева Анђелковић, *Фундаментална права пореских обвезника и њихова заштита у савременим информационо - технолошким условима*, стр.168-169.

¹³Милева Анђелковић,*Право обвезника на поверљивост и тајност у међународној размени пореских информација*, стр.741.

финансијских трансакција, с обзиром да плаћање картицом оставља електронски траг. У таквим условима постоји опасност за успостављање тоталног надзора над грађанима по "сценарију" Џорџа Орвела у књизи "1984" у коме приватности нема, јер " Велики Брат те посматра".

ЗАКОНСКА РЕГУЛАТИВА ЗАШТИТЕ ПРАВА ПОРЕСКИХ ОБВЕЗНИКА НА ПОВЕРЉИВОСТ У СРБИЈИ

Порески обвезници у Србији имају право на поверљивост и тајност података. Они подаци до којих је пореска администрација дошла у пореском поступку чувају се као службена тајна.¹⁴ Кроз обавезу пореског обвезника да сарађује са пореским органом, да му доставља податке у пореске сврхе, као и да се о њима изјашњава, створен је простор да обвезник добрим делом открије и информације и податке из свог личног, породичног и професионалног живота. Нарушавање односа сарадње и поверења субјеката порескоправног односа имало би за последицу угрожавање јавног интереса у области финансирања јавних потреба, тако да је у циљу заштите потребно применити институт пореске тајне.¹⁵

Према нормама које уређује порески поступак постоји могућност пружања међународне правне помоћи у самом поступку, било да Пореска управа пружа помоћ иностраном пореском органу, било да се Пореска управа обраћа иностраном пореском органу за пружање помоћи.¹⁶ Слично, Закон о општем управном поступку, као *lex generalis*, прописује да се на међународну правну помоћ примењују одредбе међународних уговора. У ситуацији када међународног уговора нема, међународна правна помоћ подлеже условима прописаним законом.¹⁷ Уколико је инострани порески орган захтевао пружање пореских информација, важеће законске одредбе не предвиђају обавезу наше пореске администрације да о томе обавести пореског обвезника. Такође, наше пореско право не уређује ни остала права пореског обвезника, као што је право консултације и право интервенције. У појединим националним правима, као што је то случај са Хрватском, постоји право на обавештавање, при чему је моменат обавештавања везан за тренутак пријема захтева. Осим тога, хрватско право предвиђа обавезу да се

¹⁴Чл. 24. ст. 1. тач. 4. Закона о пореском поступку и пореској администрацији Републике Србије (у даљем тексту: ЗПППА ("Сл. гласник РС", бр. 80/02, 84/02 - исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - др. закон, 62/06 - др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 - др. закон, 53/10, 101/1, 2/12 - исправка, 93/12)).

¹⁵Марина Димитријевић, *Правни положај пореских обвезника*, стр.59-62.

¹⁶Чл. 157. ст. 1. ст. 2 и ст. 3. ЗПППА

¹⁷Чл. 31. ст. 4. Закона о општем управном поступку ((у даљем тексту: ЗУП ("Сл.лист СРЈ" бр.33/97,31/01 и "Сл.гласник РС" бр.30/10)).

лицу на које се односе информације и документација, омогући да се о томе обавести.¹⁸

Пореским обвезницима дато је право на увид у податке и право на исправку у пореском поступку, прописивањем могућности да остваре увид у податке о утврђивању и наплати пореза, који се о њима воде код Пореске управе и право да могу захтевати измену непотпуних или нетачних података.¹⁹ Ипак, могло би се слободно рећи да за остваривање тог права у поступку размене пореских информација са иностраним пореским органима не постоје могућности. Претпоставка за реализацију овог права је обавештавање пореског обвезника о захтеву иностраног пореског органа за достављање информација.²⁰

Банкарска тајна, према нашим прописима, представља пословну тајну.²¹ Услов за пружање правне помоћи иностраном пореском органу је непостојање опасности од одавања пословне тајне, и то само када не постоји међународни уговор.²² Дакле, постоји могућност и за другачије поступање домаћег пореског органа уколико се пружање правне помоћи заснива на међународном уговору, када се имају применити уговорна правила. Тако се, примера ради, Хрватска од 2013. године обавезала, као чланица ЕУ, на размену података са другим државама чланицама о исплаћеним каматама на штедњу физичких лица. Сходно Директиви ЕУ о опорезивању прихода од штедње, кључну улогу у аутоматској размени података имају исплатиоци прихода, а то су најчешће банке, јер су дужни да у одређеним роковима доставе податке националној пореској администрацији. Имајући у виду обавезујући карактер Директиве и опредељење за чланство у ЕУ, Србија ће бити у ситуацији да прихвати аутоматску размену података.

Право на приватност је у контексту заштите људских права, једна од тековина савременог демократског друштва. Упоредо са тим, право на приватност спада у концепт права гарантованих у праву ЕУ, с обзиром да Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године предвиђа да сваки појединац има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.²³ Употреба иновационих технологија носи ризик у погледу поверљивости података појединаца о њиховом личном и породичном животу. Попут других земаља Србија је својим законодавством нормативно уредила заштиту личних података. У погледу

¹⁸Čl.95. st.4. Opći porezni zakon

¹⁹Чл. 24. ст.1. тач. 6. ЗПППА.

²⁰Цвјетана Цвјетковић, *Права пореских обвезника у поступку размене информација*, стр. 465.

²¹Чл. 46. ст. 1. Закона о банкама ("Сл.гласник РС", бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015).

²²Чл. 157. ст. 2, ст.3. тач. 4. ЗПППА.

²³Чл. 8 ст. 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

протока података интересантна је одредба Закона о заштити података о личности којим се дозвољава изношење ових података из Србије у државе чланице Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података Савета Европе. Дозвољено је, такође, изношење података у државе које нису чланице ове конвенције или у међународну организацију под условом да је у њој, прописом или уговором о преносу података, обезбеђен степен конвенцијске заштите.²⁴ Државе чланице ЕУ, као и оне које претендују да то постану, су у обавези да обезбеде слободан проток личних података. Чини се да конвенцијске одредбе дају предност слободној размени информација у односу на приватност. У складу са тим, стране уговорнице немају могућност да забране, или услове, прекогранични проток личних података на територију друге стране уговорнице издавањем специјалних дозвола, ради заштите приватности.²⁵

ЗАКЉУЧАК

Имајући у виду заштиту права на приватност пореских обвезника, како са аспекта пореске регулативе, тако и са ширег аспекта - заштите људских права, може се закључити да ће она за државе у наредном периоду бити значајан изазов. Оправданим се, свакако, могу сматрати настојања ка обезбеђивању међудржавне пореске сарадње, добрим делом и због стварања услова за смањивање могућности пореске евазије. Међутим, слободан проток пореских података између држава претпоставља обезбеђивање заштите права пореских обвезника (заштита поверљивости пореских података), што је у условима развоја информационих технологија, свакако, један од приоритетних циљева савремене пореске администрације.

У обезбеђивању заштите права пореских обвезника у Србији, законодавац би требало да унесе одређене измене у нормирању пружања међународне правне помоћи у пореским стварима. У том смислу, пореским обвезницима би требало дати право да буду обавештени у случају пружања пореских информација иностраним органима, при чему би тренутак обавештавања требало везати за моменат пријема иностраног захтева. Само би се на овај начин омогућило остваривање заштите поверљивости размењених информација, односно, давањем могућности пореском обвезнику да о томе буде обавештен.

²⁴Чл. 53. ст. 1. и ст. 2. Закона о заштити података о личности ("Сл.гласник" бр. 97/2008, 104/2009-др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012).

²⁵Чл. 12. ст. 2. Закона о потврђивању Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података.

Suzana Dimić, LL.M
Teaching assistant

**THE RIGHT TO CONFIDENTIALITY OF TAXPAYERS FACING THE
CHALLENGES OF INTERNATIONAL EXCHANGE OF TAX
INFORMATION**

Summary

Intence activity at the international level in regulating the exchange of tax information, no matter how important to solve the problem of tax evasion and double taxation, raises some questions.

The establishment of international standards for exchange of tax information bears the definition of the risks to taxpayers the right to confidentiality of tax data.

Мр Славка Митровић
Асистент Пољопривредног факултета Универзитета у Приштини,
Лешак

ПРАВЕДНИЈЕ МЕРЕЊЕ ДРУШТВЕНОГ БОГАТСТВА РАДИ ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА

Анстракт:

У овом раду анализирани су поступци, начин и методологија за утврђивање богатства друштва, који су неминовно условљени глобализацијом, као и настојање Републике Србије приступању ЕУ. Анализа се темељи на статистичким и емпиријским подацима као и примени теорије макроекономских индикатора, а у циљу решавања проблема свеобухватног мерења богатства друштва.

Циљ рада је да се да оцена доприноса GDP као макроекономског агрегата у мерењу економског развоја, као и да се сагледају савремени индикатори за праведније и свеобухватније мерење богатства друштва. Као нов начин и метода мерења економског и друштвеног богатства и економског развоја је Beyond GDP (преко бруто домаћег производа). Његови инструменти за квантитативно мерење треба да изражавају одрживи развој не само привреде, већ и друштва уопште.

Кључне речи: *праведније мерење развоја, друштвено богатство, бруто домаћи производ (GDP), индикатори, глобализација, Beyond GDP, одрживи развој.*

УВОД

Имајући у виду да савремена привреда и друштво привређују у новим условма привређивања, то потребан је и савремени концепт мерења богатства друштва. Наиме, економска теорија и пракса за мерење обима друштвене производње користи низ вредносних показатеља међу којима централно место заузима показатељ бруто домаћи производ (*Gross Domestic Product-GDP*), независно да ли је обрачунат збирно (агрегатно), односно на нивоу националне економије или по глави становника. Овај макроекономски агрегат представља генијално откриће у области економије крајем XIX и почетком XX века, јер он вредносно изражава допринос привреде. Време је показало да је овај макроекономски агрегат најмеродавнији показатељ стања и развоја привреде. Значај овог показатеља је у томе што он служи као мера економског привређивања, њиме се заправо може сагледати кретање

Мр Славка Митровић

економског развоја у одговарајућем временском периоду као и то да се изврши упоређивање привредне развијености са другим земљама. У том смислу овај показатељ је објективан индикатор, што значи да не пружа могућност за субјективно тумачење.

Међутим, убрзане промене које је донела глобализација условила је и промене улоге и значаја *GDP* у мерешњу друштвеног богатства. Наиме, данас у условима одрживог развоја није довољан само индикатор економске активности, већ одрживи развој поред економске узима у обзир и социјалне и шире институционалне компоненте. Отуда *GDP* у савременим условима привређивања не представља свеобухватну меру благостања и просперитета друштва и зато је неопходно креирање нових показатеља како би се обезбедило ефикасно трошење расположивих ресурса и који ће моћи да прате глобалне промене. У том смислу, намера аутора овог рада је да се најпре презентују основне карактеристике *GDP*-а, као индикатора богатства друштва, а затим да сагледају могиће индикаторе који ће претити глобалне промене на почетку XXI века, као што су сиромаштво, промена климе, уништавање природних ресурса, квалитет живота, квалитет животне средине, здравље људи.

1. Карактеристике и компоненте бруто домаћег производа (*GDP*)

Бруто домаћи производ (*Gross Domestic Product-GDP*) представља најпознатији и најважнији макроекономски агрегат. Он представља меру неке производне активности. Заправо, *GDP* межемо дефинисати као тражену вредност свих крајњих услуга и робе које су произведене унутар земље у временском периоду од једне године. Данас се у економској теорији и пракси развијених тржишних привреда користе три начина, односно методе, за обрачунавање *GDP*-а и то: као збир финалних производа (роба) и услуга (производни метод), као збир прихода од ангажованих фактора производње (приходни метод), као и трошкова (расхода) за инпуте у производњи (расходни метод). Када је реч о трошковима (расходима) за инпуте у производњи, онда *GDP* се израчунава сабирањем финалне производње производних производа и услуга у текућој години од становништва (домаћинства), потрошње предузећа (инвестиције), потрошње државе и разлике између увоза и извоза у иностранству. Очито да се овде сабирају расходи, те стога се овај приступ односно метод назива и расходни начин израчунавања (мерења) *GDP*. Наиме,

$$GDP = C + I + G + (X - M) \quad (1)$$

где је: *C* – потрошња; *I* – инвестиције; *G* – државне куповине; $(X - M)$ – нето извоз.

Дакле, збир личне потрошње становништва, инвестиције, куповина (потрошња) државе и нето извоз, једнак је вредности *GDP*. Сваки потрошени динар у привреди укључен је у *GDP*, односно садржан је у једном од ова четири дела *GDP*-а. Суштина ових компоненти *GDP*-а се огледа у следећем:

C – потрошња се односи на потрошњу становништва, односно домаћинства која троше на различите производе, односно робе и услуга. Тако породица Карађорђевић руча у ресторану, где расположиви доходак могу у целости потрошити, или један део уштедети. Значи, део дохотка који домаћинства нису потрошила представља штедњу.

I – инвестиције (брutto) представљају део дохотка који је намењен за замену истрошених капиталних фондова у текућој години, као и за куповину нових капиталних фондова. Заправо, то су вредности произведених нових машина, опреме, инвентара, фабрика, кућа и станова.

G - државне куповине (потрошња државе) у текућој години, односно текуће набавке добара и услуга за потребе државе. Она се назива и општа потрошња или државне набавке добара и услуга. Навешћемо неколико примера: изградња аутопута, исплата зараде неком државном чиновнику, као што су судије, полиција, пилоти, ватрогасци, хемичари који воде посао у оквиру стручних служби у области пољопривреде и слично. Међутим, када држава исплаћује социјалну помоћ старијој особи, то није државна куповина и није део *GDP*-а. Таква помоћ, односно државни издаци спадају у категорију трансферних плаћања, што значи да се не односе на размену сада произведених роба и услуга.

$(X - M)$ – израчунава нето извоз као једна од финалних компоненти *GDP* – а. Наиме, земља (држава) улази у економске односе са иностранством, при чему се продају домаће робе и на страном тржишту (извоз), минус куповина страних роба од домаћих купаца (увоза). Та разлика (салдо) или само што смо назвали нето извоз, може бити позитивна или негативна величина, зависно од односа између величине увоза и извоза у текућој години. Значи, уколико је вредност која се извози већа од вредности која се увози, *GDP* се повећава са вредношћу нето извоза.

Досадашња анализа *GDP*-а показује да су његове компоненте тржишно вредносне, односно новчане, што значи да нетржишни производи и услуге не улазе у *GDP*. Наиме, *GDP* не мери квалитет живота, јер не може да се вреднује, односно новчано изрази. Познато је да високи *GDP* показује и омогућава виши животни стандард становништва. Поред тога, земља са вишим *GDP*-ом може да понуди бољу здравствену заштити, бољи образовни систем и лакше обезбеђивање неопходних животних потреба. Међутим, и поред повећања *GDP*-а, не можемо закључити да је сваком појединцу у земљи боље. Отуда и чињеница да *GDP* није савремена мера благостања друштва једне земље.

Већ је речено да *GDP* користи тржишне цене за вредновање роба и услуга што значи да искључује све вредности и скоро све активности које се ван тржишта одвијају. То практично значи, да робе и услуге које нису прешле преко тржишта не могу бити део *GDP*-а. Тако, ако нека породица припреми ручак за себе, он не улази у вредност *GDP*-а. Међутим, ако тај исти ручак намени за свој ресторан, прода га, тада вредност овог obroка улази у *GDP*. Исти је случај са чувањем деце од стране родитеља у кући, кда се не повећава *GDP*, али када се деца чувају у обданишту та вредност услуге, односно чувања, улази у *GDP*. Радне акције (добровољне) остварују вредност и повећавају благостање у друштву, али не повећавају *GDP*.

Треба истаћи да у једној земљи може доћи до пораста *GDP*-а, а да истовремено дође и до пада благостања исте. Претпоставимо да је нека држава укинула своју регулативу о заштити околине, тада би предузећа могла да повећавају производњу и услуге, а да при томе не воде рачуна о загађењу животне средине и у том случају повећао би се *GDP*, али дошло би до смањења благостања, јер је угрожена животна средина. Дакле, друштво добија на порасту *GDP*-а, а губи на квалитету животне средине, јер је дошло до пораста загађења и тиме до опадања благостања. Надаље, већи *GDP*, значи и веће благостање, али када се то индивидуално посматра не мора да зналчи, јер не можемо да сагледамо како је расподељен остварени доходак. Наиме, није свеједно да ли већи део становништва располаже са солидним дохотком или се већи део дохотка налази код мање групе људи. *GDP* по глави становника је добар индикатор развијености једног друштва, али је то просечан доходак и он нам ништа не говори о томе како живе појединци у друштву, са колико то дохотка располажу.

Табела бр. 1 – бруто домаћи производ (gdp)србије за период
2000 - 2014.године

Година	Број становника средином године	GDP (у МИЛ.РСД)	Пољопривреда		GDP/с (хиљ. РСД)
			Вредност	Учешће у GDP-у (у %)	
2000	7.516.346	413120.6	75783.7	18.3	55.0
2001	7.503.433	820842.1	146278.2	17.8	109.4
2002	7.500.031	1037897.3	133958.9	12.9	138.4
2003	7.480.591	1220160.0	138900.5	11.4	163.1
2004	7.463.157	1451448.2	170182.9	11.7	194.5
2005	7.440.769	1751371.2	174757.6	10.0	235.4
2006	7.411.569	2055198.1	195234.1	9.5	277.3
2007	7.381.579	2355065.6	195055.4	8.3	319.0
2008	7.350.222	2744913.2	238477.5	8.7	373.4
2009	7.320.807	2880059.0	231680.4	8.0	393.4
2010	7.291.436	3067210.2	261510.4	8.5	420.7
2011	7.236.519	3407563.2	306607.7	9.0	470.9
2012	7.201.479	3584235.8	269999.8	7.5	497.7
2013	7.165.472	3876403.4	305519.7	7.9	540.9
2014	7.129.644	3908469.6	302226.3	7.7	548.2
ИНДЕКС (2000 – 2014.)		946.1	398.8		-
СТОПА РАСТА (2000-2014.)		16.2 %	9.6%		-

Извор: Електронска база података РЗС и обрада података аутора

Наведена Табела бр. 1 и Графикон бр. 1. показују нам кретање GDP – а у Србији у периоду 2000 – 2014. године. На основу текућих цена примећујемо да GDP Србије у истом периоду има растући тренд по просечној годишњој стопи од 16, 2 %. Међутим, код учешћа пољопривреде у GDP – у као један од стубова економског развоја забележен је пад са 18, 3 % у 2000. години на 7,7 % у 2014. години.

Извор: Прорачун аутора

Значај пољопривреде за националну економију није само економска, већ она има своју социјалну и еколошку компоненту. Због великог потенцијала пољопривреда у Србији не представља обичну привредну грану, будући да је у свим општинским и регионалним стратегијама дефинисана као једна од стратешкиг грана развоја. Треба такође истаћи да још увек *GDP* Србије из 80 – их година није достигнут, тако да пад производње уједно показује и пада животног стандарда домаћег становништва (*GDP per capita* у 2014. години износио је 7.797 USD).

Из досадашњег излагања можемо констатовати да без обзира што *GDP* одражава многе аспекте друштвеног богатства, он не узима у обзир многе компоненте које једно друштво чине комплетним, јер генерално не показује „социјалну карту“ друштва. Заправо, он не мери социјалне неједнакости и могућности потрошње сиромашних у односу на богате становнике једне земље. Поред тога, *GDP* мери доходак, а не богатство. Такође, зна се да је доходак ток, а богатство фонд акумулиран током дужег временског периода. Поред тога, *GDP* мери инвестиције само у датој години. Даље, он не садржи вредности добити и губитака насталих у природном и друштвеном окружењу.

Генерално посматрано *GDP* не укључује аспекте који су значајни и уграђени у дугорочне перспективе одрживог развоја. Зато је потребна нова методологија обрачуна и показатеља друштвеног богатства који ће укључити еколошке и социјалне аспекте економског развоја.

2. Коригујући индикатори обрачуна *GDP*-а ради праведнијег приказивања развоја привреде и друштва

Већ је констатовано да *GDP* није свеобухватни индикатор богатства друштва. Отуда и потреба за новим индикаторима који ће се укључити приликом обрачуна *GDP*-а, а који ће се односити на климатске промене, енергетску сигурност, развој система здравственог осигурања, миграције становништва, развој криминала, тероризма и слично. Значи, потребно је уз помоћ нове методологије обрачуна, а преко бруто домаћег производа да се укључе и области које до сада нису мерене, односно обрачунаване. Ово круцијално питање је било повод да Европска комисија 2007. године заједно са Европским парламентом, *OECD*-ом, Римским клубом организује међународну конференцију *Beyond GDP* (преко бруто домаћег производа). Овде је указано да се приликом обрачуна *GDP*-а узму и еколошко – социјалне компоненте и утврде и индикатори преко којих ће се кориговати *GDP* и учинити га прихватљивим и праведнијим показатељем развоја.

Имајући у виду да савремену и одрживу привреду карактерише праћење развоја не само са економског него и еколошког, социјалног и институционалног развоја, то многи познаваоци ове проблематике (*Stiglitz*,

Ftoussia и *Sinea*) указују да промене које је донела глобализација у пословању захтевају да се богатство и развој земље треба пратити са више индикатора. У том смислу у наставку сагледаћемо *Beyond GDP* индикаторе који укључују кључне области.

2.1. *Gross Domestic Product* као показатељ *Beyond GDP*

Из досадашње анализе могли смо закључити да *GDP* представља укупну тржишну вредност свих финалних добара и услуга у једној земљи, обично за годину дана. Такође, традиционално *GDP per capita* користи се да илустративно прикаже материјални стандард живота становништва једне земље, али данас његова употреба у контексту одрживог развоја наилази на растући број критика. У том контексту износимо тврдњу да *GDP* ништа не може да каже о расподели дохотка. Тако држава која има на пример становништво од 200 људи и годишњи приход по глави становника од 50.000 долара, има приход од 10.000.000 долара, при томе није чудно што *GDP* по глави становника чини 50.000 долара. Али иста слика ће се уочити и у земљи где двадесеторо људи годишње добија по 500.000 долара, а осталих 180 немају ништа. Ипак, тешко да ће неко ове ситуације назвати идентичним. Значи, висина *GDP* према броју становника карактерише средње приходе и расходе апстрактног становништва државе и служи као мерило његовог благостања.

Из дефиниције *GDP*-а видели смо да само финални производи и услуге улазе у *GDP*. Значи, *GDP* је, нема сумње добар показатељ економског благостања на нивоу националне привреде, али не и за све појединце и све сврхе, осим тога *GDP*, као што смо констатовали не укључује све вредности, већ само оне које су одређене тржишном вредношћу, односно тржишном ценом. Зато да би се избегло вишеструко зарачунавање *GDP* изоставља се вредност добара и услуга које се користе за даљу репродукцију, односно за производњу финалних производа. Међународни систем националних рачуна *SNA (The System of National Accounts)* на коме се *GDP* заснива, нуди и друге макроекономске индикаторе, као што су Бруто национални производ (*Gross National Product*), Нето домаћи производ (*Net Domestic Product*), Нето национални производ (*Net National Income*). У оквиру *Beyond GDP initiative*, Европска комисија наводи могуће индикаторе којима се на традиционалан начин утврђује материјално богатство друштва.

2.2. *Enlarged GDP* као показатељ *Beyond GDP*

Методологија обрачуна *Enlarged GDP* полази од вредновања и мерења онако како је традиционално схваћен *GDP*, или пак неког другог поменутог индикатора из међународног система националних рачуна (*The*

System of National Accounts-SNA). Значи, циљ је да се почетна вредност *GDP*-а као индикатора тржишне активности коригује зарад свеобухватнијег и тачнијег прегледа богатства или благостања посматране земље. На почетку XXI века економског развоја не може бити уколико нема одрживог развоја. Наиме, економски раст који је праћен очувањем животне средине, високим животним стандардом, рационалним коришћењем ресурса, заштитом атмосфере од загађења даје објективну слику о економском расту и развоју једне националне економије. Дакле, узимајући у обзир наведене трошкове *Enlarged GDP*-а индикатори дају реалније стање тренутних економских, еколошких и социјалних резултата који прате економски раст.

2.3. Социјални индикатор као показатељ *Beyond GDP*

Социјални индикатори дају одговор на многа круцијална друштвена питања и кретања. Као најзначајнији социјални индикатори су: стопа сиромаштва, стопа незапослености, просечан животни век становништва, писменост становништва, расположивост дохотка (прихода). Ови индикатори представљају меру социјалног напретка једног друштва. Колико су ови индикатори значајни показују и следећа истраживања. Наиме, у богатим земљама (САД, Јапан, Немачка) просечан животни век људи је дужи и код њих је писменост остварена у целости. Код сиромашних земаља (Нигерија, Бангладеш, Индија) дужина животног века је краћа и писменост на ниском нивоу (око половина становништва не зна да чита и пише). Исто тако, и други аспекти квалитета живота су по правилу у корелацији са економским благостањем друштва. Тако у земљама са ниским *GDP per capita* рађа се више деце са недовољном тежином и већа је стопа смртности беба и породиља. Мањи број деце иде у школу, гори услови за учење. Становништво у сиромашним земљама има мање радио апарата, телевизора, телефона. Такође у овим земљама је лоша инфраструктура, низак ниво електрификације.

Дакле, неки од социјалних индикатора сами по себи могу илустровати друштвени напредак у ширем смислу речи. Поред тога, друштвени напредак одређује напредак у бројним областима. Отуда и многи социјални индикатори комбинују више различитих области како би боље приказали укупни друштвени напредак становништва.

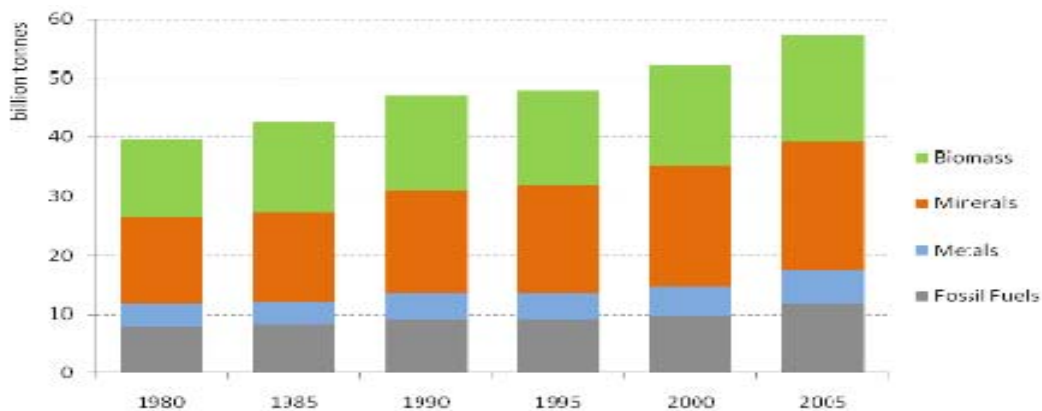
2.4. Индикатори животне средине као показатељ *Beyond GDP*

Преко ових индикатора сагледава се стање природних ресурса, загађење животне средине, проблем отпада и слично. Треба истаћи да су неки индикатори истовремено економски, социјални и еколошки (*Adjust Net Savings*), док су многи истовремено и социјални и индикатори животне

средине (*Capability Index, Comparing Wealthare of Nations...* и тд.). Заправо, ради се о испреплетености економског, еколошког и социјалног система одрживог развоја.

Када је реч о искоришћености природних ресурса, онда треба истаћи да подаци о искоришћености истих могу дати добру слику о притиску на животну средину којем је изложена наша планета. У том контексту европска агенција за животну средину *ЕЕА (The European Agency)* пружа информације о томе са својим основним сетом индикатора. Следећи графикон показује растући тренд у глобалном искоришћавању природних богатстава (биомаса, минерали, метали и фосилних горива) из екосистема и рудника од 1980 – 2008. године.

Графикон бр. 2 – ДИНАМИКА У ГЛОБАЛНОМ ИСКОРИШЋАВАЊУ ПРИРОДНИХ РЕСУРСА



Извор: http://ec.europa.eu/environment/beyond_gdp/indicators_en.html

Евидентно је са графика (2) да су индикације о растућем притиску на животну средину који проузрокује искоришћавање природних ресурса, али и исте, не даје слику о томе како се искоришћавање природних ресурса одражава на преостале залихе необновљивих извора или о томе колико има прикупљених биомаса, као што су усеви и дрвеће које се могу обновити. Ипак, такву слику даје нам Еколошки отисак (*Ecological Footprint*) који представља меру људских потреба од екосистема планете. Наиме, суштина „еколошког отиска“ је да представи количину продуктивних биолошких компоненти и морских подручја који су неопходни за обезбеђење ресурса које људско друштво користи, а да при том умањи пратеће отпаде. Заправо, „еколошки отисак“ је покушај да се пружи свеобухватна слика светске еколошке равнотеже посматрајући обновљиве природне ресурсе које

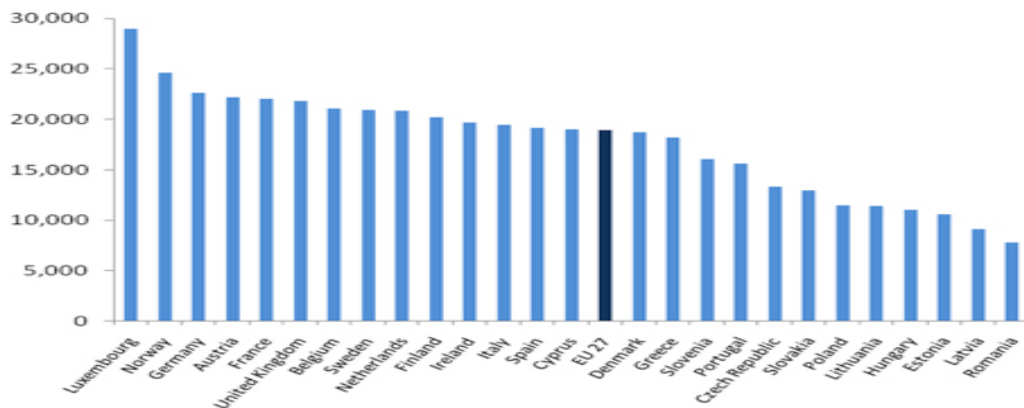
конзумирамо у односу на природне ресурсе који су на располагању (биокапацитети).

2.5. Индиктори благостања као показатељ *Beyond GDP*

Циљ индикатора благостања (*Well-being Indicators*) је да прикаже опште, животно задовољство људи и задовољство појединца у друштву или да дају јасну слику квалитета (благостања) живота узимајући при томе у обзир посао, породични живот, здравствено стање и животни стандард. Сагласно наведеним индикаторима, мере благостања могу бити субјективне и објективне. Субјективне мере се заснивају на самоизвештавању од стране појединца, што омогућава да се обухвате више директних мера високе сложености као што је њихово задовољство. А када је реч о објективним мерама, треба истаћи да имају за циљ да обухвате сложене варијабиле животног задовољства као што су слободно време, брачни статус и расположиви догходак. Треба истаћи да не постоји специфичан индикатор који само припада групи (*Well-being Indicators*). Заправо, ови индикатори су углавном садржани у социјалним индикаторима и индикаторима животне средине.

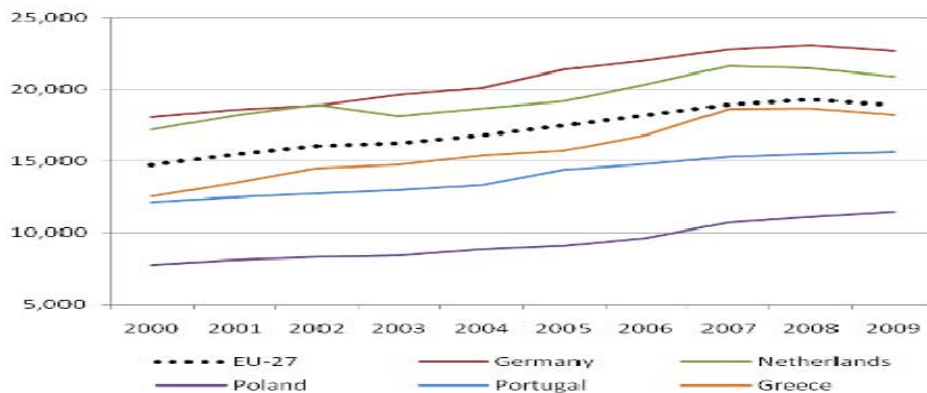
У наставку дајемо графичке приказе два различита индикатора благостања. Први користи приступ који је више традиционалан, односно изражава објективну меру економског благостања, док други илуструје више субјективну и општу меру благостања.

Графикон бр. 3 – **ИНДИКАТОРИ БЛАГОСТАЊА**
- Традиционални приступ (објективна мера)



Извор: http://ec.europa.eu/environment/beyond_gdp/indicators_en.html

Графикон бр. 4 – **ИНДИКАТОРИ БЛАГОСТАЊА**
- Субјективни приступ (општа мера)



Извор: http://ec.europa.eu/environment/beyond_gdp/indicators_en.html

ЗАКЉУЧАК

У овом раду дато је виђење аутора о улози и значају *GDP* -а у мерењу друштвеног богатства. Аутор констатује да је агрегирање података путем *GDP*-а и даје неминовност како би се могао анализирати и пратити развој привреде и друштва. *GDP* као најбољи индикатор економског развоја дефинисан је као тржишна, односно новчана вредност свих финалних добара и услуга које су обично за годину дана продате и утрошене, било као лична или државна потрошња, односно које су инвестиране или представљају нето извоз. Мерење друштвеног богатства путем *GDP*-а представља генијално откриће у области економије. Значај овог индикатора огледа се и у томе што он служи као мера економског предвиђања и да се њиме може вршити упоређивање привредне развијености са другим земљама, као и упоређивање развијености између привредних делатности и њихов утицај на економски и друштвени развој у једној држави.

Данас у условима глобализације *GDP*, иако генијално откриће у области економије није свеобухватан индикатор богатства друштва, јер његова методологија мерења односи се само на мерење економског развоја. Зато је и покренута иницијатива (2007. године) од стране Европске комисије *OECD* (*Organisation for Economic Cooperation and Development*), *World Wide Fund for Nature* и Римског клуба за развој нових метода и индикатора (инструмената) за утврђивање не само економског развоја, већ и за одрживо

развој. Одрживо развој подразумева не само економски развој, већ обухвата и категорије заштите и унапређења животне средине и однос усклађености између привредног раста, социјалне правде и здраве животне средине, као и паралелне процесе узајамно условљене факторе – одрживу економију, одрживо коришћење енергије и одрживе индустријске активности. Другим речима, Земља не сме бити деградирана од стране садашњих генерација. Такав став се темељи на теорији правичности, тј. подједнаком праву сваког појединца на најшире основе слободе, а које не доводе у питање слободе других.

Заправо, право садашње генерације да искоришћава природне ресурсе из животне средине, не сме угрозити такво право наредним генерацијама. Дакле, неуважавање одрживог развоја води ка неефикасном економском расту у смислу нерационалног трошења и расипања ресурса и енергије.

Отуда друштвено богатство се мери индикаторима који су шири и свеобухватнији у односу на *GDP*. У том смислу сагледани су индикатори *Beyond GDP* који треба преко бруто домаћег производа да се укључе и области које се до сада нису вредносно, односно новчано мериле и представљају реалну меру мерења богатства друштва. Међутим, овај начин, односно методологија мерења још увек није достигла афирмацију, посебно код земаља које су ушле у реформске процесе (међу њима и Србија), с обзиром да је дуго била друга методологија (материјална концепција) обрачуна макроекономских агрегата. Такође, ове земље немају развијен систем прикупљања и обраде података. Недостатак *Beyond GDP*-а је и у томе што се ради о методологији која је сложена и што се многи подаци не могу новчано изразити (мерити)

Slavka Mitrović, LLM
Teaching Assistant

RIGHTFULLY MEASURING OF SOCIAL WELTH FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Summary

In this work, the methods, manner and methodology for determining the wealth of society, which are inevitably caused by globalization, as well as the efforts of the Serbian accession to the EU. The analysis is based on statistical and empirical data as well as the application of the theory of macroeconomic indicators, in order to solve the problem of a comprehensive measuring of the wealth of society.

The goal of the study was to estimate the contribution to GDP as macroeconomic aggregates in the measuring of economic development, as well as to consider modern indicators of rightfully and more comprehensive measuring of the wealth of society. As a new way and method of measuring of social wealth and economic development Beyond the GDP (gross domestic product over). His instruments for the quantitative measuring should reflect the sustainable development of not only the economy but also society in general.

ТЕОРИЈСКОПРАВНА И ИСТОРИЈСКОПРАВНА
ОБЛАСТ

Др Саша Б. Бован
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ФУНДАМЕНТАЛНЕ ТЕКОВИНЕ ЕВРОПСКОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА

Анстракт:

У овом раду се говори о европском праву људских права (у даљем тексту ЕПЉП) које настаје тумачењем и применом Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту Конвенција) и данас представља сигурно најразвијенији и најефикаснији међународни систем заштите људских права. Полазећи од неспорне чињенице да европско право људских права има карактер кохерентног и свеобухватног корпуса права, овом приликом се истражују кључне тековине овог јуристичког комплекса. У том правцу, чини се оправданим да доприносе европског права људских права, које настаје тумачењем Конвенције од стране Европског суда за људска права (у даљем тексту ЕСЉП), посматрамо на четири кључна епистемолошка поља, и то на (1) правно - херменеутичком; (2) правно - теоријском; (3) правно - политичком; и (4) теоријско - политичком плану. Посматрано на правно - херменеутичкој равни, разматрају се нови херменеутички инструменти у поступку тумачења и примене права које у свом раду развија ЕСЉП. Тада, покушаћемо да докажемо како развој и примена тих процедура и канона интерпретације у највећој мери кореспондирају са социолошком теоријом тумачења права коју смо конципирали и развили у неким другим радовима. Када се ради о правно - теоријској области, фокус је опет на правнохерменеутичкој проблематици, само што се тада разматра општа формула одступања од прецедената, имајући у виду да ЕПЉП представља модел једног новог и живог прецедентног права, које настаје као последица сусретања и сучељавања различитих правних традиција и школа права,¹ као и другачијих концепата тумачења права. Такође, покушаћемо да докажемо да и на овој равни, имајући у виду општу формулу одступања од прецедената, постоји кореспонденције између праксе ЕСЉП и социолошке теорије тумачења права. Правно - политички аспект разматрања ЕПЉП подразумева дискусију о томе

¹ Детаљније код: Andrew Drzemczewski, "The Internal Organization of the European Court of Human Rights", *European Human Rights law review* 3/2000, 236-237, Драгољуб Поповић, *Постанак европског права људских права*, Београд 2013, 58-62.

Проф. др Саша Бован

који се облик демократије заступа и промовише европским правом људских права. Најзад, на теоријско - политичком плану, обрађује се проблем "поља слободне процене државе", уз дилему да ли ова доктрина, тј. принцип (а можда је најбоље рећи херменеутички инструмент) може да послужи као повод за једну нову дискусију на тему националне суверености.

Кључне речи: *Европско право људских права. - Правна херменеутика. - Тековине Европског суда за људска права. - Социолошко тумачења права.*

1. ПРАВНО – ХЕРМЕНЕУТИЧКЕ ТЕКОВИНЕ ЕВРОПСКОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА

На самом почетку рада сматрамо да је неопходно указати на то да широка скала последица које производи Европско право људских права - како на практичном, тако и на теоријском плану, и у различитим областима - указује да овај правни поредак превазилази област људских права и представља важан поглед у будући развој државе, права и модерног западног друштва.²

Када се ради о правно - херменеутичкој области, чини се да у њој можда можемо пронаћи понајвише доказа о томе како је Конвенција један живи инструмент, а у том смислу и аргумената који потврђују да је судијска креативност темељна претпоставка на којој почива деловање ЕСЈП.³ Опет, ово је битно стога што је слобода судијског одлучивања у раду ЕСЈП имала за последицу настанак неких нових херменеутичких инструмената (канона тумачења права) значајних за јуристичку херменеутику схваћену и као вештину и као теорију тумачења права.

Судијска креативност у раду ЕСЈП почива на херменеутичком дуализму прецедентног права (*цоммон лау*) који налаже да је суд (1) везан

² О томе како рад и одлучивање ЕСЈП, као један дијалог различитих јурисдикција, представља невероватан и драгоцен природни експеримент у области правосуђа (тумачења и примене права) код: Саша Бован *Правна херменеутика између филозофије и логике - социолошки метод у тумачењу и примени права*, Београд 2014, 138-146.

³ George Letsas, "The Truth of Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR", *The European Journal of International Law* 2/2004, 285-290. Michael Kirby, *Judicial Activism - Authority, Principle and Policy in the Judicial Method*, London 2004, 61-92. Неминовност судијске креативности у раду ЕСЈП, поред осталог (сучељавање различитих јурисдикција и правно-политичких традиција) последица је чињенице да су људска права и слободе у Конвенцији дефинисана на крајње општи и сажет начин. Детаљније код: Christos L. Rozakis, "The European Judge as Comparatist", *Tulane Law Review*, 80/205-206, 260. Sean D. Murphy, "The relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties", *Treaties and Subsequent Practice* (ed. G. Nolt), Oxford 2013, 5.

претходним одлукама и (2) да су одступања од прецедената могућа у оправданим случајевима, када за то постоје нарочито убедљиви разлози.⁴ С обзиром да рад ЕСЉП почива на изразито комплексним претпоставкама оличеним у сучељавању различитих правних традиција и правосудних пракси, одступања од претходних одлука су врло честа.⁵ Тада искрсава потреба да се оправда једна таква судска пракса. Формулисање нових херменеутичких инструмената (канона тумачења права) представља одговор на потребу одступања од праксе *stare decisis*.

Посматрано у контексту циљева овог рада узећемо као неспорну чињеницу да херменеутички принципи попут еволутивног и иновативног тумачења, тумачења супротног идејама твораца Конвенције и теста пропорционалности, представљају једну новину и посебан продор у теорији тумачења права. У обимној литератури из ове области ипак је видљива велика мањкавост у разматрањима на ову тему. Наиме, ауторима који су или специјалисти из теорије права или из области правосуђа (рачунајући и судије ЕСЉП), али са недовољно референци из правне херменеутике, промиче кључна околност у вредновању праксе Европског суда. Ради се о томе да изостаје један синтетички приступ и напор уопштавања, а коначно, уклапања херменеутичких дискусија у оквире теорије тумачења права, пре свега унутар спора између субјективне и објективне теорије тумачења права. Изјашњавајући се на ову тему само у једној реченици, а према ранијим истраживањима из ове области, констатовати да сви поменути канони тумачења права заправо представљају модалитете испољавања објективно – телолошког метода тумачења права, и то у једној реалистичкој варијанти, где се интерпретација права испољава као посматрање правне норме полазећи од реалних друштвених односа.⁶

⁴ Да се пракса ЕСЉП темељи на *common law* систему постало је неспорно. О аргументацији у том правцу, на пример, код: Christos Rozakis, „Is the Case-Law of the European Court of Human Rights a Procrustean Bed?“, *UCL Human Rights Review* 2/2009, 51-69, Моница Маковеи, *Слобода изражавања – водич за примену чл. 10 Европске Конвенције о људским правима*, Београд 2006, 8. Овде треба рећи да ова формула у раду ЕСЉП добија трипартитну структуру, у неку руку и парадоксалну, где се каже да ЕСЉП (1) није везан својим претходним одлукама, али (2) да се у одлучивању ипак држи својих ранијих пресуса, и да (3) Суд одступа од својих прецедената само онда када постоје убедљиви разлози. Једна од првих и типичних пресуда у том смислу: *Cossey v. The U.K.*, <http://www.hudoc.echr.coe.it/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57641>, пар. 35.

⁵ Детаљније о томе уз одговарајуће примере код: Д. Поповић, 70-82, 100-123.

⁶ Објективна теорија тумачења права испољава се у две варијанте. Једна представља заговарање идеалистичке варијанте објективно – телолошког тумачења, где се тумачење испољавања као откривање нормативног смисла правне норме (објективне сврхе *prava-objektive Zweck des Rechts*): Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 239, 240, 256. У својој реалистичкој (прагматичкој) варијанти,

Само по себи посматрано, како је већ речено, формулисање нових херменеутичких канона (еволутивно и иновативно тумачење, тест пропорционалности и тумачење супротно интенцијама твораца Конвенције) представља драгоцен допринос теорији тумачења права.⁷

Ипак, чини се да полазећи од изложеног можемо отићи и корак даље. Наиме, у раду на једној прагматичкој теорији тумачења права, која заправо представља дискусију о дометима социолошког метода у поступку тумачења и примене права, управо смо у пресудама ЕСЉП пронашли обиље доказа који говоре у прилог томе да поменути херменеутички инструменти представљају модел једне микросоциолошке анализе, односно да сви без изузетка имају социолошку природу. Логика социолошке анализе у интерпретацији права (а не силогистичког закључивања или дијалектичког расуђивања) нарочито долази до изражаја приликом примене теста пропорционалности. Тада тумачење права добија изглед „вагања интереса полазећи од вагања чињеница“, са тежиштем на малој премиси, тј. на анализи чињеница, када та анализа не подразумева само њихово утврђивање и квалификацију већ и објашњење чињеница, које опет, подразумева њихово довођење у међусобни однос, истраживање њиховог релативног детерминистичког значаја, постављање чињеница случаја у одређени ужи или шири социјални контекст (синхроно и дијахроно), сагледавање сличности и разлика између појединих земаља у погледу њихових културолошких особености и особености у погледу развоја права.⁸

На пример, тест пропорционалности који се најчешће користи приликом примене чл. 8 – 11- Конвенције, подразумева као претходне радње процену да ли је задирање у приватност појединца засновано на закону и да ли је такво поступање засновано на легитимном циљу. Потом се одлучује да ли је пресуда националног законодавца неопходна у демократском друштву, када се заправо изводи закључак о томе да ли је одлуком у конкретном случају успостављена одговарајућа равнотежа између интереса појединца и друштва, а све то полазећи од скрупулозне обраде чињеница по матрици изложеној у претходном пасусу, тј. по логици једне социолошке анализе.

тумачење прва подразумева откривање значења правне норме у моменту њене примене што подразумева једну контекстуалну анализу када се правна норма посматра полазећи од реалних (садашњих) друштвених односа: Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 31-32.

⁷ George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford- New York 2007, 75-76. Paul Mahoney, “Judicial Activism and Judicial Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, *Human Rights Law Journal* 11/1990, 57-88. Donna Gomien, *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 1991, 53-54. Д. Поповић, 144-147.

⁸ С. Бован, 114-120.

Безброј је убедљивих примера који указују да примена теста пропорционалности по изложеној логици коначно добија димензију једне развијене социолошке анализе на начин који је управо изложен. Типичан пример је случај *Отто – Премингер – Институт в. Аустрија* (предмет бр. 13470/87, пресуђено 20. 09. 1994. године).⁹ У овом случају ЕСЉП је потврдио забрану приказивања једног филма у аустријској покрајини Тирол полазећи од анализе друштвених околности које тамо владају, што би у овом примеру подразумевало да садржина филма може да повреди верска осећања католичког становништва где се њих 85% изјашњавају као изразити верници.¹⁰

По изложеној логици, тј. полазећи од формуле „вагање интереса полазећи од вагања чињеница“, а имајући у виду образложење ове формуле управо изложено на претходној страни рада, сасвим је једноствено открити велики број пресуда ЕСЉП у којима се примењују и други поменути херменеутички канони (еволутивно и иновативно тумачење, тумачење супротно намерама творца Конвенције), а где се уочава да њихова употреба добија димензију једне развијене социолошке анализе (социолошког тумачења права).¹¹

2. ПРАВНО – ТЕОРИЈСКЕ ТЕКОВИНЕ ЕВРОПСКОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА

Овде се разматра однос континенталног и прецедентног права у погледу општих принципа интерпретације закона. Другим речима, и овом приликом смо на терену правне методологије, када се упоређивање ова два правна система спроводи ради извођења одговарајућих општих правно – херменеутичких консеквенци. У коначници овог одељка, ипак без великих претензија, али са позивом за дубље промишљање ове теме, желимо да изложимо тезу о томе како Европско право људских права, као облик новог, живог и пулсирајућег прецедентног права, представља будућност даљег развоја права у западном цивилизацијском кругу. Такође, као у претходном одељку, биће присутно настојање да се одступање од праксе *stare decisis* у раду ЕСЉП посматра у контексту једне социолошке теорије тумачења права.

Претходни пасус би подразумевао отварање пандорине кутије правне теорије с обзиром да је однос англосаксонског и континенталног права вечита и никада затворена тема у свакој, па и у области тумачења и примене права. Из тог разлога потребно је одмах подвући границу једне такве намене,

⁹ *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, <http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897>, 23. април 2016.

¹⁰ Још примера у изложеном смислу код: С. Бован, 158-160.

¹¹ *Ibid.*, 152-157.

констатацијом Р. Паунда који је још пре више од једног века указао на тенденцију приближавања ова два правна система у односу на питање примене права, али да се ради о приближавању које има више негативних него позитивних последица. Генерално посматрано у питању је спор између механичке и стваралачке јуриспруденције - када се проблем примене права посматра са становишта судијског активизма, односно спор између силогистике и дијалектике - када се питамо каква је природа јуристичког закључка, а коначно то је спор између субјективне и објективне теорије тумачења права - када се наш херменеутички упит тиче односа између субјективно - телеолошког (историјског) и објективно - телеолошког тумачења као два кључна канона интерпретације права.

У односу на све ове спорове, Паунд је указао како се, коначно, и у континенталном и англосаксонском праву (правној пракси) белодано уочава тенденција хипостазирања велике премисе јуристичког закључка оличене у закону (континентално право) или у прецеденту (англосаксонско право), на начин да се примена права испољава као облик „скраћеног силогизма“ односно као једно готово механичко уклапање датог случаја у тесну кожу закона или прецедента.¹²

Осим на равни непосредног поступања правника практичара, и у актуалној правној литератури САД и Европи, оној из области јуристичке херменеутике, такође се може пратити тенденција уједначавања перспектива. Наиме, у америчкој литератури одвија се спор између покрета судијског активизма (концепције "живог устава") и оригинализма (текстуализма). Жариште овог спора није у академским круговима већ у Врховном суду САД.¹³ У академским круговима, а посматрано у континенталном праву, полемика између оригинализма и судијског активизма одвија се у виду сада

¹² Роско Паунд, *Увод у филозофију права*, Подгорица 1996, 92, 103-104, 105-107, 115. О тенденцији хипостазирања велике премисе (закон, прецедент) у доношењу судских одлука (позиција механичке јуриспруденције, а када се ради о англосаксонској литератури, при чему се као код Паунда изводе слични закључци и заузима позиција стваралачке јуриспруденције код: Лон Л. Фулер, *Моралност права*, Подгорица 1999, 94-95. Ричард Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Београд-Подгорица 2001, 99-112, 147-161. Херберт Харт, *Појам права*, Подгорица 1994, 165. О доминацији догме механичке јуриспруденције у континенталној правној пракси упечатљиво код: Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986, 366. Најоштрију критику топоса механичке јуриспруденције у новијој немачкој литератури пронашли смо код: Winfried Hassemer, "Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik", *Rechtstheorie* 1/2008, 1-22. У нашој литератури на ову тему исцрпно: Zoran Pokrovac, "Sudačka neovisnost, postulat vezanosti zakonom i slobodnopravni pokret", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 42/1992, 595-615.

¹³ Мира Гур-Арие, "Америчка јуриспруденција у трећем миленијуму", *Америчка јуриспруденција XX века* (ур. Г. Вукадиновић, А. Картаг-одри), Нови Сад 2006, 12-17.

већ вековног и традиционалног спора између субјективне и објективне теорије тумачења права.¹⁴ У суштини, као што се може видети код А. Мармора који спада у круг американских херменеутичара који не долазе из области правосуђа већ из академске сфере, спор између оригинализма и судијског активизма кореспондира у сваком смислу и на сваки начин са дискусијама и полемикама између субјективне и објективне теорије тумачења права које се одвијају на европском тлу.¹⁵ Оно што је један искорак европске правнохерменеутичке традиције у овом спору јесте појава теорије правне аргументације, почев од Перелмана па до Алексија, где се тај спор премешта у сферу логике и топике те манифестује као супротстављеност аподиктике и дијалектике.¹⁶

Међутим, Европско право људских права носи ревитализацију и превагу *common law* система у области примене права и нове аргументе у прилог судијског активизма унутар покрета стваралачке јуриспруденције. У том смислу, без обзира на значај који се придаје ранијим одлукама ЕСЉП, одступања од прецедената постају не изузетак већ правило. Ако се на неки начин и статистички може изразити ова правилност, па чак и када би дошли до закључка да у раду Суда има више примера (одлука) који потврђују поштовање прецедената, чини се да је то само стога што нема довољно нових случајева који би тестирали њихову валидност. Другим речима, постојећи примери одступања од прецедената (они најпознатији у пракси ЕСЉП: пресуде *Делкур/Боргерс*, *Пелегран/Ескелинен*, *Фрете/Е.Б.*, *Аиур/Скопола*, *Папамихалопулос/Гвизо-Гализај*, итд.), показују да практично увек када се

¹⁴ По нама, најисцрпније о овом спору код: Gerhard Hassold, "Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes-subjektive oder objektive theorie der Gesetzesauslegung", *Zischr. for Zivilproces* 2/1981, 192-210. Такође и код: Bernd Rütters, "Methodenfragen als Verfassungsfagen?", *Rechtstheorie* 3/2009, 253-283.

¹⁵ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Portland 2005, 119-139, 160-169.

¹⁶ Ипак, домете теорије правне аргументације морамо посматрати у контексту неких Перелманових песимистичких закључака који нису изгубили на актуелности. Наиме, његова дугогодишња истраживања у области аксиологије, тј. покушај да заснује једну логику вредносних судова остао је безуспешан, што је и сам Перелман признао када каже да сви морални принципи садрже нејасне и непрецизне изразе: Хаим Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983, 92. Ово признање повлачи и потпуни скептицизам у погледу поузданости наших вредновања. Он каже: "Ни искустви, ни индукција коју оно одобрава, ни строга дедукција заиста не могу да гарантују прелаз са онога што је дато, са објективне чињенице, са онога што је истинито, на идеал који желимо да остваримо, на вредности које он истиче и правила која он одобрава"- *Ибид.*, 40. У последњих двадесетак година на значају добија процедурална теорија правне аргументације Р. Алексија. Међутим, потпуно је спорно, а нама и апсолутно нејасно у чему је значај ове теорије "новог" рационалног (дијалогског) расправљања, нарочито имајући у виду таблицу разрађених правила и форми расправљања: Роберт Алекси, *Теорија правне аргументације*, Загреб 2015, 285-290

отвори спор поводом неких деликатних случајева долази до тога да ЕСЈП одступа својих ранијих одлука. Овде долази до изражаја квалитативна у односу на квантитативну димензију ове проблематике.¹⁷

Међутим, формула одступања од прецедената у раду ЕСЈП била је и остала неодређена. Такво је и опште правило тог одступања које каже да се од прецедената одступа само онда када за то постоје нарочито оправдани разлози. Ипак, постоји један модел превазилажења ове неодређености који долази до изражаја у пресудама ЕСЈП, а који захтева посебну пажњу.

Наиме, чини се да општа формула одступања од праксе *stare decisis* којој прибегава ЕСЈП на један нови и убедљив начин указују на значај чињеничних питања (мале премисе) као полазне основе за одступање од постојећих прецедената, односно на њихов значај за судијско одлучивање генерално. Једна оваква пракса, једно ново прецедентно право које се тако ствара, а посматрано на општој правнохерменеутичкој равни, у највећој мери кореспондира са социолошком теоријом тумачења права која се овде заговара.

Заправо, ради се о томе да одступање од прецедената у пракси ЕСЈП подразумева брижљив рад на чињеницама који се иначе захтева у прецедентном праву, а састоји се у тражењу сличности и разлике у чињеничном стању појединих случајева како би се донела одлука о поштовању или о одступању од прецедената. Овај приступ, који је иначе битна карактеристика *common law* система права, помало је изгубио на значају због крутог придржавања доктрине *stare decisis*. Међутим, из разлога о којима је већ било речи у првом одељку, овај начин поступања са чињеницама неког случаја ревитализује се и добија на пуном значају у раду ЕСЈП.¹⁸

Такав приступ чињеничним питањима разликује се од оног у континенталном праву. Наравно, и у континенталном праву постоји свест о значају мале премисе за разумевање јуристичког расуђивања. Поменимо само Х. Канторовича и Б. Ритерса који кажу да на судију морамо гледати пре свега као на специјалисту чињеничног стања.¹⁹ Ипак, ова се проблематика у

¹⁷ Упечатљиве примере образложења одступања ЕСЈП од својих ранијих одлука код: Д. Поповић, 100-123.

¹⁸ Овде на пример убрајамо случајеве који се односе на суђења за клевету, када је Суд одлучно стао на становиште "чврсте" везе чињеничног стања и вредносних судова, а када се тумачење права коначно испољава као испуњавање садржином требања из законске норме полазећи од чињеница случаја: Драгољуб Поповић *Европско право људских права*, Београд 2012, 327-330. Значај чињеничних питања по теоријској матрици која се овде образлаже нарочито долази до изражаја у пресудама Суда које се односе на комплексна чињенична стања: С. Бован, 164-175.

¹⁹ Херман Канторович, *Борба за правну науку*, Београд 2006, 37. Бернд Ритхерс, *Рецхтстхеорије*, Мунхен 1999, 670. О значају чињеничних питања за разумевање

континенталном праву посматра "само" кроз матрицу "утврђивања чињеница", што у комбинацији са владајућим законским позитивизмом (механичка јуриспруденција), доводи до хипостазирања велике премисе, тј. до потискивања значаја мале премисе (чињеничних питања) за разумевање правничког резонавања.

Према томе, логика тражења сличности и разлика у чињеницама два случаја, која се скрупулозно примењује у пракси ЕСЈП - за разлику од оне у континенталном праву која подразумева "тек" утврђивање чињеница, као и праксе тврдог придржавања доктрине *stare decisis* у англосаксонском праву у истом правцу - поставља на право место питање мале премисе, односно подразумева истицање претежног значаја чињеничних питања у поступку судијског одлучивања, поготово када треба одступити од постојећих прецедената.

Оно што је битно у овој дискусији јесте и упит о природи једног оваквог поступања са чињеницама. Наиме, по својој суштини, тражење сличности и разлика између чињеница два случаја, које подразумева не само њихово утврђивање него и довођење у међусобни однос (објашњење чињеница), представља модел једног социолошког упоређивања што указује да одлучивање ЕСЈП можемо посматрати и кроз призму социолошке анализе. Прецизније, једна оваква логика поступања, посматрано и на општој правнохерменеутичкој равни, у великој мери кореспондира са социолошком теоријом тумачења права онако како је лапидарно представљена у претходном одељку. Ради се о томе да приступ који заговарамо такође потенцира значај мале премисе за разумевање природе јуристичког расуђивања, говори о томе да малу премису морамо посматрати не само кроз утврђивање него и кроз објашњење чињеница, указује на значај индукције у том смислу (ова врста упоређивања почива на индуктивној логици), што подразумева и дефиницију тумачења права унутар социолошке теорије тумачења права која долази до изражаја и у раду ЕСЈП, а може се изразити ставом да је тумачење права испуњавање садржином неког требања из опште правне норме полазећи од чињеница случаја посматраних у ужем или ширем контексту.²⁰

јуристичког расуђивања такође код: Arne Upmeier, "Der Sachverhalt im juristischen Streit", *Der juristische Streit: Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (hrsg. K. Kreuzbauer, S. Augeneder), Stuttgart 2004, 124-133. Hans-Joachim Koch, Helmut Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, 271-345.

²⁰ С. Бован, 131.

3. ПОЛИТИЧКО – ПРАВНЕ ТЕКОВИНЕ ЕВРОПСКОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА

Конвенција о људским правима и основним слободама, како је већ речено на самом почетку овог рада, данас представља најразвијенији и најефикаснији правни оквир заштите људских права. Она обухвата широку лепезу људских права утемељених на категорији аутономије личности. Иначе, концепт аутономије личности представља жаришну тачку либералних политичких теорија (егалитарно - либералних и либертаријанских) које доминирају у западном цивилизацијском кругу.²¹

У свом базичном значењу аутономија личности подразумева слободног појединца који је у одлучивању и понашању независан од неке групе, јавног мњења као и свеукупних притисака друштва и културе.²² Полазећи од изложеног, како рекосмо базичног и у литератури неспорног одређења ове категорије, можемо рећи и у чему је основна разлика између егалитарно - либералних и либертаријанских политичких теорија на ову тему. Ове прве, а почев од Џ. С. Мила,²³ под појмом аутономије личности подразумевају не само могућност слободног избора већ и могућност слободног развоја личности у правцу развијања интегритета појединца са израженим етичким и социјалним стандардима. У суштини, а када се постави питање односа између појединца и друштва, ове теорије представљају трагање за равнотежом између индивидуалне слободе и општег добра.²⁴ Унутар овог концепта важна се улога приписује и држави, која има обавезу

²¹ Треба рећи да аутономија личности представља централну категорију и у конкурентским политичким теоријама, пре свега оним комунитарним и мултикултуралним, иако се унутар њих овај појам излаже критици са становишта свог значаја, или полазећи од идеје превласти друштва над појединцем (комунитарне теорије), или полазећи од идеје различитости и хијерархије између људи и култура (мултикултуралне и органско - конзервативне теорије). Детаљније у нашој литератури код: Душан Павловић, *Аутономија личности у Ролсовој теорији правде*, Београд 2005, 113-194.

²² У САД се као синоним за категорију аутономије личности користи појам "право на приватност", а на европском тлу појам "достојанство личности", пре свега полазећи од формулација развијених у немачком законодавству и судској пракси. Код: Саша Гајин, *Људска права: Правно - систематски оквир*, Београд 2012, 38-39, 81-82.

²³ John Stuart Mill, *On Liberty and Considerations on Representative Government*, Oxford 1948, 49-52.

²⁴ Формулу ове равнотеже прецизно и суштински изражава Џ. Раз крилатицом "Ради у интересу друштва јер тиме радиш и у сопственом интересу". Другим речима, опет полазећи од Раза, и у једној развијенијој формулацији, сматра се да "Заштита многих најцењенијих грађанских или политичких права у либералним демократијама оправдава се чињеницом да она служе заједничком или општем добру": Цозеф Раз, *Етика у јавном домену*, Подгорица 2005, 64, 65, 112.

да обезбеди једнаке шансе за све,²⁵ те да врши редистрибуцију добара и дохотка према најугроженијим категоријама становништва.²⁶ Осим тога, држава се посматра и са становишта њених права да ограничава индивидуалну слободу у корист других појединаца и интереса друштва у целини.²⁷

Насупрот томе, либертаријански концепт аутономије личности, на пример код Р. Нозика, представља модел себичног појединца. У суштини ради се о једној конзервативној политичкој теорији која се ослања на класични либерализам, а темељи се на идејама глорификације приватног власништва, природне неједнакости људи и одсуству концепта редистрибуције те минималне интервенције државе.²⁸ Полазећи од изложеног, може се готово извесно закључити да либертаријанска политичка филозофија и нема развијену концепцију аутономије личности, јер, на пример Нозик, сужава овај појам на приватно поседовање (он везује аутономију личности за овлашћења, а овлашћења изводи из поседништва),²⁹ а коначно, индивидуалну слободу изједначава са идеалом себичног појединца, на пример када каже: "Постоје само појединачни људи, различити појединци са својим индивидуалним животима. Употребити једног од тих људи зарад користи других - значи искористити га и донети корист другима. Не постоји оправдана жртва неких од нас за друге".³⁰ Суштински проблем ове концепције јесте у томе што себични појединац не може да буде слободна и остварена личност, јер како каже Џ. Раз "ниједна особа не може бити слободна изузев у друштву слободних људи".³¹

Када се вратимо на концепт аутономије личности унутар егалитарно - либералне политичке теорије, треба додати да је ово убедљиво већинско

²⁵ Leonard T. Hobhouse, *Liberalism*, Greenwood 1964, 83-84, 90. Концепт једнаких шанси постаје један од међаша егалитарног либерализма почев од Д. Ђж. Ричија: David G. Ritchie, *The Principles of State Inference*, London 2012 (reprint izdanja iz 1891. godine), 43-44, 69-70, 95, itd.

²⁶ Џон Ролс, *Теорија правде*, Београд-Подгорица 1998, 257-265.

²⁷ О нужности институционалног ограничења индивидуалне слободе поближе код: Joseph Raz, *The Morality of freedom*, oxford 1986, 133, Thomas Hill Green, *Lectures on the Principles of Political Obligation*, London 1941, 8-9.

²⁸ О минималним функцијама државе где су њене социјалне функције израз милосрђа а не потребе за редистрибуцијом добара и прихода код: Роберт Нозик, *Анархија, држава и утопија*, Подгорица 2010, предговор IX, 40-41, itd. Ф. Хајек чак исмејава идеју социјалне правде и социјалних функција државе ставом да оне представљају "тројанског коња тоталитаризма": Friedrich Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London 1967, 130.

²⁹ Р. Нозик, 184.

³⁰ *Ibid.*, 27, 134, itd.

³¹ Џ. Раз, 140.

гедиште на ову тему у литератури из ове области и и да долази до изражаја у свим међународним програмским документима из сфере заштите људских права. У том смислу, а у односу на питање равнотеже индивидуалне слободе и општег добра постоји извесна превага идеје о људским слободама по принципу да се оштро поставља граница државног уплива у приватну сферу полазећи од формуле да постоји одређена приватна зона човека која је неотуђива, неосвојива, скоро херметички затворена и заштићена од утицаја државе.³² Посматрано у друштвеној и правној пракси, може се слободно рећи да овај модел заштите људских права свој највиши оперативни тј. практични израз достиже у одлукама Европског суда за људска права. Стога се Европско право људских права безрезервно може посматрати као манифест индивидуалне слободе,³³ где развијен концепт аутономије личности (људске слободе и достојанства) представља једну од његових фундаменталних тековина.³⁴

Све ово је белодано нарочито приликом примене чл 8 -11. Конвенције. Узмимо као прво, поново за пример одлуке у којима долази до примене теста пропорционалности као херменеутичког инструмента. Наиме, чак и када Суд утврди да је неко ограничење права у складу са националним законодавством и са легитимним циљем, утврђује се да ли је такво задирање у људска права неопходно у демократском друштву. У таквим ситуацијама, поготово када се ради о примени чл. 8 – 11. Конвенције, свака одлука Суда где се утврди да неко задирање у права није неопходно у демократском друштву, заправо представља потврду горе изложених ставова о високом котирању индивидуалне слободе у раду Суда. Ово тим пре што се у пракси ЕСЉП релативно често доносе пресуде са оваквим исходом а све позивајући се на тест пропорционалности, где се говори о потреби развоја слободне личности, о заштити моралног и физичког или друштвеног интегритета грађана, или о праву на успостављање и развој односа са другим људима и спољним светом.³⁵

³² Посматрано *де леге лата*, ова идеја нарочито долази до изражаја у чл. 8 - 11. Конвенције, где се у различитим формулација понавља став да се јавна власт не сме мешати у вршење индивидуалних права (на пример чл. 8., ст. 1. Конвенције).

³³ како исправно закључује Д. Поповић, заправо основни задатак Конвенције јесте заштита појединца од државе која је у том односу увек надмоћнија страна: Драгољуб Поповић, *Постанак европског права људских права*, 203.

³⁴ Наравно, и у овом случају, а у складу са идејом институционалних ограничења, чл. 9-11. Конвенције садрже модел ограничења индивидуалне слободе по формули да се јавне власти могу мешати и ограничити одређене личне слободе ако је то у складу са законом те неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, или ради спречавања нереда и криминала, као и ради заштите здравља, морала или права и слобода других појединаца.

³⁵ С. Гајин, 55-57.

Посматрано према конкретним одлукама Суда нарочито су индикативне у изложеном правцу пресуде које се односе на заштиту моралног и физичког интегритета личности (чл. 8. Конвенције). Таква је пресуда *Доџен против Уједињеног Краљевства* (предмет бр. 7525/76, пресуђено 22.10.1981. године), у којој ЕСЉП сексуалну оријентацију разумева као димензију приватне сфере личности (пар.61), што је довело до декриминализације хомосексуалних односа у земљама у којима су такви односи били кажњиви (на пример Северна Ирска).³⁶ Помињемо и сет судских одлука којима се установљава повреда индивидуалних права увек када се путем медија објаве фотографије или лични подаци особа које нису јавне личности (*случај Шијаца против Италије*, предмет бр. 50774/99, пресуђено 11.01.2005. године).³⁷ Даље, и када се ради о јавним личностима постоје одлуке Суда у којима се констатује да је њихова заштита „слабија“ у односу на обичне грађане, али да и тада постоји повреда права на приватност ако нема друштвеног интереса који би оправдао објављивање фотографија или неких личних података (*случај Фон Хановер против Немачке* (предмет бр. 59329/00, пресуђено 24.06.2004. године).³⁸

Овде би могли да наведемо још сијасет одлука ЕСЉП које се односе на заштиту индивидуалних слобода и по основу чл. 9-11. Конвенције а где долази до изражаја њихов значај и превага над општим а поготово државним интересом. Ипак, због ограничености простора упућејемо читаоце на један наш рад у којем је наведено и обрађено више таквих пресуда у изложеном контексту.³⁹

У сваком случају, постоји изразито велики број преуда ЕСЉП који се односе на појам аутономије личности а засноване су на формули „нема слободног и демократског друштва без слободне личности“. Другим речима, сви могући примери који се у овом контексту могу изложити указују како одлуке ЕСЉП подразумевају тражење равнотеже између индивидуалне слободе и општег добра (јавног интереса), али полазећи од посебне бриге за индивидуалне слободе, чиме је дата извесна превага појединачним над јавним интересима. Прецизније, у раду ЕСЉП инаугурисан је принцип о неотуђивим личним правима и слободама у које држава не може да задире. Даље, чак и када постоји могућност уплива јавне власти у приватну сферу,

³⁶ Dudgeon v. The United Kingdom, <http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/serch.aspx?i=001-57473>, 5. мај 2016.

³⁷ Sciacca v. Italy, <http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67930>, par.29., 5. мај 2016.

³⁸ Von Hannover v. Germany, <http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61853>, 5. мај 2016.

³⁹ Саша Бован, „Аутономија личности као еталон правичности Европског права људских права“, *Правни живот* 12/2015 (том IV), 273-289.

онда је то првенствено због права других грађана, а не због интереса националне или јавне безбедности, итд. Најзад, велики значај индивидуалне слободе у одлукама Суда пристиче и из праксе да се шири круг личних права која иначе иницијално нису регулисана и заштићена Конвенцијом.

Све у свему, изложено говори да се у раду ЕСЉП заговара један развијен концепт аутономије личности, односно да је присутна широка и чврста заштита индивидуалне слободе. У исто време, то значи да пракса Суда представља емпиријску потврду и примат егалитарно – либералног модела демократије а не оног либертаријанског који долази до изражаја у теорији и пракси САД.

4. ТЕОРИЈСКО – ПОЛИТИЧКЕ ТЕКОВИНЕ ЕВРОПСКОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА

Коначно, долазимо до јо једне битне тековине Европског права људских права. Она се односи на појам „поље слободне процене државе“ (*маргин оф аппрециатион*), чија елаборација подразумева, између осталог а можда и најважније, дискусију на тему проблема националне суверености.⁴⁰ У суштини, институт "поља слободне процене државе" настаје опрационализацијом чл. 8. ст. 2. Конвенције који говори о могућности и ситуацијама када националне државе могу задирати у индивидуалне слободе.⁴¹ Примену овог института, која је изузетно честа, сигурно треба посматрати полазећи од идеје равнотеже између приватног и јавног интереса, имајући у виду и потребу за равнотежом између интереса земаља потписница Конвенције с обзиром на разлике у њиховим културним, а нарочито политичким и правним традицијама. Најважније, примену принципа "поља слободне процене државе" треба посматрати у контексту потребе за дефинисањем односа између ЕСЉП и националних органа. Међутим, када се посматрају услови (принципи) на темељу којих се примењује институт "поља слободне процене државе", нарочиту пажњу заслужује онај први који говори о рестриктивној примени дотичног правног

⁴⁰ О томе да доктрину поља слободне процене треба везати пре свега за проблем националне суверености (безбедности) код: Eyal Benvenisti, "Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards", *Journal of International Law and Politics* 31/1999, 845-847.

⁴¹ Иначе, формулација из чл. 8. ст. 2. Конвенције која говори о ограничавању људских права понавља се и у чл. 9-11. Конвенције. Такође је потребно рећи да су одговарајућа ограничења слобода и права грађана предвиђена и чл. 15. Конвенције, али њих не узимамо примарно у разматрање јер се односе на извесне ванредне околности у друштву када је сасвим логично да држава ограничава људска права (додуше, треба указати да је доктрина поља слободне процене државе почела да се развија управо поводом тумачења и примене чл. 15. Конвенције - тзв. Кипарски случај).

(заправо правнохерменеутичког) инструмента у предметима који се односе на приватни живот појединаца по логици да је основни циљ Конвенције заштита појединца од државе која је у том односу надмоћнија страна.⁴² У том смислу, чини се да примену овог института треба посматрати и у контексту темељне претпоставке која се формулисала у раду ЕСЉП, независно од слова Конвенције и као нека општа филозофија поступања, а то је претпоставка "судијског активизма" на уштрб оне о "судском самоограничењу".⁴³ Најзад, и ипак, не треба заборавити да примена Конвенције иницијално почива на принципу њене супсидијарне улоге у односу на национално законодавство из области људских права и слобода.⁴⁴

Сви ови принципи дошли су до изражаја у пресуди *Хендисајд против Уједињеног Краљевства* (предмет бр. 5493/72, пресуђено 07.12.1976. године) где се говори и о супсидијерној примени Конвенције (пар. 48.), али и о томе како надзор над "пољем слободне процене државе" мора бити под ингеренцијом ЕСЉП (пар. 49).⁴⁵

Посматрано у овим оквирима, а имајући у виду поприличну неодређеност критеријума за процену домањаја "поља слободне процене државе" према изложеној пресуди *Хендисајд*, ипак се може основано поставити питање да ли Европско право људских права онакво какво настаје у тумачењу и примени Конвенције, отвара могућност проблематизације класичног концепта националне суверености који и даље доминира у међународним односима.⁴⁶ Да се ово питање може поставити нарочито показује пресуда *Лејла Шахин против Турске* (предмет бр. 44774/98, пресуђено 10.11.2005. године) када се у најдиректнијем виду отворило питање не толико индивидуалних права него односа између националног и

⁴² Д. Поповић, 151.

⁴³ *Ibid.*, 157.

⁴⁴ Указивање на нужне претпоставке за разматрање ове проблематике говори нам заправо да је ова доктрина једно од најдискутованијих питања Европског права људских права. Када се ради о монографијама код: James A. Sweeney, *Margins of appreciation, cultural relativity and the European Court of Human Rights*, Hull 2003. Yutaka Arai -Takashi, *Margin of Appreciation: Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Oxford-New York, 2002. Када се ради о новијом чланцима нарочито код: Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine", *Cambridge Yearbooks of European Legal Studies* 14/2012, 381-418.

⁴⁵ *Handyside v. The United Kingdom*, <http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-5749>, 6. мај 2016.

⁴⁶ Нећемо овде улазити у друге чиниоце који релативизују концепт националне суверености, поготово оне чисте политичке природе, који, посматрано у контексту и функцијама овог рада, припадају неким другим сферама (међународни односи, геополитика, итд.).

наднационалног правног поретка, а то значи питање о границама националне суверености.⁴⁷ У овом се случају ЕСЉП позива на верске слободе и толеранцију која мора постојати у отвореном и демократском друштву, али ипак није уважио представку Л. Шахин полазећи од принципа поља слободне процене државе тј. поштујући принцип националне суверености онда када се позива на специфични домаћи контекст и особености националног законодавства у чијим оквирима треба посматрати питања вере, традиције и поштовања људских права (пар. 109). Поштовање принципа националне суверености у овом случају нарочито долази до изражаја с обзиром на неспорну околност да подносиатељка представке својом жељом да носи мараму како налаже исламски обичај никако није могла да повреди или угрози секуларни карактер тадашњег државно - правног поретка Турске.

Међутим, постоји широк спектар пресуда које могу послужити као повод за дискусију о једном новом концепту националне суверености полазећи од идеје "европског консензуса" којом се придаје наднационални карактер неким кључним вредностима Конвенције. Треба указати да се овде не мисли на одлуке Суда којима се оштро и безусловно штити индивидуална слобода и приватан живот појединаца, већ на пресуде које имају шири значај и тичу се класичних питања или аспеката националне суверености. Таква је на пример пресуда *Боргерс против Белгије* (предмет бр. 12005/86, пресуђено 31. 10. 1991. године), која иначе представља одступање од прецедента из пресуде *Делкур против Белгије*. ЕСЉП је у пресуду Боргерс стао на становиште да постоји повреда људских права по основу чл. 6. Конвенције, чиме је заправо оспорио организацију државне власти у Белгији у једном сегменту.⁴⁸ Постоји низ одлука о одузимању пасивног бирачког права у бившим совјетским републикама које су оспорене одлукама ЕСЉП, где се Суд "меша" у изборно законодавство дотичних земаља.⁴⁹ Када се ради о слободи окупљања и удруживања (чл. 11. Конвенције), такође постоји читава серија одлука Суда (нарочито када се ради о Турској) у којима се пружа заштита групама и организацијама чији су скупови били забрањени, а када се

⁴⁷ У овом случају се радило о студенткињи медицине из Турске која се жалила на забрану истицања верских симбола на Универзитету (мараме), али је изгубила спор пред домаћим судом. Подсећамо да се ради о пресуди из 2005. године када је Турска захваљујући Ататурковом наслеђу колико толико припадала западном цивилизацијском кругу.

⁴⁸ *Borgers v. Belgium*, <http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57720>, 07. мај 2016.

⁴⁹ *Zdanoka v. Latvia*, <http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72794>, 07. мај 2016.

заправо врши интервенција у неке деликатне области унутрашње политике појединих земаља.⁵⁰

Не улазећи даље у примере и аргументе "за" или "против" хипотезе о потреби преиспитивања концепта националне суверености, а према пракси ЕСЉП и то приликом (поводом) примене принципа "слободне процене државе",⁵¹ треба истаћи следеће. Проблематика националне суверености у изложеном контексту мора се посматрати динамички, како синхроно тако и дијахроно. Посматрано према неким ранијим етапама развоја Европске уније (ЕУ), може се рећи да је у периоду пре проширења ЕУ на балтичке земље и поједине земље средње Европе и Балкана, доминирала филозофија "европског консензуса". За овај период се може рећи, имајући у виду општа политичка одређења унутар ЕУ, која су дошла до изражаја и у раду ЕСЉП, да су постојале извесне претпоставке за проблематизацију и редифинисање концепта националне суверености унутар тадашње ЕУ. У том смислу, може се рећи да су "судијски активизам" у раду ЕСЉП, те одговарајуће пресуде овог суда, у великој мери стварале платформу за развијање и одбрану оваквих идеја. Са доста извесности се може рећи да би један такав развој ишао у правцу сужавања "поља слободне процене државе".

Међутим у садашњој фази развоја ЕУ, карактеристично је да се ови процеси враћају на почетак, тј. на идеју класичне доктрине националне суверености. У том смислу, тек треба видети каква ће бити одређења ЕСЉП. Када се ради о социјално - политичким процесима и чиниоцима који иду на руку "повратку на старо стање ствари", помињено пре свега 2010. годину када су званичници Немачке (пре свега канцеларка А. Меркел) формално објавили пораз концепта "мултикултурализма", што је било изненађујуће и алармантно, поготово имајући у виду напоре које је на том плану учинила ова држава.⁵² За потребе овог рада само нотирамо неке друге

⁵⁰ Oya Ataman v. Turkey, <http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78330>, 07. мај 2016.

⁵¹ На крају крајева, у којој је мери овај принцип (доктрина, херменеутички инструмент) неодређен показују и покушају његовог дефинисања, где се може поћи од појма "допуштености" који би подразумевао превагу Суда који даје извесну слободу државама у питањима људских права, или од појма "самоограничења суда" који би подразумевао дефанзивну улогу Суда у односу на националне државе: Код: E. Benvenuti, 843. Посматрање "поља слободне процене државе" полазећи од појма "самоограничења" Суда нарочито код: Clovis Morrison, "Margin of Appreciation in European Human Rights Law", *Human Rights Journal* 6/1973, 275. Можда најкомплекснији приступ овом питању можемо пронаћи код Г. Лецаса који проблем "поља слободне процене државе" посматра на субстантивној и структуралној равни. Детаљније: George Letsas, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies* 4/2006, 705-731.

⁵² Крах мултикултурализма у Немачкој, http://www.slobodnaevropa.org/content/svet_nemačka_multikulturalizam/2197938.html, 7. мај 2016.

релевантне догађаје и процесе: криза у Грчкој, улазак у ЕУ Хрватске која није прошла процес денацификације у односу на догађаје из И и ИИ Светског рата, те грађанског рата на територији бивше СФРЈ (1990 - 1995), мигрантска криза, повлачење ЕУ пред уценама и притисцима Турске везано за проблеме миграната, а у условима када ова земља постаје наглашено тоталитарна држава.

Сви ови процеси су достигли кулминацију управо у време писања овог чланка. На дебати о стању у ЕУ одржаној почетком маја 2016. године у Риму, у дискусијама готово свих говорника, а нарочито највиших функционера ЕУ (Жан Клод Јункера - председника ЕК, Доналда Туска - председника ЕС, Мартина Шульца - председника ЕП), заузет је крајње песимистичан став о будућности ЕУ, када се каже да овај блок више нема кохерентну заједничку европску визију и да га подривају себични национални интереси.⁵³

Имајући у виду процесе који су тек овлаш дотакнути, остаје да се види како ће се будући развој ЕУ одразити на рад и достигнућа ЕСЉП, од којих су нека најважнија обрађена у овом раду. У том правцу, чини се да је најмање битна дискусија о "старом" или "новом" концепту националне суверености, већ се ради о томе колико ће се у даљем развоју ЕУ сачувати брижљиво зидана зграда људских права и индивидуалних слобода.

⁵³ Лидери ЕУ: Једна визија, ЕУ држава - то су биле илузије, <http://www.b92.net/info/vesti/index.php?уууу=2016&mm>, 7. мај 2016.

Saša B. Bovan, LL.D
Full Professor

**FUNDAMENTAL ACHIEVEMENTS OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS
LAW**

Summary

This paper discusses, on a general theoretical level, the key achievements of the legal order constructed on the foundations which are the experiences of the European Court of Human Rights. These achievements are observed in four areas: legal - hermeneutical; legal - theoretical; legal - political and theoretical - political. The conclusion of this work consists of a complex attitude according to which the European human rights law represents a carefully and painstakingly constructed building of human rights, which is dominated by concern for individual freedoms observed in the spirit of a "new" case law that brings us back to the bright traditions of common law system, and when one can say that this practice European human rights law corresponds to the fullest extent possible with a sociological theory of interpreting and applying the law that we have formulated and developed in some earlier works.

Др Дарко Симовић*

Редовни професор Криминалистичко-полицијске академије, Београд

НАЧЕЛО СВЕТОВНОСТИ ДРЖАВЕ И ОСТВАРИВАЊЕ СЛОБОДЕ ВЕРОИСПОВЕСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

Апстракт:

Уставом Србије из 2006. године прокламовано је начело световности државе. Будући да је реч о новини, јер је у оквиру начела Устава изричито наглашена световност државе, а да уједно нови устав није попут претходног предвидео могућност државе да материјално помаже верске заједнице, у теорији су се појавила два опречна мишљења. С једне стране, постоји уверење да је Устав предвидео систем строге одвојености државе и цркве, док с друге стране, доминира став да је у Србији установљен систем кооперативне одвојености државе и цркве. Уставни суд је, у поступку контроле уставности Закона о црквама и верским заједницама, прихватио гледиште о кооперативној одвојености државе и цркве. Ипак, остала је сумња да су поједина законска решења неуставна. Као илустративан пример може се поменути законско решење које предвиђа могућност државе да пружа одговарајућу помоћ за извршење правноснажних одлука и пресуда које издају надлежни органи црква и верских заједница, на њихов захтев. Отуда, супротно преовлађујућем тренду у европском конституционализму, додатно снажење религије у јавној сфери може значајно да угрози један од темељних стубова савремене уставне државе, а то је начело световности, које подразумева и неутралност државе према религији.

Кључне речи: *слобода вероисповести; секуларизам; Устав Србије; веронаука.*

* Аутор је редовни професор Криминалистичко-полицијске академије у Београду.

** Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта које финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (бр. 179045). Уједно, овај рад је резултат и истраживања спроведених на пројекту: „Криминалитет у Србији и инструменти државне реакције“, који финансира и реализује Криминалистичко-полицијска академија у Београду, циклус научних истраживања 2015-2019. година.

1. УВОД

Слобода вероисповести спада у ред најкомплекснијих људских права. Поред низа гаранција које предвиђа, слобода вероисповести подразумева и различите видове испољавања верског уверења, који у секуларним државама подлежу значајним ограничењима. Уједно, "не треба занемарити друштвену димензију овог питања, која произлази из групног карактера традиционалних религија и колективног вршења обреда, и неопходност односа између верских организација и државе"¹. Мултиконфесионалност, по правилу, тежи потпуном раздвајању државе и цркве, али и препознавању и признавању улоге коју религија има у друштвеном животу.² Управо у том контексту посматрано, с једне стране, слобода вероисповести се, уз слободу мисли и савести, одређује као „конститутивни елемент демократског друштва и његовог плуралистичког карактера“³, док је, с друге стране, државна неутралност према религији нужна претпоставка за постојање демократског плурализма. Заправо, државна неутралност у сфери религије се одређује као нужност за „очување плурализма“⁴. У супротном, може се говорити о моделу државне цркве који подразумева фаворизовање једне верске заједнице, а само изузетно више њих, и тако негира слободу вероисповести свих лица другачијег верског опредељења, што је неспојиво са идеалом установљавања демократског плуралистичког друштва.

Будући да је претежнији број савремених држава у већој или мањој мери мултиконфесионалан, таква социјална структура чини нужним световни карактер државе, али и признавање значаја коју религија има у друштвеном животу.⁵ О неутралности државе у сфери религије може се говорити као о уставноправном захтеву да се постојеће верске заједнице узајамно толеришу, да држава позитивно делује на коегзистенцију различитих религија, да је неопходно „умерено раздвајање“ државе и цркве, да је под претпоставком забране увођења државне цркве забрањено привилеговање једне вере и да држава мора спречавати тоталну идентификацију са једном верском доктрином, као и тоталитарне тенденције

¹ Т. Маринковић, „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2011, 368.

² М. Драшкић, „Ustav Srbije: Striktна ili kooperativna odvojenost crkve i државе?“, *Sveske za javno pravo*, br. 12, Sarajevo 2013, 37.

³ Видети: *Kokkinakis v. Greece* (1993).

⁴ Видети: *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova* (2001).

⁵ М. Драшкић, 37.

партикуларних религија.⁶ Као наличје читаве идеје да држава треба да буде неутрална према религији, појављује се и неминован захтев да она буде секуларна.

Сваки облик секуларизма обележавају два основна принципа. Први је принцип одвојености државе и цркве, који подразумева непостојање државне религије, док је други принцип слободно остваривање вероисповести, који обухвата не само право на слободан избор верског опредељења, већ и право да се не верује.⁷ Мада начело секуларизма обележава савремени европски конституционализам, приметан је раскорак нормативног и стварног. Наиме, многе државе, премда номинално секуларне, нису успеле да потисну религију из јавног живота, што је потенцијални и стварни узрок бројних друштвених проблема. Доминира становиште да је утицај религије унеколико ослабио у друштвеном животу.⁸ Један од новонасталих проблема је и тај што снажније присуство религије угрожава темеље модерне уставне државе – неутралност и секуларизам.⁹ Чини се да Србија, такође, није одолела том тренду, будући да начело световности државе добија све блажи облик. Управо из тог разлога, у овом раду ће бити истакнута нека запажања, првенствено са нормативног становишта, која указују на омекшавање принципа секуларизма.

2. ДОМАШАЈ УСТАВНОГ НАЧЕЛА СЕКТОВНОСТИ ДРЖАВЕ

Устав Србије од 1990. године није изричито прокламовао начело световности државе, али се такво опредељење уставотворца могло закључити из уставне одредбе која предвиђа да су верске заједнице одвојене од државе и слободне у вршењу верских послова и верских обреда (члан 41, став 2). Од посебног значаја за однос државе и цркве је и уставна норма о могућности државе да материјално помаже верске заједнице (члан 41, став 4).

Нормативно посматрано, Устав Србије од 2006. године је донео новине на пољу односа државе и цркве. У првом делу уставног текста, изричито је прокламовано начело световности државе (члан 11, став 1).

⁶ Е. Šarčević, „Princip `neutralnost`: odnos religije i države u njemačkom državnom pravu (uz prevod izabranih odluka Saveznog ustavnog suda SR Njemačke)“, *Društvena istraživanja – Časopis Pravnog fakulteta u Zenici*, Zenica, 3/2008, 21.

⁷ J. Casanova, „The secular and secularism“, *Social research*, Vol. 76, 2009, 1049-1066.

⁸ А. Sajo, „Preliminaries to a concept of constitutional secularism“, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, No. 3&4, 2008, 605.

⁹ P. C. Jimenez Lobeira, „Veils, Crucifix and the Public Sphere: What Kind of Secularism? Rethinking Neutrality in a Post/secular Europe“, *Journal of Intercultural Studies*, Vol. 35, No. 4, 2014, 386.

Разрађујући ово начело, уставотворац је додао да су цркве и верске заједнице одвојене од државе (члан 11, став 2), као и да се ниједна религија не може успоставити као државна и обавезна (члан 11, став 3). У делу посвећеном људским правима, уставотворац је посебан члан посветио црквама и верским заједницама. Јамчи се равноправност верских заједница и изнова се понавља да су оне одвојене од државе (члан 44, став 1). Цркве и верске заједнице су равноправне и слободне да самостално уређују своју унутрашњу организацију, верске послове, да јавно врше верске обреде, да оснивају верске школе, социјалне и добротворне установе и да њима управљају, у складу са законом (члан 44, став 2).

Имајући у виду ове промене у уставном нормирању односа државе и цркве у нашој теорији су се појавила два дијаметрално супротна гледишта о домашају начела световности државе у Уставу од 2006. године. С једне стране, будући да је ово начело изричито прокламовано, истиче се намера уставотворца да установи систем строге, а не кооперативне одвојености државе и цркве. Главни аргумент за овакво гледиште је чињеница да је за разлику од минутих уставних решења изричито наглашена, и то као уставно начело, световност државе. Осим тога, изостављена је могућност државе да материјално помаже верске заједнице. Такво еволуирање уставних решења, резонују заступници оваквог гледишта, не може бити случајно и без неке посебне намере о промени природе односа државе и цркве. „Ова два аргумента поткрепљују тумачење да су писци Устава од 2006. године начинили још један корак у правцу доследног спровођења система потпуне сепарације цркве и државе, тиме што су свесно одустали од помињања материјалне или неке друге помоћи државе цркви и тако отклонили могућност да у уређењу односа државе и цркве законодавним путем буду признати и поједини елементи система кооперативне одвојености“¹⁰. Узгред, ни сам уставни текст не оправдава да се начело световности државе протумачи у смислу кооперације. „Штавише, историјско и систематско тумачење јасно наводе на супротан закључак – да је уставотворац имао на уму систем строге, а не кооперативне одвојености“¹¹.

С друге стране, наглашава се превасходно деклаторно значење уставног начела световности државе, а негира се његово правно-техничко значење.¹² „Другим речима, помињање секуларности, не може утицати на одређивање врсте и квалитета система односа државе и цркве, поготову не у смислу да он нужно имплицира систем *стриктне* одвојеност државе, цркве и

¹⁰ М. Драшковић, 39.

¹¹ Т. Маринковић, 383.

¹² С. Аврамовић, „Поимање секуларности у Србији – рефлексije са јавне расправе у Уставном суду“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011, 298.

верских заједница¹³. Узгред, поменуто је и чињеница да у компаративној уставности само мали број устава помиње реч секуларност.¹⁴ У прилог оваквог резонувања послужиће и истраживање Саја (Andras Sajó) који истиче да секуларизам „није јасно препознат као уставна вредност“.¹⁵ Наиме, како је већ наглашено, само мањи број устава изричито прокламује начело секуларизма, али чак и тада целина уставних решења и друге уставне вредности не кореспондирају на одговарајући начин са захтевима секуларизма.

Поред овакве начелне одбране меког поимања уставног начела световности државе било је и покушаја да се детаљнијим и деликатнијим тумачењем уставних одредби дође до истоветног закључка. Наиме, уставна прокламација о одвојености црква и верских заједница од државе подразумева њихову аутономност да у складу са законом самостално уређују своје активности. „Дакле, на основу таквог схватања изложене уставне одредбе, може да се дође до закључка да одвојеност о којој је реч у првом реду значи да постоје одређена питања у којима су надлежне цркве и верске заједнице и да држава не може да их регулише, или их регулише само оквирно. Разуме се да из тога следи и да постоје одређена питања, нарочито у јавноправној сфери у која цркве и верске заједнице не смеју да улазе“¹⁶. Но, на дилему, каква је природе та одвојеност државе и цркве, закључује се да је реч о кооперативном карактеру сепарације, који подразумева прожимање државног и аутономног права и сарадњу између државе и црква и верских заједница на реализацији појединих државних циљева. Без дилеме један од неминовних циљева те сарадње је остваривање слободе вероисповести.¹⁷ Осим тога, у Уставом предвиђој обавези државе да својим мерама у области образовања, културе и информисања, подстиче разумевање, уважавање и сарадњу, односно дух толеранције и међукултурног дијалога међу свим људима, без обзира на њихов верски идентитет (чл. 48 и 81), проналази се правни основ за сарадњу државе и верских заједница.

Напоследку, у поступку контроле уставности Закона о црквама и верским заједницама¹⁸ Уставни суд је прихватио друго гледиште, које

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Реч је о уставима следећих држава: Азарбејџана, Гамбије, Гвинеје Бисао, Гвајане, Казахстана, Малија, Намибије, Русије, Таџикистана, Туркменистана и Индије (до 1976. године). Наведено према: С. Аврамовић, 298; Видети: В. Петров, В. Микић, „Начело лаицитета у савременој уставности“, *Религија, политика, право*, Београд 2015, 625-644.

¹⁵ А. Сајо, 621.

¹⁶ В. Дјурић, „Законско уређивање правног положаја црква и верских заједница у Републици Србији: од оспоравања до унапредјивања“, *Свеске за јавно право*, бр. 13, Сарајево 2013, 45.

¹⁷ *Ibidem*, 46.

¹⁸ „Службени гласник РС“, бр. 36/2006.

подразумева меко поимање начела световности државе. У прилог таквог становишта Уставни суд се позвао на одредбе Закона о радиодифузији¹⁹, које су предвиђале да су, поред осталих субјеката, и цркве и верске заједнице овлашћени предлагачи за чланове Савета Републичке радиодифузне агенције, и на одредбе Закона о основама система образовања²⁰, који предвиђа да се један од чланова Националног просветног савета за предшколско, основно и средње опште и уметничко образовање бира, поред осталих, и из редова Српске православне цркве, односно осталих традиционалних цркава и верских заједница. Напослетку, као још један адут у прилог таквог гледишта, Уставни суд је навео да је према ранијем Закону о министарствима, који је важио до 2012. године, постојало Министарство вера и дијаспоре, а да је након тога, уредбом Владе конституисана Канцеларија за сарадњу са црквама и верским заједницама. У издвојеном мишљењу судије Марије Драшкић се наглашава: „Уставни суд је, потпуно замењујући тезе, свој закључак о томе да у уставном поретку Србије не постоји систем строге одвојености цркве и државе, већ систем кооперативне одвојености, засновао на одредбама неких закона које све одреда управо могу бити потенцијално сумњиве са становишта уставног начела о световности државе! Другим речима, уместо да се изјашњава о томе каква је права природа уставног начела о световности државе које јемчи чл. 11. Устава, односно да изнесе разлоге због којих сматра да је однос цркве и државе према том Уставу организован као систем кооперативне одвојености, те да на основу таквог тумачења оцењује уставност и овог оспореног, као и свих других потенцијално спорних закона, Уставни суд закључује да баш постојање поменутих законских одредби доказује да је реч о систему кооперативне одвојености цркве од државе у Републици Србији!“²¹.

3. ДИЛЕМЕ О (НЕ)ДОСЛЕДНОМ СПРОВОЂЕЊУ НАЧЕЛА СВЕТОВНОСТИ ДРЖАВЕ

Премда се Уставни суд Србије афирмативно изјаснио о уставности Закона о црквама и верским заједницама²², поједине његове одредбе су несумњиво спорне са становишта уставног начела световности државе и заслужују посебан коментар. Природа и обим овог рада не допуштају исцрпну и потпуно изнијансирану анализу свих спорних законских решења, тако да ће овом приликом бити апострофирани само они најупадљивији примери.

¹⁹ „Службени гласник РС“, бр. 42/2002.

²⁰ „Службени гласник РС“, бр. 72/2009. и 52/2011.

²¹ ГУЗ – 455/2011.

²² *Ibidem*.

Мада Устав то ни посредно не помиње, Закон о црквама и верским заједницама (убудуће: Закон), предвиђа да држава сарађује са црквама и верским заједницама ради унапређивања верске слободе и остваривања општег добра и заједничког интереса (члан 28, став 1). Овој законској одредби начелног карактера се нема шта приговорити, будући да, због њихове значајне друштвене улоге, верске заједнице не могу остати игнорисане од стране државе. Држава и на пољу слободе вероисповести располаже позитивним обавезама, које подразумевају предузимање активности које ће омогућавати остваривање овог права. Међутим, осим тога, Закон предвиђа да се ради унапређивања верске слободе и сарадње са црквама и верским заједницама, у обостраном интересу, држава може да материјално помаже цркве и верске заједнице (члан 28, став 2). Као један од видова материјалне помоћи црквама и верским заједницама може се поменути и законско решење које предвиђа да се ради унапређивања верске слободе, средства за здравствено и пензијско и инвалидско осигурање свештеника односно верских службеника могу се обезбедити у буџету Републике Србије (члан 29, став 2). Имајући у виду да је нови устав изоставио могућност материјалне помоћи црквама и верским заједницама од стране државе, остаје дилема да ли се овом законском нормом крши уставотворчева намера о доследнијем спровођењу начела световности државе. Премда Устав не забрањује држави да материјално помаже цркве и верске заједнице, „али се систематским и историјским тумачењем долази до закључка да се 2006. године желео направити отклон у том погледу у односу на решења Устава од 1990. године“²³. Истовремено, не само да се крши начело световности државе, према мишљењу изнетом у нашој теорији, већ се повређује и начело једнакости грађана, будући да се на тај начин, без објективног и разумног оправдања, финансијски привилегује једна категорија становништва (свештеници и верски службеници) у односу на друге субјекте.²⁴

Доста контроверзи је изазвало законско решење да држава, за извршење правноснажних одлука и пресуда које издају надлежни органи црква и верских заједница, пружа одговарајућу помоћ, на њихов захтев у складу са законом (члан 7, став 2). Остала је дилема „да ли на основу овакве одредбе Закона државни органи могу бити стављени у позицију отвореног органског повезивања са црквама и верским заједницама, што је одлика система кооперативне, а не строге одвојености цркве и државе?“²⁵. Уставни суд је закључио да се Устав од 2006. године определио за систем кооперативне одвојености државе и цркве, а ово законско решење је схватио

²³ Т. Маринковић, 380.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ М. Драшкић, 39.

као установљивање могућности, а не обавезе државе у пружању помоћи црквама и верским заједницама. Реч је о дискреционом овлашћењу државног органа да такву помоћ одбије уколико она није у складу са његовим законским овлашћењима. Свој став Уставни суд је темељио на одредбама Закона о државној управи²⁶ и Закона о полицији²⁷ о надлежностима полиције као органа државне управе за обављање послова који се односе на безбедност државе и грађана. Две су последице оваквог становишта Уставног суда: „прво, да прописана обавеза државе да помаже у извршењу правноснажних пресуда и одлука црквених органа значи да се ради о надлежностима полиције у одржавању јавног реда и безбедности, и друго, да државни органи имају право и да одбију пружање помоћи у извршењу црквених одлука и пресуда ако нађу да то није у складу са законом“²⁸. Треба нагласити да је, нормативно посматрано, наведено законско решење о помоћи државе апстрактно и да се може екстензивније тумачити од значења које му придаје Уставни суд повезујући га превасходно са надлежностима полиције у одржавању јавног реда и пружању помоћи у случају опасности, будући да то није изричито поменуто у законској формулацији. Но, с друге стране, оправдано се поставља и питање какве природе би то могла бити одлука цркве или верске заједнице чије би спровођење помогли државни органи, а да то не произлази из њихове законске обавезе која се односи на заштиту безбедности или одржавање јавног реда и мира? Дакако, реч је о изузетно спорној законској одредби, и то не само са становишта уставности, чија примена може да изазове значајне проблеме и далекосежне последице у сфери односа државе и цркве, односно верских заједница.

Закон је зајамчио право на верску наставу у државним и приватним основним и средњим школама, у складу са законом (члан 40). На оспоравање поменуте законске одредбе да се њоме нарушава начело световности државе, Уставни суд је закључио да се „законском одредбом не може јемчити ма које право, већ је то искључиво право уставотворца“, као и да „право на верску наставу није зајемчено Уставом, а самим тим не може бити зајемчено ни законом“. Следећи такав начин резоновања, Уставни суд је нагласио да верска настава није обавезна, те да се на тај начин не елиминише плурализам, будући да „у демократском друштву држава мора предузимати мере да осигура један од аспеката права на образовање, а то је и право на верску наставу“. И у нашој правној литератури је снажно брањено ово становиште. Наиме, у европском контексту више се не поставља дилема да ли је верска настава у државним школама у складу са принципом

²⁶ „Службени гласник РС“, бр. 79/2005, 101/2007 и 95/2010.

²⁷ „Службени гласник РС“, бр. 101/2005 и 63/2009.

²⁸ М. Драшковић, 42.

секуларности и поделе власти.²⁹ Према речима Силвија Ферарија (*Silvio Ferrari*): „У целокупној ЕУ сарадња држава и верских заједница данас је правило. Кооперација је данас кључни појам у односима цркве и државе у ЕУ, а после пада комунистичког режима постепено и у целој Европи“³⁰. Упоредноправна анализа указује на то да верска настава постоји у више од 40 држава Европе, а да само у четири државе (Албанија, Македонија, Словенија и делом Француска) не постоји овај вид наставе.³¹ Осим тога, у нашој теорији је изнета извесна аналогија између национализације и укидања верске наставе коју је спровео комунизам. Дакле, „као што је легитимна денационализација, легитимно је и враћање насилно одузетог права на верску наставу“³².

Но, изнето је и дијаметрално супротно становиште. Наиме, у световним државама, требало би да постоји „предмет који би на вредносно неутралан, рационалан и критички начин упознавао ученике са општом историјом свих религија и верском етиком“³³. Сагласно карактеру наше цивилизације, „неспорно је да су објективна и плуралистички интонирана знања о три највеће монотеистичке религије неопходна за разумевање филозофије, историје, књижевности, сликарства, архитектуре и многих других области људског стваралаштва и светске традиције, те да су саставни део опште културе и цивилизације“³⁴. У овом контексту је занимљиво поменути случај из судске праксе САД у коме је изричито наведено да је употреба јавних зграда за ширење религиозних доктрина чин који води нестанку одвојености цркве и државе.³⁵ Но, с друге стране, постојање неконфесионалне наставе о религији у јавним школама се сматра усаглашеним са начелом световности државе. Увођење веронауке у јавне школе носи са собом и низ других проблема. Верска настава се, на почетку основног образовања, претвара у верску индоктринацију, јер ученици нису довољно сазрели за успостављање било какве критичке дистанце према сервираном верском учењу. Поставља се питање и у којој мери цркве и верске заједнице располажу кадровским капацитетима да пруже адекватну верску наставу. Несумњиво, постојаће школе у којима из објективних разлога неће моћи да се организује верска настава за ученике појединих

²⁹ С. Аврамовић, „Поимање секуларности у Србији – рефлексije са јавне расправе у Уставном суду“, 299.

³⁰ Наведено према: С. Аврамовић, *Прилози настанку државно-црквеног права у Србији*, Правни факултет у Београду и Службени гласник, Београд, 2007, 107.

³¹ Видети: *Ibidem*, 55.

³² *Ibidem*, 61.

³³ М. Драшкић, 43

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *McColum v. Board of Education*, 333 U. S., s. 212, (1948)

верских опредељења. И напослетку, као можда и најозбиљнија примедба, опредељивање ученика за верску наставу неминовно води њиховој сегрегацији, што може имати далекосежне последице по њихов нормалан психофизички развој.

Према није, попут Закона о црквама и верским заједницама, изазвала битнију пажњу правне науке, решења Уредбе о вршењу верске службе у Војсци Србије³⁶ такође отварају дилеме у погледу њихове усклађености са начелом световности државе. Пре свега, треба нагласити да се верској служби у Војсци Србије додељује веома значајна, а чини се и претенциозна мисија. Наиме, верска служба у Војсци Србије се организује ради остваривања слободе вероисповести, јачања духовних и моралних вредности припадника Војске Србије, неговања војничких врлина и патриотизма, као и обликовања грађанске одговорности (члан 3, став 1). Она се организује у функцији развоја, изградње, одржавања и повећања њених оперативних способности приликом извршавања свих дефинисаних мисија и задатака (члан 3, став 2). Верску службу у Војсци Србије врше искључиво свештеници, односно верски службеници традиционалних цркава и верских заједница (члан 8, став 1). Дакле, на овом пољу се предвиђа повољнији положај за традиционалне цркве и верске заједнице. Осим тога, свештеници, односно верски службеници традиционалних цркава и верских заједница који врше верску службу у Војсци Србије јесу професионална војна лица високе стручне спреме у статусу официра Војске Србије (члан 8, став 2). Војни свештеници, односно верски службеници и помоћници војних свештеника, односно верских службеника остварују право на здравствено, пензијско и инвалидско осигурање, право на плату, накнаде и друга примања, као и остала права по основу њиховог статуса, у складу са законом (члан 9).

Број представника традиционалних верских заједница у Војсци Србије одређује се према броју верника припадника Војске Србије. У том смислу, уколико у укупном броју припадника Војске Србије има од 100 до 500 верника традиционалне цркве, односно верске заједнице, верску службу у Војсци Србије обављаће један војни свештеник, односно верски службеник те традиционалне цркве, односно верске заједнице (члан 11, став 1). Већи број верника који су припадници Војске Србије, води и већем броју војних свештеника одговарајућих традиционалних цркава или верских заједница. Међутим, Уредба предвиђа и позитивну дискриминацију. Наиме, уколико се број припадника Војске Србије који су верници одређене традиционалне цркве, односно верске заједнице смањи испод поменутог броја, у погледу броја војних свештеника, односно верских службеника одређене

³⁶ „Службени гласник РС“, бр. 22/2011.

традиционалне цркве, односно верске заједнице примењује се начело позитивне дискриминације (члан 21). Ова одредба би озбиљно могла да се преиспита са становишта уставности, јер се већ привилеговане традиционалне цркве и верске заједнице, без неког посебног рационалног оправдања, додатно привилегују применом позитивне дискриминације.

Када је реч о припадницима Војске Србије другачијих верских уверења, Уредба предвиђа да уколико број припадника одређене конфесионалне заједнице или друге верске организације достигне минималан број предвиђен Уредбом, са том конфесионалном заједницом, односно верском организацијом Министарство одбране закључује споразум о вршењу верске службе (члан 11, став 4). Међутим, у овом аспекту Уредба је неодређена и подложна различитом тумачењу, јер не прецизира да ли би то значило успостављање истог режима који вежи за традиционалне цркве и верске заједнице или је Министарство одбране слободно да договори и некакав посебан аранжман за такву конфесионалну заједницу или верску организацију.

ЗАКЉУЧАК

Иако је Устав Србије од 2006. године прокламовао начело световности државе, и то као једно од начела Устава, постојећа пракса, али и становиште Уставног суда, које је он изразио у поступку контроле уставности Закона о црквама и верским заједницама, је да се уместо доследне сепарације државе и цркве, прихвати модел кооперативне сарадње. Досадашња уставноправна традиција, а уједно и конституционализовање начела световности државе, много реалнијим чине закључак да је уставотворац имао намеру да доследније спроводи сепарацију државе и цркве. Упоредноправно посматрано, државе које се опредељују за систем кооперативне одвојености, по правилу, уносе и одговарајуће одредбе о томе у уставни текст.³⁷ Таквих одредби, које би оправдавале интензивнију кооперацију државе и цркве, у Уставу Србије нема.

Мада религија заузима све значајнији сегмент јавног простора, може се запазити да савремени концепт људских права стоји наспрам и против религиозности.³⁸ О томе сведочи и досадашња пракса Европског суда за људска права који своје одлуке углавном заснива на секуларној логици.³⁹ Људска права постају морална основа друштвене заједнице у којој се

³⁷ Видети: Т. Маринковић, 383.

³⁸ Z. Calo, "Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights", *Journal of Law & Religion*, Vol. XXVI, 2010, 111.

³⁹ *Ibidem*, 108.

религија гура у сферу приватног живота појединаца.⁴⁰ Дакле, бар када је о Европи реч, доминира концепт кооперативне одвојености државе и цркве уз препознатљиво настојање измештања религије из јавне сфере у приватне животе појединаца. Супротно преовлађујућем тренду, али и својој досадашњој традицији, Србија се креће сасвим другим правцем који, помало и артифицијелно, увлачи религију у јавну сферу. Таква пракса може значајно да угрози један од темељних стубова савремене уставне државе, а то је начело световности које подразумева неутралност државе према црквама и верским заједницама.

⁴⁰ *Ibidem*, 112.

Darko Simović, LL.D
Full professor

**PRINCIPLE OF SECULAR STATE AND FREEDOM OF RELIGION IN
THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

The 2006 Constitution of the Republic of Serbia explicitly proclaimed the principle of secular state. Due to the fact that the new constitution did not, like its predecessor, foresee the possibility of the state to materially assist religious communities; in theory two opposing viewpoints emerged. On the one side, there is the belief that the Constitution foresaw a system of strict separation of the church and state, whilst on the other, the dominate viewpoint is that cooperative separation of the state and church has been established in Serbia. The Constitutional Court found, in the process of constitutional review of the Law on Churches and Religious Communities, that in Serbia there exist constitutional relations of a cooperative separation between the state and churches and religious communities. Nevertheless, it has been observed that certain legislative solutions are obviously unconstitutional. As an illustrative example we can use the legislative solution which foresees that the state offers appropriate assistance for execution of legally-binding decisions and judgments which are passed by competent bodies of the church and religious communities, at their request. This fact bears witness that the influence of the church is in practice far more powerful than would be appropriate with respect to the principles of secularity of the state.

Др Петар Анђелковић

Ванредни професор Филозофског факултета Приштина,

Косовска Митровица

Радица Недељковић

Докторанд Филозофског факултета Приштина, Косовска Митровица

Катедра за социологију

ИНДИВИДУАЛНА И(ИЛИ) КОЛЕКТИВНА ЉУДСКА ПРАВА У ГЛОБАЛИЗИРАЈУЋЕМ ДРУШТВУ¹

Анстракт:

Непрестане промене у глобализирајућем друштву перманентно доводе у питање друштвени континуитет и однос према традицији. Идеологија глобализма намеће нове „вредности“, којима се чине дисконтинуитети у развоју и раскорјењују историјски народи. Са намером да се изврши десуверенизација Србије и прихвати статус њене потчињености Западу у оквиру глобалног система, компромитују се и разарају све битне националне институције и чиниоци колективног националног идентитета, док се хистеријски промовишу индивидуална људска права. Када се у једну такву конструисану представу поверује онда она постаје реалност која мотивише за деловање против свега онога што је ограничава. Колективно је оно што ограничава индивидуално, стога треба срушити све оно што је изнад индивидуалног, а то је пре свега колектив, традиција. Под плаштом идеологије индивидуалних људских права промовишу се баналне и ефемерне појаве, а потискују се и маргинализују темељне културне вредности. Тако се ствара и шири nihilistički однос према колективним (традиционалним) културним вредностима. Дакле, када је реч о промишљању дилеме индивидуална и(или) колективна људска права стојимо на становишту да су индивидуална права битна јер су она основ онтолошке слободе човека. Човек је позван да сазда себе и свој живот, да открије и живи своје ја, да буде оригинал. Међутим, смисленотворен живот, оригиналан живот је онолико смислен и оригиналан само ако је повезан са неким начелом, праизвором (origo), а ту везу ствара и омогућава колективно ја. Зато индивидуално мора

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту III 47023 *Косово и Метохија између националног идентитета и евроинтеграција* који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

да урони у колективно, да га делом усвоји, њиме почне живети и у њему пронаћи смислене основе свог постојања. Када се у први план стављају индивидуална права осећај везаности за заједницу, за колектив слаби, поништава се континуитет, а појединац се раскорењује и лако прихвата нови идентитет, при чему самозаборав постаје одредница припадности новој заједници.

Кључне речи: *Глобализација, Српско друштво, индивидуална права, колективна права.*

„Јер ко може да влада људима ако не онај ко њихову свест и њихов хлеб држи у својим рукама.“
Ф.М. Достојевски

Увод

Модерна развијајући до неслућених граница технику и средства масовног комуницирања развија и идеје „јуриша на човека“ (Хана Арент), додали би и јуриша на читава друштва и народе. Живимо у свету претераног индивидуализма и егоизма, идеолошког лицемерја, квантитативне парадигме друштвеног развоја и на њој засноване тежње за глобалном владавином. Човек нашег времена, који се ушанчио у љуштуру егоизма за свој идеал узима максимум *имати* и *бити*, а човечанство непрестану борбу за капиталом, који одређује све идеологије, политике, те понашања држава и народа. Идеолошки поредак који је превладао у западном свету, а који покушавају да наметну и нама, настоји да најчешће под видом људских права из корена преобликује идентитет појединца, породице, заједнице, па и читавог друштва, са циљем да у крајњем случају наметне „евроатлантски“ цивилизацијски образац као једини и успут овлада нашим животним простором.

Непрестане промене у глобализирајућем друштву перманентно доводе у питању друштвени континуитет, однос према традицији, промовишући нове вредности којима се чине дисконтинуитети у развоју и раскорењују историјски народи. Са намером да се изврши десуверенизација народа и прихвати статус њихове потчињености врховној Империји у оквиру глобалног система, компромитују се и разарају све битне националне институције и чиниоци колективног националног идентитета, док се хистерично промовишу индивидуална људска права. Када се у једну такву конструисану представу поверује онда она постаје реалност која мотивише за деловање против свега онога што је ограничава. Колективно је оно што ограничава индивидуално, стога треба срушити све оно што је изнад индивидуалног, а то је пре свега колектив, традиција. Под плаштом идеологије индивидуалних људских права промовишу се баналне и ефемерне

појаве, а потискују се и маргинализују темељне културне вредности. Тако се ствара и шири нихилистички однос према колективним (традиционалним) културним вредностима.

Глобализација и људска права

Да би друштво функционисало на пожељан начин и да би се у свом историјском трајању прогресивно развијало неопходно је да усвоји и поштује одређене колективне вредности које исходе из народног колективитета и где су индивидуалне вредности подређене колективним. У савременом свету развија се визија друштва коју можемо назвати релативизмом у коме доминирају таква правила игре која омогућују свакоме да ради оно што жели уколико поштује туђа права. Ново божанство које се људима намеће, као колективни култ, као вредност изнад свих вредности јесте толеранција. Секуларизовани, постхришћански свет ставра систем у коме различите оријентације, различити човекови произвољни избори, без објективног и признатог моралног узора иду руку под руку, а да се не зна ни куда иду, ни куда воде. Нема хармоније, нема позитивног општеприхваћеног узора. Окружени материјалним добрима и уплашени од помисли да их могу изгубити људи не виде прави смисао живота. Човек постаје роб технике, односно техника постаје судбина човека (Хајдигер). Отргнути од своје духовне вертикале, одсечени од централног стабла и постављени у релативистички контекст, захваћени потрошачком бујицом живота људи се копрцају, даве и све теже држе главу изнад воде.

Друштвене појава, глобализација, није само економски процес, него се у њеним оквирима дешава и политичка и културна трансформација друштава. Један од аспеката, можда најважнији, културне трансформације је спонтано и(или) намерно (организовано) настојање да се разнолики вредносни системи хомогенизују, при чему се та хомогенизација показује као, углавном, једносмеран процес. Глобална култура – мекдоналд или инстант култура², која се на организован начин намеће, врши *символично насиље* (П. Бурдије) разарајући институције колективног памћења малих народа. Култура у глобалном друштву губи своју темељну улогу и претвара се у сервис економије и политике. Она постаје *колонизована*, што значи, подређена системским категоријама новца, који у условима савремености организује и координира целокупан културни живот. Новац и моћ (посебно глобална моћ) ступају на место смисла (културе), чиме „свет живота“ бива

² Џорџ Ризер у студији *Мекдонализација друштва* (1995) узима за пример Мек Доналдс ресторане и сматра да се мекдоналдизација као „ирационална рационалност“ шири на све сфере савременог друштва, посебно културе, вршећи поробљавање и дехуманизацију савременог човека.

„колонизован“ од стране система економије (транснационалних компанија), која постаје окосница културне и духовне хегемоније - *колонизације света живота* (Хабермас). Јер, „нови господари светске моћи“, како наводи Љубиша Митровић, „теже не само да експлоатишу нове ресурсе већ и да доминирају људским душама. Зато им је стало до медијске хегемоније, јер путем ње утичу на културну и политичку социјализацију и симболичко угњетавање на овим просторима. Културни колонијализам продукт је технолошког и економског, али му често и претходи“³. У културни пртљаг савременог човека, како примећује Сергеј Кара-Мурза, ушла је представа о томе да потчињавање наводно почиње од спознаје која служи као основ за убеђење.⁴

Уходаном методологијом којом се иза опште цивилизацијских вредности (наравно само декларативно), као што је прогрес, правда, зелена планета, демократија, мултикултурализам..., ствара се димна завеса иза које се људима прогресивно корак по корак одузимају права, а да они тога најчешће нису или касно постају свесни. Посебно се то чини рушењем националних држава потстицањем регионалне сарадње којом се бришу границе и ширењем универзалне религије којом се подрива посебно православна вера, која има интегративни и конститивни значај за православне нације. Пред питањем које себи, али и свима нама поставља Данојлић, свакако се треба дубоко замислити, а оно гласи: „Како да доживим лепоту различитости ако ми је у основи идентитет мутан и неразвијен, без сокова које лучи наша национална припадност, мој интернационализам се своди на апстракцију и беживотни, провинцијални идеал. Грађанин света се постаје под завичајним небом, из звезде се прочита своја припадност космосу и стиче осећање да си његов део.“⁵

Још на почетку 20. века Вебер је указивао да се слобода и демократија могу остварити само тамо где постоји одлучна воља народа да се не дозволи да се њиме влада као стадом. У данашње „време беде“ (Хелдерлин), у транзицији која траје предуго и која нам као „Молох (Гиденс) разара све институције, за разлику од народа који се још праћака и пружа отпор, већи део наше елите као да је захватио „самоколонизирајући“ синдром са тежњом ка „колонизацији“ и оправдања свих вредности и модела који долазе са запада, без критичког отпора организовано и систематски, глобализам као

³ Љубиша Митровић, *Транзиција у периферни капитализам*, Београд: Институт за политичке студије, 2009, стр. 97-98.

⁴ Кара-Мурза ову констатацију поткрепљује чињеницом да речи су *убеђен* и *побеђен* истог корена, из латинског, у коме реч убеђивати (*convicere*) буквално значи приморавати да се буде заједно са победником. Видети у Сергеј Кара-Мурза, *Манипулација свешћу*, Београд: Преводилачка радионица Росић, 2011, стр. 80.

⁵ Милован Данојлић, „У загрљају непријатеља“, *Печат*, бр. 29 (2008): 51

идеологија тог новог светског поредка смишљено настоји да обезличи савременог човека како би се он са што мање отпора уклопио у остваривање његовог основног циља, а који се огледа у жељи за доминацијом и повећањем сопственог богатства. Да би се то остварило потребно је индивидуалну и колективну свест претворити у једноумље, чиме се индивидуални и национални идентитети обезвређују и угрожавају. То је на најбољи начин исказао Енценсбергер ставом да: „Ко је господар, а ко слуга не решава се само на основу тога ко располаже капиталом, фабрикама и оружјем, него ко располаже свешћу других”⁶. Такав човек све теже је у стању да разликује добро и зло, морал и неморал, истину и лаж, и као такав постаје лак плен манипулације.

Савремени француски егзистенцијалиста је говорио: „Ако Бог постоји, онда не постојим ја”⁷, јер постојање Бога, односно свих колективних вредности изнад човека смета постојању човека, поништава човекову слободу, ограничава и негира човека. „Пакао, то су други”, говорио је Сартр, а са њим и многи други ранији и доцнији хуманистички солипсисти. Човек западне цивилизације, којој припада и Сартр (наравно, овде се не мисли првенствено на географски Запад, поготову не данас када скоро и нема границе између Истока и Запада, него се мисли на одређени тип човека, на менталитет западног човека), човек западне културе и цивилизације обично и најчешће је у сукобу са другима. Он другог поставља и доживљава као свог супарника, јер му он смета, ограничава његово „царство”, његов „свет”, који је европски човек присвојио само за себе и хоће да га уреди по своме поретку, по својој вољи и разуму. Ја хоћу да живим самостално, аутономно, самодовољан сам себи, хоћу да будем независан од било кога, па и од Бога; зашто да се Бог и други уплићу у мој свет и мој живот, зашто да ми ствара проблеме кад сам ја сам себи довољан. Тако отприлике резонује егзистенцијалисти којима припада и Сартр али и многи њему слични на Западу. Због тога ће и несрећни Ниче клицати: „Бог је мртав, живео човек”. Управо зато је западна антропологија и била немоћна да реши питање истинског живота човековог, то јест, духовног живота који интегрално обухвата свецело људско биће. Стога је потпуно у праву Христо Јанарис који ту цивилизацију назива „цивилизација егоцентричности”, а што је по њему *contradictio in adjecto*. „То су два несводива и противуречна појма: цивилизација (*civilisatio*) јесте историјски плод града (*civitas*), тј. заједничког живљења у граду, док је егоцентричност управо супротна томе – себично живљење у складу са сопственим инстинктима, без суштинског општења за друге”⁸

⁶ Ханс Магнус Еценсбергер, *Немачка, Немачка између осталог*, Београд: Рад, стр. 36.

⁷ Жан Пол Сартр, *Егзистенцијализам је хуманизам*, Сарајево: Веселин Маслаша, стр. 30.

⁸ Yannaras, Chistos. (2007), *Ekologu bu process of elimination....and Christmos*, „Kathimerini sundayedition“ 23.12. 2007.

У потрошачком друштву нема места за опште добро, узвишене циљеве, питање сврхе живота се не поставља, моралне вредности су релативизоване. Таквом друштву је потребан грамзљива индивидуа, подводљив и похлепан човек, који жури за материјалним вредностима и личним задовољствима. Индивидуално је потиснуло општедобро, Ја постало битније од Ми. Колективна свест о националном интересу и колективна спремност на жртвовање за његово остварење⁹ супростављени су индивидуалним интересима појединаца, прагматизованом „свету живота“ (Хаберманс). У основи западног (протестанског) система вредности је премиса о неприкосновеним правима човека која не могу бити отуђена од појединца ни под којим условима, чак ни за остваривање било каквих виших општих интереса. Отуда, како примећује Турен, модерна (западна) друштвеност није друштвеност.

Модерни човек све теже осмишљава своје постојање, па се јавља криза смисла, односно криза ума. Морамо бити забринуте, тврди Гадамер, како ће човек изгледати у будућности и како ће субјективитет обликовати научни и политички системи и тврди: „Додуше, будућег човека масе можемо замислити као право генија у прилагођавању и доследном неодолевању од правила. Али ипак остаје питање да ли таква социјална дресура, без буђења и неговања човекових снага слободе, има изгледе на будућност. Ту би културни садржај духовних наука могао опет да буде неопходни животни чинилац у будућности“¹⁰. Према томе, глобална криза у којој се нашао свет, заправо глобална антрополошка криза. Човек је дошао у кризу – кризу односа према себи, другоме, и наравно, према Богу. Човек је данас постао подређен стварима, постао је шраф у великој машинерији. У целом систему је замењено место субјекта и објекта, систем је дубоко дехуманизован и не види човека – осим када га користи. Природно човеково стање постају: лаж, подлост, сексуална распуштеност, лукавство, подмитљивост, лицемерје, таштина, неизмерна гордост (све до самообоготворења). Криза западне цивилизације на чијој периферији живимо у којој нас свим силама „утерују“ првенствено је криза *вредности, темеља и смисла те цивилизације*. Процеси

⁹ Патријарх Московски и све Русије Кирил упозорава да: „Постоје вредности које нису испод људских права. То су вредности попут вере, моралности, светиње, отаџбине. Када те вредности и остваривање људских права долазе у колизију, друштво, држава и закон дужни су да их хармонизују. Не смеју се дозволити ситуације у којима би остваривање људских права гушило веру и моралну традицију, доводило до вређања верских и националних осећања, изругивања светињама, и угрожавало егзистенцију отаџбине“, Кирил Патријарх Московски и све Русије, *Слобода и одговорност – у потрази за хармонијом*, Православни богословски факултет – Институт за теолошка истраживања, Београд 2010, стр. 84.

¹⁰ Ханс-Георг Гадамер, *Европско наслеђе*, Београд: Плато, 1999, стр. 33.

глобализације у култури, које Хамелник назива „културном синхронизацијом“, требало би по мишљењу Драгана Коковића да означавају масовни и једносмерни ток производа културе из центра према периферији без обзира на то да ли се култура добровољно прима или је резултат наметања („културног империјализма“). Ови спољашњи утицаји поткопавају и руше систем националног (регионалног) идентитета и стваралаштва¹¹. Појам „културне синхронизације“ треба да укаже на то да није на делу културни империјализам већ садржаји за које се потрошач културе залаже.

Индивидуална и(или) колективна права у глобализирајућем друштву

Живот у садашњици се одвија између два паралелна света, колективног и индивидуалног, који су све тешње испреплетани и међузависни. Индивидуално се стално проширује. Свакодневно смо под утицајем светских дешавања, који готово неприметно обликују културни идентитет. Космополитска култура доводи до осећања припадности и отворености према свету. Формира се идентитет грађанина света, који поништава национално осећање. Идеологизација људских права је нови мит, који идеологија глобализма шири са намером да колективна права, подреди индивидуалним. Без одговарајућих колективних вредности у којима се промовишу позитивни примери и позитивни узорци, без националних институција у којима се негују позитивне колективне вредности „дугог трајања“, народи и појединци се раскоренењују и нестају у времену. Индивидуална људска права уколико ако не исходе и нису укоренењена у колективна права само су илузија, празан лист папира, магла коју сваки поветарац који се појави развејава и одува. Показаћемо то на неким примерима:

Пример први: На Западу, који се дичи и поноси демократијом и људским правима, а који је и сам потонуо у дубоку економску кризу кружи мисао коју је изрекао милијардер Ворен Бафет: „*Класна борба постоји. Богати су је добили*“. Најбоља илустрација ове констатације и онога шта се дешава са правима људи у „демократском Западу“ је филм који је недавно снимљен у Француској, који је постао прави хит, а зове се *Merci patron (Хвала газда)*. Филм говори о прекаризованим радницима, који првенствено због тога што власници фирми због јефтине радне снаге своје фабрике селе у земље источне Европе или Азије остају без посла који све теже налазе, а то је кључно, најважније људско право из којег сва друга произилазе. Решење породица, која је остала без посла и којој прети одузимање куће (јер немају за рату кредита којом је купљена) излаз види у уцени газде и криминалу. Закључци бројних теоретичара указују на чињеницу да је положај радника у

¹¹ Драган Коковић, *Пукотине културе*, Нови Сад: Прометеј, 2005, стр. 94.

савременом свету све несигурнији, да долази до све убрзанијег друштвеног раслојавања и концентрисања богатства у рукама малог броја људи. Нова глобална парадигма прихвата незапосленост и сиромаштво као нормалне делове људског стања. Сиромаштво више не представља скандал, чак ни сиромаштво усред изобиља. Критикујући савремени капитализам, Јанис Вароу-факис указује на контрадикторности капиталистичког система ког карактеришу „истовремена способност за произвођење масовног богатства и неподношљивог сиромаштва, великих нових слобода и најгорих облика ропства.”¹²

„Империја“ је посебно након 11. септембра 2001. године дефинитивно скинула маску „демократичности“ коју су носили толико година. Како би то учинили без друштвеног отпора употребили су формулу „управљања кризама“ и тако се догодио тај дан, који можемо сматрати датумом када су тзв. „западне демократије“ практично ушле у оно што можемо назвати пост-демократском ером. По евидентно примпремљеним сценаријима Запад је за само пар година отворено суспендовао бројна људска права и грађанске слободе појединца и застрашивањем грађана отворио пут владавини пирамидално устројених „елита“. Поједини савремени аутори попут Жан Кристијана Рабеа говоре о „елитистичкој демократији“, док британски социолог Колин Крауч, писац већ чувене књиге *Пост-демократија* (2003) иронично каже да се ради о „демократији без демоса“. Ниво садашњих демократских права у западним земљама битно сужен и симулиран у односу на пре 20-так година. Појединац је, како примећује Бек, „ принуђен да сумња у обећања у погледу рационалности ових институција. Услед тога, људи се окрећу себи самима: на делу је искорењење без укоренења“¹³. Један од значајнијих интелектуалаца данашњице Роџер Коен у ауторском чланку *Бити слободан* указује да технологија, са једне стране, умножава могућности, али нас са друге стране, омета. Она нам ставља нове окове. Када се запитамо да ли је данас свет слободнији, утисак је да на папиру јесте, константује Коен, али потом ефектно поентира, верно одсликавајући слику данашњег света у коме живимо. „Па ипак, чини се да је ум стиснутији, да су страхови продорнији, да су могућности ограниченије, да је политика бајатија, да је привреда поремећенија, а притисак неподношљивији“¹⁴. Егоизам, аутономија, аутопојеза, самоизолација, мала вероватноћа приближавања – то су кључни појмови за опис модерног друштва у социолошкој теорији и у јавним и

¹² Yanis Varoufakis, *The Global Minotaur: America, Europe and the Future of the Global Economy*, Zed Books, London, New York, p. 18, 2013.

¹³ Урлих Бек, *Ризично друштво: У потрази за изгубљеном сигурношћу*, Нови Сад, Академска књига, 2011, стр. 82.

¹⁴ Роџер Коен, „Бити слободан“, *Недељник*, (2016): 2.

политичким дебатама. То је вероватно и основни разлог да Хана Арнет каже: „политика на крају води у „производњу лешева“¹⁵.

Пример други: падом Берлинског зида све бивше социјалистичке земље заплуснуо је талас „демократије“. Људи су добијали права, слободу путовања, говора, али су много тога и губили, многи остају без посла, рачуни и дугови се гомилају, људи западају у апатију, обузима их осећај безнађа. Излаз траже у бежању у унострансто (из Румуније је отишло преко три милиона становника), прихватају било каквих послова, у криминалу, проституцији или у самоубиствима (пример Бугарске када се један демонстрант полио бензином и запалио уз поруку „немам да платим струју“). Неолиберални капитализам значи, између осталог, и одбацивање могућности да држава у складу са интересима својих грађана одлучује о стратегији развоја; масовну незапосленост; сукоб унутар једног народа, који се деле на „успешне бизнисмене“ и поштене, али убоге, „проле“ (Џорџ Орвел), даље разарање породице, које је већ достигло критичну тачку (новине сваки дан доносе вести о убиствима у најужем породичном кругу, углавном због беде у којој се живи). У либералном капитализму незапосленост се намерно увећава да би незапослени могли бити уцењивани послом и да би им се плате смањивале на минимум. Неће бити синдикалних протеста, неће бити радничке побуне, неће бити наде. Кад људи постану просјаци, онда морају бити и робови Великог Брата са Запада.

Пример трећи: Србија је, такође, иако са закашњењем „демократском револуцијом“ 2000. године „освојила“ (увезла - или нам увезли?) демократију, слободу људска права и друге „вредности“ развијеног и „напредног света“. Кренула је и Србија пут транзиције, која се тако бучно и еуфорично најављивала (са грдним милијардама долара које чекају само да Милошевић оде са власти) и која се приказивала као обећани сан. Очекивања, велика нада, огромна разочарења су, међутим, још већа. Добили смо формалне слободе у виду Хајд – парк демократије (Љубиша Митровић) добили смо на стотине невладиних и сличних организација, које народ у многобројним радионицама и играоницама „уче“ правима и слободама, а који тај исти народ финансира, али народ осећа да нешто недостаје. Организованом „псеудоморфозом свести“¹⁶ већини људи у Србији, посебно

¹⁵ Урлих Бек, *Ризично друштво: У потрази за изгубљеном сигурношћу*, Нови Сад, Академска књига, 2011, стр. 303.

¹⁶ Шпенглер је у свом чувеном делу *Пропаст Запада* употребљавао термин „псеудоморфоза“. Под овим појмом, један од великана западне мисли, подразумева насилно наметање неком самосвојном народу туђинске „културне форме“ а у циљу кочења унутрашњег развоја тог народа. Псеудоморфоза културе има за циљ да космополитизмом створи нове номаде, гомилу неповезаних индивидуа који су изгубили везу са традицијом и који се одричу (чак и презиру) свој род (одродили се).

оних везаних за „Пинк културу“¹⁷ држи се свет под контролом, ствара се илузија да имају слободе и права али су те слободе само формалне. Такође, егзистенцијална угроженост, стални страх да се не изгуби посао, а готово потпуна немогућност за већину младих и они који остану без посла да се нађе посао, стварају могућност огромних манипулација и губљења основних права радника без икаквог критичког отпора од стране грађана. Она права за која су се генерације радника борила и изборила (достојанствен рад, пензије, плаћени одмори, плаћено трудничко, боловање, уговори на неодређено време...) у Србији се данас у двадесет првом веку негирају. Србија је под притиском страних налогодаваца, без великог отпора усвојила нови Закон о раду, који потпуно иде на руку власницима капитала, а на штету радника. Марксов идеал: осам сати рада, осам сати одмора, осам сати сна у Србији је данас у већини приватних фирми (и домаћих и страних) само сан. У Србији се данас као и у Чикагу у 19. веку негирају најосновнија радничка и социјална права. Забрањује се синдикално организовање, не плаћа се прековремени рад па радни дан траје и по 12 сати, шиканирање на послу, рад у време државних и верских празника, претња отказом женама уколико затрудне и сл. Дакле, шта смо добили, а шта изгубили?

Главни смер у садашњем глобалистичком времену јесте рушење свега посебног, пре свега, народа. То најбоље илуструје залагање професора Правног факултета у Београду Весне Ракић Водинелић¹⁸. Дакле, она се залаже за промену Устава и да се у новом Уставу Србија дефинише „као република свих који у њој живе, за разлику од данашње одредбе Устава у којој се она дефинише као држава српског народа и других који у њој живе“. Образложење које наводи је следеће: „То је битно зато што на основу

Мултикултурализам потискује национализам који се сматра назадним и конзервативним. Псеудоморфоза свести народа, коју тако организовано намеће глобализам, као пошаст разара народни дух, руши национални мит који као одраз структуре свети и менталитета народа, чине имунитет, најважнији одбрамбени механизам народа. Рушење националних митова, насталих као резултат интеракције историјских догађаја и најдубљих слојева националног бића, уништава народ као заједницу, раскоренује га, стварајући од њега групу појединаца подложних манипулацији. Другим речима подложни свакој врсти болести. Појединци одвојени од националног мита, обескоренени, губе националну компоненту, постају безлични, без имунитета лак плен сваковрсних болести модерног доба.

¹⁷ Србију је у области културе снажно заплуснуо талас „Пинк транзиције“ која се према Антонићу не односи на ТВ Пинк, већ је то „ознака за врсту масовне културе намењене 'пролима' – нижим класама светског капиталистичког система“ (Антонић, 2013, стр. 273). Мада би у овом случају додали да је управо Пинк телевизија и највећи промотер такве масовне културе у Србији.

¹⁸ Весне Ракић Водинелић, „О промени устава“ Дневни лист *Данас*, понедељак 28. Март, 2016

Европске конвенције о заштити људских права, сва људска права набројана у тој Конвенцији уживају подједнако сви који живе у држави потписници, без обзира на етничку припадност, веру, језик и друга лична својства“ наравно, аутор се не пита која је земља у Европи тако дефинисана и шта би се рецимо у Хрватској десило да неко нешто слично предложи? Али шта ће се десити с појединцима, пита себе и све нас професор Милосављевић, кад нестану народи, ко ће и шта ће бити они? „Када појединци изгубе свој народ, када не буду знали ни ко су ни шта су, када им небитни буду корени, како им могу израсти стабла и гране. Како могу знати коме припадају, ради чега треба да постоје и коме да служе? Кад нестане народ нису ли појединци који га чине заувек изгубљени, унесрећени, лишени сваке топлине коју даје живот заједнице?“¹⁹. Оштроумно проф. Милосављевић упозорава „Државе су пролазне као и њихове границе, односно њихови идеолошки темељи, али без народа се не може имати држава, а и чему би онда, коме треба да служи“²⁰. Државе полако нестају, народи као носиоци суверенитета топе се у лонцу мултикултурализма, а обезличен појединац, индивидуа, искорењен из народности све мање зна ко је и шта је. Нестају народи, а опстају индивидуе без личности. Нестанак државе појединац може да поднесе, али без народа, односно идеје на којој народ темељи своју историјску вертикалу, појединац је изгубљен, не зна коме више припада, ради чега постоји и коме служи.

Осакаћени егоизмом, хедонистичким слепилом људи све више тону у моралну немаштину и све мање имају осећај за заједничко добро, милосрђе, солидарност, једном речју, врховне вредности. Сваки индивидуализам, свака превелика тежња ка материјалном благостању без духовног раста води и индивидуе али и народ у незнање. Индивидуализам ствара празнину у души, јача осећај препуштености самом себи и неминовно производи патњу. Егоистична затвореност у себе самога човека води ка томе да почне да верује да је сам творац своје судбине, да је самодовољан. Све своди на интерес, а губи смисао за усвишенија добра, за милосрђе, солидарност. Индивидуализам као самољубље веома угрожава све оне који га прихвате као једини могући начин одређења припадности. Ми живимо доба у којем су како је уочио Ентони Гиденс крајем деведесетих „сви открили демократију“. „Индустрија свести“ је, у последњи век и по, интензиван процес, а обезбеђује што темељније остваривање крајњег циља „да мањина мисли, суди и одлучује за већину“, а што се „подразумева откако уопште постоји и каква подела рада“²¹. Модерни појединац је „у дилеми: или ће одлучити да сачува слободу избора и користи традиционална, лична, морална или емпиријска

¹⁹ Љубинко Милосављевић, *Куда и како*, Ниш: Филозофски факултет, 2012, стр. 8.

²⁰ Исто, стр. 9.

²¹ Ханс Магнус Енцесбергер, *Немачка, Немачка између осталог*, Београд: БИГЗ, 1980, стр. 8.

средства и тако уђе у надметање са силом против које нема ефикасне одбране и која ће га нужно поразити; или ће прихватити техничку нужност, где ће он сам бити победник, али само тако што ће себе неповратно бацити у техничко ропство. У суштини, он нема слободу избора.²²

Ако је човек затворен у себе, у свој „људски свет“ (како је говорио Маркс „човек то је човеков свет“), онда је он осуђен на егоцентризам, на безизлаз и немоћан је да оствари истинску и пуну заједницу са другим људима. У људској заједници у којој је човек затворен у свој хоризонт, он се отуђује и од себе самога и од других. Служење претпоставља повишено осећање одговорности и способност емпатије за друге. Управо у том односу са другим и према другом на прави начин одређује се наша личност. Одговоран и успешан људски живот, тј. моралан живот претпоставља: културу одрицања, култивирање нагона, солидарност са свим створењима и с другим људима, онима данашњице и онима сутрашњице. Најбоља мотивација за успешност на свим пољима живота јесте осећај личне вредности. Да би га изградили потребан нам је позитиван знак од других људи, вербална и невербална повратна информација (осмех, наклон, додир, похвалне речи, речи признања). Једино од друге особе можемо добити такве надражаје. Однос према другом, однос у ком настојимо да смисао људског пронађемо изван онтологије, сведочи о томе да етички план претходи онтолошком, да је прва философија етика, а не метафизика. А православна етика (деонтолошка етика) као прва философија говори: сачувати одговорност за другог и дати предност другом. Сасвим је другачији однос ако се други посматра као туђи и страни, ако се апсолутизује његова разлика.

Ка закључку

Дакле, када је реч о промишљању дилеме индивидуална и(или) колективна људска права стојимо на становишту да су индивидуална права битна јер су она основ онтолошке слободе човека. Човек је позван да сазда себе и свој живот, да открије и живи своје ја, да буде оригинал. Међутим, смисленотворен живот, оригиналан живот је онолико смислен и оригиналан само ако је повезан са неким начелом, праизвором (*origo*), а ту везу ствара и омогућава колективно ја. Зато индивидуално мора да урони у колективно, да га делом усвоји, њиме почне живети и у њему пронаћи смислене основе свог постојања. Када се у први план стављају индивидуална права осећај везаности за заједницу, за колектив слаби, поништава се континуитет, а појединац се раскорееује и лако прихвата нов идентитет, при чему

²² Жак Елил, Техника и улог века, Београд: Анархија / Блок 45 и Братство из Еревона, 2010, стр. 102.

самозаборав постаје одредница припадности новој заједници. Остаје битно питање, како ускладити све супротности у вези са индивидуалним и колективним? Како да колективитет не постане оптерећени и свеоптерећујући колективизам? Како да индивидуално уопштавање не постане једино могуће правило међуљудских односа? Како да моја индивидуалност не оптерећује мене, а ни другога потребом за уско индивидуалним тријумфализмом? Битно је да увек изнова постављамо себи, а и једни другима ова питања знајући да одговор до кога долазимо подразумева стваралачку истрајност изнад свих површности, недоречености и брзоплетости. Тада нам неће припадност једном колективитету и традиционализам или верска припадност бити нешто што оптерећује или што је привилегија. И једно и друго ћемо примити са одговорношћу чувања и умножавања и са уважавањем према наследству и стваралаштву другога.

Рушење колективних вредности насталих као резултат интеракције историјских догађаја и најдубљих слојева националног бића уништава народ као заједницу стварајући од њега групу појединаца подложних манипулацији. Другим речима, појединци одвојени од националног мита, обескорењени, губе националну компоненту, постају безлични, без имунитета лак плен сваковрсних болести модерног доба. Сведоци смо једне свеобухватне акције: под лозинком "*уласка у Европу*" врши се "*превреднавање*" читаве наше друштвене заједнице – њене свести и њених институција. Оно што посебно брине јесте чињеница да нико нема јасну представу о последицама започетих реформи и куда ће нас одвести ове промене. У овом часу налазимо се под притиском највећих и економски најмоћнијих држава Запада, које не признају ништа друго осим властитих интереса; у склопу тих њихових "интереса" мале земље и народи не постоје; они су колатерална штета историје и те мале земље и ти мали народи треба да се претопе у обезличеност. Таква позиција је управо она коју је још раније предосетила И. Секулић и коју описује у есеју *Балкан у поглављу Сучим пред Милошем* – *са чим пред светом*: „Злата немамо, велике индустрије за конкуренцију немамо; мистицизма и опсене величине немамо. Остаје нам концентрација духа и памети, и дисциплина морала. Стара наша косовска метафизика. Имамо да се усредсредимо у бићу, језику, моралу и Богу. Јер, то су ствари са којима се остаје после ратова, победа и пораза.”²³. Народна мудрост у време ропства под Турцима изрекла је и у аманет српском роду оставила императив: *Иако смо изгубили царство, Душе своје губити немојмо!* (Из народне песме *Турци не даду пити у славу Божију*). Данас, када све више упадамо у ново ропство, немојмо заборавити овај императив и изневерити своје предке.

²³ Исидора Секулић, *Балкан*, Београд: Алеф, 2003, стр. 61.

Petar Anđelković, LL.D
Associate Professor
Radica Nedeljković
PHD student

INDIVIDUAL AND (OR) COLLECTIVE HUMAN RIGHTS IN A GLOBALIZED SOCIETY

Summary:

Constant changes in the globalized society permanently question the social continuity and respect for tradition. The ideology of globalism imposes new "values", which constitute discontinuities in the development and destroying historical nations. With the intent to commit sovereignty decline to accept the status of Serbia and its subordination of the West within the global system, compromising and destroying all the relevant national institutions and actors of the collective national identity, while hysterically promoting individual human rights. When constructed in such a show believe then it becomes a reality that motivates to action against all that is limiting. The collective is what limits the individual, therefore, should be to destroy all that is above the individual, but it is primarily a collective tradition. Under the guise of ideology of individual human rights are promoted trivial and ephemeral phenomenon, suppress and marginalize the fundamental cultural values. This creates a wider nihilistic attitude towards collective (traditional) cultural values. So when it comes to thinking dilemmas individual and (or) collective human rights we are of the view that individual rights are important because they are the basis of ontological freedom of man. Man is called to rebuild the himself and his life, to discover and live their yes to be original. However, life with meaning, genuine life is as meaningful and genuine only if it is associated with some principles from first source (origo), and this relationship creates and enables a collective yes. Therefore, an individual must be immersed in the collective, that part is adopted, it begins to live, and find in it a meaningful base of its existence. When the foreground individual rights sense of attachment to the community, for collective bad cancels the continuity, and the individual is destroyed and readily accepts new identity, with self-denial becomes a determinant of belonging to their new community. Demolition collective valued incurred as a result of the interaction of historical events and the deepest layers of the national population is destroying the nation as a community, creating from it a group of individuals subject to manipulation. In other words, individuals separate from the national myth, without their origin, wrinkles national component, become impersonal, without immunity easy prey to all kinds of diseases of the modern age.

Др Радомир Зекавица

Ванредни професор Криминалистичко полицијске академије у Београду

ДРУШТВЕНИ УТИЦАЈ И ЗНАЧАЈ ИДЕЈА У ИСТОРИЈИ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ИДЕЈУ ЉУДСКИХ ПРАВА

Анстракт:

У раду се најпре анализира значај и улога идеја у историји и указује на њихову когнитивну и функционалну димензију. Аутор анализира однос идеја и друштвене стварности и истиче да се овај однос мора посматрати као однос интеракције, те да на друштвену стварност одређене идеје могу имати не само еволутивни, већ и револуционарни утицај, али исто тако и да друштвена стварност повратно утиче на формулисање идеја, њихово тумачење и примену. Посебна пажња у раду је посвећена анализи идеје људских права. Аутор најпре утврђује њену основну суштину, а затим указује на сличности и разлике у односу на неке друге сродне идеје, посебно у односу на идеју природног права и владавине права, као и на друга најзначајнија питања јавног дискурса о људским правима. Међу њима јесте и питање да ли идеја људских права може и на који начин да послужи јачању моралног ауторитета права, о чему аутор износи своје мишљење.

Кључне речи: *идеје, идеја људских права, природно право, владавина права, морални ауторитет права*

1. Увод

Историја људске цивилизације није само историја различитих друштвених догађаја (датума и чињеница), него и историја духовно-интелектуалног стваралаштва (историја људске мисли). Непосредни продукт тог стваралаштва јесу идеје, као мисаона творевина људи којом су они означавали своја уверења и на такав начин утицали на друштвене промене. Идеја често прераста у идеал, али не увек и не нужно. Идеалом постају оне идеје којима људи теже, као жељеном али неоствареном циљу. Оног тренутка када се једна идеја оствари у пракси она престаје да буде идеал. Уколико је идеја, у најширем смислу речи, мисао која настаје у процесу интелектуално-духовне ангажованости појединца, онда је идеал само она мисао која за појединца представља тежњу, наду или вредност коју тек треба да оствари. Тако идеал захтева активан однос и тежњу појединца ка његовом остваривању. Процес остваривања идеала истовремено је и процес његовог

Проф. др Радомир Зекавица

укидања јер „прави и истински је само онај идеал који вечито као идеал остане“.¹ Тако је могуће говорити и о историји идеја и идеала, а не само о историји догађаја, датума и чињеница. Историја идеала се, према речима Бернса (Burns), састоји од изучавања онога чему су људи тежили и што су истински желели да раде. У том смислу, историја идеала види разлику између прошлости и садашњости, јер је будућност у садашњости као што је садашњост некада била у прошлости – нада или идеал.²

У мноштву идеја које су имале утицаја на токове друштвених збивања у историји, идеја људских права се с правом може сматрати једном од оних идеја која је успела да доживи своју практичну примену и имплементацију у довољној мери да се она више не може сматрати неоствареним идеалом. Време у којем живимо признаје и препознаје ову идеју као садржинско-конститутивни елемент цивилизованог и демократског друштва. Од момента када је ова идеја настала, па до тренутка њене ефикасне имплементације у друштвеној стварности протекло је пуно времена, тако да је највећим делом свог трајања идеја људских права била идеал. Једним делом овај рад је посвећен анализи пута друштвене имплементације идеје људских права, као и кључним питањима јавног дискурса о људским правима. Пре тога је желимо да укажемо на друштвени значај и улогу идеја уопште.

2. Друштвени утицај и значај идеја у историји

Истраживање улоге, утицаја и значаја идеја у друштвеном животу подразумева истраживање два основна питања. Прво је питање садржине и основног значења неке идеје, а друго је питање утицаја идеје на друштвену стварност као и утицаја друштвене стварности на формулисање одговарајуће идеје или њено одговарајуће тумачење и примену.³ И једно и друго питање могу бити предметом субјективне интерпретације због чега можемо бити суочени са бројним и различитим тумачењима не само основне суштине неке идеје, већ и утицаја који она има на друштвену стварност и обратно. Слобода интерпретације суштине неке идеје може бити већа или мања у зависности од прецизности значења њене суштине коју она добија од свог творца. У људској историји је не мали број појединаца који су једном једином мишљу обележили време у коме су живели и дали друкчији облик деценијама и

¹ Владика Н. Велимировић, *О Богу и о људима*, Невен, Београд, 1998, стр. 53.

² Д. С. Бернс, *Политички идеали*, Правни факултет, Београд, 2010, стр. 13.

³ Ова питања се обично сматрају основним садржинским темама области научног истраживања познате као Социологија научног сазнања. Код нас је интересантан покушај професора Ђуре Шушњића да ову област појмовно одреди као Социологија идеја и веровања. Детаљније: Ђ. Шушњић, *Цветови и тла*, Чигоја, Београд, 1995.

вековима после њих. Те промене и преокрети нису увек водили до напретка и прогреса. Речју, постоје прогресивне и напредне, као што постоје назадне и деструктивне, интегративне и дезинтегративне, индивидуалистичке и колективистичке, либералне и тоталитарне, али и многобројне друге идеје. Све оне проузроковале су у пракси различите последице јер су најчешће биле узрок разлика и сукоба. Различитост идеја је само израз различитости људских мишљења и уверења насталих као резултат вечите потраге човека за истином и смислом. Како потрага за истином не значи нужно и проналажење истине, то се историја идеја често јавља и као историја људске заблуде.

Истинитост једне идеје не одговара увек и њеној моћи. Неретко су заблуде имале одлучујућу улогу у друштвеном животу, а истина је остајала по страни, готово непримећена. У вези с тим поставља се и филозофско-етичко питање о исправности идеја, односно питање о критеријумима на основу којих је могуће проценити које идеје можемо сматрати истинитим и корисним, а које неистинитим и, самим тим, погубним. Не улазећи у анализу овог, иначе веома сложеног филозофског питања, можемо рећи да је искуство показало да се идеје могу прихватати и када појединац није уверен у њихову истинитост. Другим речима, у процесу прихватања идеја треба разликовати њихову когнитивну и функционалну димензију и бити свестан чињенице да је за прихватање појединих идеја у неким тренуцима довољна само њихова функционална подобност. „На социјално--психолошком тлу успевају“, наглашава Шушњић, „само оне идеје које пронађу пут да се повежу са искуствима, интересима и потребама друштвених група – без обзира на то да ли су истините или лажне“.⁴ С друге стране, искуство показује да су многе, у почетку општеприхваћане идеје, временом губиле легитимност погубном реализацијом у пракси. Управо та реализација идеја кроз историју је често доводила до раскорака између идеје и праксе, оног раскорака који се у филозофији неретко тумачи као разлика између вредности и стварности, а у свакодневном животу као разлика између жеља и могућности. Наведена разлика не указује само на преамбициозно замишљене идеје, које су се готово истог тренутка претварале у недостижне идеале већ и на немоћ човека да оствари своју замисао на начин на који је она била замишљена у тренутку њеног настанка.

Утицај и моћ идеја нису видљиви само у домену чисто идејних и теоријско-спекулативних система, већ се тај утицај и моћ шире и на социопсихолошку сферу појединца. Другим речима, при истраживању улоге и места идеја у животу индивидуа и друштвених група, треба поћи од чињенице да су и друштвени, а не само идејни системи у знатној мери детерминисани идејама које се у оквиру њих појављују. „Моћ једне идеје“,

⁴ Ibid., 58.

сматра Шушњић, „не мери се само по томе колико је она плодна и подстицајна да изазове идејне расправе, нова питања и нове одговоре. Моћ једне идеје мери се и по њеним социо-психолошким последицама“.⁵ Те последице могу бити разноврсне и у зависности од њих могуће је класификовати функције које идеје остварују у друштвеном животу. Као основне могли бисмо да издвојимо функцију интеграције и дезинтеграције, затим сазнајну функцију, као и функцију манипулације и осмишљавања људског живота. При томе, идеје често имају амбивалентан карактер, јер истовремено остварују различите функције. Примера ради, идеја расе је интегративна за припаднике исте расе, али у исто време и дезинтегративна у друштву у којем постоје различите расне групе. Слично је и са многобројним другим идејама као што су идеја нације, класе, касте, верске припадности итд.

Колико су поједини идејни чиниоци утицали на друштвени живот показала је, између осталих, чувена студија Макса Вебера (Мах Вебер) *Протестантска етика и дух капитализма*. Анализом основних идеја протестантске религиозне етике, Вебер је доказао на који начин је промена религиозности коју са собом доноси протестантизам, утицала на развој акумулације капитала и капиталистичког духа уопште. Једна од основних идеја протестантизма – идеја предестинације (преузета од св. Августина) изазвала је, према Веберовом мишљењу, веома значајну психолошку последицу – „осећај нечувене унутрашње усамљености појединог индивидуума“.⁶ На једној страни су појединци унапред предодређени за Божју милост, а на другој, појединци којима је она ускраћена. Вебер каже: „Милост Господа Бога неизгубљива је за оне којима је он да исто тако као што је недостижна за оне којима је он ускрати“.⁷ Као логична последица таквог учења јавља се код појединаца питање о сопственој изабраности и начину да се тај избор осигура. За решавање религиозне сумње у сопствену изабраност, проглашава се „дужност да се човек сматра изабраним и да сваку сумњу у то одбија као ђавољу напаст“... „а с друге стране, да би се задобила она самопоузданост, нарочито се препоручује, као најистакнутије средство, неуморан позиван рад. Он и само он растерује религиозну сумњу и даје сигурност стања милости“.⁸ Истицањем рада, али и штедње као световног начина потврђивања сопствене изабраности, религиозна етика протестантизма ослободила је привредну енергију која је поспешила започети процес акумулације капитала и преко тога даљи развој капитализма.

⁵ Ibid., 59.

⁶ М. Вебер, *Протестантска етика и дух капитализма*, Веселин Маслеша – Свјетлост, Сарајево, 1989, стр. 79.

⁷ Ibidem

⁸ Ibid., 92

Наравно, ово није једини пример који на репрезентативан начин може да покаже у којој мери одређене идеје могу да утичу на друштвене токове. Други један пример показује можда у још већој мери њихову међусобну повезаност и утицај. Реч је о односу француске револуције и епохе просветитељства. Наиме, ретко ко може да оспори чињеницу да духовне изворе француске револуције треба тражити у филозофско-теоријским системима које доноси епоха просветитељства, а пре свега, у концепцији нововековног рационалног природног права. Његова основна начела, као што су начело слободе, разума, једнакости, политичког субјективитета народа итд. инкорпориране су у политичку праксу француске револуције која сва одише напором за њиховим остваривањем. Улога рационалног природног права у грађанско револуционарним догађањима с краја XVIII века и више је него значајна. Оно постаје основ легитимности револуције, апстрактно-теоријски израз практично-политичке борбе и потреба грађанске класе. Због тога се с правом каже да је пре француске револуције наступила једна друга – револуција у духу, чији врхунац треба тражити у политичкој филозофији Ж. Ж. Русоа и 1762. години када је објављено његово дело *Друштвени уговор*.⁹

Моћ идеја, иако често потцењена, не сме бити ни прецењена. Однос социјалне и идејне структуре није једносмеран. У оној мери у којој идеје утичу на стварање друштвене стварности у тој мери друштвена стварност може да утиче и на стварање идејних система. Иако у знатној мери аутономан, развој идеја често је профилисан друштвеном стварношћу и токовима унутар ње. Због тога се испитивање идеја не може одвојити од друштвеног живота, чије потребе и интересе оне често изражавају и објашњавају. Међутим, када се каже да су идеје друштвено условљене не треба схватити да су оне пуке последице друштвених околности у којима настају. Иако настају на друштвено-економском тлу, оне имају и себи иманентне путеве развоја због чега се потпуно разумевање идеја и идејних система не може постићи уколико се има на уму само социјални аспект њиховог развоја.

На друштвену условљеност идеја посебно је указивала марксистичка мисао. Истицањем чињенице да су идеје друштвено условљене често се унутар марксистичке теорије желело рећи да су идеје нешто што је изведено и, самим тим, другоразредног значаја. Идеје су за Маркса, али и њему блиских теоретичара, пре свега, друштвено (класно) одређене, те као такве готово да немају аутономан развој. Оне су у највећој мери производ класне свести и рефлектују партикуларне интересе који се мењају од групе до групе.

⁹ Видети: Д. Баста, *Право и слобода*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад, 1994.

Уместо идеја и њиховог стварног утицаја Маркс истиче промене у економским и, надам се, производним односима, као основну детерминанту друштвених кретања. Негирајући аутономан развој идеја и истичући тезу о једносмерном утицају социјалних услова на формирање друштвене свести, Маркс идејама даје готово трећеразредни значај у процесу друштвених промена. Неколико деценија после Марксове смрти, у Европи је почео процес друштвених и економских промена, руковођен једном од основних Марксових идеја — идејом о неминовности друштвено-економског развоја у правцу комунистичког, тј. бескласног друштва. Оно што оспорава наведено Марксово гледиште о примарном утицају друштвене и економске стварности на формирање одређених идејних система јесте чињеница да никаква неминовност или унутрашња противречност капитализма (као што је предвиђао Маркс) није довела до прве пролетерске револуције у Русији, већ слепа вера бољшевичких ентузијаста у Марксов комунистички идеал.

Тезу о друштвеној условљености идеја заступао је и један од најзначајнијих представника *Социологије сазнања*, Карл Манхајм (Carl Meinhem). Проучавајући однос између друштвене стварности и идеја, Манхајм модификује традиционална марксистичка схватања и сматра да однос друштвеног бића и друштвене свести није у потпуности једностран, тј. да се идеје не могу посматрати само као последица друштвених услова. С друге стране, Манхајм је сагласан са традиционалном критиком идеологије јер прихвата да мисао није аутономна, односно да не настаје и не развија се по неким својим иманентним законима.¹⁰ „Главна теза социологије знања”, према мишљењу Манхајма, „јесте да постоје начини мишљења који се не могу разумети све дотле док њихово друштвено порекло остаје у тмини”.¹¹ Иако је тачно да само индивидуа може да мисли, било би погрешно, верује Манхајм, у њој видети и једини извор идеја и осећања које је покрећу. Свака индивидуа је део једне групе чије интересе и потребе веома често дели, а да тога није ни свесна. Промена друштвене средине и прелазак из једне друштвене групе у другу утиче и на промену мишљења. Због тога кастински или сталешки структурирана друштва у којима таквих промена по правилу нема, не могу, према схватању Манхајма, на адекватан начин да укажу на друштвену условљеност идеја. Увиђању везе између друштвеног бића и друштвене свести погодују само они процеси који разбијају статичке слике таквих друштава по којој је мишљење увек једно те исто, непроменљиво. Један од најзначајнијих друштвених процеса који указују на друштвену условљеност идеја јесте процес друштвене покретљивости, који, према

¹⁰ В. Милић, *Социологија сазнања између историзма и марксизма*, предговор књизи К. Манхајма,

Идеологија и утопија, Нолит, Београд, 1968.

¹¹ К. Манхајм, *Идеологија и утопија*, стр. 4.

мишљењу Манхајма, има два основна облика – вертикални и хоризонтални. Хоризонтална или територијална покретљивост, „покретање с једног места на друго, или из једне земље у другу које не мења друштвени положај показује, додуше, да различити народи различито мисле“.¹² Територијална покретљивост може имати релативно мали значај ако није праћена и интензивном вертикалном покретљивошћу. Ова друга се састоји у „покретању између слојева у смислу друштвеног успона и падања“.¹³ Тек садејством једног и другог процеса, тј. променом средине живљења и променом друштвеног слоја, може се, сматра Манхајм, видети какве су везе између друштвеног бића и друштвене свести.

У истраживању ове везе Манхајм се није зауставио на истицању процеса друштвене покретљивости индивидуа. Од нарочитог значаја су његова испитивања својстава друштвене мисли, помоћу којих је такође могуће указати на њихову друштвену условљеност. У том смислу, интересантна је његова анализа појма слободе чије се значење разликује у зависности од идејног правца и друштвене групе који га користе. Примера ради, конзервативно-романтичарски и протестантско-религиозни правац, под слободом је подразумевао „право сваке индивидуе да живи у складу са својим унутарњим, индивидуалним и непоновљиво обликованим принципом“.¹⁴ Либерални појам слободе значио је „слободу од оних привилегија које су се конзервативцу старог кова чиниле као основа свих слобода“.¹⁵

Прихватањем тезе о друштвеној условљености идеја не прихвата се нужно и теза о безначајности одређеног система идеја и веровања у друштвеном животу. Ову другу тезу могуће је срести углавном код представника изразито материјалистичко оријентисаних теорија. С тим у вези, треба истаћи да сви који умањују значај идеја и идеала у друштвеном животу, занемарују чињеницу да човек није само *homo economicus* (Маркс) па ни *zoon politicon* (Аристотел) већ и *homo religiosus*. При томе, ово последње не треба тумачити искључиво потребом човека да посредно или непосредно изражава своју приврженост одређеном религиозном систему вредности, већ и као потребу човека да свом животу да сврху и смисао, везујући своје потребе и тежње за одређену идеју или идеал. Заправо, из суштине човека као духовног и телесног бића, проистиче његова тежња да задовољи своје телесне и духовне потребе. Ове друге се, по правилу, задовољавају везивањем за одређени систем идеја или веровања као што су религија, идеологија, наука или филозофија. Онај ко занемарује значај идеја

¹² Ibid, 8.

¹³ Ibidem

¹⁴ Ibid, 220.

¹⁵ Ibid, 221.

у животу сваког појединца занемарује духовни сегмент људског бића без којег се човек не да замислити. Човек се не разликује од животиње само по томе што има разум и развијену свест о сопственом постојању, већ и по томе што своје постојање руководи одређеним идејама и вредностима које су за њега онај неопходни светионик у животном мраку.

3. Идеја људских права – њено значење, еволуција и апологетика

Основно значење и суштину идеје људских права можда је најбоље одредити полазећи од одредаба Универзалне декларације о људским правима из 1948. године. Већ у уводу овог документа се наглашава признавање урођеног достојанства и једнаких и неотуђивих права свих појединаца као темеља слободе, правде и мира у свету, да би се у првим одредбама ово уверење преточило у јасне одредбе, речима - „Сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима (члан 1)“; „Сваком припадају сва права и слободе проглашени у овој Декларацији без икаквих разлика у погледу расе, боје коже, пола, језика, религије, политичког или сваког другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовине, рођења или других околности (члан 2, ст. 1)“.¹⁶ Суштина идеје људских права огледа се, дакле, у томе да *сваки појединац има одређена неприкосновена права која му припадају самим тим што је људско биће, те да никаква лична својства и разлике по том основу не могу бити разлог за ускраћивање тих права.*¹⁷

Овако одређена суштина идеје људских права почива на неколико кључних претпоставки и обележја. Прво, постоји нужна веза између људске природе и људских права. То подразумева да основни извор људских права нису прописи државне власти, већ сама људска природа.¹⁸ Људи поседују одређена права зато што су људи и зато што је човек, као људско биће, вредност по себи па, сходно томе, та вредност мора бити заштићена признавањем одређених права која треба да је очувају. Људска права су, тако, метаправног, моралног карактера.

Друго, људска права могу и треба да буду садржана у важећим правним прописима, али чак и ако нису, она и даље постоје. То идеју људских права чини сличном идеји природног права. Сличност се огледа у

¹⁶ *Универзална декларација о људским правима*, у: М. Вешовић, *Збирка докумената о људским правима и слободама*, Службени лист СРЈ, Београд, 1998, стр. 62.

¹⁷ Видети:; С. R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, 2009; М. J. Perry, *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*, Oxford University Press, 1998; В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *Међународно право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд, 2007, стр. 39.

¹⁸ J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, 2013, p. 13.

јединственом уверењу да су права независна од воље људи, односно од тога да ли их актуелна и владајућа политичка воља признаје или не као таква. Другим речима и људска права и природна права су ванвременска, од људске воље и признања, независна права. Иако сличне, ове две идеје нису идентичне. Различитим их чини то што идеја природног права не подразумева увек и нужно концепт индивидуалних права, посебно не у смислу правног овлашћења индивидуе да захтева од државе одређено чињење или нечињење или пак права сваког појединца на слободу и једнакост. Тако рецимо, тешко је бранити тезу о признању индивидуалних права у античкој правнополитичкој теорији и пракси. Како истиче професор Сима Аврамовић, чак и право слободних Атињана да учествују у политичком животу полиса није било заправо прâ во (посебно не у смислу општег признања тог права свим члановима полиса), већ је то била примарно политичка, морална, религијска и друга обавеза атинског грађанина према заједници.¹⁹ Осим тога, у оквиру грчке политичке и правне филозофије идеја природног права има своја, историјски прва, дијаметрално супротна тумачења, од оног који есенцију природног права виде у космополитској идеји једнакости свих (Хипија, Антифонт) до оних који, сасвим супротно, истичу природну неједнакост људи (Каликле, Тразимах).²⁰

Чврсту везу између ових двеју идеја и учења могуће је уочити тек у нововековној рационалној теорији природног права, посебно у делима Џона Лока, Томаса Хобса, Томаса Пејна.²¹ У свом делу *Две расправе о влади*, Лок излаже рационално природноправно учење полазећи од уверења да је човек рационално биће и да је природно стање које предходи држави било стање пуне једнакости људи, савршене слободе сваког да одређују своје радње и располажу својом имовином како сматрају да је прикладно, а у границама природног закона.²² Стварање политичке заједнице, је према мишљењу Лока, почива на сагласности чланова без које нико не може бити потчињен власти другога. Једини начин, истиче Лок, којим неко лишава себе своје природне слободе и ставља окове грађанског друштва представља саглашавање са другим људима да се удруже и уједине у заједницу како би угодно, безбедно и мирољубиво живели заједно и са сигурношћу уживали властиту својину и

¹⁹ С. Аврамовић, Елементи правне државе и индивидуална права у Атини, у: *Правна држава у Антици – pro et contra*, Правни факултет у Београду, 1998, стр. 28.

²⁰ Видети, М. Ђурић, *Из историје античке филозофије*, Службени лист СРЈ, 1996, стр. 237-320.

²¹ Приказ и анализу природноправних учења поментуних аутора у контексту њиховог утицаја на развој учења и идеје људских права видети у: М. Matulović, *Ljudska prava – uvod u teoriju ljudskih prava*, Hrvatsko filozofsko društvo, Zagreb, 1998.

²² Џ. Лок, *Две расправе о влади*, НИП Младост, Београд, 1978, стр. 11.

имали већу безбедност од напада оних који тој заједници не припадају.²³ Лок тако државу као политичку заједницу слободних људи ставља у функцију заштите индивидуалних људских права која су природноправно утемељена.

Идеја људских права стоји у чврстој вези са још једном темељном идејом демократског друштва. То је идеја владавине права. Њена основна суштина огледа се у идеји ограничавања државне власти сопственим правом и као таква она своје порекло недвосмислено вуче из античке политичке и правне филозофије у оквиру које је ова тема била једна од централних тема јавног дискурса.²⁴ Савремена интерпретација ове идеје дата како у делима немачке правне теорије друге половине XIX века²⁵, тако и од представника англосаксонске правне теорије²⁶ пружила је њена различита тумачења. Чврству везу између идеје људских права и идеје владавине права могуће је уочити у англоамеричкој концепцији владавине права као метаправне, политичке доктрине која полази не само од формалне исправности закона и поступања државне власти, већ и од њихове материјалне ваљаности, при чему се она обично доводи у везу и са захтевом очувања људских права и слобода. Тако, владавина права, према речима Фридриха Хајека, је више од конституционализма: она захтева да сви закони буду у сагласности с одређеним начелима као што су општост, одређеност, једнакост.²⁷ Хајек јасно наглашава значај заштите индивидуалних права у оквиру система владавине права истичући значај правних јемстава извесних основних права као део заштите индивидуалне слободе коју обебеђује конституционализам.

Хајек наравно није једини аутор који наглашава значај заштите људских права и слобода као императива владавине права и демократског друштва. Чврсту везу између идеје владавине права и идеје људских права јасно истиче Роналд Дворкин (Ronald Dworkin). За Дворкина је владавина права идеал владавине прецизног и јавно прихваћеног концепта индивидуалних права који не прави разлику између владавине права и супстантивне правде. Она захтева да позитивно право обухвати и спроведе морална правила као део идеала права.²⁸ Управо Дворкин, и више него очигледно, указује на суштинску повезаност идеје владавине права и

²³ Ibid., 57.

²⁴ Видети, К. Чавошки, *Право као умеће слободе – оглед о владавини права*, Службени гласник, Београд, 2005, стр. 15-31.

²⁵ Видети: Е. Шарчевић, Појам правне државе, *Архив за правне и друштвени науке*, 4/89, Београд.

²⁶ Dicey, A.V, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan&Co LTD, London, 1931;

²⁷ F, Hajek, *Poredak slobode*, Global Book, Novi Sad, 1998, str. 181-185

²⁸ R. Dworkin, *Political Judges and the Rule of Law*, Maccabaeian Lecture in Jurisprudence, published in: *Proceeding of the British Academy* 64, 1977, p. 262.

људских права, јер ову прву не своди само на пуку владавину формално признатих и усвојених правних правила, већ владавину оних правила која признају вредност индивидуалних права.

Остваривање великих идеја које у себи имају потенцијал да буду покретач и инспиратор еволутивно-револуционарних промена није могуће без испуњености друштвено-политичких и економских услова њиховог остваривања. То посебно важи за идеју људских права која сасвим отворено, самом својом суштином, говори о потреби постојања граница државне власти. Управо због тога, остваривање идеје људских права, њена институционализација и конституционализација, ишли су упоредо са остваривањем неопходних друштвених претпоставки успостављања друштва ограничене и одговорне власти. Управо на том пољу се јасно може уочити чврства веза између идеје људских права и друштвене стварности у оквиру које су настали и одвијали се процеси погодни за њено остваривање. Када је реч о европском друштву, ти процеси су се одвијали на два основна начина - један еволутивни (енглески модел), а други револуционарни (француски модел). Захваљујући сасвим специфичној социо-економској и политичкој традицији енглеског друштва (посебно утицају *common law* система и улози енглеских судова у његовој примени), средњовековни апсолутизам феудалне Европе је на примеру Енглеске веома рано наишао на прве озбиљне границе оличене у законском ограничавању монархове законодавне власти и одредбама о гаранцијама за индивидуалну слободу и права грађана.²⁹ Пут конституисања демократског друштва, парламентарне монархије, институционализације и конституционализације идеје људских права је тако на примеру енглеског друштва ишао релативно мирним, еволутивним путем. За разлику од енглеског, француско друштво није успело да на миран начин спроведе неопходне друштвено-политичке и економске промене па је резултат тога било избијање француске револуције, као типичне револуције „у крви“. И у једном и у другом случају исход по идеју људских права је био идентичан. То је почетак њене конституционализације, најпре у актима енглеске ране уставности (*Magna Carta Libertatum*, *The Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act*) па све до америчких и француских грађанских декларација. Тако је вишеовковни развој идеје о томе да људи уживају извесна права која им припадају као људским бићима и да та права уједно представљају важну гаранцију њихове личне слободе од самовоље власти и гаранцију очувања достојанства, доживео коначно своје отелотворење у политичкој пракси. То је уједно означило почетак нове епохе, епохе либерално демократске државе у којој савремено друштво и даље живи.

²⁹ Л. Р. Баста - Флајнер, *Политика у границама права* – студија о енглеском конституционализму, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 30.

Еволуција идеје људских права тиме наравно није завршена. Поменућемо само кључна места у нововековној историји европског друштва која указују на пресудан утицај друштвене праксе на тумачење идеје људских права. Први је у вези јачања радничког покрета који је још првом половином XIX века (у активностима енглеског чартистичког покрета) отворио питање проширења каталога људских права, а који се коначно завршио дефинисањем и признањем економских и социјалних права. Друго место је Други светски рат. Страхоте и страдања која су тоталитарни режими донели створили су јасну потребу цивилизованог и демократског света да идеју људских права интернационализују, учине парадигмом демократског друштва и вредношћу без алтернативе, што је убрзо резултирало доношењем универзалних и регионалних докумената заштите права и слобода грађана, и стварањем ефикасног институционалног оквира те заштите.

Јавни дискурс о људским правима обележава подељеност око неколико кључних питања. Једно је и даље у вези каталога људских права – има ли краја том каталогу или човечанство мора бити спремно на његову константну ревизију (права треће генерације рецимо се већ увелико сматрају саставним делом корпуса људских права иако то раније нису била, или породична права партнера у истополним заједницама). Једно од актуелних питања јесте да ли људска права уопште могу и треба да буду посматрана као универзалне вредности или не? Полемика у вези овог питања се креће између два пола и крајности. Један је радикални универзализам који заговара идеју о универзално и културно индиферентној идеји људских права, а други радикални релативизам који идеју људских права посматра унутар локалног културног миљеа и отуда је и у погледу форме и у погледу садржине чини зависним од истог.³⁰ На линији исте полемике јесте и питање идеологизације људских права и потенцијала њене политичке злоупотребе. Опомињуће и освешћујуће звуче речи Мајкла Игњатијефа (Michael Ignatieff) који у својој, и више него инспиративној, студији *Људска права као политика и идолопоклонство* констатује: „Ми данас интервенишемо у име људских права као никад раније, али наше интервенције понекад погоршавају ствари.

³⁰ Видети: M. Perry, Are Human Rights Universal? The Relativist Challenge and Related Matters, *Human Rights Quarterly*, 19, 1997; J. J. Tilley, Cultural Relativism, *Human Rights Quarterly* 22, 2000; J. Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, *Human Rights Quarterly*, 4, 1984; M. Goodheart, Origins and Universality in the Human Rights Debate: Cultural Essentialism and the Challenge of Globalization, *Human Rights Quarterly*, 25, 2003; Д. Аврамовић, Људска права на танкој црвеној линији између универзалности и релативности, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, 2014.

Уместо да потпомажу примену људских права, наше интервенције можда користе њихову легитимност као универзалну основу за спољну политику.³¹

Све су то питања која заслужују посебну пажњу и о којима је до сада доста писано. Оно што на крају желимо да издвојимо као тему о којој је могуће полемисати јесте да ли *идеја људских права може и на који начин да послужи у јачању моралног ауторитета права?*

Питање моралног ауторитета права и у вези са тим опште обавезе покорвања праву представља једну од централних тема правне теорије, посебно у последњим деценијама XX века.³² Питање није само од теоријског, већ и практичног значаја, јер ауторитет права уједно значи и ауторитет политичке власти која га доноси и спроводи. Сходно томе, покорност праву обично значи и покорност политичкој власти, па је расправа о обавези покорвања праву увек расправа и о политичкој облигацији грађана. Рећи да постоји општа морална обавеза покорвања праву значи да право ужива морални ауторитет *per se*, те да се праву покорвамо управо због тога што право то захтева од нас.³³

Кључно је питање шта праву даје карактер моралног ауторитета? То свакако није санкција јер санкција производи страх који је у бројним случајевима онда разлог због којег се покорвамо праву. Самим тим, право не може да има морални ауторитет уколико је послушност према њему

³¹ Ignjatijef, M. *Ljudska prava kao politika i idolopoklonstvo*, Službeni glasnik, Beograd, 2006. str. 64.

³² Почетак полемике око ових питања везује се за период 60-тих и 70-тих година XX века у САД када су, услед јачања покрета за грађанска права и рата у Вијетнаму, ова питања изнова отворила дебату о обавезама и дужностима појединаца према друштву. Међу првим радовима који су отворили ову полемику био је рад Ричарда Васаерстрома (Richard Wasserstrom) *The Obligation to Obey the Law*, да би убрзо уследили бројни други радови који су довели до јасне категоризације мишљења на оне који сматрају да постоји и да се може бранити теза о постојању опште обавезе покорвања праву и оне који ову тезу оспоравају. За прву групу мишљења видети: J. Finnis, *The Authority of Law in the Predicament of the Contemporary Social Theory*, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1/1984; Р. Дворкин, *Царство права*, Филип Вишњић, Београд, 2003; Н. Hart, *Are There Any Natural Rights*, *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 2, 1955; J. Rawls, *Justice as Fairness*, *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 2, 1958; Дž. Rols, *Теорија правде*, CID, Podgorica, 1998. За другу групу схватања видети: R. Wasserstrom, *The Obligation to Obey the Law*, *UCLA Law Review*, Vol. 10, 1962; J. Raz, *Authority of Law*, Oxford University Press, 1979; J. Raz, *The Obligation to Obey: Revision and Tradition*, *Notre Dam Journal of Law, Ethics and Public Policy*, Vol. 1, Article 10, 1985; J. Raz, *Authority and Consent*, *Virginia Law Review*, Vol. 67, No. 1, 1981; M.B.E. Smith, *Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law*, *The Yale Law Journal*, vol. 82, 1973; Richard Brandt, *Utility and the Obligation to Obey the Law*, *UCLA Law Review*, 10/1963; Mark Tunick, *The Moral Obligation to Obey the Law*, *Journal of Social Philosophy*, Vol. 33, No. 3, 2002.

³³ J. Raz, *Authority of Law*, p. 233-234.

утемељена у страху од санкције, јер постојање моралног ауторитета подразумева аутономну покорност, односно спремност да се ауторитет добровољно прихвати и да се следи на основу наше личне сагласности, а не на основу страха. Међутим, ствари нису суштински другачије ни у оним случајевима када се праву покоравимо не због страха од санкције, већ због тога што се слажемо са оним што оно захтева од нас. У таквим случајевима разлог због којег се покоравимо није тај што право то захтева, већ то што нам наш лични морални систем вредности налаже да тако чинимо или не чинимо.³⁴ То су случајеви у којима долази до подударности између забрана које себи сами дајемо на основу прихваћеног моралног система вредности и правних забрана. Када ствари тако посматрамо готово да је немогуће бранити тезу о постојању опште обавезе покоравања праву, па и о праву као моралном ауторитету, јер право у најбољем случају може само да потврди оне вредности које су већ прихваћене као такве независно од права.

Питање је, дакле, да ли постоји начин да се право посматра као независни морални разлог покоравања и шта праву може да да карактер независног моралног ауторитета? Тај ауторитет може да има савремено право демократских држава и то на тај начин што својом садржином, декларисаном и у пракси потврђеном сврхом, пружа ону врсту заштите, и самим тим користи, коју ниједан други нормативни систем не пружа – а то је нормативна и процедурална заштита људских права и слобода. Право нам није дало живот али оно га директно штити не само нормативно-садржинском заштитом те вредности, већ и правилима која дефинишу потребне процедуралне гаранције те заштите у пракси. Тачно је да и морал захтева да се људи не убијају, али ефикасну заштиту од нарушавања права на живот појединац добија захваљујући тек правним прописима и свим оним гаранцијама које оно предвиђа (примера ради, негативне и позитивне обавезе државе у заштити права на живот). Исто тако то важи и за слободу, имовинска права, достојанство, част и многе друге вредности.

Морални ауторитет права и могућност да право буде независни разлог постојања опште обавезе покоравања произлази из онога што можемо назвати *принципом давања*. Наиме, за разлику од обећања које ствара

³⁴ Ово је један од кључних Разових аргумената којим он негира тезу о праву као независном моралном разлогу покоравања. Обавезу покоравања законима који забрањују овакве радње Раз назива пуком сенком других моралних дужности, тј. редундантном дужношћу чија се тежина или строгост мери сходно тежини и строгости усвојене моралне дужности. Поступајући на основу тих независних разлога, човек се не покорави закону, не саглашава се са њима зато што то закон захтева, већ он радије поступа према учењу о правди, са којим је сагласан и сам закон. J. Raz, *The Obligation to Obey: Revision and Tradition*, p. 142.

моралну обавезу за оног ко је дао обећање,³⁵ давање ствара моралну обавезу за оног ко добија. Та обавеза јесте да се на нечије давање узврати на исти или бар сличан начин, или, у најмању руку, бар захвалношћу за оно што се добија.³⁶ У овом случају оно што се добија од права. А то је ефикасна нормативно-процедурална заштита наших личних вредности. Наше је уверење, дакле, да уколико нам право пружа, тј. даје заштиту и самим тим корист (на начин на који ни један други нормативни систем то не чини), да се онда то исто право може сматрати независним моралним разлогом покоравања које рационално људско биће мора да прихвати као основ за покоравање таквом праву и у крајњем случају покоравању политичкој власти коју такво право спроводи. Обавеза покоравања праву је *prima facie* обавеза што значи да она може нестати у случајевима када право не штити наше индивидуалне вредности (наша права и слободе). Самим тим право нам онда не пружа никакву корист па, сходно томе, нема ни захвалности која се изражава као спремност да се праву покоравамо јер оно то заслужује. У том случају може постојати само пука правна обавезност, а не и морална.

Завршне напомене

Настанак идеја је израз потребе сваког човека за поседовањем неког уверења. Имати уверење (или убеђење) подразумева способност вредновања. Имати уверење значи такође имати довољно развијену свест да то уверење развијемо, дефинишемо и у одређеном облику прихватимо. Захваљујући томе човек може самостално да развија своја уверења што не значи да он то ради и независно. У већини случајева је реч о прихватању туђих учења која временом постају наша, оног тренутка када их добровољно прихватимо као уверења која треба следити. Они ретки појединци који су успели да самостално и независно створе и осмисле неку идеју, или чак систем идеја, представљају духовно-интелектуалне покретаче људске мисли и историје. Стварањем, дефинисањем и применом тих идеја не иде се нужно ни напред ни назад, јер није свака идеја прогресивна, као што није свака ни деструктивна. У процесу реалне друштвене примене многе идеје заправо могу бити и једно и друго. Примера ради, идеја нације има интегративни фактор по припаднике једне нације, али исто тако може да има

³⁵ Дати обећање значи створити моралну обавезу за онога који је обећање дао да учини онако како је обећано. У том смислу, само давање обећања је разлог због којег постоји морална обавеза.

³⁶ Типичан пример овог принципа је морална дужност деце да на давање (бригу, негу, старање) својих родитеља узврате истом мером у њиховој старости и то не само због љубави коју могу да осећају, већ као резултат моралне дужности да се узврати на исти начин због онога што су они као деца добијали.

дезинтегративни утицај у односу на припаднике друге нације, под условом да се сама идеја протумачи на одговарајући начин који може да води ка конфликтима. Дакле, ни једна идеја, колико год она била рационална или прогресивна, не гарантује да ће њена примена у друштвеној стварности бити исто таква. То важи и за идеју људских права. Саму суштину идеје људских права није могуће нападати или критиковати са становишта рационалног људског бића, јер би то значило да негирамо вредност сопственог постојања. Да ли су људска права природноправно или позитивноправно утемељена, да ли она имају право на универзалност или не, на који начин се она спроведе у пракси и томе слично – све су то питања о којима стручна и општа јавност већ увелико полемише. Но, оно што не може бити спорно јесте да сама идеја људских права, у својој суштини, указује на потребу поштовања једне вредности – а то је људско биће. Као таква она је у својој бити прогресивна и конструктивна идеја која води суштинском напретку човечанства. Тај напредак подразумева усправан ход ка достојанству и слободи човека. Управо због тога, сви напори који се улажу у правцу прецизирања њеног садржаја, начина спровођења и многа друга питања, треба да уживају истинску подршку.

Radomir Zekavica, LL.D
Associate Professor

**SOCIAL IMPACT AND SIGNIFICANCE OF THE IDEA IN HISTORY
WITH SPECIAL EMPHASIS TO THE IDEA OF HUMAN RIGHTS**

Summary

The history of human civilization is not only the history of the various social events (dates and facts), but also the history of spiritual and intellectual creation - the history of human thought and ideas. The study of the role, impact and importance of ideas in social life involves two basic research questions. The first is about the content and the basic meaning of an idea, and second question is about the impact of ideas on social reality and the impact of social reality in the formulation of ideas or its proper interpretation and application. This relationship can be seen as a relationship of interaction. That goes for the idea of human rights. The idea of human rights made a great impact on social reality, but also, the social reality made and still exercise great influence on the interpretation and application of the idea of human rights. One of the questions in public discourse on human rights is whether the idea of human rights can serve to strengthen the moral authority of law. She can do that by protecting individual rights and freedoms, which provide benefit to the individual. Because of this, we have a moral obligation to obey the law. This obligation is prima facie obligation to obey which means that it exists only if the law provides such benefits. Otherwise there is only a legal, but not a moral obligation to obey the law.

Др Наташа Деретић*

Доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

КОНСТИТУТИВНИ ЕЛЕМЕНТИ АТИНСКОГ БРАКА: *ENGHYESIS* И *SYNOIKEIN* У КОНТЕКСТУ САВРЕМЕНИХ ПОРОДИЧНИХ ОДНОСА

Анстракт:

Рад се концентрише на два конститутивна елемента која чине атински брак легитимним: споразум о предаји невесте у циљу закључења брака (*enghyesis*) и заједнички живот супружника (*synoikein*). У недостатку правних извора који би недвосмислено указивали каква је била судбина брака у атинском друштву, овај рад се ослања на ванправне, посредне говорне изворе (судске говоре, списе филозофа, поетске текстове...) Тако, из судског поступка који је покренуо Демостен против стараоца своје сестре и мајке, откривамо природу власти оца атинске породице (*kyrios-a*), према жени и деци (посебно кћерки). Било је могуће да муж још у току свог брака преуда своју жену за онога ко ће јој подарити децу или ко може да је издржава када он не буде више међу живима. Демостен је оспорио право стараоцима да испуне обећање дато његовом оцу и реализују договорени споразум о закључењу брака: када је у питању сестра - из разлога што је била још увек дете (имала је само пет година), а када је у питању мајка, из разлога што је њен "нови" муж још увек био у легитимном браку.

Мишљење Демостена да ту нема основних елемената за легитимни брак: *enghyesis-a* и *synoikein-a*, као и размимоилажења око природе споразума о предаји невесте, у теорији су изнедрила различита мишљења која ће бити предмет ауторове пажње. Озбиљна препрека је свакако релативна разумљивост материје и комплексност у интерпретацији извора.

Кључне речи: *Атински брак. - Kyrios. - Enghyesis. - Synoikein. - Engye.*

1. Увод

У свим државама Старог века, па тако и у Атини, брак је био важна установа, како за појединца тако и за државу. С обзиром на то да је једна од

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, где предаје Римско право. nderetic@pf.uns.ac.rs. Рад је резултат ангажовања на Пројекту "Биомедицина, заштита животне средине и право" који финансира Министарство просвете науке и технолошког развоја Републике Србије.

Доц. др Наташа Деретић

карактеристика античке Грчке "обухватање свих ствари државом", и у Атини грађанин проводи цео живот на јавном месту и јавни послови исцрпљују цело његово време.¹ Видевши где све води атинска демократија, Платон, Сократ и Аристотел су замерали тој истој демократији, да допушта сваком "да живи како жели".² Плашећи се да то не уруши темеље атинске породице (*oikos*), између осталог инсистирало се на власти оца породице и на закључењу брака. Не засновати породицу (бити нежењен) сматрало се неодговорним, неморалним; нежењама су биле недоступна неке државне функције.³ Поборници породице као темеља атинског друштва, на брак гледају као на важну установу која треба да обезбеди држави довољан број деце; брак је постојао искључиво у интересу друштва, а не у интересу брачних супруга.⁴ Платон, брак третира као грађанску дужност, "услугу боговима и народу"; "то ће бити корисно и за државу и за кућно огњиште..."⁵

Атински брак по својој друштвеној структури и природи друштвеног уређења, садржи необичне карактеристике по коме се разликује од античко-римског и модерног брака. Као и сви антички народи и Атињани познају верски брак чији се поступак закључења одвијао у три етапе: предаја невесте (*traditio* – код Римљана, а *enghyesis* - код Грка), увођење невесте у младожењин дом (*deductio in domum mariti* – код Римљана, а код Грка заједнице живота супружника - *synoikein*) и верски обред којим је породица мужа примала у кућу девојку, односно снаху. Паралелно са верским браком, дуго се одржао обичај да се брак заснива *отмицом* и *куповином* жене, који се "перфектуира самим саживљавањем мужа и жене".⁶ Након периода тзв. верског брака, у Атини је све више продирао брак лишен претераног формализма који се склапао у зависности од тога, да ли девојка има браће (*epiproikos*) или нема (*epikleros*). Код девојака које су имале браће, у складу са традиционалним атинским обичајима, жена је предавана (кроз *engye*) од стране свог оца или ако њега нема или је одсутан, од стране рођака са очеве стране, а ако они не постоје, од стране мушких рођака са мајчине стране.⁷ Епиклера је била "безбратница", сестра без браће, која је након смрти свог оца удавана по посебном потупку за свог најближег рођака, са очеве стране. Како је њен превасходни задатак био да сачува имовину свога оца, за њу се

¹ Guillaume Poulle, Du divorce en droit romain et en droit francais, Paris 1866, 13.

² Пол Вејн, Грчко-Римско царство, Нови Сад 2006, 94.

³ Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, Упоредна правна традиција, Београд 2007, 118

⁴ Марко Младеновић, Развод брака, Београд 1964, 31.

⁵ Платон, Закони-Епиномис (превод: А. Вилхар), Београд 1990, 773-а.

⁶ Марко Младеновић, Породица и породични односи, Београд 1963, 175.

⁷ Cinthia B. Patterson, Family in Greek history, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts and London, England 1988, 133.

говорило да "она иде са имањем". Било је могуће да муж још у току свог брака може да преуда своју жену за онога ко ће јој подарити децу или ко може да је издржава.⁸ То је било у складу да атинским поимањем брака који је искључиво постојао у интересу друштва коме је требало обезбедити довољан број деце.

Поступак закључења брака отпочињао је споразумом (*engye*) између младожење и старатеља девојке (оца или брата) уз присуство сведока, који би усмено обећавали младожењи да ће му дати девојку за жену; при томе се најчешће одређивао и мираз (зато се за такву младу каже да "она иде са миразом").⁹ "Након склопљеног споразума приступало се венчању (*gamos*). Светковало се три дана: прве ноћи млада је у кући свог свекра спавала са мушким дететом (што је, по веровању, требало да јој осигура мушко потомство), друге ноћи је спавала са својим мужем, да би тек трећег дана брак конзумиран; *nymphios* (млада) је постајала жена; муж је постајао њен нови *kyrios* и успостављана је брачна веза (*ekdosis*)".¹⁰ Управо оваква процедура око склапања брака послужила је ко основ за твдрњу да је брак је у атинском праву "више подразумеван него што је експлицитно дефинисан; брак није био препознат и признат формалним документом нити специфичном законском церемонијом, већ неформалним радњама оличеним у: обећању старатеља (*kyrios*) да ће млада бити предата младожењи (*engye*), у венчању (*gamein*), заједничком животу супружника (*sinoikein*) и рођењу деце (*paidopoiein*).¹¹

2. Природа власти оца атинске породице према жени и деци

Чињеница да је током читаве грчке историје, (а тиме и атинске), жена имала староца – *kyrios*-а (по рођењу то је био њен отац, а након закључења брака то је постајао њен муж) у теорији је различито тумачена. Углавном постоји сагласност око тога да породица у Атини није била замишљена као породица у Риму, где је *pater familias* имао неограничену власт; "она је била замишљена као јединица у оквиру религиозне и политичке организације грађанства. Стога давање сестре или кћерке у брак путем *engye* није значило једноставан трансфер личне моћи (власти) са једне главе породице на главу друге породице. Жена је међутим, просто говорећи, била изнајмљена од

⁸ С. Аврамовић, В. Станимировић, 119.

⁹ Claudine Leduc, Marriage in Ancient Greece, in Pantel Schmitt P. (ed.), A History of Women in the West. I. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1994, 272.

¹⁰ Војислав Станимировић, Брак и брачна давања у историји, Београд 2006, 71 фн. 637.

¹¹ С. В. Patterson, 109.

стране једне фамилије у циљу заснивања потомства".¹² И Мафи заступа став да је очинска власт *kyrios*-а према члановима своје породице била слабија од власти *pater familias*-а у Риму (који је имао "право живота и смрти" - *ius vitae ac necis*); томе у прилог иде чињеница "да син са пунолетством аутоматски добија право да буде признати власник сопственог имања којим располаже".¹³

Установа кириоса је повлачила за собом и пренос старатељства са једног на друго лице (са оца на мужа); жена је била предмет размене. Старатељ удате жене био је њен муж, а након његове смрти њен најстарији син,¹⁴ или други мушки сродник.¹⁵ Волф у свом познатом чланку о браку и организацији породице у Атини сматра да термин "старатељ" није адекватан из разлога што је *kyrios* особа која има власт над женом, а главни вид испољавања ове моћи је његово право да је "да" у брак (у смислу да је преда, а да она нема шта да се пита)".¹⁶ У складу са тиме, господар породице (отац или муж) је могао да још у току брака преуда своју жену за онога ко ће јој подарити децу или ко ће моћи да је издржава. Као пример за ситуацију да је муж на самрти могао своју супругу да завешта новом мужу, наводи се извесни Пасион који је своју жену Архипу оставио своме ослобођенику Формиосу.¹⁷ *Kyrios* је исто тако могао да одреди и судбину своје кћерке, унапред, за случај своје смрти, тиме што би јој одредио стараоце и обавезао их да уместо њега склопе споразум о њеној предаји мужу у циљу закључења брака.

Као доказ да је отац могао да одреди судбину своје жене и кћерке унапред, за случај своје смрти, у изворима (ванправним) се уобичајено наводи "случај Демостеновог оца", који је иначе био трговац и власник радионице оружја, што може да послужи као доказ да је био имућан. Предосећајући свој крај, желео унапред, да осигура своја имовинска добра и

¹² Hans Julius Wolff, *Marriage law and family organization in ancient Athens: A Study on the Interrelation of Public and Private Law in the Greek City*, 1944, 47.

¹³ Alberto Mafi, *Family and Property Law*, *The Cambridge Companion to ancient greek law*, 1970, 255. Кћерка је, међутим била под влашћу оца до удаје, а затим јој је нови кириос њен муж. Да то није одувек било тако говоре доказе који потичу из најстаријег атинског права о томе "да је отац породице имао право да дете прода или да га да у дужничко ропство; атинско право познаје и установу „дозвољеног убиства“ у које, између осталог, спада и убиство да би се „одбранила част“, где је убица онај ко затекне своју жену, сестру или кћерку у прељуби"; Наведено према: Сања Глигић, "Да ли је дозвољено убити", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 262-271.

¹⁴ A. Mafi, 258

¹⁵ Judit Evans Grubbs, *Women and the Law in the Roman Empire: A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood*, (London, New York) 2002, 127.

¹⁶ H. J. Wolff, 46.

¹⁷ Лујо Маргетић, "О старогрчком наредном праву", *Жива антика*, 1990, XXII, 1, 110.

судбину своје жене и кћерке, која је била још дете (имала је свега пет година).¹⁸ Бригу са њих две и за знатну имовину од 14 талената поверио је тројици старатеља, који су били његови приатељи: Афобу и Демофону уз надгледање пријатеља Терпида. Уместо да тај иметак повећавају, несавесни старатељи су упропастили Демостену готово читаво наследство. Демостен је био присиљен да судским путем тражи од старатеља да врате оно што су отели његовој породици и тако спаси оно мало што му је остало од наследства.

Демостенов отац је дајући своју жену – Афобу, а своју кћерку од пет година – Демофону, иницирао интервенцију Демостена, који је, забринут за судбину своје малолетне сестре, повео још један судски поступак којим је желео да оспори старатељима да закључе обећани споразум о браку.¹⁹ Сматрао је да основног елемента за брак - заједнице живота супружника (*synoikein*) није ни било, јер је његова сестра имала тек пет година, када је отац уговорио њен брак. Демостен је покренуо поступак како би оспорио и старатељима своје мајке да закључе обећани споразум о браку, јер су они занемарили околност да је њен нови муж (Афобо) у моменту склапања споразума био у важећем браку са сестром Онетора, са којим се такође Демостен спорио због друге ствари, сметања поседа.²⁰

3. Кратак осврт на нека теоријска размимоилажења око два конститутивна елемента атинског брака: *enghysis* и *synoikein*

Поступак Демостеновог оца ће иницирати многобројне теоријске дискусије. Околност да је он уговорио брак своје кћерке и жене, унапред, за случај своје смрти, отворио је питање легитимности таквог брака. "Због одложеног дејства тог уговора, у науци су подељена мишљења о карактеру таквог уговора. Према једнима он је имао конститутивни значај (тј. брак је је

¹⁸ Mervin Robert Duls, *Demosthenis Orationes*, Tomus III, Oxford: Oxford University Press, 2008, 321-324.

¹⁹ Демостен (384-322 пре н.е) - најзначајнији грчки беседник и логограф (професионални писац говора за друге). Његови сачувани говори су главни извор сазнања о политичким, друштвеним и економским односима, о грађанском и кривичном закону четвртог века пре н.е. Опширније: Михаил Ростовцев, *Историја старог света – Грчка и Рим*, Београд 2004, 169.)

²⁰ Демостен је прве судске говоре изрекао када је имао 20 година; тада је успешно добио судски поступак против својих старатеља (Aphobus, Demophon и Teherippides) који су злоупотребили установу старатељства и присвојили његово наследство. О томе како је успео да поврати део свог имања од несавесних старалаца видети код: *Demosthenis Orationes*, ed. S. H. Buteneo (vols. I, II, III) and W. Rennie (vols. I, II, III), Oxford 1903, 31. Старатељи су међутим, налазили начина како би пролонгирали повраћај средстава, тако да је Демостен после пет година коначно одустао од парнице.

настајао чим се споразум закључи), док је по другима, брак пуноважан тек када се, после споразума, успостави заједница живота супружника (*synoikein*), јер до настанка такве заједнице може доћи и много касније".²¹ Размислилажења постоје и у погледу правне природе уговора; неки у њему виде остатак некадашњег уговора о куповини жене, други ту препознају уговор о јемству (јер иста реч *engye* означава и јемство),²² а трећи у том споразуму виде зајам (*ekdosis*) јер девојчин отац позајмљује своју кћер старешини другог *oikosa* (породице), који ће користити њене услуге супруге и мајке.²³

Историчари, одн. хроничари који су се путем својих прозних текстова бавили проучавањем античке Грчке, код склапања споразума о браку, концентришу се на један свечани акт, кога често писци означавају као *engye* или *enghyesis* који се огледао у споразуму о предаји невесте другом *kyrios*-у. Сама предаја невесте није била довољна за легитимни брак, већ је, поред осталих услова, требало да се успостави и заједница живота супружника (*synoikein*). Занимљиво је запажање Хруза, који се бавио *enghyesis*-ом и који у њему види конститутивни акт брака, односно, по њему, то је сам брак.²⁴ И један други теоретичар, Бушет²⁵ прихвата у потпуности изнету доктрину, док Липсиус²⁶ види у *enghyesis*-у брачни акт који се допуњује са *ekdosis*-ом - позајмицом жене старешини друге породице, што све води предаји младе новом *kyrios*-у. Алберто Мафи, сматра да, "брачна церемонија која има несумњиво велики друштвени и религиозни значај, није битна са правног аспекта. Оно што је битно, то је споразум (*engye* или *enghyesis*) између невестиног оца (након његове смрти, њеног брата) и будућег мужа. Према том споразуму жена ће бити "предата" или "примљена" у нову породицу. У правним изворима (говорима) *engye* или *enghyesis* се користи као доказ о постојању брака. У случају наследнице епиклере (*epikleros*), *engye* не постоји: жена је додељивана мушком рођаку с очеве стране, који има право испред других рођака, да је ожени и тиме наследи имовину покојника."²⁷

Завређује пажњу и запажање Паолија који препознаје у *enghyesis*-у само један услов или елемент легитимности брака, а у *synoikein*-у, супружничкој заједници, налази брак своју основу; то је прави атички брак.²⁸ Патерсонова, међутим у *enghyesis* -у види "критични тренутак потврде оца

²¹ С. Аврамовић, В. Станимировић, 118

²² *Ibid.*, 119.

²³ В. Станимировић, 55.

²⁴ Ernst Hruza, *Die Ehebegründung nach Attischen Recht*, New York, 1979, 56.

²⁵ Ludovic Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, Paris 1897, 120.

²⁶ Justus Hermann Lipsius, *Das Attische Recht und Rechenverfahren*, Leipzig 1905, 264.

²⁷ А. Мafi, 254.

²⁸ Ugo Enrico Paoli, *Studi di Diritto Attico*, Firenze 1930, 264.

младе њеном будућем мужу да ће потенцијални брак бити закључен; споразум (*engye*) сам по себи није производио нити брак, нити децу. Тој трансакцији млада није морала да присуствује и иста није ни морала да буде икада испуњена".²⁹

Паоли примећује да Демостенова мајка и сестра иако су "обећане", нису реално (стварно) биле жене Афоба и Демофонта, зато што нису заједнички живели са њима; ту ништа не мења ни околност да се ради о две жене које су биле атинског држављанства, и да се радило о закљученом споразуму о предаји (*enghyesis-y*).³⁰ Ослањајући се даље на расправе против Онетора, Паоли са оним што налази у том тексту, комбинујући са оним против Афоба, поткрепљује своју тезу којом даје за право Демостену. Како је Афобо (нови муж Демостенове мајке) већ био ожењен сестром Онетора, Демостен је у поступку покушао да докаже да је тај брак још увек био важећ, без обзира на околност да је сестра Онетора била поднела захтев за развод брака.³¹ У време ове приче, Демостен је увелико завршавао судски поступак против тих истих староца, који су били и његови стараоци, због њихове несавесне бриге око његовог наследства, чији су један део присвојили.³² Афобо је у ствари након поведеног судског поступка, које је против њега покренуо Демостен, био осуђен да надокнади штету која је проузрокована несавесним извршењем старатељства. Афобо се правдао да није у могућности да то уради јер нема ништа у свом поседу; имовина није у његовој својини јер је он уступио Онетору као гаранцију за обећани мираз, и који је требало да му врати после развода са његовом сестром. Када је Демостен при извршењу пресуде одлучио да присвоји део Афобовог имања, Онетор га је спречио, јер како тврди Афобо, пошто је већ био ожењен његовом сестром и исту оставио због тога што је она покренула развод (*apoleipsis*) - није подстицао обнављање мираза и пошто је он, Онетор, добио у посед имање као гаранцију мираза.³³ Како се у случају развода брака,

²⁹ С. В. Patterson, 109.

³⁰ U. E. Paoli, 264.

³¹ Развод је могао тражити муж у сваком тренутку (враћајући мираз), могао је развод тражити и женин кириос (али само уколико она у браку још није родила дете, обично да би је удао за неког другог (*aphairesis*), али је развод могла тражити и сама жена (*apoleipsis*). С. Аврамовић, В. Станимировић, 119.

³² Dem. 30.1-9.

³³ Атински брак је праћен економском трансакцијом. Према обичају отац (или брат после очеве смрти) даје мужу одређену количину покретне робе или некретнину која представља женин мираз (*proix*). Миразом управља муж, који је обично у обавези да пружи обезбеђење за повраћај мираза, уколико дође до окончања брака. Против мужа који не би успео да врати мираз могле су да буду предузете специфичне правне радње оличене у тзв. *dike proikos*: A. Maffi, 255.

"мираз враћа жениним рођацима (осим ако није прељубница),³⁴ Демостен је очигледно имао интерес да покаже како је брак Афоба са сестром Онетора правоснажан и пуноважан. Тиме би се оспорило тобожње право Онетора на гаранцију за повраћај мираза, а имајући у поседу имање о коме се радило. Демостен наводи чињеницу да иако је већ била представљена једна забелешка о *apolepisis*-у од стране Онеторове сестре против мужа, пре момента када је он остваривао своје право на одштету од Афобовог поседа, без икаквог значаја је поменута белешка о *apolepisisa*-у, зато што је између двоје супружника и даље постојао заједнички живот (*synoikein*).³⁵

На основу Демостенових аргументација, Паоли закључује да је атински брак увек у случајевима постојања услова неопходних за његову легитимност, почињао и завршавао се са супружничком заједницом.³⁶ Ова значајна аргументација Паолија налази потврду у сведочењима које је прикупио Еурипид, од којих је посебно значајно сведочење садржано у трагедији под називом *Андромаха*. Еурипид у овој трагедији прича о судбини Андромахе, кћерке краља Еетиона и Хекторовој супрузи, која је после пада Троје, при подели плена, припала Ахиловом сину Неоптолему; по легенди је са њиме имала и децу. У истоименој трагедији се такође говори о испреплетаној судбини Андромахе и Хермионе, кћерке спартанског краља Менелаја (из брака са Хеленом). Хермиона је још у детињству обећана Оресту³⁷ (била је верена за њега), да би је у десетој години Тројанског рата отац Менелај обећао Ахиловом сину Неоптолему. Једино тако је, по пророку Калханту, могао да буде окончан Тројански рат (између Грка и Тројанаца) који је Менелај са својим ратницима водио против Париса (који му је отео жену Хелену). У жељи да се повољно оконча десетогодишњи Тројански рат, Менелај је обећао да ће, уз богате дарове, младом јунаку, Ахиловом сину Неоптолему дати и руку своје кћери Хермионе. После разарања Троје дошло је до сукоба између првог и другог младожење, где је као победник изашао Орест, који је дубоко био уверен да му Хермиона припада, па се зато одлучује на бег са њом из Неоптолемове куће... Ово је још један, у низу примера које срећемо у прозним текстовима, који показују да је био чест

³⁴ С. Аврамовић, В. Станимировић, 119.

³⁵ У. Е. Paoli, 263.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Орест је по легенди био син краља Микене и врховног заповедника грчке војске у Тројанском рату – Агамемнона (брата Менелаја); рођен је пред почетак Тројанског рата и у грчкој митологији остао је запамћен као матероубица. У жељи да освети смрт свога оца (кога је убила жена, а Орестова мајка -Клитеменстра), када је одрастао, са својом сестром Електром је убио мајку и њеног пријатеља Егисту.: Драгослав Срејовић, Александрина Цермановић - Кузмановић, Речник грчке и римске митологије, Београд 1979, 3, 259 и даље.

случај, да отац, након што би обећао да ће предати (*enghyesis*) своју кћерку једном просцу, одобри да се уда за другог; при томе неиспуњење датог обећања није повлачило никакве консеквенце. Приоритет предаје (*enghyesis*-а) потврђује Паоли, нема значаја, с обзиром на то да "први просац, може постати уживалац *enghyesis*-а само уколико иста оде да живи са њим; и када је Орест побегао са Хермионом из Неоптолемове куће... у њиховом бегу није се осећао дах прељубе, већ прави смисао легитимне брачне заједнице".³⁸

3.1. *Synoikein*

Паоли констатује да су се у атинском праву захтевала три основна услова за легитимни брак: статус атинског држављанства супружника, претходни споразум о предаји (*enghyesis*) супруге мужу, који према њој добија положај *kyrios*-а и заједнички живот супружника (*synoikein*).³⁹ Занимљиво је да су његово објашњење појма "заједнички живот" прихватили и неки други аутори. Посебно констатацију, да није довољна само пука чињеница заједничког живота (јер њу налазимо и код конкубината) него и намера мужа да сматра своју жену законитом супругом и да са њом има законито потомство. Та намера се даље морала јавно манифестовати како на почетку (уз свадбено весеље и понудом пријатељства братству (коме жена припада), тако и касније, током трајања брачне заједнице: када муж представља братству децу која су се родила, учешћем супруге у религиозним обредима, са литургијама које муж чини у женино име и коначно учешћем жене на погребним церемонијама и у случају њене смрти са почастима које муж посвећује њој и прави јој гробницу.⁴⁰

Паолијева теорија која се односи на *synoikein* као основ атичког брака, потиче, како смо видели, од комбинованог сведочења из говора Демостена против Афоба и говора против Онетора. Од почетка Паоли закључује, да без обзира на *enghyesis* који је Демостенов отац уговорио за жену и кћерку, у односу на Афоба и Демофонта, брак није реализован због недостатка *synoikein*-а; развод (*apoleipsis*), који је покренула Афобова жена нема значаја, зато што је наставио да постоји *synoikein*; заједнички живот супружника је чињеница која детерминише атински брак.

Закључак до кога је Паоли дошао, по схватању Бриндезија не чини се у потпуности прихватљивим, из разлога што су управо сведочења која је он проучавао могла произвести елементе потпуно супротне наведеним закључцима: Демостенов отац предосећајући свој крај одлучује да судбину своје жене и кћерке која је још увек дете, повери Афобу и Демофонту и свом

³⁸ U. E. Paoli, 264.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Fausto Brindesi, *La famiglia Antica, Il matrimonio e l'adozione*, Firenze 1961, 7.

пријатељу, Терпиду; наведене особе су требале да после његове смрти предоче администрацији његова имања у интересу удовице и деце. Једино могуће хумано објашњење ове необичне одлуке о одобрењу брака сопственој супрузи и петогодишњој кћерци, двојици од три старатеља – Бриндези налази у околности да "у другачијим условима, као на пример, у случају да је мушко дете било друго по старости, Демостенов отац не би чак разматрао могућност о одобрењу брака девојчици у тако младом добу. Али страх покренут сумњом у несигурност њене будућности, попустио је при помисли да ће један старатељ, конкретно везан интересима особе која му приписује старатељство, и који је морално одговоран, бити способан да обезбеди сигурну будућност. Присуство трећег старатеља требало је да послужи као суштински баланс за сваки могући евентуалне конфликт; тај би се нашао у немогућности да реагује другачије него коректно због присуства друге двојице али је могао и због објективности свог положаја наћи компромисно решење у случају спора", констатује Бриндези.⁴¹

У анализирању *synoikein*-а Паоли се такође ослања на значајна сведочења која се налазе у говорима, како против Афоба, тако и против Онетора. Док је из расправа против Афоба, Паоли прикупио елементе за доказивање непостојања брака због одсуства *synoikein*-а, из расправа против Онетора он је прикупио елементе за постојање брака између његове сестре и Афоба, управо због постојања акта *synoikein*-а. Као што је већ напоменуто, Демостен је покренуо процес и против Онетора; и када је у поступку за извршење пресуде, тзв. *dike eksules*⁴², Демостен одлучио да присвоји део Афобовог имања, (који је био осуђен да надокнади штету због несавесног извршења старатељства), Онеторе га је у томе спречио, тврдећи да је Афобо био ожењен његовом сестром и исту оставио због тога што је она самоиницијативно поднела захтев за развод брака (*apoleipsis*), а да је он, Онеторе, добио у посед наведено имање као гаранцију дела мираза који није враћен. Демостен то побија потврђујући како је између Афоба и Онетореове сестре и даље постојао брак зато што је настављен заједнички живот (*synoikein*). Сам развод (чак и ако се пријави администратору), који је покренула сестра Онетора, ништа не мења ствар; брак и даље постоји "уколико га не прати престанак заједничког живота", закључује Паоли.⁴³

Оваквом расуђивању се супроставља Волф који тврди да није све тако једноставно и јасно, с обзиром на околност да је било правило "да се разведена жена враћала назад под старатељство својих рођака (оца или

⁴¹ F. Brindesi, 10.

⁴² Познато је да је начин покретања судског поступка у атинском праву био двојак: путем приватне тужбе коју је подизао пуноправни римски грађанин (*dike*) и путем јавне тужбе, коју је подизао магистрат по службеној дужности (*grafe*).

⁴³ U. E. Paoli, 89.

брата)а да је при томе све то рађено без иједног правног акта који би ту ситуацију регулисао".⁴⁴ С тога је и тешко објаснити постојање процеса против Онетора. "Које конкретне могућности у успех би он имао да је знао, као што је требало да зна, да је Демостен могао да провери да је *synoikein* између сестре његовог противника и Афоба важећ. Доказавши да брак и даље постоји, јер постоји и *synoikein*, поништава се хипотека на мираз и Афобо губи своје имање, па тако Демостен добија право да га присвоји и на тај начин изврши пресуду. Истина је да је Демостен користећи се наставком *synoikein*-а, не да би доказао да његово постојање означава и постојање брака, већ да би дао на важности захтеву за развод брака који је поднела сестра Онетореа (*apoleipsis*), сматра Бриндези.⁴⁵

3.2. Enghyesis

Чини нам се да атински брак налази у *synoikein*-у природну последицу за своје конституисање али никако и основ за исто. Зато је неопходно осврнути се на *enghyesis*, у значењу споразума о предаји невесте у циљу закључења брака, како би смо могли да реконструирамо брак на правној основи и са свим правним и практичним последицама. Треба најпре констатовати да је *enghyesis* институција апсолутно типична за грчки свет. Превести атински брак на *matrimonium sine manu*, који срећемо код Римљана, с наше тачке гледишта је нелогично, првенствено због концепта оличеног кроз *affectio maritalis*. Поменути израз означава жељу и намеру брачних другова да трајно живе као муж и жена и он је један од основних и битних елемената римског брака.⁴⁶ Уколико је постојала трајна заједница живота, али без намере да се живи као муж и жена, онда то у римском праву није био брак, већ конкубинат. Појам *affectio maritalis* је потпуно стран грчком браку јер се ослања на потпуно различите основе; атински брак има основу строго уговорне природе, а воља уговорних страна манифестује се актом *enghyesis*-а. Широко распрострањено мишљење да је брак као институција у Атини било тешко разликовати од конкубината или од простог "живљења заједно", имало је за последицу тешко доказивање брака на суду: једни су "брак" доказивали постојањем *enghyesis*-а, док су се други ослањали на доказивање свеукупног понашања током трајања заједнице двоје људи.⁴⁷

Паоли је дефинисао *enghyesis* - условом брака, док је основ брака, *synoikein*. Уколико се под термином *synoikein* подразумева сваки стабилан и

⁴⁴ Н. J. Wolff, 47.

⁴⁵ F. Brindesi, 15.

⁴⁶ О закључења брака кроз историју уопште, па и у римском праву: Наташа Деретић, Закључење брака у правној историји, Нови Сад 2011, 28-110.

⁴⁷ С. В. Patterson, 112.

трајан однос између мушкарца и жене, који је познат и заштићен уређеним прописаним нормама, јасно је да брак у себи подразумева концепт легитимности, јер ван уређених прописаних норми не може постојати брак, већ само слободна заједница тј. конкубинат (дивљи брак). Ако се разлика између брака и конкубината заснива, како каже Паоли, баш на бази *synoikein*-а у значењу законске заједнице жене са мужем, у другом случају те законске заједнице нема, па се та заједница назива не-браком; оно што чини брак легитимним и препознатљивим као правно уређену заједницу је свакако предаја (*enghyesis*) која је морала бити јавна, свечана, пред сведоцима; уколико *enghyesis* није био пропраћен уласком младе у кућу мужа, могао се раскинути.⁴⁸

Када говоримо о *enghyesis* у атинској стварности, говоримо о једној врсти уговора у коме једна страна (старатељ жене), предаје жену са миразом, другој страни која даје гаранцију за жену и мираз који добија. Имајући то у виду, Бриндеси сматра да се ту ради о једном реалном контракту без рока и једном приватном акту чије је извршење одређено заједничким интересом страна и остварује се јавним, заједничким животом супружника (*synoikein*).⁴⁹ У текстовима не налазимо случајеве *enghyesis* који не следе (прате) *synoikein*, осим споменутог случаја Афоба и Демофонта и још једног - случај Еуктемона, о коме прича Исео.⁵⁰ А прича говори о старом Еуктемону који је упао у клопку једне куртизане и пожелео је да усвоји њеног сина како би га увео у своју породицу (*oikos*). Томе се успротивио његов син Филоктемон који је спречио усвајање па је тако старац изнервиран, да би нашкодио сину, оженио сестру Демократа из Афидина. Након тога су се умешали рођаци и Филоктемон у ишчекивању најгорег, пристаје на усвајање коме се претходно противио. Из текста који пише Исео јасно се види да је *enghyesis* регуларно уговорен, али га се Еуктемон ослободио пошто се усагласио са сином. С обзиром да између Еуктемона и Демократове сестре није постојао *synoikein*, уговор о *enghyesis* – је раскинут; овде се ради о раскиду уговорног односа, а не о разводу брака, јер Еуктемон није могао да отера жену из куће у којој она никад није ни била.⁵¹ Дакле, можемо закључити да *enghyesis* ако не следи *synoikein* мора бити заснован специфичним актом који не поништава његове ефекте.

Јасно је да у редовним околностима *synoikein* представља нормалну последицу *enghyesis*-а. По мишљењу Бриндезија, *enghyesis* је уговор *sui generis* реалан и билатералан у коме уговорне стране задржавају право раскидања акта; то право имају: како муж, тако и жена (*apoleipsis*); постојало

⁴⁸ U. E. Paoli, 90.

⁴⁹ F. Brindesi, 19.

⁵⁰ Iseo, De Nic. her. 23 - 25.

⁵¹ *Ibid.*

је и право оца жене да раскине брак; право рођака да жени која је постала *epikleros* раскине претходни брак (*aphairesis*).⁵²

С обзиром да *enghyesis* може бити уговорен само између атинских грађана, недостатак атинског држављанства поништава *enghyesis* и негира заједнички брачни живот. Атински држављанин који би уговоррио *enghyesis* са странкињом био би протеран а његово имање конфисковано.⁵³ Оваква одлука има корене у страху од убацивања страних држављана у *oikos* Атињана, што повлачи и учествовање у ритуалима и церемнојама, који су опет били стриктно резервисани само за атинске држављане. Недостатак држављанства био је мотив за раскид *ex lege* везе (по сили закона).

ЗАКЉУЧАК

Околност да правни извори нису пренели специфичан извор права, који се односи на уређење институције брака у атинском друштву, лишила нас је једне прецизне дефиниције атинског брака, која би указивала на основне акте који поменути брак конституишу. Стога се поимање атинског брака заснива на параметрима преко посредних говорних извора или понекад поетских текстова. Разноликост мишљења се може објаснити релативном разумљивошћу материје и комплексношћу у интерпретацији извора: посебно, што нам се данас иста терминологија уз мањак прецизног правног текста који се односи на брак, чини нејасном, конфузном а понекад и дискутабилном.

Неспорно је, да је поступак Демостеновог оца иницирао многобројне теоријске дискусије. При томе треба нагласити да је оклоност да отац породице (*kyrios*) може, без постојања иједне правне чињенице, да раскине текући брак и да за њу (своју жену) изабере нови брак, била у складу са овлашћењима *kyrios*-а удате жене тога доба. Да би био сигуран да ће његова жена и кћерка имати сигурну будућност, Демостенов отац прибегава институцији старатељства. Иако је ова институција практично неопходна и неизбежна у овом случају, није могла, а да се не посматра са неповерењем, због злоупотреба различитог типа, које нам нуди обично животно искуство.

С обзиром на околност да један од старатеља (Афобо) никада није дао свој пристанак планираном браку између њега и удовице о којој се ради, чини нам се исправним мишљење Бриндесија који указује на чињеницу да се ту, "или није радило о правом *enghyesis*-у већ само о једној жељи покојника, или је такав акт био изведен на начин толико нерегуларан да је Афобо имао све могућности да игнорише његово постојање".⁵⁴ Како се томе,

⁵² F. Brindesi, 26.

⁵³ C. B. Patterson, 111.

⁵⁴ F. Brindesi, 11-13.

с друге стране, супроставља *enghyesis* који је уговорио Демостенов отац са другим старатељем (Демофонтом), за своју кћерку - разумевање отежава чињеница, да не поседујемо текст о дискусији Демостена против Демофонта. Из тога би се само могла извући одбрана поменутог, као и што би се одгонетнула недоумица до које мере је Демостенов отац могао да одлучује у случају девојчице од пет година, уколико *enghyesis* није био обавезан при закључњу брака.

Аутору се посебно учинио занимљивим осврт на подељена мишљења у теорији о карактеру споразума предаји невесте младожњи, с обзиром на одложено дејство тог споразума. Посебно што у прозним текстовима често срећемо случајеве, да отац, након што би обећао да ће предати (*enghyetheisa*) своју кћерку једном просцу, одобри да се уда за другога; при томе неиспуњење датог обећања није повлачило никакве консеквенце. Сматрамо да без обзира на *enghyesis* који је Демостенов отац уговорио за жену и кћерку, у односу на Афоба и Демофонта, брак није реализован због недостатка *synoikein*-а; развод (*apoleipsis*), који је покренула Афобова жена нема значаја, зато што је наставио да постоји *synoikein*. Очигледно је, да је заједнички живот супружника чињеница која детерминише атински брак.

Разумевање атинског брака као дела друштвеног процеса а не као законског појма, супроставља се широко раширеним мишљењима да је брак као институцију у Атини било тешко разликовати од конкубината или од простог "живљења заједно". "Без постојања легалног признања који би успоставио и дефинисао појам брака, процена да ли су две особе биле у браку или не засигурно није била лака нити лишена грешака. Неки парничари су се ослањали на постовање *engye*-а, док су се други ослањали и на посматрање понашања и односа током времена. Брак је стога било тешко доказати на суду, јер је био друштвена основа атинских правила и закона и није био дефинисан истим.⁵⁵

Иако је институција брака надживела векове, неспорно је да су промене у друштвеној и економској структури новонасталих савремених држава изазвале промене и у структури породице и породичних одн. брачних односа. Не треба да нас чуди поступак Демостеновог оца, с обзиром да је његово поступање према кћерки и жени било у складу са тадашњим обичајима. Данашња породица, за разлику од атинске породице бележи неке нове односе који се испољавају конфликтима између родитеља и деце, било због непоштовања ауторитета оца било због игнорисања самосталности деце. Учинио нам се занимљивим да се запитамо како би било данас, да отац породице (или муж), забринут за судбину свог детета (или своје жене), има право да у њихово име закључит брак. Узимам себи за право да кажем, како

⁵⁵ С. В. Patterson, 112.

би то у неким случајевима и било оправдано, с обзиром на то да се бракови данас све ређе закључују, а и када се формално закључе, често нема заједничког живота супружника (јер свако од супружника и даље живи код својих родитеља). Док је у Атини тешко било доказати постојање брака на суду, данас то није проблем, али је проблем доказати заједнички живот супружника, који је вековима био један од битних услова за постојање брака. А онда и не треба да чуди што свакодневно слушамо како је "брак данас претешко бреме које нису спремни сви да понесу...".

Nataša Deretić, LLD
Assistant Professor

**CONSTITUENT ELEMENTS OF THE ATHENIAN MARRIAGE:
ENGHYESIS AND *SYNOIKEIN* IN CONTEXT OF MODERN FAMILY
RELATIONSHIPS**

Summary

The Athenian marriage contained some unusual features related to the social structure and the nature of the social system which distinguished it both from modern and the ancient Roman marriage. Ancient Greece Scholars have for a long time concentrated on two constituent elements that made the Athenian marriage legitimate: betrothal (*enghyesis*) and the shared life of the spouses (*synoikein*). In the absence of legal sources that would clearly indicate what the fate of marriage was in the Athenian society, we have to rely on extralegal sources, such as: court speeches, the writings of philosophers, orators, and historians. Thus the court proceedings initiated by Demosthenes against the guardian of his sister and his mother give us an insight into the nature of power that the father or the guardian (*kyrios*) of a family had in Athens. He could, among other things, choose a husband for his daughter - but also for the wife - not only in his lifetime, but also in case of his death.

Concerned about the destiny of his underage sister, Demosthenes denied the guardian's right to conclude a marriage contract, because in that case the bride was a child, but he also contested the marriage of his mother by producing evidence that her would-be husband was still in a legitimate marriage. Demosthenes' view that that there were no fundamental elements for legitimate marriages - the betrothal (*enghyesis*) and the shared life of the spouses (*synoikein*) - initiated a theoretical discussion of this topic, of which various opinions were given. These differences can be explained by the relative comprehensibility of the subject matter and the complexity of the source interpretation.

Др Драгана Ћорић

Доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

КОЛИКО СЛОБОДЕ ЈЕ ДОВОЉНО?

Анстракт:

Последњих деценија говоримо о генерацијама људских права и слобода. Стално се стварају нове, а неретко се, у контексту одређене политичке, демагошке или неке друге друштвене борбе, измишљају или конструишу – нова права и слободе.

Колико нам је права и слобода потребно? Постоји ли нека минимална количина права и слобода, коју свако од нас мора да узме дневно/недељно/месечно/годишње, да би одржао свој друштвени имунитет? Са друге стране, постоји ли максимална количина слободе, након које нам следи резистентност на ову врсту терапије, или анархично стање? Постоји ли уопште мера за слободу, као када се мери истина или лаже, те сматрамо да постоје веће или мање, страшне или привлачне истине и лажи?

Аутор трага за појмом и суштином слободе, не само у метафизичком и филозофском смислу, већ и у практичком, *применљивом на свакодневном нивоу свести, власти и односа.*

Кључне речи: *слобода, људска права.*

Човек је осуђен на слободу; када је једном бачен у овај свет, одговоран је за све што чини.

Жан Пол Сартр

Уводне напомене

Сартр у свом чланку „Егзистенцијализам је хуманизам“ наводи да је последица тезе: егзистенција је есенција (свега)-човекова апсолутна слобода и човекова тескоба. Бог не постоји. Нема ни света идеја, нити људске природе. „ Ако према томе нема ничега оностраног (Богилилогос), нити ичега оностраног (људскаприрода) што би детерминирало човека, човек је апсолутно слободан. Човек је, штавише, осуђен да буде слободан, не може изабрати неслободу, тј. није слободан да престане бити слободан, а једино

ограничење његове слободе јесте слобода сама¹. Ако нам је слобода једино ограничење слободи да имам или немам слободу, онда, ограничења заправо нема. Само су појединци, којима није лагодно да имају толику слободу, скучени у својој тескоби, суочени са непрегледном и неограниченом слободом да имају или немају слободу. Слобода, дакле, оставља избор, али особама процедуре, који не воле да им се остављају избори и могућности оваква слобода- никако не одговара. Некакав избор је ипак потребан и представља обавезу и одговорност, јер небирање је заправо избор да се не изабере, и као *contradiction in adiecto*- самог себе побијајући, и не постоји.

Потреба за дефинисањем себе, сматрао је Сартр, па самим тим и сопствене слободе, долази касније. Јер само је егзистенција без ограничења- циљ, па чак и ако је слобода то једино ограничење. Моја слобода није слобода других и може бити схватана као препрека другим слободама. Са друге стране, слобода и њена „употреба“ јесу вид одговорности, те је истовремено и одрицање од слободе, бег од њеног избора или ограничавања истовремено и –одрицање од одговорности.² На сличном становишту је стајао и Русо, тврдећи да: „..одрећи се своје слободе, то значи одрећи се сваког својства човека, човечанских права, чак и своје дужности... Одузети сваку слободу својој вољи значи одузети сваку моралност својим делима.“³ Људска слобода је , дакле, јединствена способност и потреба да се људи понашају и одлучују у складу са својим изборима

Зашто нам је слобода потребна?

„Слобода је могућност и право човека да доноси одлуке полазећи од унутрашњих побуда које могу да буду интелектуалне, чулне или пак грубо инстинктивне, то јест она је могућност да се испуњавају своје жеље и да се у спољашњем свету реализује своје " ја" .⁴ Дакле, слобода нам је потребна да бисмо одлучивали, било да се те одлуке крећу у правцу прихватања или одбијања нечега. Неки сматрају да је слободу, чак, веома тешко подносити, и носити се са свим могућностима које њено уживање доноси. Други пак сматрају да примамо „здро за готово“ слободу коју добијамо у наслеђе од

¹ Jean-Paul Sartre Existentialism Is a Humanism ,доступно на: <https://www.marxists.org/reference/archive/sartre/works/exist/sartre.htm> Приступ сајту: мај 2016. године. Напомена: приступ свим сајтовима наведеним у овом чланку је извршен такође у мају 2016. године.

² Josip Weissgerber: Čovjekova sloboda, доступно на :

file:///C:/Users/pc/Downloads/1_3_Josip_Weissgerber_Covjekova_sloboda.pdf

³ Žan-Žak Ruso :Društveni ugovor, Beograd: „Filip Višnjić“, 1993, (prevod Tihomir Marković), стр. 72.

⁴ Arhimandrit Rafail Karelin : Sloboda, текст доступан на: <https://slavoslovije.files.wordpress.com/2009/01/arhimandrit-rafail-karelin-sloboda.pdf>

својих предака; то стање слободе је адиктивно и адаптивбилно, и његово пуко наслеђивање нема тај квалитет за наследнике као што је имао за оне коју су ту слободу освајали на различите начине.⁵

Слобода дакле, није украс, већ стање које се мора-практиковати, и усавршавати.⁶ Слобода није трајно и непроменљиво стање, самим тим, ни њена количина а ни квалитет, као што смо навели у претходном пасусу, није и не може бити иста за све које уживају у њој. Слобода је такође и „шанса да све буде боље.“⁷ У складу са тим, Ками стоји на становишту да је слобода заправо вид обавезе и одговорности, као и апсолутна слобода не постоји јер је свачија слобода већ ограничена постојањем нечије друге слободе.⁸ То објашњава тиме да је "човек је увек слободан на нечији туђи рачун".⁹

Међутим, 20. век нам је донео другачије разлоге зашто нам је слобода потребна, у виду различитих међународно - потврђених конвенција о људским правима и слободама.. Слобода је дакле, прешла из реалма наслеђеног, природног и уобичајеног, у позитивноправно. Постала је могућа једино у оним оквирима у којима је законодавац спреман да је призна и ограничи њено постојање, обим и примену, али не у корист других људи и њихових слобода, већ у корист своје сопствене, државне слободе. Стога онај Гандијев поклич, да жели слободу која ће му помоћи да се у потпуности изрази као личност и индивидуа, има све више смисла.¹⁰

Има аутора који стоје на становишту да је „количина“ слободе и аутономије у директној вези са благостањем које је људима потребно. Наиме, што више слободе, то је благостање веће. Са друге стране, на „количину слободе (и аутономије) директно утиче могућност и „количина“ избора који су нам дати.. Из тога следи, тврде они, да „ што више избора имамо, то је благостање у коме живимо све веће.“¹¹

⁵ The Writings of Henry David Thoreau (Boston: Houghton Mifflin, 1906), доступно на: <https://www.walden.org/Library/Quotations/Freedom>

⁶ William Faulkner, Essays, Speeches & Public Letters, February 10th 2004, Modern Library (first published 1966) Editor :James Meriwether .

⁷ Albert Camus: "Resistance, Rebellion, and Death." 1960, делови књиге доступни на: <http://public.wsu.edu/~rpg/camus.pdf>

⁸ Albert Camus, наведено дело.

⁹ Albert Camus, наведено дело.

¹⁰ Mahatma Gandhi, The Essential Gandhi: An Anthology of His Writings on His Life, Work, and Ideas, edited by Louis Fischer, 2002.

¹¹ Hazel Rose Markus, Barry Schwartz: Does Choice Mean Freedom and Well-Being? .Journal of Consumer Research, Inc., Vol. 37, August 2010, стр.7.

Ерих Фром на то гледа мало другачије.¹² Модерна европска и америчка историја, тврди он, у фокусу својих кретања има борбу за слободу у различитим облицима. Увек је у питању ослобађање од политичких, економских или других друштвених чак и духовних стега које ограничавају човека и његов развој. Свака борба за слободу је почињала стварањем две класе : оне које се бори против стања потчињености и друге, која има извесне привилегије и труди се да их задржи. Борба се завршава онда када прва класа победи другу, ону које је држала само за себе неке одређене привилегије, али је тиме ушла у парадоксалну ситуацију, јер је победом над њима и освајањем своје слободе само променила привилегије- створила је, у току борбе нови сет привилегија које они сада желе да задрже. И борба, кроз неко време, може поново започети.

Ипак, слобода увек добија све своје битке, тврди Фром даље. Друга је ствар што она веома често окреће парадигму: многи су дали животе за слободу, у било ком облику, сматрајући да је смрт боља од стања потчињености. Међутим победа таквог виђења слободе је отварала нови круг, исте или сличне борбе, јер та ,тек освојена слобода, у неком моменту постаје оптерећење и стега за неке друге групе. "Смрти" које су се десиле у току борбе за слободу су својеврстан Скадар на Бојани: јер вероватно је да ће, у новом циклусу бобре оне бити потпуно заборављене и поништене.

Све то нас доводи до следећих питања, која је и сам Фром поставио:

1. Ствара ли се истовремено са поривом за ослобођење и потреба за потчињавањем? Наиме освајањем једне слободе, ми се заправо њој потчињавамо, иако смо слободни у њој.
2. Ако нема те воље, подсвесне, или несвесне за потчињавањем, зашто су нам, чак и у борбама за слободу, потребне вође? Слобода је својство индивидуалности бића, чему онда потреба да мене неко води унутар мене самог?
3. Да ли је потчињавање увек усмерено само према споља и спољним стимулусима, или је потчињавање могуће посматрати и према унутра, према нама самима?
4. Шта ако ми заправо имамо- страх од слободе, а не жељу за слободом?

Разматрајући слободу и њена освајања у различитим временским епохама, Фром долази до закључка да је слобода одувек представља својеврсно отуђење и усамљеност, посматрање ван колективитета; да је слобода заправо увек своје „кориснике“ одувек чинила само све више

¹² Erich Fromm: The Fear of Freedom, First published in Great Britain in 1942, текст доступан на: <http://realsociology.edublogs.org/files/2013/09/erich-fromm-the-fear-of-freedom-escape-from-freedom-29wevvr.pdf>

испуњенима сумњом да ли су учинили праву ствар, и те их врло брзо, просто гурала у наручје- новог круга потчињености.

Дакле, ако је слобода на крају опет потчињеност, због чега нам је толико потребна?

Слобода на крају пута

Исаја Берлин је сматрао да постоје „слобода од“ и „слобода за“¹³ : прва представља заправо забране неких понашања, али психолошки прихватљивије саопштене , у позитивном облику. Тако постоји слобода од дискриминације (што називамо забраном дискриминације), слобода од угрожавања живота, говора, мисли (што све, опет, називамо забранама повређивања истих ових слобода). „Слобода за“ је права, конструктивна слобода, она дозвољава али и истовремено ограничава; она слобода којој се тежи у свој својој пуноћи.

Но да ли нам је и овакво категорисање- довољно, или потребно уопште? Зашто слобода не може бити трајно стање, уместо немирне мисли која покреће револуције и чије освајање је увек однело више живота него што је донело добробити? Мартин Лутер Кинг је узвикујући своју жељу да су сви људи коначно, коначно слободни, подстакао само нова питања: која и каква слобода, за кога све и у којој мери нам је потребна?¹⁴ Претходна разматрања су показала да се ипак може говорити о квантитету и квалитету слободе, и да ти фактори могу и те како бити приликом узимања у обзир слободе саме, у њеном освајању и уживању. Овим радом смо хтели само да покренемо даља размишљања, а не да једном и за сва времена дамо договоре, јер такво ограничавање, ипак, слобода не заслужује.

¹³ Berlin, I. (1958) “Two Concepts of Liberty.” In Isaiah Berlin (1969) Four Essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press., https://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/wiso_vwl/johannes/Ankuendigungen/Berlin_twoconceptsliberty.pdf

¹⁴ “Free at last, Free at last, Thank God almighty we are free at last.” Martin Luther King Jr., I Have a Dream: Writings and Speeches That Changed the World, Foreword by Coretta Scott King, Harper San Francisco, 1992, <https://www.archives.gov/press/exhibits/dream-speech.pdf>

Dragana Ćorić, LL.D
Assistant Professor

HOW MUCH OF FREEDOM IS ENOUGH?

Summary:

In last few decades we have a lot of „generations“ of human rights and freedoms. Every day we are witnessing the creation of new rights and freedoms. But do we know what the freedom is, and what is its essence?

How much of freedom do we need? Is there any minimum amount of freedom that we need to live, or is there any maximum amount of freedom that could cause specific „overdose“? Is there any scale possible, when it comes to have freedom, to fight for it, or is it freedom always- free in every sense?

In this short article, we try to find true meaning of freedom and its essence, in every perspective.

Др Сава Аксић

**Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица**

ДРУШТВЕНА ОСНОВА И СУШТИНА ТЕОРИЈЕ СКАНДИНАВСКОГ ПРАВНОГ РЕАЛИЗМА

Анстракт:

Скандинавски правни реализам је као теорија о држави и праву настала у скандинавским земљама: Шведској, Данској и Норвешкој. Између ових земаља постоји велика сличност у језику, култури, традицији, као и компромис између најзначајнијих друштвених група у самој земљи. У таквим друштвеним условима настала је теорија скандинавског правног реализма, по којој држава има улогу да само спорадично делује у друштву, које има интерес да поштује правни поредак. Представници ове теорије су: Аксел Хегерштрем, Вилхелм Лундстет, Карл Оливекрона и Алф Рос.

Кључне речи: *Право, друштво, држава, правда, обавеза, метафизика, реалност.*

Скандинавски правни реализам је назив за једну групу теорија о држави и праву, која је настала, и која је владајућа у академској јавности и правничкој пракси скандинавских земаља: Норвешке, Шведске, Данске, Финске и Исланда. Поред тога што имају сличан географски положај – налазе се на северу Европе, ове земље имају сличан друштвено – економски развој, сличне историјске и актуелне прилике, тако да је вероватно и сасвим природно, да већи део научне и стручне јавности има сличан поглед на државу и право, као најзначајније друштвене појаве.

Поред тога што постоји велика сличност у култури, језику традицији, вери итд. у овим земљама, су од тридесетих година прошлог века на власти сицијалдемократске партије, имају веома развијениу институционалну структуру, са сличну традицију и разноврсниу, мање – више сличну форму политичког и друштвеног живота.¹

Упоредо са тим постоји извесна разлика између Норвешке, Шведске и Данске, с једне и Исланда и Финске, с дуге стране. Тако је, Финска стекла државност тек 1917 год. а остале земље раније, у првим трима земљама је социјалдемократско крило радничког покрета доминантна политичка снага,

¹ Милутин Томановић, *Скандинавски путеви*, Комунист, Пожаревац, 1965, стр. 7, 8.

док, у Финској, социјалдемократија нема такав положај, а радичку партију представља комунистичка партија. Уз то, Норвешка, Шведска и Данска су монархије, а Исланд и Финска републике.² Имајући наведено у виду, иако се ова теорија везује за Скандинавију као целину, односно за све наведене скандинавске земље, она је, као посебан теоријски правац и поглед на државу и право настала у Шведској, Данској и Норвешкој, и то у радовима, Аксела Хегерштрема, Вилхелма Лундстета, Карла Оливекроне и Алфа Роса.

ДРУШТВЕНЕ ОКОЛНОСТИ У КОЈИМА ЈЕ НАСТАЛА ТЕОРИЈА СКАНДИНАВСКОГ ПРАВНОГ РЕАЛИЗМА

Околности привредног и друштвеног развитака у Скандинавији разликовале су се у односу на околности у остатку Европе, и у Америци. То је врло вероватно и условило настанак теорије која је била дистанцирана, како у односу на крајњи социологизам америчког типа, тако и у односу на етатистички позитивизам европско – континенталног, односно немачког типа.

Наиме, првенствено у Шведској, а онда и у Данској и Норвешкој, не постији класични капитализам, са супротстављеним позицијама капиталиста и радничке класе, нити постоји социјализам који би имао најизраженије карактеристике тог типа друштвено – економске формације. Поједини теоретичари у овим земљама наводе: "У нас не постоји више капитализам, у старом и уобичајеном смислу те речи, због тога што је власт у већем или мањем степену одузела приватним предузећима право да одлучују о цени робе, платама и надницама радника и о профиту. Али не постоји ни социјализам. Далеко претежни део средстава капитала налази се у приватним рукама."³

Социјалдемографска радничка партија, као једна од најјачих у овим земљама се не залаже за промену постојећег система, него за промене у оквиру система, која је у том циљу успела да у великој мери ограничи власт приватног капитала. Такође, и капиталистичка класа, са своје стране не одбија увек предлоге радничке класе за променама, него и сама понекад предлаже промене у погледу побољшања положаја радничке класе, па и позиција радничке класе није борба против власника капитала него политика споразумевања и компромиса са њима.⁴ Тако је Социјалдемократски савез Данске усвојио Готски програм чији су основни принципи у пракси Скандинавских земаља били формулисани у политици "сарадње у

² *Ibid*, стр. 8.

³ Професор политичке економије на Универзитету у Ослу, социјалдемократа Јохан Фугт у књизи: Наш економски положај; - наведено по: *Ibid*, стр. 11.

⁴ *Ibid*, стр. 10 – 12, 17.

производњи".⁵ Класа власника средстава за производњу у овим земљама нема другачији циљ од остатка Европе, или Америке, али се начин стварања и профита у односу на остале земље разликује по томе што ниједна од супротстављених класа, дакле ни класа власника средстава за производњу, као ни класа радника, није искључива у својим позицијама и захтевима. Овде је компромис темељни принцип у односима у друштву.

Суштина капиталистичких односа, који се темеље на приватној својини која је подгнута на ниво врховног начела, у скандинавским земљама је измењена на начин друштвене контроле над приватном својином, чији је смисао да "индивидуалне интересе треба потчинити општим интересима".⁶ Овакав, измењени став према приватној својини, мења став према основном антагонизму у капиталистичком друштву: антагонизму између капиталиста и радника, а тиме и према класној борби. Приватна својина према овој концепцији треба да служи општим интересима, и њен смисао се мења на начин да од привилегије постаје основа за друштвено поверење, а тиме и идеја класне борбе прераста у идеју солидарности и сарадње индивидуа у друштву.⁷ Као последица оваквих идеја настао је један друштвени медијум који се у области политичко - економских односа најкраће може представити кроз идеју "харпсундске демократије". Име потиче од града Харпсунд, који се налази у близини Стокхолма, а у којем су одржавани, прво повремене састанци радника, послодаваца и државе, да би касније ти састанци постали стални, са органима чији прерогативи постепено јачају. Суштина ове идеје је у непосредној конфронтацији ставова радника и послодаваца, а уз присуство извршне власти, како би се боље сагледало економско стање у земљи и пронашла евентуална решења.⁸ На основу чињенице да су успостављени односи у којима се негује оваква атмосфере у производним односима, све више је актуелна идеја о демократизацији односа у привреди, на начин да се радницима дају већа права у управљању предузећима.⁹

Ово важи са мањим или већим одступањима за све три наведене скандинавске земље које су захваљујући свом положају, традицији, култури имале специфичан развој. Тако Шведска, између осталог и због своје географске дистанце у односу на остатак Европе, још од Наполеонових ратова није учествовала у ратним сукобима у Европи. Први устав је у Шведској донет 1719 год. а уставом из 1809 год, је започета савремена политичка историја Шведске, и процес стварања парламентарне монархије тако што је већа права добијао *Riksdag*. Овим уставом је први пут предвиђена

⁵ *Ibid*, стр. 19.

⁶ *Ibid*, стр. 28.

⁷ *Ibid*, стр. 29.

⁸ *Ibid*, стр. 31.

⁹ *Ibid*, стр. 39.

институција надлежна за надзор над спровођењем правних аката – *Justitieombudsman*, која уз извесне измене и данас постоји.¹⁰

У атмосфери оваквих односа, првенствено у области производње, као кључном за формирање друштва у сваком сегменту његовог постојања, настала је теорија којом се објашњава суштина права, као и задаци које право у друштву треба да оствари, а доследно томе и основе науке којом се изучава право. Дакле, и поред чињенице да је ова теорија права настала у земљи која се географски налази на периферији Европе – Шведској, те није могла да буде центар европских културних и научних кретања, ипак је школа скандинавског правног реализма заузела значајно место и равноправну позицију, као и остале водеће правне теорије у Европи и Америци. Приступ који ова школа има умном и практичном бављењу правом свакако је оригинални приступ и због тога заузима значајно место.¹¹

Пре појаве школе скандинавског правног реализма, теорија правног позитивизма је била владајућа у правној науци скандинавских земаља. Она је из Немачке постала актуелна и у Шведској. Почетком 20 – тог века, позитивизам уступа место социологизму у праву, који је оличен у делима Виго Бентзона у Данској, Фредрика Штанга у Норвешкој и Аксела Хегерштрема у Шведској. У оформљењу посебне практичне и научне оријентације у праву, оличену у школи Скандинавског правног реализма, дело Аксела Хегерштрема је најзначајније,¹² па ћемо се и посебно осврнути на његово дело, као и на дела Вилхелма Лундстета, Алфа Роса и Карла Оливекроне, као представника ове школе.

ОСНОВНЕ ИДЕЈЕ ШКОЛЕ СКАНДИНАВСКОГ ПРАВНОГ РЕАЛИЗМА У РАДОВИМА ЊЕНИХ ПРЕДСТАВНИКА: АКСЕЛА ХЕГЕРШТРЕМА, ВИЛХЕЛМА ЛУНДСТЕДТА, КАРЛА ОЛИВЕКРОНЕ И АЛФА РОСА

Аксел Хегерштром је рођен 1868 године у Шведској. Под утицајем породице определио се за теолошке студије, али, пошто "учава слабост религијске догматике и, разочаран сазнањима о црквеној структури и пракси, одушевљено се баца на студије филозофије".¹³ Докторирао је 1983 год. са

¹⁰ Александар Молнар, *Друштво и право, Историја класичних социолошкоправних теорија*, Visio mundi academic press, Нови Сад, 1994, стр.329.

¹¹ Стеван Врачар, *Структуралност филозофије права*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1995, стр.164.

¹² Александар Молнар, *Друштво и право, Историја класичних социолошкоправних теорија*, Visio mundi academic press, Нови Сад, 1994, стр.329.

¹³ Стеван Врачар, *Структуралност филозофије права*, Издавачка књижарница Зорана Соколовића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1995, стр. 164, 165. Не улазећи, наравно, у

тезом о Аристотеловим етичким погледима и њиховим теоретским претпоставкама. Тиме је стекао статус приватног доцента., и тада је у својим радовима изнео идеје које су биле супротне метафизичко – идеалистичкој филозофији Ц. Ј. Бострема, односно по њему названој филозофији бостремизма. Због својих идеја је имао проблеме у професионалној каријери, па, тако, на конкурс за наставника на Универзитету у Упсали није могао да добије запослење као "некомпетант", а место је добио његов противкандидат, бостремиста. Тек је касније, 1911 год., на основу неколико запажених радова, и уз подршку појединих угледних професора дошао до места професора на Универзитету у Упсали. Објавио је велики број радова из области етике, социологије, антропологије, историје политичке мисли итд. Тако да се на основу изнетих идеја сматра оснивачем упсалске филозофске школе, као шведском филозофском систему.¹⁴

Идеје које је изнео у својим радовима, представљају основу упсалског филозофског система. Хегерштрем, дакле, није творац филозофског система око којег се окупио велики број филозофа, и који би као такав био на истом нивоу као системи које је створио примера ради, Хегел, Кант итд. Упсалска филозофска школа, а на основу ње настали правни реализам је и у науци, подједнако као и у пракси, популарна једино у Скандинавији. Бостремизам – скандинавска варијанта позитивизма је једно време у Скандинавији био неприкосновен, а настанком Хегерштремових дела примат у потпуности преузима скандинавски правни реализам.

Суштина Хегерштремових дела није само у одбацивању сваке метафизике у науци, него и у одбацивању сваког идеализма, као облика спознаје, за који, упоређујући га са метафизиком, може имати какве – такве научне критеријуме (подвукао С.А.). Његова позиција је потпуно анти – метафизичка, пошто је метафизика само игра речи, које се евентуално може

питање због којих је разлога Хегерштрем стварно одлучио да напусти теологију и да започне студирање филозофије, с обзиром да то није од посебно битног значаја за анализу његових идеја, ако у младалачким годинама разлози логичке или научне одрживости предмета истраживања који се студира могу да увек одиграју пресудну улогу у избору факултетеа, ипак, нам је, цитирана мисао, да је Хегерштрем уочио слабост религијске догматике и да је био, разочаран сазнањима о црквеној структури и пракси, остала нејасна у наведеној формулацији. Јер, религија је увек по својој природи скуп догматских идеја, чија веза унутар саме теологије може, али не мора нужно бити логична, да би систем као целина био одржив. Још мање је то систем чије се идеје и теорије могу експериментално, као у природним наукама, проверавати. Једноставно, религија, само као скуп догматских идеја може да постоји, и као таква се разликује од науке. Ништа мање није нејасна формулација да је Хегерштрем био разочаран сазнањима о црквеној структури и пракси!

¹⁴ *Ibid*, стр. 164, 165.

објаснити само емоционалном позадином.¹⁵ Са друге стране, Хегерштрем не прихвата ни материјализам, посебно не онај марксистичког типа. Он сматра да су чак и велики системи, попут Кантовог или Хегеловог, метафизичке конструкције, будући да им као спекулативним творевинама недостаје одговарајућа реалност у стварности, па су појмови у овим системима празни, безлични и неистинити. Оно што стварно постоји јесте емпиријско искуство које је увек просторно и временски одређено. Само такво искуство, и само идеје које се односе на нешто што реално постоји треба да буде предмет мишљења и науке, а не идеје које немају никакве везе са просторном и временском реалношћу.¹⁶

Са оваквим ставовима, он је морао да се суочи са традиционалним облицима људске свести, као што су религија и морал, или са облицима људског сазнања као што је наука. Када је реч о религији, он указује на непостојање стварности на коју се односи религијска спекулација, па с тога, истиче да религијска спекулација не постоји као производ одређене реалности, него као последица индивидуалних или колективних доживљаја, надања, очекивања, страхова итд. Такође, када се говори о моралу, Хегерштрем сматра, да, као норме повезане са вредносним судовима, оне не могу бити предмет научног сазнања, јер су стално под притиском спекулативних конструкција. Моралним принципима се заклањају одређене чињенице, иза којих стоје одређена осећања, жеље, тежње, па и интереси. Такође, наука може да оствари свој циљ – сазнање, само ако се појмови које она садржи односе на реално постојање.¹⁷

Правилно примећује проф. Врачар, да је Хегерштрем по питању схватања облика друштвене свести био под утицајем Марксизма.¹⁸ Међутим, мислимо да је избегао крајњи екстремизам Марксизма, већ је оваквим ставом, очигледно, покушао да задржи место које религија већ има у друштву, једноставно наводећи разлоге за њено постојање, са једне стране, али је, са друге стране, направио дистанцу у односу на религију како би и у односу на тај облик друштвене свести показао став наспрам својих идеја.

Хегерштрем није написао ниједно дело из области правничке културе чија би улога била да његове филозофске ставове примени на област правно – теоријских конструкција. Његово бављење правом је било много више фрагментарно него целовито. Доследно основном свом полазишту, и

¹⁵ *Scandinavian Studies in Law*, 1959, Karl Olivercrona, "The Legal Theories of Axel Hagerstrom and Vilhelm Lundste"t, Almquist & Wiksells Boktryckerei AB, Uppsala 1959, стр. 127.

¹⁶ Стеван Врачар, *Структуралност филозофије права*, Издавачка књижарница Зорана Соколовића, Сремски Карловци, Нови Сад 1995, стр. 168, 169.

¹⁷ *Ibid*, стр. 169, 170.

¹⁸ *Ibid*, стр. 170.

када је у питању јуриспруденција, он сматра да је право традиционално оптерећено метафизичким појмовима и заблудама. Право, по њему, не проистиче из метафизичког појма правде, него из чињеница реалног живота,¹⁹ а право одређује као скуп правила која показују однос реалних снага појединаца и друштвених група у реалности. Тако, објективно право представља друштвену реалност, или чак због своје сложености представља "машинерију" која повезивањем мноштва друштвених реалности покреће и одржава сложени друштвени систем, док, са друге стране, субјективна права и дужности представљају одређена осећања и тежње људи у различитим областима. Настојао је такође да докаже метафизички позадину појма правде, који има садржину неког тајанственог појма, а чије решење може бити различито у разним ситуацијама. Управо зато што је нејасно шта се њиме жели означити, Хегерштрем наводи да је појам правде толико омиљен у метафизички оптерећеним погледима.²⁰ Човек је спреман, сматра Хегерштрем, да праведно прогласи оно што му одговара, и на тај начин оправда потребу за тим.²¹ Такође критикује појам права и обавеза, која предвиђа сваки систем, и који се темељи на овим појмовима, а чија се садржина претпоставља као јасна и недвосмислена. Међутим, ови појмови су врло мистични и не изражавају актуелну стварност, а модерна наука мора да садржи појмове који кореспондирају са чињеницама. Правна обавеза и право су емоционални изрази и као такви, ови појмови су потпуно сувишни и непотребни.²² Оно што реално постоји уместо појмова право и обавеза и што их мора и терминолошки у праву заменити је чињеница и појам социјалног циља.²³

Вилхелм Лундстет, професор римског и грађанског права на универзитету у Упсали, и, како је сам истицао, ученик и следбеник Аксела Хегерштрема, после свога учитеља и оснивача, најзначајнији је представник школе скандинавског правног реализма. Он је такође један од најзначајнијих представника теоријског правца познатог под називом правни фактицизам, као правац који до крајњих ставова доводи скандинавски правни реализам.²⁴

¹⁹ Александар Молнар, *Друштво и право, Историја класичних социолошкоправних теорија*, Visio mundi academic press, Нови Сад, 1994, стр.330.

²⁰ Стеван Врачар, *Структуралност филозофије права*, Издавачка књижарница Зорана Соколовића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1995, стр. 171, 173.

²¹ Александар Молнар, *Друштво и право, Историја класичних социолошкоправних теорија*, Visio mundi academic press, Нови Сад, 1994, стр. 330.

²² *Scandinavian Studies in Law*, 1959, Karl Olivercrona, "The Legal Theories of Axel Hagerstrom and Vilhelm Lundste"t, Almquist & Wiksells Boktryckerei AB, Uppsala 1959, стр.128, 134.

²³ *Ibid*, стр. 138.

²⁴ Стеван Врачар, *Структуралност филозофије права*, Издавачка књижарница Зорана Соколовића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1995, стр. 181, 182.

Лундстет под правом сматра искључиво одређене факте, чињенице које егзистирају у датом времену и простору. Оне су искуствено дате и припадају свету фактицитета, насупрот "огромним сплетовима измишљотина" који су се уврежили у правној науци, и који као такви не могу бити ништа друго неко метафизичке конструкције. У томе се налази извор свих заблуда посебно "правног света", нормативитета, правила, норми, принципа, требања. Правни реалитет се налази управо иза химера и разноразних фикција које се често означавају "духовним светом". А, у самом бићу правног реалитета налазе се конкретни људи, конкретне групе, са свим својим инстинктима, емоцијама, поступцима, и који као такви заузимају одређено место независно од свих "измишљотина". Управо се, овим реалитетом разбија свет метафизике, спекулације, идеологије, лажних представа итд.²⁵

Право и обавезе су такође спекулативне категорије, јер се послушност народа постиже кроз његову дужност на послушност, која настаје као последица његовог осећања обавезности, с обзиром да, како даља истиче, постоји замишљена спона, односно веза потчоњености која има своје порекло у примитивној магији.²⁶

Овакав став о праву Лундстет је довео у везу са одговарајућом правном методологијом, и у том смислу, он примећује да централно место свих теорија, почев од метафизичких спекулација, позитивистичких теорија до социолошких истраживања правних поредака одређене средине, заузима метод правде. Дакле, посредно или непосредно, централно место сваке јуриспруденције заузима правда, као једно мерило или критеријум које се налази изнад конкретне ситуације и реалних збивања. Тако да се свугде јавља један те исти метод, правда као таква може да значи све или ништа (или се често употребљава као синоним за једнакост?²⁷). С тога, Лундстет поставља питање како један те исти критеријум примењивати у крајњим антиподима, као нпр: нормативизму и социологизму (подвукао С.А.)? Али, и поред свих наведених противуречности, истиче да не значи да појам правде нема никакве последице на правну делатност и на правни живот грађана.²⁸

Произилази да у свему овоме, Лундстет правду везује за појам идеологије, из различитог садржаја који може имати, тачније из разлога што идеологија може имати произвољан садржај и што појам правде такође нема тачно одређени садржај. Слабост у методу правде и идеологије се огледа у пуком истицању вредносних судова који су и практично и теоријски

²⁵ *Ibid*, стр. 186.

²⁶ Роско Паунд, *Јуриспруденција*, књига 1, ЈП Службени лист СРЈ Београд, ЦИД Подгорица, 2000, стр. 153.

²⁷ Vilhelm Lundstet, *Law and Justice*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1952, стр. 19 – 29.

²⁸ Стеван Врачар, *Структуралност филозофије права*, Издавачка књижарница Зорана Соколовића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1995, стр. 187, 188.

некорисни. Правна активност инспирисана на тај начин, детерминисана је апстрактним представама о правди, као и субјективним вредносним судовима и емоцијама правичности. Управо примена оваквог метода на овакав начин отвара простор за лутањем, како у пракси, тако и у теорији, као последица везе оваквог метода са једним метафизичким светом, са крајњим ефектом неприхватљивих резултата.²⁹ Управо је последица ове, као и осталих многобројних неодређености и недоречености у праву, чињеница уврежених метафизичких појмова.

Уместо овог метода који се мора одбацити, Лунстет предлаже нови метод праксе и теорије јуриспруденције, који он назива "методом социјалног благостања". Дакле, ако се жели створити право које се разликује од традиционалног и другачија правна наука, онда морају отпасти и свака идеологији и сви вредносни искази, а уместо њих овим методом решавати правни случајеви у складу са реалним условима живота појединаца и заједнице. Живот заједнице је реално детерминисан, па онда и право мора бити само "социјална машинерија" која ће се у животу људи укључивати у реалности њихових односа. С тога и правна наука мора бити искуствена наука, чији ће задатак бити дескрипција чињеница³⁰, а не идеологија и вредновање. С тога и критеријум правне активности не може бити "правда", него "социјално благостање". Оно што се обично назива (мистификованом) "правном свешћу", је у ствари једна констелација реалних снага коју само треба открити и описати. Правни свет је свет факата, и у свету практичне јуриспруденције се догађаји одвијају по принципу узрочно – последичних односа који постоје у природи, где је један факат узрок другог, а нису узрок правног понашања илузије и химере, који некада имају називе "правила" или "норме". Лунстет, сматра да јуриспруденција до сада то није успела да открије, него се уместо светом реалности и фактицитета, бавила светом метафизике, у који је као нералана предвидела принцип правде као нејасан, вишезначан и променљив, који је требао да као такав, кроз нестварне идеје метафизике открије реалност односа, и збивања, одређених просторним и временским координатама.³¹ "Сви људи су у својим међусобним акцијама и реакцијама –налик природним законима – повезани узрочно – последично, и то првенствени кроз право. На тај начин, право је потпуно деградирано на

²⁹ *Ibid*, стр. 189.

³⁰ Без обзира на концепт и методолошку одређеност науке, ми, на жалост, не би смо могли да у потпуности будемо сигурни да задатак науке треба да буде дескрипција, односно описивање, него експликација, односно објашњавање чињеница. Дескрипција, односно описивање *како* настаје одређена појава је предмет нижег знања, као што је коментарисање, док је експликација, односно објашњавање, које се састоји у сазнавању *зашто* одређена појава настаје, предмет вишег знања, односно науке.

³¹ *Ibid*, стр. 190, 191.

екстремно социолошкопозитивистички схваћен поредак правилности, редовности и нормалности понашања појединца – Врачар".³²

У теорији Карла Оливекроне право добија нову димензију. Иако реалиста, он сматра да се социологија права не може раздвојити од филозофије права, с тим што задатак филозофије права није да се бави трансценденталном димензијом права, него концептуалном и психолошком анализом права, за разлику од социологије права чији је задатак емпиријско истраживање права.³³

Он сматра да правила понашања, с обзиром да су резултат филогенезе човека, имају корена у човековој "природи". *Homo sapiens* је склон да доноси правила и силом тера на покоравање, као и да им се сам покорава. Свако правило садржи у себи два момента: 1) у индивидуалној фантазији представљени начин делања, и 2) императивни израз требања, кроз који се реализује социолошки реалитет правила јер има функцију да произведе импулс код припадника друштва на комформирање. Постоји спонтани и конвенционални императив. Спонтани су наредбе, а конвенционални императив чине правила. Правне и моралне норме спадају у правила. Између права и морала не постоји принципијелна разлика, ни у настанку, ни у садржају. Разлика је само у томе што се правна правила односе на државну организацију, а морална правила имају обавезујући снагу по себи.³⁴

Оливекрона сматра да у сваком друштву постоје униформне идеје (узгред, у скандинавским земљама су се спроводила опсежна социолошка истраживања по питању представе о правди и правичности преко конкретних питања – примедба С.А.) које је потребно правилно призвати кроз одговарајући правни медијум, како би нестала дискрепанца између иманентне (нормативне) и фактичке (друштвене) обавезности. Тај правни медијум је Оливекрона препознао у уставним правилима.³⁵

С друге стране, држава није, односно не треба да буде одвојена од друштва, њена се функција исцрпљује у томе да позитивира и силом примењује правила која се и онако већ примењују у друштву. Држава је "машинерија" која обезбеђује да правила буду постављена на психолошки

³² Александар Молнар, *Друштво и право, Историја класичних социолошкоправних теорија*, Visio mundi academic press, Нови Сад, 1994 год. стр. 330. Нама је мало остао нејасан овакав вредносни суд! Не би смо могли да се сложимо, да је право, чињеницом да са састоји из реалних факата који постоје по принципу узрочно – последичних односа, деградирано! Јер, ако се право састоји из реалних факата и чињеница стварног живота, ти факти могу само по принципу каузалитета да постоје! По принципу логичких односа норми и појмова у њима, постоји право само ако се схвата као идеја – норма.

³³ Александар Молнар, *Друштво и право, Историја класичних социолошкоправних теорија*, Visio mundi academic press, Нови Сад, 1994, стр. 332.

³⁴ *Ibid*, стр. 332, 333.

³⁵ *Ibid*, стр. 334.

ефектан начин, и то кроз законодавство. Дакле, друштвени живот је саморегулативан и аутохтон, па држава и не може да донесе и спроводи законе који су супротни овоме, него само оне који су у складу са постојећим правом. Тако да се улога државе исцрпљује у позитивирању постојећих правних правила и санкционисању појединачних кршења.³⁶ Наравно, овакав концепт државе у потпуности искључује буне, преврате и револуције или било какво масовније кршење правног поретка, јер је у питању поредак који је друштво само створило и који је као такав у његовом интересу.

Закони одређене државе могу бити ефективни само ако су у складу са уставом, "у коме су одређени правни ставови становништва". Тако да је услов постојања права у ствари постојање устава, који у друштву од давнива постоји и у којем је народ уградио свој државни инстинкт и навике.³⁷ Ако се питање устава посматра на овакав начин, који не мора бити погрешан, онда је логички закључак једног оваквог става о потпуној нелегитимности револуције. Револуцију, која је иначе са аспекта легитимитета и правне сигурности неодржива, са овом аргументацијом тек немогуће оправдати.

И на крају, Алф Рос, као представник школе скандинавског правног реализма заступа једно умерено становиште, које се састоји у приближавању два традиционална антипода јуриспруденције: нормативизма и социологизма. Постојање права не може, сматра он, да се изведе ни из конкретних чињеница, ни из апстрактног важења, него се ова два становишта морају међусобно прожети. Тако је "важење" норми феномен стварности, са једне стране, док се са друге стране, право заиста састоји од норми, али не норми као исказа о важењу, него норме као психо – физичке чињенице, које у једном делу усмерава понашање, а у другом делу га одражава. Последица оваквог схватања је да је право чињеница а не логички систем. Ипак, Рос не одриче сваки идеалитет праву! Идеални елемент који право садржи је правда. За разлику од знања о моралу, које је знање аналитичко и априорно, знање о праву је истовремено и емпиријско и априорно, што је логична последица његовог методолошког дуализма. За разлику од морала, право је хетерономно "пошто признаје спољашње ауторитативно озакоњење и пресуђивање", али је и хетерократско јер признаје спољашњу извршну власт, па право и рачуна са страхом од принуде.³⁸ Рос истиче да је морал само, и чисто важење, док је право и феномен и важење.³⁹

Право се у односу на морал разликује по карактеристици позитивитета, по томе што морал претпоставља индивидуално искуство док је право увек друштвена интерсубјективна установа, и по томе што

³⁶ *Ibid*, стр. 334, 335.

³⁷ *Ibid*, стр. 335.

³⁸ Алф Рос, *Право и правда*, ЦИД, Подгорица, 1996, стр. 11, 12, 89.

³⁹ *Ibid*, стр. 89.

спољашна власт поставља и појмовно формулише право, док морал почива на конкретној интуицији, и на крају, право се примењује ако је неопходно и путем принуде, чега кад морала нема, тако да позитивност права означава његову институционалност, односно конвенционалност и извршност. У књизи "О праву и правди" Рос истиче да је потпуно раздвајање права и морала имало за циљ уклањање сваког мерила за разликовање исправног и изопаченог права.⁴⁰

Рос сматра да сила не поткрепљује правне норме, него се правне норме тичу примене силе, односно да се правне норме "тичу примене силе, а не да су подржане средствима силе".⁴¹

Рос је слабости крајњег социологизма хтео да превазиђе уз помоћ критеријума важења, што је за последицу имало методолошки дуализам и интегрализам, који ,наравно, на нека питања даје одговор али исто тако и отвара нове дилеме. Уосталом, цео концепт школе скандинавског правног реализма, заиста отвара димензију једног новог погледа на сва питања о којима износи ставове. О одрживости ставова ове школе, у научном смислу се може расправљати, али, ако се сагледају резултати примене идеја ове школе на практичан живот у смислу организације државе и друштвеног живота, могло би се свакако рећи да, имајући у виду данашњи степен развоја државе и друштва, скандинавске земље представљају пример успешног коцепта организације друштва и државе. У амбијенту најширег друштвеног компромиса и споразумевања настала је теорија која је софтицирала и свела на разумну меру позитивизам етатистичког типа, али је, са друге стране, избегла бихевиоризам америчког типа, по којем је почетак и крај сваког права не у држави већ у друштву.

⁴⁰ *Ibid*, стр. 13.

⁴¹ *Ibid*, стр. 76, 77.

Sava Aksić, LL.D
Associate Professor

SOCIAL BESE AND ESSENCE OF THEORY SCANDINAVIAN LEGAL RALISM

Scandinavian legal Realism, as a Jurisprudential theory origin in Scandinavian countries Sweden, Norway and Denmark. There is a great similarity about language, culture and tradition between all those countries, and there is compromise between greatest social groups in those countries. In these social conditions emerge theory Scandinavian legal realism, according to, the state has the role in society only sometimes to act, but the society has own inters to respect the legal order. The representatives are Axel Hagerstrom, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivekrona and Alf Ross.

Др Војислав Ђурђић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА
- форма за изрицање правде или за решавање спора странака?-

Анстракт:

Предмет излагања у овом раду је споразум о признању кривичног дела, који је уређен по узору на plea bargaining из англоамеричког поступка, одакле ова установа и потиче. Окосница расправе је питање да ли споразум осигурава сврху кривичног поступка да нико невин не буде осуђен а да се кривцу изрекне заслужена казна по закону, или служи као процесна форма чији је превасходни циљ решавање спора странака, попут парнице. Зато је било потребно најпре одредити његову правну природу и заузето је гледиште да поступак пресуђења на основу споразума о признању кривичног дела представља једну посебну, упрошћену форму решавања кривичних ствари. Правила о уређењу овог, по природи посебног кривичног поступка, погрешно су систематизована у одредбе о истрази, једној од фаза редовног кривичног поступка, што се показује као извориште многих тешкоћа при њиховом тумачењу и примени у правосудној пракси. Уз правну природу, за одговор на постављено питање неопходно је сагледати и поље његове примене. У вези са обимом примене споразума о признању кривичног дела, поред непрецизне регулативе за која кривична дела је допуштен, критиковано је његово неограничено ширење на сва, па и најтежа кривична дела, пошто доводи у питање остварење сврхе кривичног поступка и постојање опште форме кривичног поступка. На крају се анализирају законски услови за закључење споразума и за његово судско прихватање, пре свега кроз призму битних одлика парнице. Аутор се залаже да се у циљу предупређења осуда невиних, као услов за судско одлучивање о споразуму, пропише потврђена оптужница, а за његово прихватање, постојање доказа који поткрепљују признање окривљеног.

Кључне речи: *кривични поступак, признање окривљеног, споразум о признању кривичног дела, страначка погодба, консесуална правда.*

1. Појам страначког споразума и правна природа поступка пресуђења на основу споразума о признању кривичног дела

Споразум о признању кривичног дела је споразум *sui generis* који се закључује између јавног тужиоца и окривљеног кад се договоре да

Проф. др Војислав Ђурђић

окривљени у *потпуности призна* извршење кривичног дела које му се оптужбом ставља на терет, а да тужилац за узврат учини окривљеном извесне *повластице и уступке*, пре свега у погледу блажег кажњавања. На основу тако закљученог споразума, суд изриче кривичну санкцију без одржавања главног претреса, ако споразум прихвати. Споразум о признању кривичног дела није грађанскоправни уговор мада садржи признање, тј. акт самооптуживања који обухвата не само признање чињеница него и правне закључке, по чему је близак акту признања тужбеног захтева у грађанској парници. Споразум мора бити закључен у *писменој форми* да би производио дејство. Будући да је то споразум *sui generis*, а не класичан грађанскоправни уговор, он не производи непосредно дејство већ служи као *правни основ* за доношење пресуде о кривичној ствари. Отуда је његово дејство на кривичну ствар *посредно*.

Пресуђење на основу споразума о признању кривичног дела представља једну *упрошћену процесну форму* која служи рационализацији кривичног поступка. Због тога се у теорији кривичног процесног права разврстава у посебне кривичне поступке.¹ У овом поступку долази до изражаја диспозиција странака: управо је споразум странака основ упрошћене процесне форме, због чега се поима као *инструмент консесуалне правде*. Страначки договор не само да је од утицаја на избор форме кривичног поступка већ и на судску одлуку о главној ствари, одређујући врсту и висину санкције која се у том поступку има изрећи.² Циљ ове поједностављене форме кривичне процедуре јесте брже и сигурније изрицање пресуде на бази узајамних уступака странака.³ То се постиже изостављањем главног претреса (чиме се у потпуности искључује доказни поступак) и редуцирањем правних лекова против судске одлуке донете на основу страначке погодбе. У нашем кривичном поступку може изостати и фаза оптужења, ако се споразум закључи пре потврђивања оптужнице. Управо зато што у односу на општу процесну форму изостају поједине фазе у структури поступка (фаза оптужења, фаза припремања главног претреса и сам главни претрес), пресуђење на основу споразума о признању кривичног дела представља посебну форму кривичног поступка.

¹ В. Ђурђић, *Кривично процесно право – Посебни део*, Ниш, 2011, стр. 3 и 245; С. Бркић, *Кривично процесно право – Посебни део*, Нови Сад, 2013, стр. 250. И Шкулић сматра да је реч о једној упрошћеној форми (види: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2014, стр. 330), али природу овог поступка не узима као релевантну за систематику уџбеника.

² Cf. Andrea Tassi, *Posebna postupanja*, u: „Talijanski kazneni postupak“ (redakcija Berislav Pavišić), Rijeka, 2002, str.199.

³ Dr Snežana Brkić, *Racioalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi sad, 2004, str. 438.

Не водећи рачуна о његовој правној природи, законописци су одредбе о свим па и овом споразуму јавног тужиоца и окривљеног систематизовали у одредбе о општој форми кривичног поступка, или законском терминологијом, у одредбе о „редовном“⁴ кривичном поступку, и то у главу XVI „Истрага“, након одредби о истрази, као неку „подфазу“ са рубрумом „Споразуми јавног тужиоца и окривљеног“, што је концепцијски и правнотехнички погрешно из више разлога. Концепцијски, према правној природи споразума о признању кривичног дела, место ових одредби је у трећем делу законика, који носи наслов „Посебни поступци“,⁵ попут „рочишта за изрицање кривичне санкције“, код којег такође изостаје фаза главног претреса. Осим тога, овај споразум могуће је закључити за већи број кривичних дела за која се води сумарни поступак, у коме изостаје фаза истраге, него кривичних дела за која се води „редовни“ кривични поступак, па тим одредбама, по логици ствари, није место у одредбама о општој форми поступка. Затим, овај споразум странке могу закључити не само у истрази, како би се на основу погрбљешне законске систематике могло закључити, већ и након подизања оптужнице, до завршетка главног претреса, што је експлицитна законска норма (чл. 313 ст. 1).

Увођење овог инструмента *консесуалне правде* превасходно се оправдава разлозима практичне корисности: нагодба омогућава ефикасније искоришћавање „државних ресурса“ и осигурава брзу примену кривичноправних мера. Код организованог криминала има се у виду и нужност коришћења „крунских сведока“, пошто доказивање криминалне делатности злочиначких удружења, а нарочито њиховог вођства, скоро да није могуће ако се концесијама не обезбеди сарадња њихових чланова.⁶ Парнична погодба се још правда и разлозима заштите оштећеног (умањује се стрес и отклањају штетне последице које би могле настати за оштећеног због

⁴ Након ширења сумарног кривичног поступка на кривична дела са запрећеном казном до осам година затвора, законописци су испустили из вида да се општа форма кривичног поступка више неће примењивати за највећи број кривичних дела, што ће рећи „редовно“, па је стога неадекватан назив „редовни“ кривични поступак. Према неким проценама сумарни кривични поступак водиће се за 80-85% предмета, што значи да ће бити правило, а не изузетак као до доношења процесног кодекса из 2011. године (види: М. Грубач, *Нове установе и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. Године*, Правни записи, бр 2/2011, стр. 509 и 510).

⁵ На таквом схватању правне природе овог поступка стоји македонски законодавац, будући да је одредбе којима се уређује изрицање пресуде на основу споразума јавног тужиоца и осумњиченог систематизовао у одељак „Убрзани поступци“, глава XXIX (види чл. 483-490 ЗКП Македоније).

⁶ Опширније о разлозима којима се оправдава страначка нагодба у кривичном поступку, види: Dr sc. Mirjan Damaška, „*Napomene o sporazumima u kaznenom postupku*“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 1/2004, str. 13-17.

јавног суђења), а оптуженом се пружа прилика да прихвати одговорност за учињено дело. Увођење у кривични поступак Србије образложено је очекивањем да споразум о признању кривице „реално може довести до бржег окончања многих кривичних поступака и смањења трошкова, а да се при том, ипак не угрозе интереси законитости и правичности“.

Са процесног становишта, као основна сврха увођења споразума странака узима се убрзање поступка упрошћавањем процесне форме и растерећење судова. Страначки споразум омогућава сигурније изрицање поресуде на бази узајамних уступака странака.⁷ Сматра се да ова установа користи не само јавном тужиоцу него и окривљеном⁸ – јавни тужилац брже и лакше материјализује функцију гоњења у ситуацијама кад на основу околности конкретног случаја процени да ће имати тешкоћа да постигне осуђујућу пресуду,⁹ а окривљени пред собом има извесност кривичне санкције уместо неизвесног процеса суђења. Увођење овог инструмента *консесуалне правде* превасходно се оправдава разлозима практичне корисности: нагодба омогућава ефикасније искоришћавање „државних ресурса“ и осигурава брзу примену кривичноправних мера. Код организованог криминала има се у виду и нужност коришћења „крупних сведока“, пошто доказивање криминалне делатности злочиначких удружења, а нарочито њиховог вођства, скоро да није могуће ако се концесијама не обезбеди сарадња њихових чланова.¹⁰ Споразум странака се још правда и разлозима заштите оштећеног (умањује се стрес и отклањају штетне последице које би могле настати за оштећеног због јавног суђења), а оптуженом се пружа прилика да прихвати одговорност за учињено дело.

Поред изнетих схватања о сврси страначких споразума у кривичном поступку, којима се истовремено правда ова установа англоамеричке процедуре, постоје и гледишта у којима се износе критички аргументи против страначких споразума. Једни сматрају да ова установа потиरे јавноправни карактер кривичном делу и води својеврсној реприватизацији кривичног поступка.¹¹ Сагласно овом углу посматрања, као принципијелни аргументи против страначког споразума наводи се да функција коју треба да

⁷ Dr Snežana Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi sad, 2004, str. 144.

⁸ Др Драго Радуловић, *Споразум о признању кривице између нормативног и стварног*, у: „Право и друштвена стварност“, Правни факултет, Косовска Митровица, 2014, стр. 201.

⁹ Миодраг Симовић, *Кривично процесно право*, Бања Лука, 2009, стр. 336.

¹⁰ Опширније о разлозима којима се оправдава страначка нагодба у кривичном поступку, види: Др сц. Мирјан Дамашка, „Напомене о споразумима у казненом поступку“, Хрватски летопис за казнено право и праксу, бр. 1/2004, стр. 13-17.

¹¹ A. Eser, *Funkcionalne promjene procesnih maksima krivičnog prava na putu ka „reprivatizirawu“ krivičnog postupka*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1992, str. 167.

врши искључиво кривични суд преноси се на јавног тужиоца, да се потиरे начело легалитета кривичног гоњења, те да се вољом странака мењају опште норме кривичног материјалног права о кажњавању учинилаца кривичних дела.¹²

Увођење у кривични поступак Србије образложено је очекивањем да споразум о признању кривице „реално може довести до бржег окончања многих кривичних поступака и смањења трошкова, а да се при том, ипак не угрозе интереси законитости и правичности“. Несумњиво је да прагматични разлози, попут наведених имају снажно дејство у пракси, али опасност је да се сасвим запостави сврха кривичног поступка и функције органа кривичног правосуђа усмере искључиво ка повећању броја решених предмета.

Поред споразума о признању кривичног дела, процесним закоником из 2011. године предвиђена су још два споразума између јавног тужиоца и окривљеног: а) споразум о сведочењу окривљеног и б) споразум о сведочењу осуђеног. У оба случаја, циљ ових установа је да се добије исказ окривљеног који може послужити за доказивање организованог криминала и ратних злочина, а назив споразума је прилагођен процесном статусу који окривљени има. Дакле, главна сврха ових процесних установа је да се омогући прибављање доказа за наведена тешка кривична дела, а форма помоћу које се то постиже, секундарна је и самим тим мање важна. Код оба споразума реч је придобијању окривљеног за сарадника,¹³ након чега он у поступку добија извесна својства сведока (дужан је да говори истину, не сме ништа прећутати, испитује се након саслушања оптужених, након испитивања удаљава се из суднице). Управо због такве главне сврхе, придобијање окривљеног за сарадника и коришћење његовог исказа као доказног средства, у бити представља радњу доказивања, чија форма може бити уређена одредбама о доказним радњама у општој форми кривичног поступка или у неком посебном или модификованом кривичном поступку. Не могу представљати неку посебну или модификовану кривичну процедуру будући да им упрошћавање кривичног поступка није главни циљ. Уколико се овако не поима њихова правна природа, окривљениково преузимање обавезе да сарађује и сведочи, евентуално би могло бити један од елемената предмета споразума о признању кривичног дела.

¹² Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 400.

¹³ И ранијим прописима, тј. изменама и допунама ЗКП из 2009. године, било је предвиђено придобијање окривљеног за доказивање других кривичних дела, само што је било регулисано одредбама о „сведоку сараднику“, окривљеном или осуђеном члану криминалне организације (чл. 504о-504ћ ЗКП/2001).

И споразуми о сведочењу окривљеног,¹⁴ односно осуђеног, регулисани су законским одредбама систематизованим у главу о истрази, где им није место. Узме ли се у обзир њихова правна природа и главна сврха, тим одредбама било би место у глави о доказивању. Ако би се ипак пошло од њихове друкчије правне природе, једнако би њихова систематизација била погрешна јер се споразуми могу закључити и после истраге у општем поступку а такође и у сумарном поступку, на шта законска систематизација не указује.

Споразум о сведочењу осуђеног, као што је речено, јавља се као форма прибављања једног доказног средства, а испуњење обавезе коју је пружио осуђени, по својој природи представља обавезни основ за ванредно ублажавање казне, у закону означено као поступак ублажавања казне (чл. 558-561), у оквиру одредаба о тзв. допунским формама, означеним као поступци за преиначење пресуде.

2. Међусобна условљеност опште форме кривичног поступка и поља примене споразума о признању кривичног дела

У погледу инкриминација код којих је пресуђење на основу споразума странака законом дозвољено, две су групе законодавстава: једна законодавства допуштају пресуђење на основу страначког споразума код свих кривичних дела, без обзира на њихову природу и тежину (САД, Босна и Херцеговина, Хрватска и др); другу групу чине законодавства која ту могућност везују за кривична дела одређене тежине (Италија,¹⁵ Француска,¹⁶

¹⁴ Употребљен је погрешан назив за лице против којег тече кривични поступак. Ако је израз „окривљени“ употребљен у ужем смислу, то би било погрешно зато што се, према експлицитној законској норми, споразум може закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге до завршетка главног претреса (чл. 320 ст. 1), што значи да га може закључити и осумњичени и оптужени (чл. 2 ст. 1 тач. 1 и 3) а не само окривљени у ужем смислу. Ако је израз „окривљени“ употребљен као „општи назив“ за лице против којег се води или је окончан кривични поступак, то би значило да би овај споразум могао закључити и осуђени јер је и то својство обухваћено „општим називом“ (чл. 2 ст. 1 тач. 2 *in fine*), што би било противречно одредбама којима је установљен посебан споразум о сведочењу осуђеног (чл. 327-330), а осим тога, споразум о сведочењу окривљеног суштински је неприменљив на осуђеног. Практично, и једно и друго значење израза „окривљени“ показује се као погрешно. Остаје да нам законописци објасне како да тумачимо употребљени израз кад није могуће ниједно значење изричито прописано законом.

¹⁵ *Amplius*: Andrea Tassi, *op. cit.*, str. 199-201.

¹⁶ Види: Dr sc. Мајјан Дамашка, *Napomene o sporazumima u kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 1/2004, str. 9.

Црна Гора¹⁷ и др), а као лимит изнад којег споразум није допуштен узимају запрећену казну.

Код нас је први пут пресуђење на основу споразума јавног тужиоца и окривљеног било прописано процесним закоником из 2006. године, а било је допуштено за кривична дела за која је прописана казна затвора до десет година (чл. 304 ЗКР/06¹⁸). Новелом процесног законика из 2009 године, којом је измењен и допуњен законик донет 2001. године, проширено је поље важења споразума на кривична дела са запрећеном казном до дванаест година затвора (чл. 282а ЗКП/01¹⁹). Тек са овом новелом споразум о признању кривице по први пут почиње да се примењује у правосудној пракси, пошто је претходни кодекс, којим је по први пут прописан споразум странака, укинут пре него је почео да се примењује. Ширење ове установе из адверзијалног типа кривичног поступка, наставља се са доношењем новог законика 2011. године, тако што је пресуђење на основу споразума јавног тужиоца и окривљеног допуштено за сва кривична дела, без обзира на запрећену казну и форму кривичног поступка.

Уистину, важећи процесни законик такву ширину примене ове упрошћене форме није експлиците предвидео. До закључка да се може применити на сва кривична дела долази се тумачењем места одредби о страначким споразумима у законнику и њихове садржине, те одредбе о уређењу сумарног поступка којом је установљена законска аналогија *intra legem*²⁰. У основној одредби само је предвиђено од ког до ког момента у поступку споразум између јавног тужиоца може бити закључен. Пошто се одредбе о споразумима налазе у оквиру одредби о општој форми кривичног поступка и пошто се најранији моменат закључења везује за доношење наредбе о спровођењу истраге (чл. 313 ст. 1), јасно је да се споразум може примењивати у општем кривичном поступку. То произлази и из других одредби о поступку одлучивања о споразуму – из одредби да се уз споразум доставља оптужница, из одредби о судском органу који одлучује о споразуму (судија за претходни поступак, председник судећег већа) и др. Будући да нема законских лимита у погледу врсте и тежине кривичних дела, логички следи да споразум може бити закључен за сва кривична дела за која се спроводи општи кривични поступак. Међутим, тиме није решено да ли се споразум може примењивати и за лакша кривична дела, за која се води сумарни кривични поступак. Осим што би било логично да је могућа

¹⁷ Види чл. 300 ЗКП Црне Горе.

¹⁸ „Службени гласник РС“ бр. 46/2006, 49/2007, 122/2008 (ЗКП из 2006. укинут је након ступања на правну снагу а да се никад није примењивао).

¹⁹ „Службени лист СРЈ“ бр. 70/2001, 68/2002 и „Службени гласник РС“ бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2008, 20/2009, 72/2009, 76/2010.

²⁰ Amplius: В. Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Ниш, 2014, стр. 38 и 39.

примена споразума и за лакша ако важи за тежа кривична дела, то произлази из основне одредбе о кривичним делима за која се примењује сумарни поступак и обиму одступања од опште форме кривичног поступка: одредбе о сумарном поступку примењују се на сва кривична дела са запрећеном казном до осам година затвора, а ако тим одредбама није нешто посебно прописано, „сходно ће се примењивати остале одредбе“ законика (чл. 495), што значи да се сходно примењују и одредбе о споразумима јавног тужиоца и окривљеног јер у односу на њих нису прописана одступања.

Ширење поља примене споразума о признању кривичног дела на сва кривична дела која се гоне по службеној дужности, критиковано је у кривичнопроцесној литератури,²¹ а против неограничене примене овог споразума још се наводи: пресуђење на основу споразума странака представља једну упрошћену форму, а оне су намењене решавању лакших кривичних дела; поједностављене форме почивају на сразмерности између редуцирања опште форме и предмета суђења; доња граница диференцијације испод које се не сме ићи су права процесних субјеката; поред споразума о признању кривичног дела прописана су још два споразума, која служе откривању и доказивању најтежих кривичних дела.²² Насупрот томе, у правосудној пракси, овакво законско решење дочекано је као плаузибилно, а као аргументи против ставова теоретичара користе се значајно убрзање поступка и прогресиван тренд примене споразума у пракси.²³ Међутим, прихватање неограничене примене споразума о признању кривичног дела могуће је само ако се кривични поступак схвати као парница, тј. да се његова сврха исцрпљује у решавању спора странака. При таквом гледању, за државу је битно да се спор реши, а не шта је истина у конкретном случају, па да на основу тога суд изрекне правду, а уопште се не поставља питање на чему се заснива *ius puniendi* државе.

Поимање кривичног поступка као парнице и ширење овог страначког споразума на сва па и најтежа кривична дела, у потпуној је дисхрамонији са законом дефинисаном сврхом кривичног поступка да нико невин не буде осуђен. Ризик да невин буде „споразумно осуђен“, по логици ствари, значајно расте се са увећањем броја кривичних дела за која се споразум примењује, а са проширивањем и на најтежа кривична дела са запрећеном

²¹ М. Шкулић и Г. Илић, Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад“, Београд, 2012, стр. 98.

²² Види: С. Бејатовић, *Споразуми јавног тужиоца и окривљеног и нови ЗКП РС*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 1-2/22012, стр. 73 и 74.

²³ Види, нпр. М. Радисављевић – П. Ћетковић, *Искусства Тужилаштва за организовани криминал у примени института споразума о признању кривичног дела*, у: Поједностављене форме поступања у кривичним стварима, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013, стр. 156-158.

најстрожом казном, та опасност постаје још израженија. Са неограниченом применом споразума снажно је уздрмана потреба постојања редовног кривичног поступка, који је изграђен на принципима и са процесним установама који пружају највеће гаранције окривљеном да се одбрани од неосноване оптужбе или од теже оптужбе него што је учињено дело. Стога се поставља питање: - за која кривична дела треба да суди суд, ако не за најтежа?! Не треба губити из вида ни чињеницу да су тешка кривична дела заступљена с малим процентом у укупном обиму пресуђених кривичних дела, па остаје непознато у којој мери ће закључивање страначких споразума за та дела стварно растеретити судове, што се узима као један од главних разлога увођења овог вида консесуалне правде. Подсетићемо још да врсни зналац америчког модела кривичне процедуре, залажући се за примену гаранција које пружа редовни кривични поступак, сматра да, са становишта принципа на којима се темељи кривични поступак, пресуђење на основу споразума странака представља нужно зло па стога за њим треба и посезати само кад је то нужно.²⁴

Висина запрећене казне може бити снажно оружје у рукама јавног тужиоца током преговора, што повећава фактичку неравноправност која иначе постоји у преговорима између странака.²⁵ Стављањем у изглед високе па и највише казне на коју може бити осуђен ако не прихвати споразум који му нуди јавни тужилац, у стварности може представљати психички притисак високог интензитета, који подсећа на инквизициону тортуру ради добијања признања окривљеног, па амерички писци, због стварног положаја окривљеног приликом закључења споразума, *plea bargaining* често означавају „тортуром модерног доба“.²⁶ Заговорници неограничене примене страначког споразума не дају ни одговор како ће се предупредити арбитрност јавног тужиоца, будући да не постоје прописани услови нити постоје критеријуми када треба закључити споразум са окривљеним, а та опасност је израженија код тешких а посебно код најтежих кривичних дела.

Наведеним криминалнополитичким разлозима против неограничене примене споразума о признању кривичног дела, додаћемо и следеће. Ако се окривљеном који се самооптужује дају повластице, а строже кажњава окривљени који на то не пристаје, да ли то значи да је непристајање на споразум отежавајућа околност! Остаће без правнотеоријског и правнофилозофског одговора и питање на којим темељима почива право

²⁴ М. Дамашка, Напомене о споразумима у казненом поступку, Хрватски летопис за казнено право и праксу, бр. 1/2004, Загреб, стр. 19.

²⁵ Zvonimir Tomičić, Ante Novokmet: *Nagodbe stranaka u kaznenom postupku – dostignuća i perspektive*, Pravni vjesnik, br. 3-4/2012, str. 182.

²⁶ Kirsten Anderberg, *Plea Bargaining: Torture for Confession?*, 2003., Izvor: <http://users.resist.ca/~kirstena/pagepleabargains.html>, (посећено: 07. 05. 2016).

државе на кажњавање ако се са сигурношћу не утврђује ко је учинилац тешког кривичног дела (за лакша дела, са запрећеном блажом казном, могу се и допустити изузеци).

И поред нашег залагања да се законом допуштени обим закључења споразума о признању кривичног дела сведе у уске, разумне границе, не искључујемо могућност да законодавцу прагматични разлози буду убедљивији од криминалнополитичких и да због тога његов неограничени обим примене остане у закону, те да овај страначки споразум преузме примат у правосудној пракси, у односу на класичне судске поступке.

На крају, у циљу заштите друштва од најтежих облика криминалитета, ни наш став да се страначки споразуми не би смели неограничено примењивати, без обзира на врсту и тежину кривичног дела, није искључив. Наиме, пресуђење на основу страначког споразума има смисла и за најтежа кривична дела, само ако за то постоје ваљани криминалнополитички разлози и друштвени циљеви којима ова упрошћена процесна форма треба служи, али у изузетно ограниченом обиму и са објективно дефинисаним критеријумима. Те захтеве задовољава страначки споразум, у нашем праву означен као споразум о сведочењу окривљеног. Сасвим је оправдано да држава учини уступке оном окривљеном без чије сарадње би било немогуће открити и доказати кривична дела организованог криминала или ратне злочине. Спречавање или доказивање ових најтежих дела има далеко већи значај за заштиту друштва од криминалитета него строже кажњавање окривљеног сарадника (разуме се да речено не важи за организатора криминалне организација).

3. Низак чињенични супстрат за закључење и судско прихватање споразума о признању кривичног дела

У српском кривичном поступку, споразум о признању кривичног дела могућ је под следећим условима: 1) да је за официјелна кривична дела против окривљеног *покренут општи или сумарни кривични поступак*; 2) да окривљени у потпуности *призна кривично дело или кривична дела* за која га оптужба терети, 3) да је закључен *у писменој форми* и 4) да је споразум поднет суду *пре завршетка главног претреса* (чл. 314-319). Међу наведеним, очито нема формалног услова чија би сврха била да предупреди неосноване осуде.

Пре свега, за закључење споразума закоником није прописан услов да буде подигнута оптужница. Међутим, законописци су схватили да судског

кривичног поступка не може бити без оптужног акта,²⁷ будући да савремени кривични поступак почива на начелу оптужбе, па су, уместо да достављање закљученог споразума вежу за поднету или потврђену оптужницу, предвидели посве неуобичајено решење,²⁸ које осим што је концепцијски дубиозно, компликује поступак прихватања споразума и даљи поступак у случају кад суд одбије закључени споразум. Суштине те законске новине је у наметању обавезе јавном тужиоцу да заједно са споразумом достави суду и оптужницу, „која чини саставни део“ споразума (чл. 313 ст. 4), али та оптужница, по изричитој законској заповести не подлеже судској контроли (чл. 313 ст. 5). Тиме је, поред самосталне оптужнице, уведена и нека врста везане оптужнице, која је саставни део неког другог процесног средства, па се има утисак да судски поступак започиње и тече на основу споразума странака а да је оптужни акт само прилог. Уместо оваквог експерименталног решења, било је једноставније, концепцијски доследно и сагласно принципима уређења кривичног поступка, предвидети као услов да јавни тужилац подигне оптужницу и да уз њу доставља закључени споразум са окривљеним. То би надаље омогућило да законски услов за прихватање страначког споразума буде потврђена оптужница, као што је то уређено у америчком моделу²⁹ кривичне процедуре, одакле је ова процесна установа и преузета, а такође и у неким ексјугословенским³⁰ земљама. Уистину, у неким европским земљама није законски услов да оптужница буде подигнута и

²⁷ Македонски кривични поступак уређен је на посве супротној концепцији: предлог спразума странке могу поднети и пре подизања оптужнице, тј. од отварање истраге до подизања оптужног акта, али у том случају судији за претходни поступак уопште не достављају оптужницу, нити споразум обавезно садржи све законом прописане обавезне елементе садржаја оптужнице (чл. 483 ст. 1 и чл. 485 ст. 1). На тај начин је омогућено да се судски кривични поступак покрене и оконча на основу акта о самооптуживању окривљеног, а не на основу оптужног акта јавног тужиоца?!

²⁸ Изгледа да су законописци били инспирисани идејом црногорског законодавца. Према чл. 302. ст. 2 ЗКП ЦГ, ако се споразум подноси пре подизања оптужнице, у том случају посебна тачка споразума мора да садржи све податке прописане за садржај оптужнице. И у црногорском кривичном поступку оптужница је, дакле, саставни део споразума, али формално није посебан акт као што је то у нашем праву.

²⁹ У америчком кривичном поступку странке обелодањују споразум о признању кривице (plea agreement) на рочишту за зајашњавање о кривици (11 ц, 2 Federal Rules of Criminal Procedure, Izvor: <http://judiciary.house.gov/hearings/printers/112th/criminal2011.pdf> - посећено: 08. 05. 2012). Пре тога је оптужница (indictment) морала бити изнета на прелиминарно рочиште, односно пред Велику пороту ради испитивања њене оправданости. Тек пошто буде потврђена, тужилац доставља суд други оптужни акт – arraignment, на основу којег се заказује рочиште за изјашњавање о кривици (guilty plea), на коме се обелодањује споразум о признању кривице (plea agreement).

³⁰ Потврђена оптужница је прописана као законски услов да би суд одлучивао о страначком споразуму у Хрватској (чл. 361 ст. 2) и у Републици Српској (чл. 246 ст. 4).

потврђена, али суд пре одлучивања о споразуму мора да изведе све доказе како би утврдио истину³¹, или се пре прихватања споразум странака подвргава поступку хомологације³².

Оно што није прописано као формални услов, неминовно се јавља као суштински услов у поступку судског одлучивања о поднетом споразуму, што законописци нису могли да избегну. Практично, споразум о признању кривичног дела може бити прихваћен само ако су се стекли услови за потврђивање оптужнице, а ту оцену врши судија за претходни поступак, односно председник судећег већа пре него одлучи о споразуму. У супротном, ако би оптужницу требало одбити или по њој поступак обуставити поступак, по члану 339 и 338, суд је дужан да одбије страначки споразум (чл. 318 ст. 1).

Непрописивање потврђене оптужнице као услова за достављање споразума суду, компликује даљи поступак кад суд донесе негативну одлуку по поднетом споразуму. Кад због постојања неких трајних процесних сметњи, као што је застарелост кривичног гоњења, *res iudicata*, и сл., или зато што из доказног материјала са којим располаже јавни тужилац, не произлази довољно основана сумња (што су законски разлози да суд не потврди оптужницу), суд не прихвати достављени споразум – по правноснажности решења о одбијању споразума, „поступак се враћа у фазу која је претходила закључењу споразума“ (чл. 318 ст. 2 *in fine*). Овакво решење, изузев случајева кад се споразуми закључе после потврђивања оптужнице, принципијелно је погрешно из више разлога. Најпре, враћање кривичне ствари у неку од ранијих фаза поступка руши динамику поступка: појам поступка је по дефиницији развој, кретање унапред³³. Затим, поступак се враћа у неку од ранијих фаза иако суд није вршио контролу оптужнице (јер по изричитој законској заповести, поднета оптужница уз споразум не подлеже судској контроли), нити је донео било какву одлуку по тој

³¹ И у поступку преговора о признању кривице (у коме активно учествује и суд), у циљу истраживања истине, он треба по службеној дужности да спроведе доказни поступак у погледу свих чињеница и доказа који су битни за доношење одлуке (§257 СтПО).

³² У француском кривичном поступку предвиђено је да председник суда високе инстанце спроводи поступак хомологације споразума странака. У фази хомологације судија саслушава заинтересирано лице, тј окривљеног и његовог браниоца, те проверава исправност чињеница и њихову правну квалификацију. Уставни савет (*Conseil constitutionnel*) појаснио је да ће судија, поред осталог, одбити захтев за хомологацију посебно у случајевима кад се докаже невиност лица које је признало кривицу (Опширније: Е. Ivičević: *Plaider coupable - nova alternativa klasičnom kaznenom postupku u francuskom kaznenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno право i praksu, Zagreb, br. 1/2005, str. 206).

³³ Појам „processus“ је латинска реч и значи „пут и начин на кој и нешто постаје или се развија, ток, развој, развитак“ (Види: processus у: И. Клајн – М. Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, „Прометеј“, Нови Сад).

оптужници. Како је процесно могуће да нешто што је било „предмет оптужбе“ (чл. 317 ст. 1 тач. 1), у даљем развоју поступка престане да то буде?! Иако споразум може бити закључен у неком моменту до потврђивања оптужнице, практично се поступак увек мора вратити у фазу истраге јер би враћање у фазу оптужења било без икаквог смисла: ако споразум није прихваћен зато што у том тренутку постоји неки од законских разлога да се оптужница не потврди, тај разлог ће постојати и кад се буде вршила судска контрола по тој истој оптужници, ако би се поступак вратио у фазу оптужења од момента подизања оптужнице. Пошто се поступак у тим случајевима, као што смо показали, нужно враћа у фазу истраге, било је логично да у закону буде решена судбина раније оптужнице достављене уз страначки споразум који није прихваћен. Како о томе законских одредби нема, може се рећи да оптужница која се доставља уз споразум представља неку амбивалентну или квази оптужницу: ако споразум буде прихваћен, поднета оптужница остаје по својој природи оптужни акт, а у случају да споразум не буде прихваћен и због тога поступак буде враћен у фазу истраге, према закону, као да оптужнице није ни било!?

Уместо вратоломија приликом уређења поступка закључивања споразума о признању кривичног дела и настојања да се у сваки сегмент радикално реформисаног модела кривичног поступка по сваку цену унесе нека новина, принципијелно исправно и рационално је било прописати да суд може приступити прихватању споразума тек након што оптужница буде потврђена, из више разлога: судски поступак би могао бити покренут искључиво на основу потврђене оптужнице, кад се за то стекну законом прописани услови; спречило би се у одређеној мери да невини буду осуђени кад из неких разлога признају кривицу и закључе споразум са јавним тужиоцем иако нису учинили кривично дело за које се терете; у случајевима кад суд не прихвати споразум, поступак би даље текао својим редовним током по потврђеној оптужници.

У правосудној пракси се замера што се у закону, у одредбама о закључењу страначких споразума, не помиње оптужни предлог, на основу којег се покреће сумарни поступак, што отвара питање да ли је споразум о признању кривичног дела предвиђен и за сумарни поступак, а ако јесте, у недостатку изричитих законских одредаба, од које фазе је могуће да буде закључен.³⁴ Разлог томе је што законописци нису ваљано одредили правну природу пресуђења на основу споразума о признању кривичног дела, па су одредбе о томе сместили међу одредбе о истрази у општој процесној форми. Управо зато што су процесна правила о споразумима јавног тужиоца и окривљеног систематизована у одредбе о редовном кривичном поступку,

³⁴ М. Радисављевић – П. Тетковић, *op. cit.*, стр. 163.

није било могуће помињање оптужног предлога нити било које фазе сумарног поступка за коју би се везивало закључење споразума. Овако, као што смо већ објаснили, треба тумачити да из опште одредбе о одступањима у сумарном поступку (чл. 495) следи да се и у сумарном поступку *сходно* примењују и одредбе о страначким споразумима. Сходна примена, је „генерална клаузула“ која се користи приликом тумачења права применом аналогije *intra legem*, тј. по сличности на коју се упућује у самом закону, и значи *на сличан, одговарајући начин*. То би у конкретној ситуацији значило на начин који одговара природи и процесним установама овог посебног поступка, па будући да је за њега карактеристичан оптужни предлог а да оптужнице уопште нема, сва правила која се одредбама о споразуму везују за оптужницу имају се везивати за оптужни предлог. Пошто у сумарном поступку уопште нема истраге, треба тумачити да је закључење споразума могуће од момента кад јавни тужилац предузме прву доказну радњу пре подношења оптужног предлога, јер то је фактички прва истражна радња јавног тужиоца. На исти начин се долази до закључка да о страначком споразуму одлучује једино судија појединац.

За остварење сврхе кривичног поступка значајно је има ли суд стварне могућности да оцени квалитет признања окривљеног. Снижавање чињеничног супстрата на основу којег суд одлучује о валидности признања окривљеног (уместо „доказа који поткрепљују признање“³⁵ сада је довољно „да нису у супротности са признањем“³⁶), онемогућава да суд ваљано оцени има ли основа за потврђивање оптужнице и недовољна је препрека да се ваљано предупреду осуде невиних. Без нарочите потребе је раније законско решење замењено мање валидним, које кривичну ствар приближава парници – сада је довољно да окривљени призна кривично дело за пресуђење на основу страначког споразума, а правно је без значаја да ли је признање и истинито. И то би питање делимично било решено да је потврђена оптужница услов за одлучивање суда о страначком споразуму јер би за потврђивање оптужнице било нужно да постоје докази који оправдавају сумњу да је окривљени учинио кривично дело за које се терети. Предупређењу неоснованих осуда на основу страначког споразума допринело би и овлашћење суда да по службеној дужности изведе доказну радњу која је по његовој оцени потребна да се увери у веродостојност признања окривљеног.

³⁵ Члан 282 ст. 8 тач. 4 ЗКП/2001.

³⁶ Члан 317 ст. 1 тач. 3 ЗКП/2011.

4. Закључне напомене

Мада је у бити акт самооптуживања који обухвата признање и чињеница и правних закључака, по чему је близак акту признања тужбеног захтева у грађанској парници, споразум јавног тужиоца и окривљеног није грађанскоправни уговор већ споразум *sui generis* који служи као правни основ за изрицање пресуде о кривичној ствари, па је његово дејство посредно.

Пресуђење на основу споразума о признању кривичног је по својој природи један посебни кривични поступак, којим се посредством упрошћавања процесне форме настоји постићи брже и сигурније изрицање пресуде. Управо је споразум странака основ упрошћавања процесне форме, због чега се и поима као инструмент консесуалне правде. Законска регулатива споразума о признању кривичног дела у оквиру одредби о редовном кривичном поступку, несагласна је његовој правној природи, што је отежало конзистентно, исправно и прецизно уређење поступка пресуђења на основу споразума, а биће извориште проблема приликом тумачења ових одредби у правосудној пракси.

Ново законско решење да се споразум о признању кривичног дела може закључити за сва, па и најтежа кривична, било је могуће само кад се кривична ствар поистовети са парницом а сврха кривичног поступка сведе на прагматичан захтев да се спор странака реши. Неограничено ширење споразума странака на сва кривична дела у супротности је са јавноправним карактером кривичног поступка, противречи његовој сврси и ставља под знак питања потребу постојања редовног кривичног поступка.

Није ли крхка кривична репресија државе која се за сва кривична дела ослања на оне који су их учинили?!

Недостатак потврђене оптужнице и смањење чињеничног супстрата који служи суду за оцену квалитета признања окривљеног (са доказа који „поткрепљују“ на доказе који „нису у супротности“ са признањем), доводе суд у положај неповољан за спречавање осуда невиних.

Погрешно схватање правне природе, неограничено поље примене и веома низак чињенични супстрат за закључење и судско прихватање споразума о признању кривичног дела – недвосмислени су показатељи да је ова упрошћена процесна форма снажно усмерена ка повећању броја решених кривичних предмета, без обзира на основе права државе на кажњавање и на легитимну потребу изрицања правде.

Vojislav Đurđić, LL.D
Full professor

AGREEMENT ON GUILTY PLEA

Summary

The subject matter of this paper are the agreements between the public prosecutor and the accused, based on which the court renders the sanction. The institute is modeled on the angloamerican plea bargaining, as its predecessor. After determining its notion and legal nature, it is held that the procedure of rendering sanction based on this agreement represents a specific, simplified form of resolution of criminal matters. The rules of this specific criminal procedure are erroneously placed between the provisions pertaining to investigation – a phase of the general criminal procedure, which is proved to be a source of numerous difficulties related to interpretation and practical application. Regarding the scope of application of the guilty plea, besides the vague regulation of the question to which crimes is it allowed, the author criticize its uncontrolled expansion to all – even the gravest crimes, which jeopardize both the realization of the purpose of criminal procedure and the existence of general form of criminal procedure. In the analysis of the legal terms for conclusion of this agreement between parties, in order to prevent the conviction of the innocent, the author advocates that as precondition for court decision on the agreement, the indictment should be signed, and for its acceptance, there should be evidence supporting the guilty plea. Finally, it is pointed out to some legal provisions pertaining to the procedure of conclusion of the agreement and that of the judicial review, that are interesting from the conceptual point of view, as well as from the aspect of attaining the goals of introducing this consensual justice instrument.

Др Драган Јовашевић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА У СВЕТЛУ ИНСТИТУТА КРАЈЊЕ НУЖДЕ

Анстракт:

Када неко лице својом радњом проузрокује промену у спољном свету на објекту напада који припада неком физичком или правном лицу за коју је у кривичном или неком другом закону прописана кривична санкција, тада постоји кривично дело као најтежи облик јавноправних деликата. Таквом лицу у спроведеном кривичном поступку надлежни судски орган изриче врсту и меру казне и(или друге кривичне санкције). Но, могуће је да проузрокована последица буде остварена под таквим околностима или условима које предузетој радњи учиниоца одузимају карактер противправности (и друштвене опасности). У таквом случају околност услед које нема противправног дела иако су остварена сва у закону одређена обележја кривичног дела, називамо основ искључења кривичног дела. Таква околност може бити објективног карактера (када се односи на учињено кривично дело) или субјективног карактера. У кривичном праву Републике Србије постоји више општих основа искључења кривичног дела Међу њима се по свом значају, природи, карактеристикама, специфичностима и условима примене посебно издваја крајња нужда о чијим теоријским и практичним карактеристикама говори овај рад.

Кључне речи: *кривично дело, закон, људска права, опасност, отклањање опасности, крајња нужда, прекорачење*

УВОД

Данас је општеприхваћено да постоје одређена права човека која се сматрају природним правима, фундаменталним, иманентним и неотуђивим од постојања и бити самога човека. Међу тим основним, елементарним, универзалним природним правима човека по свом значају и садржини издваја се управо право на живот. Практично од свих човекових права, право на живот у највећој мери поседује природноправни супстрат (јер је очигледно да је живот човека у природном и логичном смислу неопходна претпоставка за постојање и остваривање свих осталих човекових права). У

Проф. др Драган Јовашевић

корпусу људских права, право на живот је не само најстарије човеково право, већ је оно остало и опстало као једно од ретких његових природних права без којих нема ни његовог опстанка као људског, али и друштвеног бића и без чијег остварења се иначе и не може замислити остварење било којег другог права или слободе човека.

То је истовремено и највеће човеково добро и вредност, али, с друге стране, то је и друштвена вредност. И сâмо друштво праву на живот човека поклања изузетно велику пажњу и пружа му потпуну правну заштиту. Неповредивост овога права је загарантована не само прописима међународноправног, већ и националноправног карактера, с тим што је заштита овога права ограничена исто тако једнаким правом другог или других¹. Управо у светлу потребе за апсолутном заштитом права на живот човека и јавила су се у кривичноправној теорији и размишљања о примени неких општих института кривичног права. Ту, у првом реду, мислимо на институт крајње нужде као основ који искључује постојање противправности кривичног дела (а тиме и само кривично дело). Ти институти су се у пракси, у прво време, и примењивали искључиво код кривичних дела убистава. Наиме, свако убиство (у смислу противправног лишавања живота другог лица) представља управо негацију права на живот човека.

Но, у теорији кривичног права можемо наћи и таква мишљења према којима крајња нужда није основ за непостојање кривичног дела, већ основ који искључује кажњивост. Наиме, стање нужде не искључује према овим схватањима ни противправност, ни кривицу, већ само кажњивост и то лично у корист онога који у том стању дела². И управо се потпуност и апсолутност заштите права на живот човека доводи у сумњу у вези са применом института крајње нужде (стање нужде, извињавајуће нужде). Наиме, већина правних система, међу којима и наше право, дозвољавају повреду права или добра другог лица (укључујући и право на живот као најважније и највише право) у случају отклањања истовремене, нескривљене опасности од свог правног добра ако при томе на тај начин учињено зло није веће од зла које је претило.

Ту постоји „легитимацијски основ“³ у смислу повреде живота ради заштите живота, али се поставља питање да ли је он дозвољен јер у ствари крајња нужда озакоњава право јачега. Из тога произилази да између два

¹ Драган Јовашевић, *Право на живот у светлу института крајње нужде*, Правни живот, Београд, број 9/2000. године, стр. 91–106.

² Види: Тома Живановић, *Кривични законик и Законик о судском кривичном поступку* са кратким објашњењима, Београд, 1930. године.

³ Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Београд, 1995. године, стр. 7–8.

природна права – и то права на живот и права јачега, ово последње има већи практичан значај и домет.

Но, поред овог стандардног решења у неким кривичним законима се полази од начела неповредивости права на живот, чак и у случају лишавања живота у стању крајње нужде. Наиме, у животу постоје случајеви у којима долази до сукоба субјективних права разних лица с различитим објектима, а који су такве природе да се морају ради одржања правног поретка регулисати једним општим правним принципом. Да би било ове колизије потребно је да је сукоб између права два или више лица такав да само једно од њих може опстати или се извршити. Сукобу права више лица са разним објектима, с друге стране, одговара и сукоб њихових одговарајућих правних дужности. И сукоб ових дужности се решава управо самим решењем сукоба (колизије) одговарајућих права. Тако управо и настаје питање које право (односно дужност) треба да се жртвује ради опстанка или извршења другога. Ови случајеви спадају под тзв. стање нужде.

Сама чињеница да институт крајње нужде који предвиђа највећи број савремених кривичних законодавстава доводи у сумњу заштиту и неприкосновеност права на живот човека, указује на потребу да овај институт, његове елементе и домен примене размотримо са свих његових аспеката. То је и разумљиво јер он представља основ који искључује постојање кривичног дела, па чак и таквих тешких кривичних дела која се састоје у лишавању живота других лица⁴. Управо се институт крајње нужде у теорији и пракси кривичног права најозбиљније и разматра са аспекта његовог односа према праву на живот (односно негацији овог права лишавањем живота другог лица). У нашем правном систему крајња нужда поред нужне одбране и дела малог значаја представља институт општег дела кривичног права који искључује постојање кривичног дела, иако су у конкретном случају остварена сва формална обележја кривичног дела одређеног у закону.

Дакле, нема кривичног дела које је учињено у стању крајње нужде. Крајња нужда према одредби члана 20. КЗ РС⁵ постоји када је дело учињено ради тога да би учинилац отклонио од свог добра или добра другога истовремену нескривљену опасност која се на други начин није могла отклонити ако при томе учињено зло није веће од зла које је претило⁶.

⁴ О појму, карактеристикама, облицима и видовима испљивања основног, квалификованих и привилегованих убистава више : Драган Јовашевић, *Кривично право*, Посебни део, Београд, 2014. године, стр. 23-34.

⁵ Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

⁶ Драган Јовашевић, *Кривично право*, Општи део, Ниш, 2012. године, стр.112-118.

ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ КРАЈЊЕ НУЖДЕ

За разлику од нужне одбране која је одавно позната у кривичном праву, крајња нужда је уведена у кривично законодавство као посебан институт тек у новије време и нема баш тако широку примену у кривично-правној пракси. Разлог за ово неки аутори налазе у чињеници што овде опасност по нечије правно добро долази са неке друге стране, а не од човека и што се овде ради о сукобу или колизији два права, а не права и "неправа". Увођење института крајње нужде у кривично право наметнули су различити случајеви из свакодневне праксе у којима се често дешавало да једно добро коме прети опасност може бити спасено само повредом неког другог добра мање вредности. Дакле, да би се спречила или отклонила повреда добра веће вредности или већег значаја, предузима се одређена активност у циљу отклањања те опасности и тако се повређује добро мање вредности при чему та повреда има сва формална обележја неког кривичног дела из закона⁷.

Крајња нужда је резултат постојања два стања : 1) стања опасности и 2) стања нужде да се отклони таква опасност. И за разлику од нужне одбране где постоји сукоб или колизија права и "неправа", овде постоји само сукоб између два права или правна интереса. Иако се сви аутори слажу у чињеници да дело учињено у стању крајње нужде не представља кривично дело за које се кажњава, ипак још увек не постоји сагласност у погледу правног основа за овакву изузетну погодност учиниоцу забрањеног дела. Из законске дефиниције произилази да је за постојање крајње нужде у сваком конкретном случају потребно кумулативно постојање одређених услова или претпоставки. Два су основна елемента неопходна за постојање овог института. То су: 1) стање опасности и 2) отклањање опасности. Тек у случају постојања свих законом предвиђених услова који постоје на страни опасности и на страни отклањања опасности можемо рећи да је дело учињено у крајњој нужди.

УСЛОВИ ЗА ПОСТОЈАЊЕ ОПАСНОСТИ

Опасност је први елемент крајње нужде. Она, заправо, представља зло којим се угрожава безбедност једног добра и прети да доведе до његовог оштећења или уништења. То је, заправо, свако зло којим се угрожава било које правно добро или правни интерес неког лица. Под опасношћу се подразумева свака могућност повреде или угрожавања нечијег правног добра. Опасност означава такву ситуацију у којој се на основу објективно

⁷ Борислав Петровић, Драган Јовашевић, Амила Ферхатовић, *Кривично право 1* (Увод у кривично право, Кривично дјело, Кривња), Сарајево, 2015. године, стр.178-179.

постојећих околности може основано претпоставити или предвидети да непосредно може доћи до повреде неког правног добра без обзира на субјект (правно или физичко лице) коме оно припада. Дакле, опасност је стање у коме је неко правно добро угрожено и према околностима конкретног случаја постоји непосредна могућност његове повреде⁸.

Ових опасности има више врста и готово је немогуће унапред одредити у ком виду и на који начин се она могу манифестовати у свакодневним животним ситуацијама⁹. Да ли заиста постоји опасност угрожавања неког правног добра учиниоца или трећег лица процењује се према објективним критеријумима „стварности опасности“ у сваком конкретном случају. Опасност је, дакле, стање у коме непосредно следи неизбежно и сама повреда угроженог добра. О појму и садржини опасности у теорији кривичног права још увек не постоји јединствено општеприхваћено мишљење. Тако се разликују два схватања. Једно схватање полази од негирања категорије могућности, односно саме опасности. Према томе, ако је уопште било могуће да дође до повреде туђег правног добра, до такве последице, односно повреде неминовно, нужно и долази. Дакле, опасност као стварна, реална категорија уопште и не постоји. Релевантна је само крајња последица, крајњи резултат нечије делатности, а то је повреда неког правног добра или интереса. Према другом схватању постојање опасности, односно могућности повређивања правног добра је реална категорија, стварно постојећа. Наиме, у животу су могуће различите ситуације у којима постоји само могућност или вероватноћа повреде (дакле, опасност) неког правног добра, иако до саме повреде у конкретном случају и не мора доћи. Управо је ово последње становиште усвојено у нашој кривичноправној литератури¹⁰.

Дакле, опасност односно могућност угрожавања или повреде неког правног добра је објективно постојећа, реална категорија која произилази из свакодневног живота и животног окружења и она се исказује у прогнози о могућем даљем развоју ситуације која се заснива на датим околностима те ситуације¹¹. Но, у давању одговора на питање на основу којих мерила и критеријума се може процењивати карактер опасности искристалисала су се такође два схватања. Према првом схватању карактер опасности треба процењивати искључиво према строгим објективним критеријумима. Као критеријум за ову процену узима се могућност процене наступеле опасности од стране просечног човека без обзира на врсту, карактер и извор те

⁸ Љубиша Јовановић, *Кривично право*, Општи део, Београд, 1995. године, стр. 72.

⁹ Драган Јовашевић, Тарик Хашиџбеговић, *Основи искључења кривичног дела*, Београд, 2001. године, стр.134-138.

¹⁰ Драган Јовашевић, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Београд, 2002. године, стр. 18-20.

¹¹ Драган Јовашевић, *Нужна одбрана и крајња нужда*, Ниш, 2007. године, стр.89-101.

опасности и без обзира на лична својства, знања и могућности процене, као и структуру сваке појединачне личности учиниоца. Друго гледиште одбацује процену опасности према строгим објективним критеријумима. Наиме, узима се у обзир објективна, реална могућност процене опасности просечног човека, али у уобичајеним животним ситуацијама и околностима. Дакле, ова процена мора бити реално огледало одређене ситуације и одређених услова и околности просечних људи. Ово је дакле комбинација објективно-субјективних мерила која је уосталом и усвојена у нашем кривичном законодавству¹².

Да би постојао институт крајње нужде у сваком конкретном случају морају бити испуњени кумулативно законом одређени услови за постојање опасности. То су следећи услови:

1) Опасност може да долази од стране човека, животиње, природних сила (ватре, воде, земљотреса) или ствари. Дакле, извори ове опасности могу бити веома различити. Људску радњу у смислу стварања опасности као елемента крајње нужде треба разликовати од радње у смислу напада код института нужне одбране. Овде људска радња није имала за циљ да изазове опасност по неко правно добро другог лица, а поготово нема намере или циља на страни свести учиниоца радње. Овде се, заправо, ради о различитим случајевима несмотреног, несавесног или непажљивог руковања запаљивим, отровним или експлозивним материјама, моторном силом или саобраћајним средством или при извођењу грађевинских радова при чему долази до проузроковања опасности по нечије правно добро.

Опасне домаће животиње као пас, бик, ован, коњ или дивље животиње такође могу изазвати опасност по било чије правно добро. Као и низ природних сила и непогода које изненада и у великом обиму могу да угрозе добра једног или чешће више лица, па и друштва у целини. Лице које се налази у стању крајње нужде управо и предузима своју делатност која је управљена на отклањање или спречавање ове опасности и то непосредним дејством на сам извор те опасности. Када се ради о стварима као извору опасности у смислу института крајње нужде, то може да буде свака направа, машина или постројење које и иначе у току свог коришћења, рада или експлоатације ствара опасност. Но, овде је заправо реч о томе да таква ствар под дејством одређених спољних узрока или кварова постаје изразито опасна за људе који је користе или који се нађу у непосредној близини њеног дејства.

2) Опасност треба да прети било ком правном добру или правном интересу било код правног субјекта – правног или физичког лица. За разлику од ранијих решења када је крајња нужда дозвољавана само у случају напада

¹² Милош Бабић, *Крајња нужда у кривичном праву*, Бања Лука, 1987. године, стр. 82.

на живот и тело, садашња законска решења ову заштиту проширују на сва правна добра. Тако је Кривични законик Краљевине Југославије из 1929. године¹³ у члану 25. изричито навео добра која се штите у стању крајње нужде: живот, тело, слобода, част, имовина, али и свако друго добро. Данашње кривично законодавство у Републици Србији није ограничило правна добра која се на овај начин могу штитити, али су то по својој природи и карактеру ипак само најзначајнија добра, најчешће живот и телесни интегритет. Но, није свака опасност по ова правна добра релевантна са становишта института крајње нужде. То мора бити она опасност која има карактер друштвене опасности, односно то мора бити таква опасност којом се непосредно угрожава (блиско, наступајуће) неко правно заштићено добро. Ова опасност може бити усмерена против правног добра оног лица које је ту опасност својом радњом и отклања или пак против правног добра неког другог физичког или правног лица. У овом другом случају постоји нужна помоћ.

3) Опасност мора бити истовремена. То значи да опасност непосредно предстоји или да је већ наступила и то само до момента док опасност још увек заиста и траје. Будућа, као и прошла, минула опасност не дају право на поступање у крајњој нужди. Било би неприхватљиво да учинилац за време поплаве или пожара сачека да неко његово правно добро, заиста, и буде непосредно угрожено, па да тек тог момента предузима мере за отклањање опасности. Јер би у том случају ове мере очигледно закасниле. Према томе, зависно од врсте, карактера, извора и степена опасности учинилац има право да предузима и неке мере како би отклонио опасност која је наступила и која ће очигледно угрозити и то врло брзо и извесно неко његово правно добро. Но, у теорији кривичног права се могу наћи и таква мишљења²⁰² према којима је крајња нужда допуштена ако је извесно да ће кроз неколико дана наићи ураган или да ће поплава провалити насипе и поплавити насељено место јер се има сматрати да опасност непосредно постоји. У условима када се у процесу производње користе веома сложени и компликовани технички и технолошки системи и процеси могу такође наступити такве ситуације на основу којих је извесно да ће кроз одређено време наступити и велика штета¹⁴.

4) Опасност мора бити стварна¹⁵. Она треба реално, објективно да постоји у стварном свету – дакле, да је већ наступила или да непосредно предстоји. Опасност је реална не само када је већ створена могућност

¹³ Михајло Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Београд, 1934. године, стр. 94–95.

¹⁴ Borislav Petrović, Dragan Jovašević, *Krivično pravo Bosne i Hercegovine*, Opći dio, Sarajevo, 2005. године, стр. 141-143.

¹⁵ Милош Радовановић, *Кривично право*, Општи део, Београд, 1972. године, стр.98-101.

повреде или угрожавања, дакле када су повреда или угрожавање већ ступили у дејство, већ и онда када то непосредно предстоји. То значи да се реално, објективно, са сигурношћу претпоставља да ће опасност по нечије правно добро и непосредно наступити. Имагинарна, уображена, привидна опасност не даје право за поступање у крајњој нужди. У том случају постоји тзв. путативна крајња нужда. Наиме, то су ситуације где постоји погрешна или непотпуна свест, сазнање о околностима које су стварно постојале и које би евентуално оправдавале деловање учиниоца у крајњој нужди. Тада се учинилац може само позивати да је у заблуди веровао да постоји опасност, па то представља факултативни основ за блаже кажњавање, али нема крајње нужде.

Дакле, није свака опасност релевантна са становишта института крајње нужде¹⁶. То мора бити опасност одређеног степена и одређене тежине. А то даље резултира да не може бити било какво, а посебно не незнатно угрожавање правног добра опасност као основ за постојање овог института. Овде треба да се ради о опасности којом се угрожавају или се прети неком значајнијем правном добру чије последице повреде могу да буду тешке и ненадокнадиве. Опасност мора бити стварна са гледишта објективних критеријума у свакој појединачној, конкретној, животној ситуацији. То становиште заступа и судска пракса¹⁷ када истиче да нема места примени института крајње нужде када оптужена извршењем кривичног дела преваре прибавља новац за куповину лекова за своје лечење и лечење своје мајке од малигног обољења јер одбрана свога живота и живота свога ближњег не произилази из објективне процене укупне животне ситуације, већ из наде за оздрављење у условима када се по савременој медицинској доктрини већ предузима све што је медицини познато у покушају лечења.

5) Опасност не сме да буде скривљена. Опасност је нескривљена ако је случајно наступила односно ако је настала без кривице лица које се налази у опасности. Ако пак то лице само изазове опасност по неко своје правно добро са умишљајем или из нехата, не може се позивати да је поступало у стању крајње нужде ако приликом отклањања овакве опасности повреди туђе правно добро. То значи да у случају скривљеног проузроковања опасности нема крајње нужде, па ће то лице одговарати за кривично дело учињено у току отклањања опасности. Тако С. Зуглиа сматра да очито није довољно за кривњу то што је угрожени предвидео или могао предвидети опасност него

¹⁶ Љиљана Селиншек, *Казенско право*, Сплошни дел ин основе посебнега дела, Љубљана, 2007. године, стр. 123-128.

¹⁷ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 733/91.

треба још и то да је предвидео или могао предвидети да ће из опасности моћи спасити себе или своје добро само повредом туђег правног добра¹⁸.

Од скривљене опасности која је изазвана са умишљајем или из нехата треба разликовати изазвану, али нескривљену опасност¹⁹. Опасност која је изазвана без кривице не искључује право на поступање у крајњој нужди. Тако нпр. лице које је изазвало пожар бацањем опушка на место на коме је неко раније просуо запаљиву течност за коју он није знао, а није ни могао да зна с озбиром на стварне околности има право да отклони наступелу опасност од себе или другог повредом добра трећег лица, поготово ако је то добро мање по значају или по вредности од добра које спасава²⁰. Не постоји крајња нужда за возача моторног возила који доведе у конкретну опасност живот другог лица отклањајући од себе опасност коју је сам изазвао, али ако је он ту опасност изазвао из нехата, може се блаже казнити. Пропуштање суда да по овом основу ублажи казну учиниоцу не представља битну повреду кривичног закона²¹.

Јасно је да скривљена опасност искључује постојање крајње нужде. Ово тим пре ако неко лице изазива опасност како би му она послужила као средство за извршавање неког унапред планираног кривичног дела. „Скривљеност“ у поступању дакле треба да је обухваћена и кривицом учиниоца. Наиме, кривица треба да обухвати и настајање стања опасности које ће потом нужно захтевати и одређене мере и делатности за отклањање такве опасности²².

УСЛОВИ ЗА ОТКЛАЊАЊЕ ОПАСНОСТИ

Други неопходан елеменат за постојање института крајње нужде сходно одредби члана 20. КЗ РС јесте отклањање опасности. То је свака делатност учиниоца која је управљена да заштити и очува правно добро коме прети опасност. У отклањању ове опасности повређује се неко туђе правно добро (с тим да то не сме да буде правно добро оног лица које је неком својом радњом изазвало опасност јер тада постоји нужна одбрана ако су испуњени законом прописани услови). Та повреда туђег добра по својим формалним обележјима треба да има карактер кривичног дела одређеног у

¹⁸ Срећко Зуглиа, Стање нужде, Велики Бечкерек, 1920. године, стр. 45.

¹⁹ Берислав Павишић, Велинка Грозданић, Петар Веић, Коментар Казненог закона, Загреб, 2007. године, стр. 126-130.

²⁰ Мирослав Ђорђевић, Ђорђе Ђорђевић, Кривично право, Београд, 2014. године, стр. 60-62.

²¹ Пресуда Врховног суда Србије Кзп. 42/91.

²² Љубиша Лазаревић, Бранко Вучковић, Весна Вучковић, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр. 49-53.

закону²³. Тек ако је у отклањању опасности учињено кривично дело ради се о крајњој нужди у кривичноправном смислу²⁴. Да би отклањање опасности било кривичноправно релевантно оно такође треба да испуњава одређене законом предвиђене услове. Ти су услови рестриктивно постављени јер се овде ипак ради о сукобу права са правом при чему друштво има подједнаки интерес да сачува од повреде сва правна добра. Дакле, услови за постојање отклањања опасности јесу следећи²⁵:

1) Крајња нужда постоји ако се опасност није могла отклонити на други начин (нпр. бекством или позивањем у помоћ), већ само повредом добра трећег лица. Овај се услов иначе не тражи код постојања нужне одбране где се управо повређује нападачево добро, а код крајње нужде се повређује добро неког трећег лица, најчешће недужног на наступелу опасност. При оцени да ли је овај услов испуњен, морају се узети у обзир све околности конкретног случаја, па на основу њих проценити да ли је под постојећим условима било могуће отклонити наступелу опасност на неки други начин²⁶.

Када у кафани дође до туче између неколико лица, па оптужени пуца из пиштоља увис да би спречио тучу и пројектил приликом одбијања рани лице које се налазило у кафани, не може се позивати на крајњу нужду. Пошто оптужени и оштећени нису учесници туче, а како сама туча није била таквог интензитета да је доводила у опасност оптуженог или друга лица да би оптужени интервенисао пиштољем ради отклањања ове опасности од себе или другог, па је на тај начин општеопасном радњом изазвао опасност за тело људи, па се у конкретном случају оптужени није налазио у крајњој нужди²⁷.

Према карактеру опасности, времену и околностима под којима је она наступила управо се тражи ова процена да ли се иста могла отклонити на неки други начин. Одбијање опасности мора бити крајње нужно, једини начин, крајњи излаз да би се уопште и могла избећи повреда угроженог добра. Но, у нашој кривичноправној теорији налазимо и таква схватања²⁸ према којима се ова процена мора вршити према објективним могућностима у оквиру чега треба узети у обзир средства, начин, време, као и друге

²³ Велинка Грозданић, Марисабел Шкорић, *Увод у казнено право*, Опћи дио, Загреб, 2009. године, стр. 89-95.

²⁴ Драган Јовашевић, Вељко Икановић, *Кривично право Републике Српске*, Општи део, Бања Лука, 2012. године, стр.161-164.

²⁵ Петар Новоселец, *Опћи дио казног права*, Загреб, 2004. године, стр. 179-192.

²⁶ Драган Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, Београд, 2011. године, стр.368-371.

²⁷ Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2353/95.

²⁸ група аутора, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Београд, 1995. године, стр. 60.

околности које су учиниоцу за време трајања опасности стајале на располагању, те према томе и какав је избор средстава и начина отклањања опасности целокупна ситуација омогућила. То даље значи да се у случају наступања опасности учинилац дела се мора прво спасавати бекством, али ако је при томе нужно и да се повреди нечије правно добро, оно се ипак мора у највећој мери штедети. То значи да се у конкретном случају морају применити она средства, начини и радње за отклањање опасности које у најмањој мери погађају туђе правно добро. Суд наиме треба да стекне уверење (што представља фактичко питање) да се имајући у виду све околности под којима је дело учињено опасност није могла отклонити на други начин, осим повредом добра трећег лица. Ако се пак утврди да се проузрокована опасност ипак могла отклонити и на неки други начин, а учинилац је погрешно сматрао да тај други начин не постоји, ради се о путативној или уображеној крајњој нужди²⁹.

2) Отклањање опасности мора бити истовремено са постојањем опасности. То значи да се прво отклања опасност која уопште постоји, дакле, која је наступила или тек треба непосредно да наступи. Отклањање опасности треба да траје само до момента док траје и опасност. Када опасност прође, нема више ни отклањања опасности у смислу овог општег института кривичног права³⁰.

3) У отклањању опасности учинилац мора да се налази у посебном психичком односу према свом делу и последицама које су наступиле. Тај психички однос, на првом месту, треба да се огледа у циљу предузете радње, односно мотивима ради којих је своје дело учинилац и предузео. Тај циљ у овом случају јесте заштита правног добра које је угрожено наступелом опасношћу. Ако је пак учинилац повреду нечијег правног добра нанео из других разлога или мотива, а не у циљу или у вези са отклањањем опасности (истовремене и нескривљене), онда нема ни крајње нужде, већ постоји кажњиво дело. У теорији кривичног права³¹ не постоји јединствени став око одговора на питање да ли је довољно да је учинилац само свестан стања наступеле опасности или се пак тражи да је то стање опасности и утицало на формирање његове воље за спашавањем правног добра. У решавању овог питања интересантно је мишљење М. Бабића додуше усамљено, али оригинално према коме крајњу нужду карактерише одређени психички однос учиниоца који он назива „виност крајње нужде“. Учинилац је, наиме, свестан угрожености одређеног правног добра, као и чињенице да ће отклањањем те

²⁹ Драган Јовашевић, *Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром*, Београд, 2007. године, стр.18-19.

³⁰ Валентин Воук, *Једно мишљење о проблему крајње нужде*, Правни живот, Београд, број 1–2/1958. године, стр. 17 и даље.

³¹ Наташа Мрвић Петровић, *Кривично право*, Београд, 2005. године, стр. 81-83.

опасности проузроковати повреду туђег правног добра, али је он при томе свестан чињенице да на тај начин спашава значајније правно добро од оног које је било угрожено³².

4) Учињено зло не сме бити веће од зла које је претило³³. Крајња нужда може постојати само ако је спасено добро веће вредности од оног које је повређено (жртвовано). Дакле, овај институт не може постојати ако је повређено добро веће вредности од оног које је сачувано од наступеле опасности. То значи да правно добро чијом се повредом отклања опасност мора бити мање или бар исте вредности или значаја као што је и добро од кога се отклања опасност. Наиме, код крајње нужде за разлику од нужне одбране се тражи сразмерност или еквиваленција између добра у опасности и добра које је повређено. То је посве разумљиво јер се код крајње нужде налазе у сукобу право са правом. За испуњење постојања овог услова потребна је целовита и комплексна процена конкретне ситуације при чему се, наравно, полази од хијерархије добара које се штите, односно чије се вредности упоређују³⁴.

Сматра се да је повреда материјалних добара као што су: живот, телесни интегритет, слобода, част начелно већа од повреде материјалних добара – имовине. Штавише, лакше надокнадиве повреде добара исте врсте су мање зло. Поставља се, међутим, питање да ли институт крајње нужде може да постоји када су у питању два добра једнаке вредности (нпр. два живота – повређеног и учиниоца дела). Према схватањима објективне теорије³⁵ друштво у оваквом случају нема разлога да једно правно добро претпоставља другом правном добру, па је стога равнодушно и незаинтересовано чије ће, заправо, добро бити повређено, односно које ће добро бити спашено. У случају сукоба два интереса или два добра једнаке вредности друштво, истина, нема оправдање, а ни разлога да даје предност једном од њих, али ипак Кривични законик усваја решење да постоји крајња нужда и у случају ако је приликом отклањања опасности нанесено зло једнако оном злу које је претило, водећи рачуна о психичкоим стању лица у коме се оно налазило, нарочито у случају опасности по неко значајније правно добро што је нпр. живот или тело³⁶.

³² Милош Бабић, *Крајња нужда у кривичном праву*, оп.цит. стр. 166.

³³ Ксенија Турковић ет ал., *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2013. године, стр.45-46.

³⁴ Илија Симић, Александар Трешњев, *Кривични законик са крајим коментаром*, Београд, 2010. године, стр.33-23.

³⁵ Велинка Грозданић, Марисабел Шкорић, Игор Мартиновић, *Казнено право*, Опћи дио, Ријека, 2013. године, стр.117-128.

³⁶ Станко Франк, *Теорија казненог права*, Загреб, 1955. године, стр. 128–129.

Такав став заузима уосталом и судска пракса³⁷ када сматра да се на оптуженог који је пуцајући у возача хтео да спречи да он побегне са путничким возилом које је управо од оптуженог и одузео не може применити институт крајње нужде у прекорачењу. Схватање према коме крајња нужда постоји и у случају сукоба добара једнаке вредности уведено је у наше кривично право новелом Кривичног законика ФНРЈ из 1959. године. Све до тада је крајња нужда повезивана само за повреду добра мање вредности од добра које је спасено отклањањем нескривљене опасности. Дакле, за постојање крајње нужде тражи се постојање сразмерности између добра које је угрожено наступелом опасношћу и добра које се повређује приликом отклањања те опасности³⁸. Ту нема спора. Но, у теорији кривичног права нема јединственог схватања управо о питању постојања ове сразмерности између правних добара. Ту су се искристалисале три концепције.

Прво схватање као полазну основу за утврђивање сразмере између правних добара узима став законодавца – степен прописаних казни за поједина кривична дела. Ако је за повреду једног правног добра прописана строжија казна, онда се узима и да је оно веће вредности. Други аутори за одређивање ове сразмере траже начелне оквире, односно општа упутства и савете, али се и они разилазе међусобно у давању одговора ко је тај и на основу којих критеријума треба да врши оцену правних добара. И коначно, треће схватање у одређивању ове сразмере између појединих правних добара поред вредносног критеријума (вредности и значаја појединог правног добра) које је практично утврђено ставом законодавца кроз висину прописаних казни којима се штите односна правна добра, траже и поједине додатне елементе као што су: личност учиниоца, начин, средства и околности под којима је дело извршено и сл.

ПРЕКОРАЧЕЊЕ КРАЈЊЕ НУЖДЕ

Ако учинилац у отклањању опасности по своје или туђе правно добро пређе границу крајње нужде која је одређена условом да учињено зло није веће од зла које је претило постоји прекорачење или ексцес крајње нужде. Дакле, прекорачење крајње нужде постоји када лице отклања опасност од једног правног добра и при томе повреди добро трећег лица које је веће вредности или већег значаја од оног које је штитило. Дело извршено у прекорачењу крајње нужде је кривично дело за које се одговара по општим принципима кривичног права. Најчешће до прекорачења крајње нужде долази у ситуацијама када лице које отклања опасност није у могућности да

³⁷ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 407/93.

³⁸ Бора Чејовић, *Кривично право*, Општи део, Београд, 2002. године, стр.175-181.

правилно процени вредност једног и другог правног добра, односно границу дозвољеног поступања при отклањању опасности на штету туђих правних добара. Када учинилац после извршене разбојничке крађе пуца у грађане за које је мислио да покушавају да га спрече или да га ухвате, не може да се позива да је био у крајњој нужди³⁹.

Но, не само да је у пракси врло тешко утврдити када постоји кривично дело за које се одговара, када дело извршено у стању крајње нужде, односно када дело извршено у прекорачењу крајње нужде, већ и сама кривичноправна теорија нема јединствени став о томе где су границе крајње нужде. Тако једни аутори сматрају да прекорачење крајње нужде не може да представља основ који утиче на ублажавање или ослобођење од казне. Наиме, дело извршено у стању крајње нужде чини се према добрима недужних, невиних и незаинтересованих лица, а не против добара нападача. Тако се овде ради о колизији два права, па у том случају не треба признати учиниоцу таквог дела повлашћени положај у кажњавању ако је дело извршено у прекорачењу крајње нужде.

Друга схватања указују да прекорачење крајње нужде има свој значај посебно у ситуацијама када се учинилац налази под психичком пресијом услед опасности по своја заштићена добра. Услед овог психичког стања учинилац и предузима радњу отклањања опасности, па у случају прекорачења граница крајње нужде учиниоцу треба признати погодности у погледу блажег кажњавања.

У ствари проблем прекорачења крајње нужде се своди на решавање питања да ли је учињено зло веће од зла које је претило, односно да ли се отклањање опасности могло учинити мањом повредом правног добра другог лица од оне повреде која је заиста и нанета. Дакле дело учињено у прекорачењу крајње нужде представља кривично дело за које се одговара по слову закона, али је факултативно предвиђена и могућност блажег кажњавања. Но, има случајева када до прекорачења крајње нужде може доћи као последица посебног психичког стања учиниоца, а које је управо проузроковано наступелом опасношћу. Ово психичко стање може чак и да буде таквог интензитета да проузрокује и стање привремене душевне поремећености код учиниоца. Тај поремећај може бити у конкретним облицима испољавања, чак и таквог интензитета да у већој или мањој мери искључује кривицу учиниоца. Исто тако кривица учиниоца неће постојати и у случају неотклоњиве стварне заблуде. Ако је нпр. дело учињено у отклоњивој стварној заблуди, онда је такав учинилац одговоран ако је учињено дело за које закон предвиђа кажњавање и за нехат као облик кривице учиниоца.

³⁹ Пресуда Врховног суда Србије Кж. И 1401/96.

Поред тога што је прекорачење крајње нужде факултативан основ за ублажавање казне, ако је до овог прекорачења дошло под нарочито олакшавајућим околностима суд може учиниоцу дела казну неограничено ублажити или га ослободити од казне у потпуности (члан 20. став 3. КЗ РС). Када су испуњени услови за постојање крајње нужде, када је дошло до прекорачења саме те нужде и када је то пак учињено под особито (нарочито) олакшавајућим околностима (објективне и субјективне природе) представља фактичко питање које судско веће решава у сваком конкретном случају. Прекорачењу крајње нужде одговара и ситуација ако је учинилац сам изазвао опасност, али из нехата, па у отклањању те опасности повреди правно добро трећег лица. И у том случају закон предвиђа блаже кажњавање (факултативно). Али и овде морају да буду испуњени сви законом прописани услови за постојање института крајње нужде.

ДУЖНОСТ ИЗЛАГАЊА ОПАСНОСТИ

Крајња нужда представља општи институт кривичног права. Њоме се могу користити сва лица под условом да су испуњени законом кумулативно прописани услови. Примена овог института долази у обзир код било ког кривичног дела упереног против било којег добра или вредности. Но, од овог општег правила постоји и један изузетак, а који има посебан значај са аспекта управо посматране теме овога рада – односа људских права - права на живот и крајње нужде. Наиме, нема крајње нужде (што другим речима значи да постоји кривично дело за које његов учинилац одговара) ако је он био дужан да се изложи опасности. Дакле, дужност (обавеза) излагања опасности искључује примену института крајње нужде. Ако овакво лице учини дело како би отклонило опасност од свог правног добра (па и од свог живота и телесног интегритета) оно ће бити одговорно и кажњено за учињено дело иако постоје сви законом прописани услови предвиђени за крајњу нужду.

Одредба члана 20. став 4. КЗ РС искључује примену института крајње нужде за учиниоце који су били дужни да се излажу опасности, па је потребно да суд оцени да ли је за та лица узимајући у обзир све околности у конкретној ситуацији постојала дужност да се излажу одређеној опасности⁴⁰.

Лице које је дужно да се изложи опасности не може одбити извршење дужности позивајући се на институт крајње нужде. У нашој земљи постоји већи број лица у органима, организацијама и установама који се не могу користити овим институтом. То су, по правилу, лица чија је природа њихове службене дужности или овлашћења, професионалне дужности, радне обавезе и сл. повезана нужно са одређеним опасностима и ризицима као што су:

⁴⁰ Пресуда Савезног суда Кпс. 16/95.

припадници Војске, полиције, ватрогасци, лица која раде са запаљивим, отровним, радиоактивним и експлозивним материјама, затворски стражари, морнари и др. То су, заправо, лица која су дужна да у обављању послова и задатака поступају по посебним правилима са нужном и повишеном опрезношћу јер су управо прихватајући те послове и задатке истовремено и прихватили ризик да се и сами (са својим добрима, па чак и својим животом) нађу у опасној ситуацији. Њихова се дужност састоји у посебном односу према добрима које штите или спасавају.

Ова су, дакле, лица дужна да жртвују своја добра, па и она најзначајнија ако се нађу у опасностима у вези са вршењем професије или повереним пословима и задацима. Дакле, код ових лица долази до колизије између њиховог права на живот (које је као природно право апсолутно и неприкосновено) и дужности непосредног излагања опасности, односно угрожавања свога живота у одређеним ситуацијама. У вези са питањем да ли су ова лица дужна да се увек и у свакој ситуацији изложе опасности у теорији и судској пракси⁴¹ нема општеприхваћеног мишљења. Преовлађује, наиме, схватање да таква обавеза излагања опасности не постоји увек, у сваком случају, већ само онда када се на основу свих околности субјективног и објективног карактера у конкретном случају може закључити да је такво лице заиста и дужно да се изложи опасности. То значи да дужност излагања опасности ипак није апсолутне природе како би се могло закључити на први поглед. Другим речима, могућност позивања на крајњу нужду и ових лица није сасвим искључена, па се често истичу примери да ватрогасци нису дужни да се по сваку цену изложе скакању у пожар како би исти угасили, посебно када су за то веома слаби или неизвесни изгледи, а опасности којима се они излажу веома велике.

Мишљења смо и ми да ова лица немају општу, апсолутну дужност излагања опасностима свих врста и свих извора, већ само оним опасностима које произилазе из редовних послова и задатака, у време и на месту, односно под околностима где се то захтева сходно правилима службе или професије коју обављају. У свим осталим случајевима и ова лица имају као и сви други грађани могућност да се користе применом института крајње нужде. На овом месту ћемо указати и на једно специфично схватање према коме се извршење кривичног дела по наређењу не може сматрати крајњом нуждом, већ само околношћу која има значаја при одмеравању казне и то под условом да је учинилац био дужан да изврши такво наређење у вези са службом. Дакле, учинилац који је био дужан да се у конкретној ситуацији изложи опасности не може се позивати на крајњу нужду ако у отклањању те опасности учини

⁴¹ Драган Јовашевић, *Практикум за кривично право*, Општи део, Ниш, 2013. године, стр.56-67.

кривично дело. Та дужност излагања опасности може да произилази из закона, радног односа, правила професије, службене дужности или уговорног односа. Али ни ова лица нису дужна да се излажу опасностима где се према околностима конкретног случаја може извести сасвим сигуран закључак да ће доћи до њихове смрти. Да ли је неко лице било дужно да се изложи опасности у сваком конкретног случају оцењује судско веће имајући у виду све околности учињеног кривичног дела и личности учиниоца.

ЗАКЉУЧАК

Дакле, крајња нужда представља веома значајан кривичноправни, али и кривичнопроцесни и криминалнополитички институт присутан у свим савременим кривичноправним системима. Због свог значаја за постојање и кажњивост учиниоца кривичног и других врста кажњивих дела сви савремени позитивноправни системи, па и систем Републике Србије изричито предвиђају и то веома рестриктивне услове за постојање овог института општег дела казненог права. Ти услови се углавном односе на постојање опасности (која мора бити стварна, истовремена и таква да прети правном добру учиниоца дела у крајњој нужди или добру неког другог лица – сродника или њему блиског лица).

С друге стране, закон је такође изузетно рестриктивно одредио услове за отклањање опасности управо с разлога јер се овде ради о сукобу два права – права лица које штити правна добра и права лица чија су правна добра повређена на овај начин. У сваком случају отклањање опасности треба да буде изузетан и једино могући начин отклањања наступеле опасности при чему зло које је нането не сме бити веће (односно према неким законским решењима оно мора бити мање) од зла које је претило. Према законским решењима којима се озбиљно дерогира право на апсолутну заштиту основних људских права (у првом реду права на живот и друга најзначајнија добра), институт крајње нужде постоји ако су испуњена два кумулативно предвиђена услова : а) стање опасности и б) стање отклањања опасности.

На судском већу је тежак, деликатан и одговоран задатак да имајући у виду све објективне и субјективне околности учињеног кривичног дела на основу слободне оцене свих изведених доказа утврди да ли су у конкретног случају испуњени услови за постојање института крајње нужде (па у том случају кривичног дела нема или кривице његовог учиниоца).

Dragan Jovašević, LL.D
Full Professor

**PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN LIGHT OF INSTITUTE OF
EXTREME NECESSITY**

Summary

When a person with his action caused the change in the outside world on the object of attacks that belong to an individual or legal entity for which the in criminal or other law provides criminal sanctions, then there is a crime as the worst form of public-law offenses. Then, such a person shall be punished in criminal proceedings conducted by a competent court. It is possible that the action of the offender doesn't unlawfull or socially dangerous, if action is taken in certain circumstances and conditions. Then we talk about the exclusion of the crime, although there are all characteristics of that crime in law. Such a circumstances can be an objective character (when referring to the criminal act) or subjective character. In criminal law of the Republic of Serbia exists many general grounds of exclusions of crimes. Among them, according to it's importance, nature, characteristics, specifics and conditions of applying in particular stands out of extreme necessity. The paper refers to the theoretical and practical features of extreme necessity.

Др Владимир В. Вековић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

РЕФОРМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА У СВЕТЛУ ПРЕГОВОРА О ПРИСТУПАЊУ СРБИЈЕ ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Анстракт:

Проблеми уочени током десетогодишње примене Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица и препоруке Европске комисије у Извештају о скринингу за Поглавље 23 – Правосуђе и основна права, недвосмислено су указали на потребу доношења новог закона којим ће се у потпуности регулисати кривичноправни положај малолетника у Србији. У складу с тим, урађен је и 2015. године јавности представљен Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку, који доноси бројне и суштинске новине у наше малолетничко кривично право. Планиране измене у кривичном поступку према малолетницима усклађене су са савременим тенденцијама у науци малолетничког кривичног права, најважнијим универзалним и регионалним документима из ове области, решењима у упоредном малолетничком кривичном законодавству, праксом Европског суда за људска права, као и највишим стандардима Европске уније.

Аутор указује да је истовремено са активностима на законодавном плану потребно изградити адекватан институционални оквир, ојачати административне капацитете, и обезбедити делотворну практичну примену унапређених нормативних решења. Усклађено и ефикасно деловање на овим међусобно зависним нивоима несумњиво може: а) допринети успешнијем спречавању и сузбијању криминалитета ове старосне категорије учинилаца; б) омогућити постизање циља поступка према малолетнику – остваривање његовог најбољег интереса, као и в) позитивно утицати на динамику преговарачког процеса за Поглавље 23, а самим тим и на брже приступање Србије Европској унији.

Кључне речи: *малолетничко кривично право, кривични поступак, малолетници, Србија, Европска унија, преговори о приступању.*

1. ВАЖЕЋЕ МАЛОЛЕТНИЧКО КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО – ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ И РАЗЛОЗИ ЗА РЕФОРМУ

У оквиру генералне ревизије кривичног законодавства, Народна Скупштина донела је 29. септембра 2005. године Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица,¹ који је ступио на снагу 1. јануара 2006. и без икаквих измена и допуна важи и данас. Његове одредбе примењују се према малолетним учиниоцима кривичних дела (под одређеним условима и на пунолетна лица када им се суди за кривична дела која су учинила као малолетници, као и на лица која су кривично дело учинила као млађи пунолетници), а односе се на материјално кривично право, органе који примењују закон, кривични поступак и извршење кривичних санкција. Дакле, њиме се у потпуности регулише кривичноправни положај малолетника, чиме се Србија придружила земљама које су ову материју кодификовале и посебним законом издвојиле у самосталну целину.² Закон/05 представља радикалан заокрет у односу на претходна решења – полази од идеје ресторативне правде и доследно је развија; прати савремене тенденције у науци малолетничког кривичног права; предвиђа могућност „скретања“ кривичног поступка (*la diversion*) и, по први пут, примену васпитних налога као алтернативних мера; даје примат ванинституционалном третману и инсистира на стицању посебних знања и стручном усавршавању свих субјеката система малолетничког правосуђа.³ Његову посебну вредност представља усклађеност са највишим међународним нормама и стандардима у овој области, успостављеним у документима донетим под окриљем Уједињених нација,⁴ као и одговарајућим препорукама Комитета министара Савета Европе.⁵

¹ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица – Закон/05, важећи закон, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

² З. Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Правна књига, Београд, 2009, 336.

³ В. В. Вековић, *Систем извршења кривичних санкција*, Београд, 2013, 156.

⁴ *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice – The Beijing Rules* (Adopted by General Assembly Resolution 40/33 of 29 November 1985); *United Nations Convention on the Right of the Child* (Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution 44/25 of 20 November 1989); *United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency – The Riyadh Guidelines* (Adopted and proclaimed by General Assembly Resolution 45/112 of 14 December 1990); *United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived their Liberty – The Havana Rules* (Adopted by General Assembly Resolution 45/113 of 14 December 1990); *United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures – The Tokyo Rules* (Adopted by General Assembly Resolution 45/113 of 14 December 1990).

⁵ *Recommendation No. R (87) 20 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States on Social Reactions to Juveniles Delinquency* (Adopted by the Committee of Ministers

Несумњиво да важећи закон, због низа иновативних и прогресивних решења, спада међу наше боље законе.⁶ Међутим, десетогодишња примена и проблеми уочени у пракси указали су да је поједине одредбе Закона/05 потребно додатно прецизирати, али и увести одређене новине. На неопходност усклађивања легислативе о малолетничком правосуђу са стандардима Европске уније (ЕУ) и њену пуну примену указала је, између осталог, и Европска комисија (ЕК) у свом Извештају о скринингу за Поглавље 23 – Правосуђе и основна права.⁷ Из препорука садржаних у том документу, очигледно је да приступни преговори и пуноправно чланство у ЕУ као крајњи циљ, захтевају суштинске промене у овој области како на нормативном плану, тако и у погледу имплементације. У складу с тим, Влада Републике Србије на седници одржаној 27. априла 2016. године, усвојила је

on 17 September 1987 at the 410th Meeting of the Ministers' Deputies); *Recommendation No. R (88) 6 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States on Social Reactions to Juvenile Delinquency among Young People Coming from Migrant Families* (Adopted by the Committee of Ministers on 18 April 1988 at the 416th Meeting of the Ministers' Deputies); *Recommendation No. R (92) 16 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States on the European Rules on Community Sanctions and Measures* (Adopted by the Committee of Ministers on 19 October 1992 at the 482nd Meeting of the Ministers' Deputies); *Recommendation No. R (2000) 22 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States on Improving the Implementation of the European Rules on Community Sanctions and Measures Justice* (Adopted by the Committee of Ministers on 29 November 2000 at the 731st Meeting of the Ministers' Deputies); *Recommendation No. R (2003) 20 of the Council of Europe Committee of Ministers to Member States Concerning New Ways of Dealing with Juveniles Delinquency and the Role of Juvenile Justice* (Adopted by the Committee of Ministers on 24 September 2003 at the 853rd Meeting of the Ministers' Deputies).

⁶ То потврђују и мишљења Керол Конраган и Фридера Дункела, експерата UNICEF-а, односно Савета Европе. Вид. *Малолетни учиниоци кривичних дела и кривичноправна заштита малолетних лица*, Intermex, Београд, 2005, 9. и 10.

⁷ Достављањем Извештаја о скринингу нашој земљи јула 2014. године, завршен је процес скрининга за Поглавље 23 – Правосуђе и основна права. У тој првој фази преговарачког процеса извршена је процена стања у Србији у односу на стандарде ЕУ у области реформе правосуђа, заштите људских права и борбе против корупције. Извештај о скринингу ЕК је припремила на основу два скрининг састанка (експланаторног и билатералног) са представницима Србије задуженим за ово поглавље, као и осталих доступних извора (извештаји међународних организација и невладиног сектора, сазнања самих држава чланица о стању у Србији итд.). Тај извештај представља приказ реалног стања правног и институционалног оквира Србије и њених административних капацитета за примену правних тековина Поглавља 23. Извештај о скринингу – Србија, Поглавље 23 – Правосуђе и основна права, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Izvestaj%20o%20skriningu%20-%20tekst%20na%20srpskom%20jeziku.pdf>, 21. април 2016.

Акциони план за преговарање Поглавља 23.⁸ Овим кровним стратешким документом на основу којег ће се спроводити препоруке ЕК, предвиђене су измене и допуне важећег закона у циљу: преиспитивања врста и система кривичних санкција за малолетнике; увођења нових васпитних налога и ширег спектра посебних обавеза, као и усклађивања са одредбама новог Законика о кривичном поступку⁹ – пре свега у односу на фазе поступка, те промењене улоге службених актера поступка у појединим процесним стадијумима.¹⁰ С обзиром да то изискује измене и допуне више од половине одредаба Закона/05, полазећи од Јединствених методолошких правила за израду прописа,¹¹ закључено је да је неопходно донети нови закон који ће уредити ову област. На основу тога, урађен је и 2015. године јавности представљен Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку.¹² Доношење новог закона се, након јавне расправе и одговарајуће скупштинске процедуре, очекује у другој половини 2016. године.

Нацрт Закона/15 следи систематику Закона/05, па се и планиране новине односе на: материјално кривично право које се примењује према малолетницима; органе који га примењују; кривични поступак према малолетницима; извршење изречених кривичних санкција, и заштиту малолетних лица као оштећених у кривичном поступку.

Имајући у виду да би анализа целокупног Нацрта Закона/15 далеко превазишла предвиђени обим рада, предмет даље расправе биће основне карактеристике новог законског регулисања кривичног поступка према малолетницима. Дакле, пажњу ћемо фокусирати на одредбе чл. 43-95. Нацрта Закона/15 којима се уређује кривични поступак према малолетницима, као и на Образложење Нацрта.

⁸ Акциони план за преговарање Поглавља 23 усвојен на седници Владе Србије 27. априла 2016. године, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023.pdf>, 12. мај 2016.

⁹ Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13. и 55/14.

¹⁰ Вид. одељак 3.6.2.10. Акционог плана за преговарање Поглавља 23. У истом документу прецизно се дефинишу и: активности које треба спровести ради ефективне имплементације нове законске регулативе; носиоци тих активности; временски оквир за њихово спровођење; извори финансирања, као и индикатори који омогућавају мерење утицаја предузетих активности, односно увид у степен реализације постављених циљева. Овакав приступ недвосмислено указује на истинску посвећеност наше земље реформама у областима које Поглавље 23 обухвата.

¹¹ Јединствена методолошка правила за израду прописа, *Службени гласник РС*, бр. 21/10.

¹² Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку – Нацрт Закона/15, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 27. април 2016.

2. НОВА ЗАКОНСКА РЕГУЛАТИВА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

Кривични поступак према малолетницима у Србији је посебан кривични поступак, што значи да кривична процедура према овој старосној категорији учинилаца има низ специфичности у односу на редован (општи) кривични поступак. Суштинска разлика између ове две врсте кривичних поступака састоји се у повољнијем кривичнопроцесном положају малолетника у односу на пунолетна лица.¹³ Из ових основних констатација произилази да наш поступак према малолетницима у највећој мери представља одговарајућу комбинацију елемената правосудног и заштитничког модела, па се суштински и може означити као модификовани правосудни модел.¹⁴ Тај модел кривичног поступка промовише важећи закон, а задржава га и Нацрт Закона/15.¹⁵

У даљем тексту, указаћемо на најважније новине које у области кривичног поступка према малолетницима доноси Нацрт Закона/15.

2.1. Стварна надлежност судова

Одредбом чл. 42. ст. 1. важећег закона прописано је да се поступак према малолетнику у првом степену води пред судијом за малолетнике и већем за малолетнике окружног суда. Овакво решење правдано је потребом да се стварна надлежност у предметима малолетника концентрише на релативно мањи број судова, чиме се омогућава рационално коришћење кадрова и њихова специјализација. Међутим, како је подручје обухваћено надлежношћу појединих окружних судова било сувише велико, често су се јављале тешкоће у вези са прикупљањем података и детаљнијим упознавањем личности малолетника, надзором над извршењем изречене васпитне мере итд.¹⁶ У циљу превазилажења проблема уочених у пракси, у

¹³ В. В. Вековић, Поступак пред већем за малолетнике између нормативног и стварног, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици*, Косовска Митровица, 2014, 90.

¹⁴ М. Шкулић, Реформа малолетничког кривичног права у Србији, *Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја* (Зборник радова са XXVII Тематског научног скупа са међународним учешћем, одржаног 10-11. јуна 2015. године на Палићу), Институт за криминологију и социологију истраживања, Београд, 2015, 46.

¹⁵ У упоредном праву постоје и други основни модели поступка према малолетницима: партиципативни модел; модел контроле делинквенције; корпоративни модел; модел минималне интервенције; модел ресторативног правосуђа, као и неокорективни модел. О најбитнијим карактеристикама сваког од њих вид. *Ibid.*, 41-50.

¹⁶ О. Перић, *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Службени гласник, Београд, 2007, 102; Љ.

Нацрту Закона/15 предвиђено је да се поступак према малолетнику у првом степену води пред судијом за малолетнике и већем за малолетнике надлежног суда, дакле како основног, тако и вишег, док у другом степену увек одлучује апелациони суд (чл. 46. ст. 1. и чл. 47). Наиме, преовладало је мишљење да нема разлога да у првом степену за одређена кривична дела не буду надлежни основни судови, те да се и у њима без већих тешкоћа може остварити специјализација службених актера поступка према малолетницима. Исто се односи и на јавна тужилаштва. Такође, рационално је да у другом степену увек буде надлежан апелациони суд, пошто се тако омогућава стварање јединственије судске праксе у овој области.¹⁷

2.2. Начело материјалне истине

За разлику од важећег ЗКП у коме је одредба о начелу материјалне истине укинута, Нацрт Закона/15 у чл. 51. експлицитно предвиђа да су суд и државни органи који учествују у кривичном поступку према малолетнику дужни да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите и правичне одлуке. Одредбом овог члана реafirмише се начело материјалне истине на начин карактеристичан за континентално-европске кривичне поступке. Конкретно, то значи да све релевантне чињенице морају бити сигурно и истинито утврђене (пуна, стварна, права истина), тако да чињенично стање које одлука узима утврђеним, одговара оном што је стварно постојало, односно оном што стварно постоји.¹⁸ Другим речима, само истинито утврђене чињенице могу бити основ законите, правилне и правичне одлуке, и омогућити постизање циља поступка према малолетнику – остваривање његовог најбољег интереса.¹⁹

Лазаревић, М. Грубач, *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Јустинијан, Београд, 2005, 94.

¹⁷ М. Шкулић, *op. cit.*, 57.

¹⁸ Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2003, 49.

¹⁹ В. Ђурђић, *Природа, структура и принципи кривичног поступка према малолетницима, Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја* (Зборник радова са XXVII Тематског научног скупа са међународним учешћем, одржаног 10-11. јуна 2015. године на Палићу), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2015, 102.

2.3. Шире могућности за поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења

Нацрт Закона/15 предвиђа шире могућности за поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења у односу на малолетника. Ново решење је веома слично важећем уз проширење могућности поступања по опортунитету кривичног гоњења и када се ради о кривичним делима за која је забрањена казна затвора до осам година (сада је до пет година затвора).

Такође, уводи се обавеза јавног тужиоца да по службеној дужности увек проверава да ли је оправдано поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења, уколико се ради о кривичном делу одређене тежине. Када је против малолетника поднета кривична пријава због кривичног дела за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година или је кривична пријава поднета према малолетнику у погледу којег је извршење казне или васпитне мере већ у току, јавни тужилац за малолетнике, дужан је да без одлагања, по правилу пре него што предузме било коју другу радњу према малолетнику, а обавезно пре подношења судији за малолетнике захтева да се према малолетнику покрене поступак, испита да ли су испуњени услови да поступи у складу са правилима која се односе на начело опортунитета кривичног гоњења (чл. 72. ст. 1. Нацрта Закона/15).

Увођењем дужности за јавног тужиоца да увек када у законском смислу (према тежини кривичног дела) долази у обзир поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења у односу на малолетника, обавезно испита такву могућност и то констатује својом службеном белешком, омогућава се с једне стране, да јавни тужилац за малолетнике не поступа сувише рутински и у односу на ово важно питање, док се с друге стране ствара и део неопходних услова за ширу примену начела опортунитета кривичног гоњења у поступку према малолетницима, а нарочито за примену васпитних налога.

2.4. Немогућност закључења страначког споразума са малолетником

Нацрт Закона/15 искључује могућност закључења страначког споразума са малолетником, будући да би супротно решење било непримерено сврси вођења кривичног поступка према малолетним учиниоцима кривичног дела. Према одредби чл. 65. Нацрта Закона/15, са малолетником се не може закључити споразум о признању кривичног дела, нити споразум о сведочењу. *Ratio legis* ове норме је у томе што малолетник и није типична странка у кривичном поступку, а с обзиром на свој узраст, он ни иначе, у другим ситуацијама не може да изјавом своје правно релевантне воље преузима одређене обавезе, па то наравно, треба избећи и када се ради о споразуму о признању кривичног дела или споразуму о сведочењу.

2.5. Основно и унакрсно испитивање сведока и вештака у поступку пред судијом за малолетнике

У поступку пред судијом за малолетнике не примењују се правила о основном и унакрсном испитивању сведока и вештака која прописује ЗКП, већ та лица испитује судија за малолетнике, а малолетник, његов бранилац, јавни тужилац, као и родитељ, односно усвојитељ или старатељ малолетника, могу по одобрењу судије за малолетнике, сведоцима и вештацима да постављају питања. Изузетно од правила о забрани основног и унакрсног испитивања, судија за малолетнике може да допусти сходну примену правила о основном и унакрсном испитивању сведока и вештака, ако оцени да је то оправдано разлозима правичности, као и да је то у интересу малолетника који има браниоца (чл. 78. ст. 4. и 5. Нацрта Закона/15). Слична правила важе и када се води главни претрес у поступку према малолетницима.

2.6. Ток првостепеног поступка према малолетницима

Када је реч о току првостепеног поступка према малолетницима, одредбама Нацрта Закона/15 уводе се далекосежне новине. Суштина се своди на укидање припремног поступка према малолетнику и претварање те некадашње прве фазе овог поступка у класичан првостепени поступак, када се ради о кривичним делима одређене тежине. Основна идеја је да се све потребне радње обаве у предистражном поступку, при чему се према малолетнику не може водити тужилачка истрага.

Поступак увек започиње тако што јавни тужилац за малолетнике судији за малолетнике, онда када је у предистражном поступку разјаснио кривично дело, подноси захтев да се малолетнику изрекне кривична санкција (осим ако је претходно поступио по начелу опортунитета кривичног гоњења) и тада судија за малолетнике поступа исто као и до сада, с тим да ће он, уколико је јавни тужилац за малолетнике предложио изрицање неке заводске кривичне санкције, сам завршити цео првостепени поступак и својим решењем одлучити о предмету поступка.

Као и раније, решењем судије за малолетнике поступак би се могао обуставити, било из разлога нецелисходности кривичног гоњења, било када постоји неки од разлога за ослобађајућу или одбијајућу пресуду у општем кривичном поступку, било када је судија за малолетнике, малолетнику изрекао одређену кривичну санкцију. То мора бити кривична санкција која није заводска, а ако је јавни тужилац за малолетнике предложио заводску кривичну санкцију, или је судија за малолетнике оценио да долази у обзир изрицање заводске санкције, тада судија за малолетнике, када у потребној мери разјасни чињенично стање, предмет износи пред веће за малолетнике.

Састав тог већа исти је као и до сада, али са том битном разликом што већу председава други судија за малолетнике, а не онај који је водио претходну фазу поступка. Предложено решење је с једне стране, потенцијално изузетно велики допринос бржем и ефикаснијем одвијању кривичног поступка према малолетницима, јер се избегава непотребно дуплирање посла и процесних фаза, док је оно с друге стране, далеко правичније и адекватније у кривичнопроцесном смислу и у потпуности усклађено са праксом Европског суда за људска права (ЕСЈП).

Поступак пред судијом за малолетнике може алтернативно да буде:

1) једини стадијум првостепеног кривичног поступка према малолетнику, тј. у исто време почетна и завршна фаза поступка према њему и која се окончава одлуком која представља крај првостепеног поступка, или

2) први, односно почетни стадијум првостепеног кривичног поступка према малолетнику, који представља одговарајућу припрему за следећи првостепени процесни стадијум – поступак пред већем за малолетнике, а који се, како је то прописано Нацртом Закона/15, мора одржавати искључиво у форми главног претреса и сходном применом правила прописаних ЗКП (што значи и уз одређене рационалне изузетке), која се односе на одржавање главног претреса у општем кривичном поступку.

Према чл. 81. Нацрта Закона/15, судија за малолетнике, пошто утврди све битне чињенице које се односе на кривично дело, зрелост и друге околности које су од значаја за упознавање личности малолетника и прилика у којима живи, доставља списе надлежном јавном тужиоцу за малолетнике који је дужан да судији за малолетнике у року од осам дана:

1) изјави да одустаје од кривичног гоњења, или

2) поднесе образложени предлог да се према малолетнику настави поступак и изрекне кривична санкција.

Уколико јавни тужилац предложи изрицање одређене незаоводске кривичне санкције, као и када судија за малолетнике оцени да сложеност предмета захтева одржавање главног претреса или се ради о најтежим кривичним делима (за која је прописана казна од 30 до 40 година затвора), изнеће предмет пред веће за малолетнике. У том случају првостепени поступак према малолетнику води веће за малолетнике, с тим што су уведена два нова правила:

1) председник већа за малолетнике ће обавезно бити други судија за малолетнике, а не онај који је водио претходни стадијум првостепеног поступка, из разлога правичности, а у складу са постојећом праксом ЕСЈП, и

2) за разлику од важећег решења када се поступак пред већем за малолетнике могао одржавати било у седници већа, било вођењем главног претреса, сада се уводи обавезан главни претрес, што је логично и с обзиром

да у оваквом случају свакако долази у обзир изрицање заводских кривичних санкција према малолетнику.

Веће за малолетнике може донети по окончању главног претреса исте одлуке које је претходно могао да донесе и судија за малолетнике, али поред тога, оно може малолетнику изрећи и заводске кривичне санкције.

2.7. Измене у погледу ванредних правних лекова

У Нацрту Закона/15 се из разлога правичности, али и потребе заштите интереса самог малолетника, уводи правило о одређеним повредама закона о којима се по службеној дужности води рачуна у другостепеном поступку, чиме се одступа од рестриктивних правила новог ЗКП. Тако одредба чл. 90. ст. 2. Нацрта Закона/15 предвиђа да када је жалба поднета у корист малолетника другостепени суд испитује по службеној дужности да ли је кривични закон повређен на штету малолетника, као и да ли постоји нека од следећих повреда одредаба поступка:

1) ако је суд био непрописно састављен или ако је у изрицању одлуке учествовао судија који је морао бити изузет;

2) уколико је одлуку донео суд који због стварне ненадлежности није могао судити, или

3) ако се одлука заснива на доказу на коме се према закону који уређује кривични поступак не може заснивати.

Одредбом чл. 92. ст. 2. Нацрта Закона/15 прописано је да Врховни касациони суд не може одбацити захтев за заштиту законитости који је поднет у корист малолетника, због оцене да се не ради о питању које је од значаја за правилну и уједначену примену права.

3. МОГУЋИ ЕФЕКТИ РЕФОРМСКИХ ЗАХВАТА – ДИСКУСИЈА И ЗАКЉУЧЦИ

Проблеми уочени током десетогодишње примене Закона/05 и препоруке садржане у Извештају ЕК о скринингу за Поглавље 23 недвосмислено су указали на потребу доношења новог закона којим ће се у потпуности регулисати кривичноправни положај малолетника у нашој земљи.

Нацрт Закона/15 доноси бројне и суштинске новине у српско малолетничко кривично право. Када је реч о кривичном поступку према малолетницима, неопходно је истаћи да су планиране измене које смо анализирали компатибилне са савременим тенденцијама у науци малолетничког кривичног права, најважнијим универзалним и регионалним документима из ове области, решењима у упоредном малолетничком кривичном законодавству, праксом ЕСЈП, као и највишим стандардима ЕУ.

Нормативна решења садржана у Нацрту Закона/15 указују да наш поступак према малолетницима у највећој мери представља одговарајућу комбинацију елемената правосудног и заштитничког модела, па се суштински може означити као модификовани правосудни модел.

У складу са већ поменутиим препорукама ЕК, у Акционом плану за преговарање Поглавља 23 су: а) таксативно набројане активности које треба спровести како би се обезбедила ефективна имплементација унапређеног нормативног оквира; б) одређени носиоци тих активности; в) прецизно постављени довољно амбициозни, а ипак реални рокови; г) наведени стабилни и одрживи извори финансирања, и д) дефинисани индикатори који омогућавају увид у степен достизања пројектованих циљева. Од активности наведених под а), по свом значају издвајају се:

1) јачање капацитета Савета за праћење и унапређење рада органа кривичног поступка и извршења кривичних санкција према малолетницима;

2) повећање примене васпитних налога и давање приоритета ресторативном приступу у поступању са малолетним учиниоцима кривичних дела у циљу њихове реинтеграције и смањења стопе рецидивизма;

3) доношење подзаконских аката којима се ближе уређује примена васпитних налога у складу са приступом који њихову примену ставља у контекст одговорности заједнице;

4) спровођење обуке за специјализацију судија, тужилаца, полицијских службеника и адвоката који поступају у малолетничким предметима;

5) дефинисање практичних смерница за саслушање деце, заснованих на примерима добре праксе земаља ЕУ и обезбеђење услова за једнообразну примену мера у циљу заштите деце жртава/сведока у кривичном поступку од секундарне виктимизације, као и

б) спровођење обуке и информативних сесија о заштити деце жртава/сведока у кривичном поступку за полицијске службенике, јавне тужиоце, заменике јавних тужилаца, судије и запослене у центрима за социјални рад, и дистрибуција едукативног материјала у циљу избегавања секундарне виктимизације.

Из изложеног произилази да добро координисано и ефикасно деловање на неколико међусобно зависних нивоа несумњиво може допринети успешнијем спречавању и сузбијању овог вида криминалитета, и омогућити постизање циља поступка према малолетнику – остваривање његовог најбољег интереса. Конкретно, то значи да је истовремено са активностима на законодавном плану потребно:

1) изградити адекватан институционални оквир, тј. јасно дефинисати надлежности и процедуру, обезбедити материјалне услове за рад, као и буџетска средства неопходна за нормално функционисање. Другим речима,

успостављање стручних, одговорних и постављеним циљевима посвећених институција нема алтернативу;

2) ојачати административне капацитете надлежних тела, што не значи само повећање броја запослених, већ и њихово оспособљавање за професионално и одговорно обављање задатака. С тим у вези, треба нагласити да је унапређење рада Правосудне академије (кроз обезбеђење одговарајуће инфраструктуре, опреме и кадра, увођење годишњих програма обуке и система редовне контроле њиховог квалитета, примену савремених метода образовања – радионице, симулације, учење на даљину итд.) *conditio sine qua non* квалитетне иницијалне обуке и континуираног усавршавања знања носилаца правосудних функција који поступају у предметима према малолетним учиниоцима кривичних дела, и

3) обезбедити делотворну практичну примену унапређених нормативних решења. Искуства суседних земаља које су успешно окончале приступне преговоре, указују да главни изазов није у толикој мери транспоновање прописа ЕУ у национално законодавство, већ пре свега њихово спровођење. Дакле, неопходно је да промене заиста заживе, односно да нова регулатива и реформисани систем у потпуности функционишу. Полазећи од чињенице да је у Србији основни проблем примена прописа, ЕУ као једно од мерила за затварање преговора (*closing benchmarks*) наводи ефикасну примену која се огледа кроз доказе о спровођењу, тј. праћење резултата (*track record*) усвојених мера у пракси. Конкретан напредак у примени новог нормативног оквира несумњиво ће позитивно утицати на динамику преговарачког процеса за Поглавље 23, који треба да отпочне јуна 2016. године, а самим тим и на брже приступање Србије ЕУ.

Vladimir V. Veković, LL.D
Full Professor

REFORM OF CRIMINAL PROCEEDINGS AGAINST JUVENILES IN THE LIGHT OF SERBIA-EU ACCESSION NEGOTIATIONS

Summary

Problems encountered during the ten-year implementation of the Law on Juvenile Offenders and Criminal Protection of Minors and recommendations of the European Commission in the report on screening for Chapter 23 – Judiciary and Fundamental Rights, have indicated clearly the need to adopt a new law that will fully regulate the position of juvenile criminal justice in Serbia. Accordingly, was made in 2015 and presented to the public the Draft Law on juvenile offenders and the protection of minors in criminal proceedings, which brings numerous and substantial innovations in our juvenile criminal law. Planned changes in the criminal proceedings against juveniles are fully in line with modern trends in science juvenile criminal law, the most important universal and regional documents in this field, solutions in comparative juvenile criminal law, the European Court of Human Rights, as well as the highest standards of the European Union.

The author points out that while the activities in the legislative field necessary to build an adequate institutional framework, strengthen the administrative capacity and ensure effective practical application of improved normative solutions. Coordinated and effective action on these interdependent levels undoubtedly can: a) contribute to the successful prevention and combating of crime in this age categories of offenders; b) to facilitate the achievement of the objective of the proceedings against a juvenile – exercise its best interest, and c) have a positive impact on the dynamics of the negotiation process for Chapter 23, and therefore the faster Serbia accession to European Union.

Др Саша Кнежевић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ОТКЛАЊАЊЕ ПОСЛЕДИЦА НЕОСНОВАНО ПРИМЕЊЕНЕ КРИВИЧНЕ РЕПРЕСИЈЕ КАО ИМПЕРАТИВ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА*

Уводне напомене

Правноснажност осуђујуће пресуде не подразумева да је у кривичном поступку постигнута апсолутна истина у погледу основаности кривице осуђеног, јер у поступку иницираном ванредним правним лековима осуђујућа пресуда може бити стављена ван снаге. Неосновано употребљени државни репресивни апарат проузрокује тешке последице по лице према коме је употребљен. Губитак основних људских права и слобода, али и стигматизирајући ефекти неосновано примењене репресије, чињенице су које нужно намећу потребу утврђивања одговорности за неправилно или незаконито поступање органа кривичног поступка.

Несумњиво је да држава заснована на владавини права мора преузети терет одговорности за незаконито и неправилно поступање својих органа. Предвиђајући овлашћења државних органа за реализацију кривичноправне заштите друштва, држава је на себе преузела ризик од последица њиховог деловања. Моћ државе да реагује према носиоцима понашања која, по уверењу државних органа, представљају нарушавање правног поретка у виду вршења кривичних дела, мора бити у корелацији са одговорношћу државе за незаконите и неправилне акте органа који поступају у њено име. На тај начин, држава врши социјализацију одговорности за пропусте и незаконитости органа кривичног поступка и нужно стиче пасивну процесну легитимацију у поступку обештећења лица чија су права и слободе неосновано одузета или ограничена.

Одговорност државе за неосновану осуду не зависи од чињенице да ли су права и слободе окривљеног суспендоване услед грешке, злоупотребе или умишљајног незаконитог или неправилног поступања органа кривичног поступка. Установљена неутемељеност одлука које су неосновано погодиле људска права и слободе окривљеног, довољан је разлог за покретање одговорности државе због поступања лица у њеној служби. Концентрација моћи у рукама државних органа мора бити пропраћена објективизацијом одговорности државе за њихово поступање.

Општи принцип грађанског права (свако ко учини штету, дужан је и да је надокнади), јавни интерес да правни поредак законито функционише, али и све снажније артикулисана тежња за заштитом људских права (свакако и у кривичном поступку као амбијенталном оквиру погодном за њихово нарушавање), разлози су који налажу обавезу државе да пропише механизме за материјалну и моралну сатисфакцију лица неосновано подвргнутих репресији.

Неосновано осуђена лица имају право на обештећење од државе, али и на анулирање свих пратећих последица стигматизације нанете им овим неосновано примењеним мерама. Друштвена рехабилитација лица неосновано осуђених представља поступак материјалне компензације за учињену им штету, као и поступак анулирања стигматизирајућих ефеката неоснованог посезања државе за репресијом, уз повраћај свих права изгубљених на основу осуде. Држава мора преузети материјалну одговорност за пропусте органа кривичног поступка, али и дати публицитет мерама које је неосновано применила, како би неосновано осуђена лица повратила повређен им морални интегритет. Осим тога, потребно је извршити и реституцију права изгубљених неоснованом осудом. Само кумулативном применом свих наведених мера, оствариће се свеобухватна друштвена рехабилитација ових лица.

1. Право на одштету због грешке суда у међународноправним документима о заштити људских права

Макар и летимичан поглед на каталоге људских права садржаних у најзначајнијим међународноправним документима из области заштите елементарних људских права и слобода довољан је да се уочи широка лепеза права лица према којима је упрен инструментаријум кривичне репресије. Најзначајнији међународноправни документи универзалног и регионалног карактера садрже асортиман права лица према којима је покренут кривични поступак или су, пак, према њима примењене мере процесне принуде у поступку стварања услова за покретање формалног кривичног поступка.

Значајно место заштитних механизма права окривљених и осумњичених у међународноправним актима резултат је чињенице да кривични поступак представља амбијентални оквир у коме се остварује чињенична реконструкција и правно оформљење кривичног догађаја, уз нужну суспензију основних људских права ових лица. Кривични поступак представља "сеизмограф остваривања људских права и слобода" (Claus Roxin), па, стога, законски миље у коме се одлучује о основаности кривичноправног захтева за кажњавање окривљеног умногоме утиче на остваривање основних постулата садржаном у актима међународноправног карактера.

Најзначајнији међународноправни документи о заштити људских права предвиђају *право на одитету због грешке суда*, односно право на накнаду штете због *одсуства правде у поступку*. Из ових аката произлази да држава мора обештетити лица која су неосновано осуђена.

Међународним пактом о грађанским и политичким правима предвиђа се да "Када се укине кривична пресуда или када је лице помиловано због тога што нове или новооткривене чињенице указују на одсуство правде у поступку, лице које је кажњено на основу те пресуде биће обештећено у складу са законом, осим ако се не докаже да се неблагоприятно откривање чињеница у целини или делимично има њему приписати" - чл. 14 (6).

Европска конвенција о људским правима и основним слободама у изворном тексту из 1950. године не предвиђа ово право. Право на накнаду за погрешну осуду постало је део каталога људских права садржаног у овој Конвенцији тек Протоколом бр. 7 (усвојеног у Стразбуру 22. 11. 1984. године). Одредбом чл. 3. овога Протокола прописано је право неосновано осуђених лица на накнаду штете, осим у случају да се докаже да је осуђени у потпуности или делимично одговоран за околност да чињеница која указује на судску грешку није благовремено откривена и истакнута у кривичном поступку.

Право на обештећење због одсуства правде у поступку предвиђа се и *Америчком конвенцијом* (чл. 10), као и *Римским статутотом Међународног кривичног суда* (чл. 75). Интересантно је напоменути да Статут *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију не предвиђа право на обештећење због неосноване осуде.

Анализом одредаба о накнади штете због грешке суда (одсуства правде у поступку) садржаних у најзначајнијим међународноправним документима може се закључити да процесну легитимацију за иницирање поступка обештећења због неосноване осуде имају лица: а) осуђена коначном осудом за кривична дела (укључујући и лакша дела)-коначном се сматра осуда која се не може више преиспитивати правним лековима; б) лица кажњена затворском или неком другом казном; в) лица која су на основу нових или новооткривених чињеница помилована или им је пресуда преиначена, чиме је доказано одсуство правде у поступку, под условом да се неблагоприятно откривање чињеница не може приписати оптуженом.¹ Осим тога, из Образложења Протокола бр. 7. уз Европску конвенцију произлази да право на обештећење немају лица против којих је оптужба одбачена, или су ослобођена у првостепеном односно жалбеном поступку.

¹ Види: D. J. Haris, M. O' Boyle, C. Warbick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 1995, p. 586..

Потребно је напоменути да у пракси Европског суда још увек није било разматрања случајева повреде права предвиђеног чл. 3. Протокола бр. 7. уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама.

2. Право на накнаду штете за неосновану осуду у правном систему Србије

Право на накнаду штете и рехабилитацију неосновано осуђених лица је и уставно право. Оно је прокламовано одредбом чл. 35. ст. 1. Устава Републике Србије. Поред тога, законодавац је већ у чл. 1. Законика о кривичном поступку прецизирао да "нико невин не буде осуђен." Да би се реализовала ова интенција уставотворца и законодавца, потребно је архитектуру кривичног поступка изградити тако да лице које се терети за извршење кривичног дела не може бити осуђено док уверење о његовој кривици не еволуира до највишег степена - истине. У супротном, ако је осуда недовољно чињенично утемељена, људска права окривљеног ће бити драстично повређена.

Правноснажна осуђујућа пресуда може бити резултат грешака и незаконитости у раду суда, недозвољеног поступања осталих кривичнопроцесних субјеката, али и околности произашлих из несавршености доказних средстава, путем којих се утврђују одлучне чињенице које представљају основ судских одлука. Правни пут за анулирање незаконите и неправилне пресуде је подношење ванредних правних лекова, којима се преиспитује чињенична и правна утемељеност правноснажне пресуде. Уколико се у поступку иницираном ванредним правним лековима укине незаконита правноснажна пресуда којом је нанета штета осуђеном, то представља само први корак ка поновном успостављању законитости. Поновно успостављање законитости и начело правичности налажу постојање могућности за остваривање материјалне и моралне репарације лица које је неосновано осуђено. Друштвена реакција у виду вођења кривичног поступка и кривичне осуде показала се неоснованом, јер је репресивни апарат управљен према лицу које није учинилац кривичног дела. Цена којом је плаћена неоснована осуда, која се огледа у одузимању људских права невино осуђеном лицу, губитку средстава за егзистенцију, али и стигматизирајућим ефектима неосноване осуде, сувише је висока да би се све завршило укидањем незаконите пресуде. Држава мора обештити лице које је неосновано осуђено, пружајући му законски пут накнаде имовинске и неимовинске штете, али и моралне сатисфакције по основу рехабилитације.

Испуњеност услова за накнаду штете неосновано осуђеним лицима се у појединим законодавствима препушта оцени суда (нпр. у француском праву), док друга законодавства изричито предвиђају критеријуме за квалификовање осуде неоснованом (у ту групу законодавстава спада и

наше). Најзад, постоји и такав приступ законском регулисању услова за накнаду штете неосновано осуђеним лицима, по којем се предвиђају услови за накнаду штете, уз додатну обавезу суда да утврди невиност осуђеног, или да, макар, обеснажи сумњу у његову кривицу (право Немачке и Аустрије).

Квалификовање неке осуде као неосноване изазива тешкоће при законском конципирању права на накнаду штете неосновано осуђених лица, али и при теоријском оправдању овог права. Наиме, неоснованост осуде не проистиче из проглашења да је првобитно осуђено лице невино, већ из објективне чињенице да је анулирана првобитно донета осуђујућа пресуда. Одлуке донете у поступку иницираном ванредним правним леком имају снагу извршног наслова за покретање поступка накнаде штете лицима неосновано осуђеним. Због тога настају недоумице око теоријског оправдања права на накнаду штете у случају обуставе кривичног поступка иницираног ванредним правним леком из неких процесних разлога или у случају анулирања првобитне осуђујуће пресуде пресудом којом се оптужба одбија.

Имајући у виду наведено, у овом делу рада ћемо сагледати услове за остваривање права на накнаду штете лицима неосновано осуђеним у нашем позитивном праву.

2.1. Услови за накнаду штете неосновано осуђеним лицима

Из стилизације чл. 585. Законика о кривичном поступку јасно произлази да право на накнаду штете због неосноване осуде има лице које је, најпре, било оглашено кривим, а касније је поводом ванредног правног лека правноснажна осуда стављена ван снаге доношењем других врста пресуда или обуставом кривичног поступка. Иако у овој законској одредби није изричито наведено, обавеза државе на накнаду штете настаје ако је штета причињена првобитно осуђеном лицу и ако постоји узрочна веза између неосноване осуде и настале штете. Право на накнаду штете неосновано осуђеним лицима постоји само ако је неоснованом осудом проузрокована штета. Постојање штете се утврђује по општим правилима грађанског (облигационог) права. Осим тога, потребно је да не постоје тзв. негативне претпоставке за реализацију права на накнаду штете због неосноване осуде, предвиђене одредбом чл. 585. ст. 1. тач. 1-2. и одредбом чл. 585. ст. 2. Законика о кривичном поступку. Реч је о околностима чије постојање искључује право на накнаду штете неосновано осуђеним лицима иако су се стекли сви позитивни услови (претпоставке) за стицање овог права.

2.1.1. Позитивне претпоставке (услови) за накнаду штетенеосновано осуђеним лицима

Да би постојало право на накнаду штете, потребно је да окривљени правноснажном пресудом буде оглашен кривим, а да, потом, у поступку поводом ванредног правог лека правноснажна осуђујућа пресуда буде стављена ван снаге.

2.1.1.1. Првобитна правноснажна осуђујућа пресуда као услов за накнаду штете неосновано осуђеним лицима

Остварење права на накнаду штете због неосноване осуде претпоставља да окривљени, најпре, буде правноснажно оглашен кривим, при чему је ирелевантно да ли изречена кривична санкција или је, пак, ослобођен од казне. Значи, законодавац не прави разлику у погледу права на накнаду штете с обзиром на врсту и меру изречене кривичне санкције.

Изостанак условљавања права на накнаду штете врстом и мером кривичне санкције није општеприхваћен став у упоредном праву. Тако, поједина законодавства ограничавају право на накнаду штете лицима неосновано осуђеним с обзиром на врсту изречене кривичне санкције. Притом се право на накнаду штете због неосноване осуде своди само на случајеве првобитно изречене казне (ситуација у немачком и аустријском праву). Поједина законодавства признају право на накнаду штете због првобитне осуде којом су изречене казне или мере безбедности (италијанско право). Међутим, понекад се право на накнаду штете због неосноване осуде стиче само за случај изрицања појединих мера безбедности (најчешће принудне хоспитализације - ситуација у мађарском праву).²

Полазећи од различитог приступа појединих законодавстава у погледу накнаде штете због неосноване осуде која је резултирала изрицањем других кривичних санкција (сем казне), сматрамо да је потребно теоријски оправдати нужност постојања обавезе државе на накнаду штете независно од врсте неосновано изречене кривичне санкције.

Право на накнаду штете због неосноване осуде којом су изречене мере безбедности изазива најмање недоумица у теорији кривичног процесног права. Мере безбедности су кривичне санкције којима се друштвене вредности штите лечењем учиниоца кривичних дела (мере медицинског карактера), забраном вршења одређених делатности, као и одузимањем одређених предмета. С обзиром на карактер мера безбедности, не види се

² Види: др Момчило Грубач, Накнада штете за неоправдану осуду и неосновано лишење слободе, Београд, 1979, стр. 31.

разлог за непризнавање права на накнаду штете у случају неоснованог изрицања ове врсте кривичних санкција. Потенцијалне штете од неосновано примењених мера безбедности нису ништа мање од штета насталих неосновано изреченим казнама. То се нарочито односи на принудну хоспитализацију одређену мерама безбедности медицинског карактера. С друге стране, покушаћемо да проникнемо у мотиве појединих законодаваца да признају право на накнаду штете само за случај неоснованог изрицања мере безбедности која се састоји у принудној хоспитализацији учиниоца кривичног дела. Суштина принудне хоспитализације изречене мером безбедности медицинског карактера јесте у ограничењу слобода кретања учиниоца кривичног дела (а на тој основи и других слобода и права), и по томе лица према којима је изречена ова мера безбедности трпи слична ограничења као у случају изрицања казни. Стога, не види се разлог за непризнавање права на накнаду штете у ситуацијама неоснованог изрицања ове мере безбедности. Међутим, поставља се питање зашто се право на накнаду штете ускраћује за неосновано изрицање осталих мера безбедности, превасходно оних које се састоје у забрани вршења одређених делатности. Наиме, забраном вршења појединих делатности се наноси материјална штета (губе се одређени приходи од делатности), али и нематеријална штета лицу према коме је изречена (нпр. уметник се искључује из јавног живота, чиме се нарушава његов углед и популарност), те стога нема разлога за ускраћивање права на репарацију штете изазване неоснованим изрицањем ових мера безбедности. Притом, чини се недовољном накнада штете настале неоснованим изрицањем ових врста мера безбедности која је досуђена по општим правилима за накнаду штете (што је вероватно разлог напризнавања права на накнаду штете по основу неосноване осуде), јер је у овом случају штета резултат кривичне осуде, а не последица насталог облигационоправног односа између државе (као штетника) и лица коме је одређена мера безбедности.

Из изложеног произлази да право на накнаду штете, али и на потпуну друштвену рехабилитацију, неосновано осуђених лица не треба да се условљава врстом и мером изречене кривичне санкције.

2.1.1.2. Епилог поступка иницираног ванредним правним леком као услов за накнаду штете неосновано осуђеним лицима

Да би правноснажно осуђени стекао процесну легитимацију за покретање поступка за накнаду штете због неосноване осуде, потребно је да се у поступку иницираном ванредним правним леком анулира првобитно донета правноснажна осуђујућа пресуда. Прецизније речено, поступак поводом ванредног правног лека треба да се оконча доношењем ослобађајуће пресуде, пресуде којом се оптужба одбија или обуставом поступка иницираног ванредним правним леком. Првобитно донета осуђујућа пресуда може бити анулирана у поступку вођеном поводом захтева за понављање кривичног поступка, захтева за заштиту законитости и поступку иницираном захтевом за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде. Пошто епилог поступка иницираног захтевом за ванредно ублажавање казне не може бити ослобођење од оптужбе, одбијање оптужбе или обустава кривичног поступка, већ само ослобођење од казне, овим ванредним правним леком се не може анулирати правноснажна осуђујућа пресуда. Због тога епилог поступка иницираног захтевом за ванредним ублажавањем казне не може довести до стицања процесне легитимације за покретање поступка за накнаду штете због неосноване осуде.

Правноснажна осуђујућа пресуда може се обеснажити и пресудом којом се оптужба одбија, донетом у поступку поводом ванредног правног лека. Начелно, наш законодавац признаје пресуди којом се оптужба одбија, донетој у поступку по ванредном правном леку, карактер услова (претпоставке) на основу кога се стиче право на покретање поступка за накнаду штете због неосноване осуде. Изузетно, у случају постојања негативне претпоставке за реализацију права на накнаду штете због неосноване осуде, садржане у чл. 585. ст. 1. т. 2, не постоји могућност да се на основу пресуде којом се оптужба одбија стекне право на покретање поступка накнаде штете због неосноване осуде

За разлику од неких законодавстава, наш Законик о кривичном поступку пружа широке могућности за остваривање права на накнаду штете због неосноване осуде у случајевима анулирања осуђујуће пресуде правноснажном обуставом кривичном поступка или правноснажном пресудом којом се оптужба одбија. Друга законодавства рестриктивније приступају питању права на накнаду штете због неосноване осуде. На пример, мађарско законодавство предвиђа могућност накнаде штете само ако је у поступку иницираном ванредним правним леком донета ослобађајућа пресуда,³ док немачко и аустријско законодавство ту могућност дозвољавају

³ др Момчило Грубач, Накнада., ор. cit. стр.31.

у случајевима доношења ослобађајуће пресуде и обуставе кривичног поступка, али уз додатни услов да је кривична одговорност окривљеног у потпуности обеснажена. То значи да ако је у поступку поводом ванредног правног лека донета ослобађајућа пресуда услед недостатка доказа, не постоји право на накнаду штете због неосноване осуде.⁴ Овако рестриктиван приступ остваривању права по основу анулиране осуде је у колизији са самом природом савременог кривичног поступка, јер неуспех тужиоца да докаже кривицу окривљеног (у конкретном случају да одржи уверење суда у оправданост првобитне осуде) може резултирати ускраћивањем права окривљеном. Неуспех кривичноправног захтева за кажњавањем не може спречити остваривање права окривљеног, без обзира на разлог због којег није опстала првобитна правноснажно утврђена осуда. Тужилац није успео да у поступку поводом ванредног правног лека одбрани чињеничну утемељеност осуде из првобитне осуђујуће пресуде. те, стога, окривљени не треба да сноси последице законом предвиђеног терета доказивања.

Најмање је недоумица око права на накнаду штете због неосноване осуде када се првобитно донета осуђујућа пресуда стави ван снаге ослобађајућом пресудом, донетом у поступку поводом ванредног правног лека. Значи, неспорно је да се право на накнаду штете стиче кад је правноснажна осуђујућа пресуда у поступку поводом ванредног правног лека ставља ван снаге ослобађањем окривљеног од оптужбе .

2.1.2. Блажа казна и блажа квалификација и право на накнаду штете

Права по основу неосноване осуде се стичу уколико првобитна правноснажна осуђујућа пресуда није опстала у поступку по ванредним правним лековима. Међутим, поставља се питање, да ли се под неоснованом осудом може сматрати осуда на блажу казну (нпр. новчана казна уместо казне затвора или оглашавање кривим уз ослобађање од казне у пресуди донетој по ванредном правном леку). За разлику од неких законодавстава (нпр. немачко, мађарско), према нашем Законику о кривичном поступку у овим ситуацијама није могуће остварење права по основу неосноване осуде. Према нашем позитивном праву, осуда је неоснована ако је у поступку по ванредном правном леку анулирана правноснажна осуђујућа пресуда. Но, ослобођење од казне или блажа казна изречена у пресуди донетој по ванредном правном леку (наравно, не по захтеву за ванредно ублажавање казне) не могу бити основ за накнаду штете због неосноване осуде. Међутим, ослобођење од казне или блажа казна могу бити основ за накнаду штете због

⁴ Herman Roeder, Lehrbruch des Osterreichischen Strafverfahrensrechte, Wien, 1963, S. 129.

неоснованог лишења слободе, под условима из чл. 584. ст. 1. тач. 2. Законика о кривичном поступку.

Неоснованом осудом се не сматра ни поновна осуда у поступку иницираном ванредним правним леком, али са благом правном квалификацијом кривичног дела. Међутим, у овој ситуацији окривљени има право на моралну репарацију (моралну компоненту друштвене рехабилитације), предвиђену чл. 592. Законика о кривичном поступку. Дакле, неадекватна правна квалификација кривичног дела садржана у првобитној осуђујућој пресуди ако вређа углед окривљеног, може резултирати јавном обзнаном њене промене у пресуди донетој у поступку по ванредном правном леку.⁵

2.2 Основи искључења права на накнаду штете због неосноване осуде (негативне претпоставке)

Анулирањем првобитно донете осуђујуће пресуде у поступку поводом ванредног правог лека, показало се да је осуда неоснована и, следствено томе, лице неосновано осуђено стиче право на пуну друштвену рехабилитацију. Међутим, у случају постојања законом предвиђених околности објективног или, пак, субјективног карактера (односе се на понашање окривљеног), искључује се одговорност државе због неосноване осуде. Због тих околности, и поред постојања услова за остваривање права на накнаду штете, ово право се не може реализовати. Околности које искључују остваривање права на накнаду штете због неосноване осуде предвиђене су чл. 585. Законика о кривичном поступку (тзв. негативне претпоставке). Према наведеној одредби, право на накнаду штете због неосноване осуде не постоји:

а) ако је окривљени својим лажним признањем или на други начин намерно проузроковао сопствену осуду, осим ако је на то био принуђен.

б) ако је до обуставе кривичног поступка или до доношења пресуде којом се оптужба одбија дошло због тога што је у новом поступку оштећени као супсидијарни тужилац или приватни тужилац одустао од кривичног гоњења, или је оштећени одустао од предлога за гоњерње, а до одустанка је дошло на основу споразума са окривљеним;

⁵ Види ситуацију у аустријском праву, Roeder, Lehrbuchdes Osterreichichischen Strafverfahrensrechte, Wien, 1963, str. 355.

2.2.1. Искључење права на накнаду штете због неосноване осуде проузроковане лажним признањем или на други сличан начин

Законик о кривичном поступку, у основи, омогућава остваривање права неосновано осуђених лица. Стога је логично да се законским одредбама санкционишу последице понашања окривљеног којим је проузроковао сопствену осуду. У склопу тих околности, законодавац апострофира лажно признање окривљеног које је проузроковало неосновану осуду, као чињеницу која искључује права по основу неосноване осуде.

Да би лажно признање представљало околност која искључује право на накнаду штете, потребно је да испуњава одређене услове. Најпре, признање мора бити резултат слободно изражене воље окривљеног. У супротном, ако је лажно признање последица принуде, оно неће имати законом признати утицај на остваривање права по основу неосноване осуде (чл. 561. ст. 2.). Мишљења смо да је законодавац, када већ предвиђа принуду као околност која анулира дејство лажног признања на остваривање права проистеклих из неосноване осуде, треба да истакне и друге недозвољене утицаје на вољу окривљеног - пре свега, силу, медицинске интервенције и слично. Међутим, чини се да је помињање принуде у овом контексту непотребно. Да би лажно признање имало карактер негативне претпоставке релевантне за остваривање права проистеклих из неосноване осуде, потребно је да буде учињено с циљем намерног проузроковања сопствене осуде окривљеног (чл. 585. ст. 2. ЗКП). Пошто принуда спада у ред околности које искључују одговорност за одређено понашање, савим је сигурно да принуда искључује намеру. Стога је сувишно изричито помињање принуде, у склопу околности која утиче на последице лажног признања окривљеног.

Лажно признање, да би представљало околност која искључује право на накнаду штете због неосноване осуде, треба да буде признање у правом смислу те речи.⁶ Поред тога, лажно признање треба да се односи на чињенице и околности које представљају радњу извршења кривичног дела за које је окривљени оптужен.⁷ То значи, да ако се лажно признање односи на неку чињеницу која се не односи на радњу извршења кривичног дела, тада лажно признање те чињенице не искључује право на накнаду штете због неосноване осуде. Битно је да постоји каузалитет између лажног признања и неосноване осуде. Пресуда којом је, показало се, окривљени неосновано осуђен треба да се заснива, претежно, на исказу окривљеног који у себи садржи лажно признање о извршеном кривичном делу.

⁶ Др Тихомир Васиљевић, Накнада штете проистекле од неоправдане осуде и неоснованог задржавања у притвору, Хроника судске праксе, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, бр. 2/68, стр. 291.

⁷ Др Момчило Грубач, *op. cit.* стр. 38.

Ако се, пак, осуда окривљеног заснива на доказном материјалу добијеном из других доказних средстава (исказ сведока, вештака, исправе), онда лажно признање не представља околност која искључује право на накнаду штете због неосноване осуде. У овој ситуацији би окривљени био осуђен и без исказа који садржи лажно признање.

Да би лажно признање представљало околност која искључује право на накнаду штете због неосноване осуде, потребно је да буде учињено на главном претресу. То је стога што се пресуда може донети само на основу доказа и чиненица који су изведени на главном претресу (чл. 352. ст. 1. ЗКП). Из одлука врховних судова (одлука ВСЈ - Кж 3/61 и ВС Војводине 10/70, од 27.1. 1970) произлази да лажно признање дато у истрази, а касније оповргнуто на главном претресу, не искључује право на накнаду штете због неосноване осуде. Исто тако, са становишта остваривања права на накнаду штете, ирелевантно је и лажно признање садржано у жалби на пресуду првостепеног суда.

Чињеница да ли се осуда претежно заснива на лажном признању или не, може бити видљива само из образложења пресуде. У већини случајева, дакле, може се јасно спознати у којој мери је лажно признање утицало на осуду окривљеног. Међутим, проблем настаје због релативизовања обавезе суда да образложи пресуду. Писмено израђена пресуда не мора садржати образложење ако су се странке (али и оштећени ако има право на жалбу), по објављивању пресуде, одрекле од права на жалбу, и ако нису захтевале достављање пресуде. Изостанак образложења може створити проблеме у поступку по захтеву за понављање кривичног поступка и захтеву за заштиту законитости, у којима се може анулирати правноснажна осуђујућа пресуда, те тако отворити пут за накнаду штете због неосноване осуде.

При процени испуњености услова за накнаду штете због неосноване осуде, потребно је утврдити евентуални утицај лажног признања на доношење пресуде, а то се може увидети само на основу образложења пресуде. Чини се исправним становиште да помоћ у решавању овог проблема може пружити судска пракса, на тај начин што ће игнорисати могућност изостанка образложења пресуде, јер евентуално изостављање образложења не доприноси убрзању поступка, а формулисање образложења не представља тешкоћу суду.⁸ Додали бисмо да могућност изостанка образложења у случају одрицања од жалбе одмах по објављивању пресуде (чл. 429. ст. 1. ЗКП) отвара и питање постојања права на накнаду штете због неосноване осуде у случају неизјављивања жалбе.

⁸ Види шире о томе: др Тихомир Васиљевић, Нове установе и нова решења закона о кривичном поступку од 24. 12. 1976., Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 6/77, стр.64.

Наиме, поред апострофирања лажног признања као негативне претпоставке за остваривање права на накнаду штете због неосноване осуде, законодавац помиње и "друге начине проузроковања осуде". У ту групу околности би се могли подвести случајеви презентирања лажних исправа суду, недозвољени утицаји на сведоке и слично. Уколико је пресуда којом је ван снаге стављена правноснажна осуђујућа пресуда заснована на доказима добијеним из лажне исправе или из исказа сведока према коме је примењена сила, претња, принуда и други недозвољени утицаји, искључено је право на накнаду штете. Услов за постојање ове негативне претпоставке треба да буде доказана узрочна веза између доказа добијених на недозвољен начин и судске одлуке којом је обеснажена правноснажна осуда.

У теорији кривичног процесног права је изражена полемика о пропуштању изјављивања жалбе, као једном од начина "намерног проузроковања осуде" окривљеног. Прву прилику да одагна осуду и све њене последице, окривљени добија стицањем права на жалбу, којом може да нападне чињеничну и правну заснованост пресуде. Питање је да ли пропуштањем изјављивања жалбе, окривљени манифестује своје уверење о основаности осуде. Уколико би се на ово питање дао потврдан одговор, могло би се довести у сумњу оправдање каснијег постављања захтева за накнаду штете. У том начину резонувања треба тражити мотиве законодавца који је одредбама Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије и Законика о кривичном поступку ФНРЈ из 1953. ускраћивао право на накнаду штете због неосноване осуде ако окривљени није изјавио жалбу, или се одрекао од изјављене жалбе

Оваквом законском решењу се могу упутити критике. Најпре, питање је, како утврдити да је неизјављивање жалбе "намерно " или из "грубе непажње " и слично. Затим, на овај начин се право на жалбу трансформише у обавезу на жалбу.⁹ Поред тога, да ли изјављивањем жалбе у корист окривљеног од стране јавног тужиоца и најближих сродника може значити да је окривљени намерно пропустио да изјави жалбу.

Осим презентоване аргументације, сматрамо потребним да укажемо на оне околности које, у основи, чине неутемељеним везивање права на накнаду штете због неосноване осуде, за претходно коришћење редовних правних лекова. Законодавац није ни право на подношење ванредних правних лекова условио претходним коришћењем редовних правних лекова. Зато, остваривање права на накнаду штете не треба условљавати претходним коришћењем права на жалбу, кад то није урађено ни са правом на подношење ванредних правних лекова.

⁹ Никола Срзентић, *Накнада штете због неоправдане осуде и због неоснованог лишења слободе*, Зборник радова у страном и упоредном праву, Институт за упоредно право, Београд, свеска 4, 1966; стр. 441.

Могућност обеснаживања правноснажне осуђујуће пресуде у поступку по ванредним правним лековима чини излишним претходну обавезу окривљеног да жалбом нападне првостепену пресуду, како би, касније, могао остварити право на накнаду штете због неосноване осуде. Поред тога, могуће је да се чињенице и докази који доводе до ослобођења од оптужбе појаве тек пошто пресуда постане правноснажна. Уз то, окривљени у жалби не мора указивати на нове чињенице и доказе, већ се може усредсредити на незаконитости првостепене пресуде.¹⁰ Изостанак жалбе може искључити право на накнаду штете због неосноване осуде једино ако би се утврдило да жалба није изјављена да би се намерно изазвала осуда.

Поједина законодавства санкционишу пропусте у остваривању одбране, на тај начин што у тим случајевима искључују право на накнаду штете због неосноване осуде Италијански Закон о кривичном поступку искључује право на накнаду штете "ако је окривљени умишљајем или грубим нехатом проузроковао осуду или допринео доношењу неоправдане осуде" (чл. 571). Иначе, италијанска теорија кривичног процесног права под умишљајним проузроковањем осуде сматра радњу управљену на обману судије, а под доприносом осуди грубу небригу у остварењу одбране.

2.2.2. Искључење права на накнаду штете због одустанка оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца од гоњења или због одустанка оштећеног од предлога за гоњење на основу споразума са окривљеним

Сходно начелу мутабилитета, овлашћени тужилац може одустати од оптужбе у свим фазама кривичног поступка, па тако и у поступку по ванредном правном леку. У складу са том законском могућношћу, тужилац ће својим одустанком од оптужбе издејствовати доношење решења о обустави кривичног поступка. Пошто Законик о кривичном поступку признаје право на накнаду штете због неосноване осуде и у случају анулирања правноснажне осуђујуће пресуде обуставом кривичног поступка или пресудом којом се оптужба одбија у поступку иницираном ванредним правним леком, сама чињеница одустанка овлашћеног тужиоца од оптужбе не угрожава интерес неосновано осуђеног, а ни јавни интерес.

¹⁰ Види: Др Тихомир Васиљевић, Систем Кривичног процесног права СФРЈ, Београд, 1987, стр. 724.

Међутим, законодавац настоји да спречи обуставу кривичног поступка или одбијање оптужбе у поступку поводом ванредног правног лека који су резултат споразума оштећеног као супсидијарног тужиоца, односно приватног тужиоца и окривљеног. По природи ствари, споразум јавног тужиоца са окривљеним је искључен, јер је јавни тужилац обавезан начелом легалитета кривичног гоњења. Ако ипак јавни тужилац, злоупотребљавајући своја овлашћења, постигне споразум са окривљеним, право на накнаду штете је искључено.

За разлику од законског решења садржаног у чл. 585. ЗКП-а, према Законику о кривичном поступку из 1953. (све до измена из 1970), није постојала могућност досуђивања накнаде штете због неосноване осуде ако је приватни тужилац својим одустанком издејствовао доношење пресуде којом се оптужба одбија. Лоша страна оваквог законског решења се огледа у чињеници да је приватни тужилац (не и оштећени као супсидијарни тужилац) могао, у случају процене да ће доћи до особађајуће пресуде, својим одустанком од оптужбе да спречи ослобођење окривљеног од оптужбе. Тиме би се осујетило стицање процесне легитимације за покретање поступка за накнаду штете због неосноване осуде. Увидевши опасност по права окривљеног коју са собом носи презентирано законско решење, изменом Законика о кривичном поступку из 1970. године (а таква је ситуација и *de lege lata*), законодавац начелно признаје право на накнаду штете и у случају доношења пресуде којом се оптужба одбија услед одустанка приватног (као и супсидијарног) тужиоца од оптужбе, изузев ако је до одустанка дошло на основу споразума тужиоца са окривљеним. Међутим, интересантно је проникнути у мотив законодавца да елиминише могућност "споразумног" одустанка од даљег кривичног прогона окривљеног. Чини се да законодавац полази од хипотетичке могућности нагодбе окривљеног и оштећеног као приватног, односно супсидијарног тужиоца, која би се састојала у исплати одређене новчане вредности тужиоцу од стране окривљеног, а заузврат, овлашћени тужилац би одустао од кривичног гоњења. У том случају, задовољени тужилац не би имао ништа против да окривљени стекне право на накнаду штете из буџетских средстава. Стога је законодавац санкционисао могућност нагодбе окривљеног са приватним, односно супсидијарним тужиоцем, на напред описани начин.

Критичким сагледавањем одредбе Законика о кривичном поступку која настоји да елиминише стицање права на накнаду штете због неосноване осуде у случају одустанка оштећеног као супсидијарног тужиоца и приватног тужиоца на основу споразума са окривљеним, учачамо неке спорне чиненице. Најпре, не види се разлог апострофирања оштећеног у својству супсидијарног тужиоца као потенцијалног учесника у угрожавању јавног интереса (споразумом са окривљеним), јер би у том случају јавни тужилац могао (и морао) преузети гоњење. С друге стране, поставља се питање могућности суда да сазна мотиве одустанка приватног тужиоца од оптужбе. Приватни тужилац (као ни остали тужиоци) није обавезан да образложи одлуку о одустанку од оптужбе. Та се намера може манифестовати и конклюдентном радњом - недоласком на главни претрес, иако је уредно позван. Поред тога, законодавац треба да санкционише "споразумевање" окривљеног и тужиоца помоћу принуде, претње и силе. У теорији постоји и мишљење да би, због чињенице да осуда може бити неоснована независно од споразума тужиоца са окривљеним, право на накнаду штете могло бити остварено на основу самог Устава, који јемчи право на накнаду штете неосновано осуђених лица. Полазни основ овог става је да и окривљени који није крив може прибећи споразуму са тужиоцем, мотивисан неизвесношћу коначног епилога кривичног поступка. Да се у тој ситуацији споразумом оштећеног као супсидијарног тужиоца, односно приватног тужиоца са окривљеним не би осујетило остваривање права на накнаду штете (која, свакако, може наступити), потребно је да оштећени оствари право на накнаду штете по основу Устава!¹¹

Завршне напомене

Нормативни оквир права на одштету због грешке суда у нашем позитивном праву у потпуности респектује међународноправне гаранције овога права, садржане у најзначајнијим међународноправним документима. Конституисањем права на накнаду штете за неосновану осуду и у случајевима када се правноснажна осуда анулира и одлукама о обустави поступка и о одбијању оптужбе у поступку иницираном ванредним правним леком, проширени су домети заштите лица оштећених "одсуством правде у кривичном поступку".

¹¹ Стојан Цигој, Интервенција државног органа у личну слободу, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, стр. 530.

Ограничења за остваривање овога права на линији су стандарда искристалисаних у каталозима људских права садржаним у најзначајнијим међународноправним актима из области заштите елементарних људских права, чији је рацио да грешке суда настале као резултат пропуста самог окривљеног не могу исходovati правима по основу изостанка правде у кривичном поступку.

Saša Knežević, LL.D
Full Professor

**ELIMINATING THE CONSEQUENCES OF UNJUSTIFIED CRIMINAL
REPRESSION AS THE IMPERATIVE OF HUMAN RIGHTS
PROTECTION**

Summary

As soon as a criminal proceeding has been initiated, the mechanism of criminal law protection of social values is set in motion, imposing immediate restrictions on the fundamental human rights of the accused. In order to make the judgment brought in the criminal proceeding fully legitimate, the accused must be given the opportunity to articulate his position on the criminal matter at issue. For this purpose, the legislator is required to balance the public interest of the state in punishing the criminal offender and the fundamental rights and freedoms of the individuals who are subjected to the criminal law repression. In this context, it is necessary to create an optimal institutional setting which would embody both of the opposing tendencies. The defendant's fundamental rights and freedom may be restricted only providing that the judgment imposing such a restriction has resulted from a confrontation of arguments between the defendant and the prosecutor before an independent criminal court, which has fully observed the principles of legality, impartial justice and fairness. This is the essence of the right to a fair trial, which is contained in international legal documents on human rights' protection as well as in the supreme legal acts of the states instituted on the rule of law.

The right to a fair trial also comprises the right of the "victims" of unfair criminal proceedings to seek monetary compensation from the state. The right is considered infringed if there has been a serious omission in the course of the criminal proceeding which is detrimental to the defendant's interests. The defendant's right encompasses the rights deriving from the unjust conviction and unjustly applied procedural repression measures. As such, the right is envisaged in the most important international legal documents in the field of human rights' protection.

Др Миомира Костић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Др Дарко Димовски
Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

ОПШТА ВИКТИМОЛОГИЈА И ЖРТВЕ ЕЛЕМЕНТАРНИХ НЕПОГОДА

Анстракт:

У раду, аутори су најпре нагласили значење речи жртва, истичући да појава страдања људи, услед туђих или сопствених недозвољених поступања, пропуштања или, пак, задесних, или несрећних околности, прати одувек развој људског друштва, и човека као појединца. Ипак, без обзира на централно усмерење ка изучавању личности жртве, свим њеним активностима у интеракцији у механизму страдања (виктимизацији), намеће се и потреба изучавања колективних и апстрактних жртава, затим масовних жртава при кршењу норми међународног хуманитарног права, или жртава извесних облика девијантности, попут проституције или наркоманије, али и, све чешће, жртава елементарних непогода. Зато се цео посебан правац у виктимологији назвао општа виктимологија, или 'виктимологија оријентисана на помоћ'. Тако је један начин теоријског приступа, заступљен у академским расправама о предмету виктимологије, добио јасно практично одређење у начину организованог деловања држава чланица Европске уније (European Commission – Humanitarian Aid and Civil Protection). Начин деловања овог механизма био је видљив у последњих неколико месеци, почев од 13. маја 2014. године, до најновијих догађаја марта 2016. године, када су екстремне поплаве погодиле подручја Србије и БиХ. Приступ оште виктимологије, често невидљив у односу на концепт пеналне виктимологије, као да из чисто теоријског, универзитетског приступа постаје све значајнији у објашњењу страдања људи, и разоткривања улоге државе и државних институција у спречавању виктимизације становништва.

Кључне речи: *општа виктимологија; елементарне непогоде; жртва.*

Уводна разматрања

Појава страдања људи, услед туђих или сопствених недозвољених поступања, пропуштања или, пак, задесних, или несрећних околности, прати одувек развој људског друштва, и човека као појединца. Отуда се реч

Проф. др Миомира Костић, доц. др Дарко Димовски

страдалник или страдалница односи на онога/ону који/која страда, патник/патница, невољник/невољница. Сама реч, дакле, јасно указује на то да онај који страда, или је страдао, то није желео. Реч жртва у српском језику, донекле, има нешто шире, али и конкретније значење, с тим што је страдање некога само једно од значења жртвовања. Стога, у лингвистичком одређењу, могуће је да жртва означава “оно што се приноси као дар неком божанству у знак захвалности или ради придобијања милости тога божанства”, затим особу која је погођена ратним разарањима, или усмрћивањем путем ратних дејстава, као и ону особу која подноси страдања, невоље, па је то жртва породице и куће, жртва алкохола, или жртва фашизма. Међутим, материјално жртвовање, новчано жртвовање, велика жртвовања, ипак означавају одрицање од нечега, несебично давање, или чак, саможртвовање.¹

Стога, није необична дилема, тако често исказана у писаној речи из области виктимологије, да ли је појам жртва прикладан да означи нечије страдање, или пак, сувише обухватан, с обзиром на оваква наведена језичка одређења.²

Област виктимологије, као посебне научне дисциплине, располаже бројним дебатама и анализама интелектуалаца, активиста невладиних организација и законодаца, па у тој „узаврелој мешавини“ настају бројне тензије.³ Неки аутори примећују да је виктимологија „специфична и респектабилна академска научна дисциплина. Нова грана науке о жртви, али са транспарентним и осебујним дијапазоном, свеобухватним и интердисциплинарним истраживачким поступком“.⁴ Или, „виктимологија је, најједноставније речено, знаност о жртви“, како тврди Шепаровић.⁵ Ипак, без обзира на централно усмерење ка изучавању личности жртве, свим њеним активностима у интеракцији у механизму страдања (виктимизацији),⁶ дакле феноменолошким и етиолошким обележјима одређене личности и процеса њеног страдања, намеће се и потреба изучавања колективних и апстрактних жртава, затим масовних жртава при кршењу норми међународног хуманитарног права, или жртава извесних облика

¹ Видети: *Речник српскога језика*, Матица српска, Нови Сад, 2007., стр. 375.

² Видети, на пример: Graovac, I. „Dilema viktimologije: žrtve i/ili stradalnici“, <http://www.cpi.hr/download/links/hr/7088.pdf>, pristup: 16. 7. 2014.

³ Видети: Sandra Walklate, *Imagining the Victim of Crime*, McGrawHill, Open University Press 2007., str. 29-30.

⁴ Видети, на пример: Alija Ramljak, Miodrag Simović, *Viktimologija*, Panevropski univerzitet ApeiroN, Fakultet pravnih nauka Banja Luka, Banja Luka 2006., str. 3.

⁵ Видети: Zvonimir Šeparović, *Viktimologija - studije o žrtvama*, Informator, Zagreb 1985., str. 11.

⁶ Alija Ramljak, Miodrag Simović, loc. cit.

девијантности, попут проституције или наркоманије, али и, све чешће, жртава елементарних непогода, на пример.

Осим тога, неки од истакнутих виктимолога, попут Андзенге (Andzenge), саму виктимизацију одређују као „представу“, начин на који себе сагледава појединац као жртва, или групе особа као жртве, дакле вид субјективне перцепције, помоћу кога се остварује значајан утицај на ниво њихове виктимизације. Међутим, аутор наглашава да је важна и субјективна представа осталих актера у процесу виктимизације, која такође утиче на обликовање искуства и касније понашање жртава. Број „осталих“ је велики: пријатељи, рођаци, посматрачи, грађани, односно сви они који имају сазнања о виктимизацији, затим организације које исказују извештај професионални интерес (држава и државни органи, или невладине организације), као и сами починиоци, у случајевима криминалне виктимизације жртава. Они сви, понаособ, уносе своју „субјективну“ перцепцију у „објективни“ догађај. Представа/перцепција заузима централно место у виктимолошком начину размишљања, истраживања и интервенције, онда када се процес виктимизације изучава у склопу друштвеног конфликта. Циљ је да се током терапије измене представе/перцепције код жртава, као и њихов емоционални одговор на то, што је, у ствари, главно одредиште напретка у опоравку жртава.

Бен-Дејвид (Ben-David) је 2000. године представио „виктимологију жртве“ („Victim's Victimology“), као нову оријентацију, засновану на потреби вршења виктимолошких истраживања и праксе. Ова оријентација је усмерена на представе жртава и указује на значај научне методологије која ће се примењивати у односу на исказане потребе и интересе самих жртава, и представља пример промене, у којој самоспознаја потреба жртава постаје примарни фокус, а не њихова права, како то намеће друштво. Јасно је да поступак „давања гласа“⁷ потребама жртава не искључује давање гласа и правима жртава, тако да претходно додаје нову димензију потоњем.

Стара парадигма, која у први план ставља права жртава, може да се посматра као израз чисте моралности у односу на онога ко је жртва, док нова парадигма у први план истиче старање о моралности. Старање о томе обухвата не само заштиту права и интереса жртава, већ и стварање могућности које ће ићи у сусрет њиховим потребама. Садашња теорија у виктимологији изражава ову парадигму, истичући како област усмерену на акцију, тако и област академског и научног интересовања. Главна акција усмерена је на трансформацију представе/перцепције на било ком нивоу, од индивидуе до институције, ка културолошком и социјалном одређењу.

⁷ *Trends and Issues in Victimology*, op. cit., str. 4.

Затим, у виктимолошким радовима новијег датума јасно се истиче да „ми обмањујемо себе ако мислимо да је понашање корпорација ирелевантно, чак и у односу на уско одређење криминалитета. На много начина, лоше поступање корпорација се чини са много више предумишљаја него већина од учињеног уличног криминалитета, који ми уобичајено прихватамо као злочиначко поступање и као виктимизацију“.⁸

Зато Мирс (Miers) примећује да „виктимологија има превише гласова да би дозволила било какву кохерентност у начину свог саопштеног разумевања света“,⁹ док Рок (Rock) запажа њену „католичку“ природу.¹⁰ Указујући чак и на шире концепте унутар дисциплине, канадски виктимолог Фата (Fattah), инсистира на раздвајању онога што он назива „хуманистичком виктимологијом“, од „научне виктимологије“.¹¹ Наиме, чинећи ову разлику, Фата у први план ставља полазишта која проистичу из упоређивања тврдњи о виктимизираниости које су дате од стране оних који припадају покретима за заштиту жртава, с једне стране и оних чија су схватања о виктимизираниости више непристрасна, академска, односно више научне природе, с друге стране. Потреба за оваквим раздвајањем настала је у време када је овај виктимолог писао „изузетно прикладно“, дајући снажне конзервативне политичке тонове, удружене с многим схватањима проистеклим из покрета за права жртава у Северној Америци, и њиховој способности да задобију пажњу државе. Међутим, тај потпури активизма и политичког утицаја на страни „гласа жртава“ је нешто што се јавило и у развијеним земљама Западне Европе, Енглеској и Велсу, на пример, упркос релативно неутралном положају покрета за подршку жртвама у овим земљама.¹² Све до раних деведесетих година 20. века расли су, како број и шароликост схватања група и индивидуа који су се залагали за права жртава у тим земљама, тако и процес политичког концентрисања интереса жртава.¹³

⁸ Ellias Robert, „Paradigms and Paradoxes of Victimology“, <http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/27/elias.pdf>, pristup: 24.4.2009.

⁹ Sandra Walklate, loc. cit.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Овакав исход најбоље илуструје теоријску и научну тврдњу да је тешкоћа око одређивања појма неке научне дисциплине повезана са одређењем садржаја њеног предмета, методама које се користе приликом проучавања тог предмета, различитим идеолошким концепцијама и приступима истраживача/истраживачица. Видети, на пример: Слободанка Константиновић-Вилић, Весна Николић-Ристановић, *Криминологија*, Центар за публикације правног факултета у Нишу, Ниш, 2003., стр. 18.

¹³ Sandra Walklate, loc. cit.

Развој виктимолошких схватања – од пеналне ка општој виктимологији

У развоју виктимологије је могуће идентификовати више различитих праваца, чија предметна и временска одређења варирају, у зависности од приступа појединих виктимолога.¹⁴

Интересовање првих виктимолога наставља да утиче на формирање једне од главних струја која се наставља и унутар данашње виктимологије. Ова струја названа је пенална виктимологија, у односу на оно што се назива општа виктимологија. За следбенике пеналне виктимологије, област интересовања је дефинисана кривичним правом: виктимологија је наука о жртвама недозвољених понашања, која су инкриминисана одредбама кривичног права. Истраживања у области овог виктимолошког правца повезују податке који се односе на узроке злочина, с оним подацима који се односе на улогу жртве у настанку злочина. Пенална виктимологија тражи динамичко, узајамно деловање између жртве и учиниоца. Сасвим подесан, алтернативни назив за ову струју био би интеракционистичка.

Други, главни правац виктимологије обично се назива општа виктимологија („general victimology“). Као и пеналну виктимологију, и овај правац је први експлицитно објаснио Менделсон. Године 1956, у једном од својих послератних радова, Менделсон је представио своје опште учење о ономе што је тада назвао „виктимитет“ („victimity“),¹⁵ који треба умањити

¹⁴ Видети опширније: Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликан-ПРИНТ, Ниш, 2009., стр. 461.

¹⁵ У новијим приступима изучавању рестаоративне правде и виктимологије неки аутори излажу значење извесних термина, који ипак нису у уобичајеној употреби у радовима из виктимологије на домаћем језику. Тако, термин „виктимитет“ („victimity“) означава сва заједничка обележја жртава; „виктималан“ („victimal“) значи да особа поседује карактер жртве; „виктимогенично“ („victimogenic“) оно што ствара/формира жртве; и „виктимогенеза“ („victimogenesis“) оно што означава порекло или узрок виктимизације. Видети: Dr. John Dussich, *Keynote speech for the 12th Annual Restorative Justice Conference in Fresno Oct 20 '06*, <http://peace.fresno.edu/rjp/docs/2006Dussich.doc>, pristup: 9.11.2009.

У радовима руских виктимолога се истиче да је виктимитет кључни концепт виктимологије у Совјетском Савезу (цитирани рад је објављен 1991, *prim.a.*). Овај термин означава две перспективе. Једну, која посматра виктимитет као скуп личних карактеристика које утичу на његов/њен ризик да постане жртва криминалне виктимизације. Друга перспектива посматра виктимитет као пут који резултира у злочин. Посматрањем „виктимитетних“ карактеристика, могу се уочити: социопсихолошке личне карактеристике; затим, оне које одређују социјалне улоге и функције; потом, био-психолошке карактеристике (узраст и пол), као и оне које су одраз патолошког стања особе (психичко или соматско обољење). Емпиријска истраживања „виктимитета“, као резултанте злочина, обухватају радове Франка (Франк, 1972) који је вршио проучавање убистава под отежавајућим околностима.

превентивном активношћу и пружањем помоћи жртвама. У каснијим радовима, Менделсон је предлагао установљавање клиника за жртве, у којима би се пружала помоћ жртвама, заснована на посебној личној, друштвеној и културолошкој теорији рехабилитације.¹⁶

Тиме је Менделсоново интересовање скренуто са злочина и са превенције злочина, на превенцију и олакшавање виктимитета, у најширем смислу. Менделсон је веровао да у субјекте проучавања треба да се укључе не само жртве злочина и злоупотребе моћи, већ и жртве несрећних случајева, природних катастрофа и „других Божјих дела“.¹⁷ Он се залагао за развој опште виктимологије, као дисциплине на сопственим основама, независне од криминологије и кривичног права, која ће помоћи државама да минимализују људско страдање. Овакав став проистекао је, свакако, и из Менделсоновог личног искуства жртве кршења основних људских права, током Другог светског рата.

Иако Менделсон никада није био укључен у установљавање конкретних олакшица за жртве, он ипак може бити сматран духовним оцем онога што се сада назива „покрет за жртве“, који се и у развијеним и у мање развијеним земљама света издваја од седамдесетих година прошлога века. Као видљива последица тог покрета, у многим земљама, настале су одредбе, којима се регулише кривични поступак, измењене тако да обезбеђују бољи положај жртвама злочина. Виктимолози су постали заступници жртава, са виктимологијом трансформисаном тако да је од виктимологије дела постала виктимологија делања. Паралелно са овако сагледаном глобалном променом, клиничка испитивања, која укључују жртве злочина и несрећа, проширила су се током последњих двадесетак година. Кључни сегмент на том истраживачком пољу је како треба помоћи особама под трауматским стресом, или како последице пострауматског стреса треба превенирати, или лечити. Без обзира што су криминолози, правници кривичари и социјални психолози дали важан допринос овом конкретном научном сазнању, ипак, сматра Ван Дијк да су већину „посла на овом пољу одрадили или одрађују психијатри и клинички психолози“.¹⁸

Досег ове врсте истраживања није ограничен само према жртвама криминалитета. Тачна природа озбиљних животних догађаја, који изазивају трауматски стрес, је од мале важности. Зато пажњу треба усмерити на

J. Gilinskij, L. Ivanov, „Victimology in the SSSR (Union of Soviet Socialist Republics): Theoretical approach and Empirical Research“ (*From Victims and Criminal Justice*, P 160-178, 1991, Gunther Kaiser, Helmut Kury, et al., eds. -- See NCJ-132477) <http://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=132483> pristup: 9.11.2009.

¹⁶ Jan J.M. van Dijk, оп. цит., стр. 3.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

третман и превенцију, или ублажавање штетних последица.¹⁹ Поремећаји пострауматског стреса су такође опажени и код жртава акциденталних догађаја, као и код природних катастрофа, или саобраћајних несрећа.

Зато је Менделсон цео овај правац у виктимологији назвао општа виктимологија. Из изложеног схватања је јасно да се овај правац разликује не само по свом одређењу области којом се бави виктимологија, већ и по исказаном фокусу усмереном на помоћ или третман, пре него на анализу генезе виктимизације. Слоган који би одговарао овом правцу виктимологије био би да „виктимологија не треба да тежи да тумачи жртве, већ да им помаже. Зато би један алтернативни назив гласио 'виктимологија оријентисана на помоћ'“.²⁰

Општа виктимологија је привукла и политичку критику. Као аргумент се износи то да особе које је задесила нека животна тешкоћа такође тврде да су жртве, па се тиме занемарује лична одговорност. САД су држава за коју се тврди да представља „културу негодовања“. У том контексту, спомиње се и „терапеутска култура“ и „индустрија виктимизације“. Ипак, узимајући у обзир сву озбиљност виктимизације, као предмета виктимолошке расправе, овај критички став, сам по себи као изолована расправа, нема значаја. Међутим, критички став према могућим претеривањима „примењене виктимологије“, како Ван Дијк примећује, мора да буде поздрављен добродошлицом.²¹

У многим државама, општа виктимологија је институционално повезана са заступањем жртава и приступом одређеним службама у развијеним земљама света. Студије о критичкој евалуацији, урађене од стране независних истраживача, од виталног су значаја за побољшање рада тих служби. Виктимолози, заступници пеналне перспективе, обично не деле „разметљивост“ при пружању професионалне помоћи жртвама, постављајући „природна“ питања, која се односе на теоријску заснованост и ефикасност пружене помоћи. Они такође могу помоћи да се одржи равнотежа код давања преувеличаних тврдњи о статусу жртве, од стране посебно заинтересованих група.

На крају свог критичког става, Ван Дијк примећује да је у неким клиничким истраживањима жртва злочина, занемарена криминална природа жртвиних проблема. Уместо тога, пажња је усмерена на клиничке симптоме пацијента. Правници кривичари некада радо прихватају медицински приступ жртвама. Ако се питања жртва злочина могу успешно пребацити на

¹⁹ Многа истраживања су усмерена на питања преживљавања Холокауста и других поступака чињених током Другог светског рата и на најбоље методе којима ће се помоћи жртвама у њиховом пресликаном понашању. Видети: Ibid.

²⁰ Jan J.M. van Dijk, оп. цит., стр. 5.

²¹ Ibid.

професије које пружају лечење, онда се кривичноправни систем „не треба тиме да замара и може окупирати себе искључиво односом између државе и учиниоца“.²² У том случају не постоје никакви политички притисци да се промени постојећи кривични поступак. И зато, Ван Дијк наглашава још једном улогу пеналних виктимолога и њихову сарадњу са феминистички оријентисаним виктимолозима/виктимолошкињама, у пружању потпоре против таквих професионалних коалиција које не поступају у најбољем интересу жртве.

Уопште, на ову тему, а и по ширем одређењу, многи криминолози изнели су и друге критичке ставове. Тако, Креси (Cressey) даје прилично строг критички став 1992. године, о виктимологији уопште, а и односу према жртвама: „Виктимологија је... не-академски програм под којим се арбитарно окупио мишмаш идеја, интереса, идеолошких ставова и истраживачких метода... (и) карактерише је неусаглашеност између две подједнако пожељне оријентације према људској патњи – хуманистичка и научна... (Међутим), хуманистички приступ тежи да буде осуђен зато што се сматра више пропагандом, а мање науком, а научни тежи да буде осуђен зато што није довољно усмерен на друштвену акцију. Боље би можда било да се свака од поставки виктимолога искључи, ако је одељена од друге, и ако формира заједништво изван сенке виктимолошког кишобрана“.²³

У ствари, Кресијево мишљење је оштро исказан став сличан ономе који износи Ван Дијк на рачун опште виктимологије и клиничком приступу жртви. Наиме, тумачећи Кресијеву огорченост, Елија (Elias) даље објашњава да је овакав Кресијев приступ проистекао из пренаглашеног виктимолошког става од стране заступника жртава, чији „жар“ за промовисањем политике у корист жртве „утиче на нашу способност да спроведемо објективно научно истраживање“.²⁴

Кресијева размишљања нашла су свог одјека код Фате, који истиче да је виктимологија превише залутала из теорије и науке и „постала сувише идеолошки, активистички и политички усмерена. Заступници жртава су некада тако заокупљени сликањем јаросне слике да искривљују злочин, његов удар, његову учесталост и његове жртве“.²⁵ Фата износи једну илустрацију која се односи на опасност „мисионарског жара“, често практикованог од стране заступника жртава: „крсташки рат“ против злостављања деце често је водио ка лажним оптужбама; презумпцији кривице, пренагљеном одвајању детета и непотребном страху и сумњама

²² Ibid.

²³ Videti: Robert Elias, „Paradigms and Paradoxes of Victimology“, стр. 9.

<http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/27/elias.pdf>, приступ 24.4.2009. године

²⁴ Robert Elias, оп. цит., стр. 12.

²⁵ Ibid.

међу родитељима, онима који професионално брину о деци и самом децом. Заступници жртава такође ризикују стигматизацију жртава, као беспомоћних бића, обезбеђујући неоправдан посебан третман за њих, узимајући у обзир да у било ком друштву жртве треба да имају право на помоћ.

Слично мишљењу Кресија и Фате, свој критички став износи и Хардинг (Harding), наглашавајући да је политизовање виктимологије „изопачило“ кривично правосуђе, с кобним последицама по оба приступа. Покрет за права жртава, наглашава Хардинг, промовисао је права селективно – за одређене жртве, као и неоправдану претпоставку да су права жртвава важнија у односу на права, или вредности у целом друштву. Тиме се овековечује лажна нулта борба између интереса жртава и интереса учинилаца, која промовише неефикасну, конзервативну криминалну политику.²⁶

Општа виктимологија и жртве елементарних непогода

Базично проучавање предмета и циља виктимологије, схваћене било као пеналне, било као опште виктимологије, упућује на дефинисање њених основних задатака. Према мишљењу Шепаровића, виктимологија, доминантно пенална, или доминантно општа научна дисциплина о страдању човека, има тројаки задатак, да: анализира многострукост проблема жртве; објасни узроке страдања; и, развија скуп мера за редукацију страдања људи.²⁷ Страдање човека Шепаровић посматра као последицу, односно “тај коначни учинак или пријетња да ће настати оштећења неког човековог добра, не гледајући на то ради ли се о човјеку појединцу или цијелим скупинама људи, па и о правним особама које се редовно састоје од скупине људи који у њој раде, представљају је, или се њоме користе”.²⁸

Концепт опште виктимологије односи се на страдања људи и под дејством елементарних непогода, односно несрећа. Један начин теоријског приступа, заступљен у академским расправама о предмету виктимологије, добио је јасно практично одређење у начину организованог деловања држава чланица Европске уније.

Наиме, на нивоу Европске уније, при Европској комисији, јасно је организовано спровођење хуманитарних циљева и цивилна заштита (European Commission – Humanitarian Aid and Civil Protection).²⁹ Европска

²⁶ Ibid.

²⁷ Šeparović, Z., оп. цит., стр. 13.

²⁸ Šeparović, Z., оп. цит., стр. 14.

²⁹ *European Commission – Humanitarian Aid and Civil Protection*, http://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/thematic/civil_protection_en.pdf, приступ: 16.7.2014.

сарадња у цивилној заштити обухвата: добру координисаност, делотворан и успешан одговор, као резултат повлачења извора за помоћ од држава чланица; очување људских и финансијских извора, тиме што се избегава дуплирање напора, а тиме и осигурање да помоћ одговара стварним потребама држава, које су погођене несрећама; пружање помоћи да се изврше припреме за избегавање несрећа, путем подизања свести становништва, организовањем обука, разменом стручњака и путем вежби у симулованим несрећама.³⁰

Начин деловања овог механизма био је видљив у последњих неколико месеци, тачније почев од 13. маја 2014. године, када су екстремне поплаве погодиле подручја Србије и БиХ. Према процени Европске комисије, последицама поплаве у обе земље погођено је више од 3.000.000 становника. Стотине хиљада грађана је страдало, тако што су изгубили основна средства за живот, и били су принуђени да се евакуишу из својих домова, услед поплава, клизишта и наслага блата. По захтевима Србије и БиХ, упућеним Европској комисији за пружање хуманитарне помоћи, Европска унија је ослободила 3.000.000 € средстава за хуманитарну помоћ, усмерену ка најугроженијим категоријама становништва.³¹ Европска комисија, заједно са Словенијом и Француском, организовала је 16. јула 2014. године доворску конференцију у Бриселу, за прикупљање средстава за Србију и БиХ.³² На конференцији је прикупљено укупно 1.846.000.000€, а од тога за Србију 995.200.000€. ³³ На Конференцији је био представљен и извештај о овогодишњим поплавама, усвојен на седници Владе Србије 15. јула 2014. године.

Уједно, Влада Србије је формирала и Канцеларију за помоћ и обнову поплавлених подручја.³⁴ Канцеларија обавља стручне, административне и оперативне послове за потребе Владе и послове који су заједнички министарствима и посебним организацијама, а који се односе на: координацију, праћење и извештавање у вези са пријемом и дистрибуцијом хуманитарне и друге помоћи упућене Влади за угрожене у поплавама; израду мерила и критеријума, као и процедура за расподелу помоћи; израду

³⁰ Ibid.

³¹ *Floods in Serbia and BiH*, http://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/serbia_floods_bih_en.pdf

³² *EU Hosting Donors Conference after Floods Hit Serbia, Bosnia*, <http://www.rferl.org/content/eu-serbia-bosnia-floods-donors-conference/25458727.html>, pristup: 18.7.2014.

³³ *За БиХ и Србију од света 1.846 милиона евра помоћи*, <http://mondo.rs/a710529/Info/Srbija/Za-BiH-i-Srbiju-od-sveta-1.846-miliona-evra-pomoci.html> pristup: 18.7.2014.

³⁴ *Уредба о оснивању Канцеларије за помоћ и обнову поплавлених подручја*, „Сл. гласник РС“, бр. 55/2014.

периодичних и крајњих извештаја о додељеној помоћи; координацију и припрему делимичних и јединственог извештаја о процени штете; координацију припреме приоритетних, делимичних и јединственог плана санације подручја захваћеног поплавама; координацију свих неопходних претходних радњи и координацију спровођења, праћење и извештавање о спровођењу планова санације подручја захваћеног поплавама; координацију припреме приоритетних, делимичних и јединственог плана изградње подручја захваћеног поплавама; координацију свих неопходних претходних радњи и аката ради примене планова изградње подручја захваћеног поплавама; координацију, праћење и извештавање у вези са поступцима јавних набавки неопходних за извршавање планова изградње; израду мерила и критеријума и процедура извештавања у реализацији планова изградње; координацију, праћење и извештавање у вези са окончаним деловима планова изградње; израду периодичних и крајњих извештаја о реализацији планова изградње, као и свих других активности везаних за помоћ и обнову поплавлених подручја и праћење извршавања обавеза које министарства, посебне организације и службе Владе имају у вези са пословима помоћи и обнове поплавлених подручја. Предвиђено је да Канцеларија остварује сарадњу са свим државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе, јавним предузећима, јавним агенцијама, установама и организацијама у области помоћи и обнове поплавлених подручја.

Почев још од постојања јединственог југословенског правног простора, па све до конституисања Србије као самосталне државе, јуна 2006. године, донет је већи број законских и подзаконских прописа који регулишу питања механизма заштите и обештећења становништва, услед деловања елементарних непогода. Законописац у Србији је још 1992. године донео Закон о коришћењу средстава за санацију и заштиту од елементарних непогода (који је престао да важи даном ступања на снагу Закона о обнови након елементарне и друге непогоде из 2015. године).³⁵ Интересантно је да су овом Закону, из 1992. године, претходила два упутства, и то: Упутство о образовању радне јединице за заштиту од елементарних и других већих непогода у миру,³⁶ као и Упутство о јединственој методологији за процену штета од елементарних непогода.³⁷

Касније, донет је и Закон о потврђивању Споразума између Владе РС и Владе Руске Федерације о сарадњи у области хуманитарног реаговања у

³⁵ Закон о коришћењу средстава за санацију и заштиту од елементарних непогода, „Сл. гласник РС“, бр. 50/92.

³⁶ Упутство о образовању радне јединице за заштиту од елементарних и других већих непогода у миру, „Сл. гласник СРС“, бр. 34/78.

³⁷ Упутство о јединственој методологији за процену штета од елементарних непогода, „Сл. лсит СФРЈ“, бр. 27/87.

ванредним ситуацијама, спречавања елементарних непогода и техногених хаварија и уклањања њихових последица.³⁸ Овом законском тексту претходила су „позитивна искуства сарадње у оквирима Споразума између Савезне Владе Савезне Републике Југославије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области спречавања индустријских хаварија, елементарних непогода и отклањања њихових последица од 23. јула 1996. године“. Осим тога, Србија је донела и Закон о потврђивању Споразума о зајму (Пројекат осигурања од ризика у случају елементарних непогода за југоисточну Европу и Кавказ) између РС И Међународне банке за обнову и развој.³⁹ Последњи у низу докумената, који су донети пре поплава у Србији у мају 2014. године, била је Уредба о обавезним средствима и опреми за личну, узајамну и колективну заштиту од елементарних непогода и других несрећа.⁴⁰

Код нас је донет и Закон о отклањању последица поплава у Републици Србији.⁴¹ Разлози за доношење закона, налазе се “пре свега, у потреби да се неодложно обезбеди нормализација услова живота на поплавленим и клизиштима угроженим деловима територије Републике Србије, да се осигурају елементарни егзистенцијални услови породицама и појединцима чији су стамбени објекти срушени или тешко оштећени, да се створе услови за обнављање привредне и пољопривредне делатности, те да се санира штета на инфраструктурним објектима на поплавленом подручју. Како би се поново успоставио одржив начин привређивања и санирале последице поплава, неопходно је посебним законом осигурати правни оквир за убрзање процедура од значаја за процес обнове, као и флексибилније услове за примену оних системских решења која то омогућавају. Истовремено, доношење посебног закона је и пут и механизам за осигурање транспарентности у коришћењу донаторских и других средстава која су обезбеђена за помоћ и обнову поплавлених подручја”.⁴²

³⁸ Закон о потврђивању Споразума између Владе РС и Владе Руске Федерације о сарадњи у области хуманитарног реаговања у ванредним ситуацијама, спречавања елементарних непогода и техногених хаварија и уклањања њихових последица, „Сл. гласник РС – Међ. уговори“, бр. 10/2010.

³⁹ Закон о потврђивању Споразума о зајму (Пројекат осигурања од ризика у случају елементарних непогода за југоисточну Европу и Кавказ) између РС И Међународне банке за обнову и развој, „Сл. гласник РС – Међ. уговори“, бр. 8/2011.

⁴⁰ Уредба о обавезним средствима и опреми за личну, узајамну и колективну заштиту од елементарних непогода и других несрећа, „Сл. гласник РС“, бр. 3/2012.

⁴¹ Закон о отклањању последица поплава у Републици Србији, „Сл. гласник РС“, бр. 75/2014.

⁴² Предлог Закона о отклањању последица поплава у Републици Србији, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2346-14.pdf, pristup: 22.7.2014.

Новији законски текст који појашњава и конкретизује начин санације последица елементарних и других непогода јесте Закон о обнови након елементарне и друге непогоде из 2015. године.⁴³ Закон има укупно 37 чланова и њиме се уређује поступак обнове и пружање помоћи грађанима и привредним субјектима који су претрпели материјалну штету услед елементарних и других непогода. Интересантно је да Закон предвиђа да право на помоћ, под истим условима као и домаћи држављани, имају и страни држављани и лица без држављанства која у складу са законом имају одобрење за привремени боравак или стално настањење у Републици Србији (чл. 2). Под појмом материјална штета подразумева се физичко оштећење или уништење непокретних или покретних ствари на територији Републике Србије у својини грађана односно привредног субјекта, а које је настало као непосредна последица елементарне и друге непогоде. Такође, дефинише се и појам елементарне и друге непогоде, тако да је то догађај узрокован дејством природних сила или људском активношћу, који прекида нормално одвијање живота у мери која превазилази редовну способност појединца и локалне заједнице да се опораве без помоћи државе и проузрокује материјалну штету која је већа од 10% буџета јединице локалне самоуправе и који је као такав прогласила Влада (чл. 5).

У Закону је истакнуто неколико значајних начела у остваривању права на обнову. То су: начело равноправности грађана у остваривању права на помоћ; начело равноправности полова; посебна заштита рањивих група; начело јавности; и, начело изградње бољег.

Начело равноправности грађана у остваривању права на помоћ у чл. 6 предвиђа да сваки грађанин остварује право на помоћ за случај елементарне и друге непогоде под условима и у поступку прописаним овим законом, равноправно са другим грађанима и без дискриминације по било ком основу. Не сматра се дискриминацијом примена законом прописаних мера ради заштите посебно рањивих група и грађана. Према начелу равноправности полова истиче се да ће се у обављању послова из овог закона надлежни органи посебно старати о остваривању принципа равноправности полова, а нарочито водити рачуна да ни једна одлука, мера или радња не подстиче или доводи до неповољнијег положаја жена. Осим тога, предвиђена је и посебна заштита рањивих група, па ће, сходно томе, у редоследу решавања захтева и доделе помоћи предност имати грађани са инвалидитетом, односно у чијем је породичном домаћинству лице са инвалидитетом или лице озбиљно нарушеног здравља, самохрани родитељи, грађани у чијем је домаћинству једно или више деце, корисници социјалне помоћи, пензионери, жене и незапослени (чл. 8).

⁴³ Закон о обнови након елементарне и друге непогоде, „Сл. гласник РС“, бр. 112/2015.

Начело јавности садржински се одређује тако да сви подаци који се односе на врсту и висину штете, поступке за доделу помоћи, кориснике помоћи, висину и врсту помоћи, као и о донацијама, давањима из буџета, хуманитарној помоћи и другим питањима која се односе на државну помоћ грађанима након елементарне непогоде буду доступни јавности у складу са законом (чл. 9). И, начело изградње бољег подразумева да органи који учествују у припреми и реализацији обнове настојаће да процес обнове објеката и инфраструктуре подразумева изградњу бољег система који ће објекте, инфраструктуру и друштво у целини чинити отпорнијим на елементарне и друге непогоде (чл. 10).

Закључак

У првих десетак година 21. века свет постаје учесник и сведок глобалних климатских промена, чије последице по становништво постају све видљивије. Приступ оште виктимологије, често невидљив у односу на концепт пеналне виктимологије, као да из чисто теоријског, универзитетског приступа постаје све значајнији у домену страдања људи. Могуће је, чак, начинити даљи помак, у тврдњи, да је поредјење ова два рачвања виктимологије излишно, због тога што они постоје паралелено, некада се секу у заједничким тачкама, попут приступа кохорте, али увек у истом амбијенталном окружењу – улози државе и државних институција у спречавању виктимизације становништва.

Устав Србије, приликом прописивања надлежности државе, у чл. 97 ст. 1 т. 9, предвиђа да “Република Србија уређује и обезбеђује: одрживи развој; систем заштите и унапређења животне средине; заштиту и унапређивање биљног и животињског света; производњу, промет и превоз оружја, отровних, запаљивих, експлозивних, радиоактивних и других опасних материја”. Државни органи и институције имаће, у будућности, могућност да у повољном нормативном миљеу, после доношења закона и подзаконских аката, након поплава маја 2014. године, и поновљених догађаја из марта 2016. године, у потпуности испуне уставну и законску улогу, у смислу права и овлашћења којима располажу у томе. Провера остварења њихових задатака више не може да буде у ад хоц активностима санирања последица, већ у превенцији последица елементарних непогода по становништво.

Miomira Kostić, LLD

Full Professor

Darko Dimovski, LLD

Assistant Professor

GENERAL VICTIMOLOGY AND VICTIMS OF NATURAL DISASTERS

Summary

In this paper, the authors first explain the meaning of the term “victim”, noting that the occurrence of human suffering arising from one’s own or another’s illicit conduct, omission or failure to act, unpredictable or unfortunate circumstances has always been part of the development of human society and human life. Although victimology is primarily focused on examining the personality of a victim, his/her activities and interaction between the victim and the victimization mechanism, there is a need to focus on collective and abstract victims, large-scale civilian casualties caused by violating the norms of International Humanitarian Law, victims of specific forms of socially deviant behavior (such as prostitution and drug-abuse) and the growing number of victims of natural disasters. These specific types of victimization are studied within the framework of general victimology, which is predominantly aimed at providing victim support and assistance. Thus, the theoretical approach embodied in academic discussions on the subject matter of victimology has been put into practice by envisaging the joint action of EU Member States within the European Commission’s Humanitarian Aid and Civil Protection (ECHO). The *modus operandi* of this institutional mechanism has been evident in Serbia in the past few months, particularly starting from 13th May 2014 till March 2016, when parts of Serbia and Bosnia and Herzegovina were struck by extreme floods. The concept of general victimology, which is often inconspicuous as compared to the concept of penal victimology, seems to have departed from the purely theoretical approach and increasingly become an important element in the explanation of human suffering and disclosing the role of the state and public institutions in preventing the victimization of its citizens.

Андрей Антонов¹

ПОСТКОНФЛИКТНЫЕ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНЫМИ СПЕЦИАЛИСТАМИ В КОСОВО. СТАНДАРТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА ПРОТИВ РЕАЛЬНОСТИ²

В статье автор обращается к вопросу о «процедурных обязательствах» властей по расследованию преступлений, вытекающих из требований норм прав человека, а также их применимости в ситуациях, связанных с вооружёнными конфликтами. Опираясь, в частности, на практику Правозащитной консультативной коллегии при Миссии ООН в Косово и опыт деятельности отдельных международных правоохранительных структур, в статье анализируются отдельные правовые и практические проблемы деятельности международных следственных групп и их влияние на эффективность следственной работы.

*Права человека, процедурные
обязательства, расследование, конфликт,
Европейский суд, Правозащитная
консультативная коллегия.*

¹ *Андрей Николаевич Антонов* – кандидат юридических наук, начальник секретариата Правозащитной консультативной коллегии Миссии ООН в Косово.

² Представленные в настоящей статье мнение и выводы являются авторскими, возможно не совпадающими с официальной позицией ООН по рассматриваемым вопросам, и ни не налагающих на Организацию никаких обязательств.

Андреј Антонов³

**ПОСТКОНФЛИКТНЕ КРИВИЧНЕ ИСТРАГЕ СПРОВОЂЕНЕ ОД
СТРАНЕ МЕЂУНАРОДНИХ СТРУЧЊАКА НА КОСОВУ.
СТАНДАРДИ ЉУДСКИХ ПРАВА НАСУПРОТ РЕАЛНОСТИ⁴**

Анстракт:

Аутор се осврће на питање "процедуралних обавеза" која проистичу из стандарда људских права, а која обавезују надлежне органе да истраже злочине, посебно оне који су резултирали губитком живота, као и њихове примене у процесу истрага сповођених током или након оружаних сукоба. Ослањајући се на искуства Саветодавне комисије за људска права УНМИК-а на Косову, и других међународних структура надлежних за спровођење закона, аутор у овом чланку разматра извесне правне и практичне проблеме са којима су се суочавали међународни истражни тимови. Он даље анализира утицај тих проблема на ефикасност њиховог рада и предлаже неке практичне кораке за минимизирање негативних ефеката које они изазивају.

Кључне речи: људска права, процедуралне обавезе, истрага, сукоб, Европска конвенција о људским правима, Саветодавна комисија за људска права, Уједињене нације.

Обязанность государства расследовать преступления вытекает из общей обязанности государств защищать своих граждан от противоправных посягательств, таким образом гарантируя фундаментальные права человека на своей территории. К сожалению, в настоящее время вопрос организации следственной работы на территориях, охваченных конфликтом, или на постконфликтной территории, не теряет своей актуальности. В данной статье кратко рассмотрим совместимость и применимость общих стандартов прав человека к процессу расследования в конфликтных зонах.

³ *Андреј Николаевич Антонов* – је доктор правних наука, са специјализацијом из кривичног поступка, кривичне истраге и откривања криминала. На Косову ради, уз неколико прекида, од 2000.-те године. Од јуна 2011. године је извршни директор Саветодавне комисије за људска права у Мисији Уједињених нација на Косову (UNMIK).

⁴ Ставови и мишљења изнесени у овом чланку су ставови аутора и могу се разликовати од ставова и мишљења чланова Саветодавне комисије за људска права, Уједињених нација, или било које друге организације, и ни на који начин нису обавезујући за њих.

1. Основные требования к расследованию, вытекающие из стандартов прав человека

По отношению к расследованию тяжких преступлений против личности Европейским Судом по правам человека (далее – ЕСПЧ, Европейский Суд)⁵ уже давно установлен определённый набор требований процессуального характера. Сама эта концепция «процессуальных» или «процедурных» обязательств, вытекающих из статьи 2 Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ, Европейская конвенция), появилась относительно недавно. Её появление было в значительной степени обусловлено необходимостью адекватного подхода к рассмотрению жалоб, связанных с гибелью людей, где следственных материалов, представленных для исследования экспертам ЕСПЧ (или ранее – Европейской комиссии), был недостаточно для обоснованного вывода о наличии или отсутствии нарушения обязательства по защите жизни со стороны государства – ответчика⁶. В некоторых случаях имело место и прямое противодействие работе экспертов⁷. Эта концепция стала очень эффективным инструментом для предотвращения ухода властей от ответственности по статье 2 посредством проведения плохого расследования обстоятельств гибели людей или непредоставления материалов для изучения ЕСПЧ. Впоследствии процессуальные требования статьи 2 были также распространены на случаи исчезновения людей в опасных для жизни ситуациях⁸.

Среди этих процессуальных требований присутствуют независимость, быстрота и всесторонность, доступность для потерпевшего, а также открытость для общественного контроля⁹. Кроме того, расследование

⁵ Англ.: European Court of Human Rights (ECtHR). Официальная интернет-страница: <http://www.echr.coe.int>

⁶ Подробнее по этому вопросу см.: Chernishova O., Vajić N. *The Court's Evolving Response to the States' Failure to Cooperate* // *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant / The European Convention on Human Rights, a living instrument. Mélanges en l'honneur de / Essays in honour of Christos L. Rozakis*, 2011.

⁷ См. напр., ECtHR, *Tanrikulu v. Turkey*, no. 23763/94, judgment of 8 July 1999, §§ 69, 87, 96, 109-110; ECtHR, *Güleç v. Turkey*, no. 54/1997/838/1044 decision of 27 July 1998, §§ 81-82; ECtHR, *Finucane v. the United Kingdom*, no. 29178/95, decision of 1 July 2003, § 82-84.

⁸ См. напр.: ECtHR, *Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, decision of 27 July 2006; ECtHR *Aslakhanova and Others v. Russia*, nos. 2944/06 et al, judgment of 18 December 2012.

⁹ См. подробнее: ECtHR [GC], *Finogenov and Others v. Russia*, nos 18299/03 and 27311/03, §§ 270-272; см. также: Чернышова О. *Защита права на жизнь: Обзор практики Европейского Суда по правам человека по жалобам против Российской Федерации* // Журнал конституционного правосудия, № 5(35), 2013 г., С. 10; Русинова В.Н. *Обязанность государств расследовать случаи гибели людей во время вооружённых конфликтов* // *Международное уголовное право и международная юстиция*, 2014, № 4, С. 23-26.

должно обеспечить принципиальную возможность определения причин и правомерности наступления смерти и установления и наказания виновных¹⁰.

В то же время признавая, что расследования не всегда приводят к установлению виновных, а порой и признаков преступления вообще, Европейский Суд определил, что обязательность расследования – это «не обязанность “результата”, а обязанность “средств”». Уполномоченные органы должны без задержки предпринять все резонные шаги по сбору доказательств¹¹, осуществить объективный, полный и всесторонний анализ собранной информации и на этой основе сделать взвешенное заключение¹². Отдельные недостатки расследования могут повлечь нарушение этого стандарта¹³. В частности, власти не должны полагаться на поспешные или недостаточно обоснованные решения о прекращении расследования¹⁴. При выполнении перечисленных требований расследование может быть признано эффективным¹⁵ даже если в результате виновные не привлечены к ответственности¹⁶.

2. Применимость процессуальных требований эффективности к расследованию преступлений в военное/постконфликтное время

В данной статье не будем открывать старую дискуссию о том, какое же право пользуется приоритетом в зоне вооруженного конфликта, Международное гуманитарное или всё-таки права человека, и какие нормы устанавливают обязательность расследований совершённых там

¹⁰См.напр.: ECtHR [GC], *Varnava and Others v. Turkey*, nos 16064/90 and others, judgment of 18 September 2009, § 191; ECtHR, *Palić v. Bosnia and Herzegovina*, no. 4704/04, judgment of 15 February 2011, § 63

¹¹См.напр.: ECtHR, *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII, § 106; *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, ECHR 1999-IV, § 109; ECHR, *Gül v. Turkey*, no. 22676/93, § 89, 14 December 2000, ECHR, *Isayeva v. Russia*, no. 57950/00, judgment of 24 February 2005, § 212.

¹²См.напр.: ECtHR, *Ahmet Özkan and Others v. Turkey*, no. 21689/93, judgment of 6 April 2004, § 312; and *Isayeva v. Russia*, no. 57950/00, judgment of 24 February 2005, § 212.

¹³См.: ECHR, *Isayeva v. Russia*, вышеук. ссылка; сравнить: ECHR, *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, judgment of 4 April 2000, § 144.

¹⁴См.: ECtHR [GC], *El-Masri v. “the Former Yugoslav Republic of Macedonia”*, no. 39630/09, judgment of 13 December 2012, § 183; ECtHR [GC], *Mocanu and Others v. Romania*, nos 10865/09, 45886/07 and 32431/08, judgment of 17 September 2014, § 322.

¹⁵См.напр.: ECtHR, Grand Chamber (GC), *Varnava and Others v. Turkey*, nos 16064/90 and others, judgment of 18 September 2009, § 191; ECtHR, *Palić v. Bosnia and Herzegovina*, no. 4704/04, judgment of 15 February 2011, § 63.

¹⁶См.напр.: ECtHR, *Palić v. Bosnia and Herzegovina*, cited above, § 65; ECtHR [GC], *Giuliani and Gaggio v. Italy*, no 23458/02, judgment of 24 March 2011, §§ 301 and 326.

преступлений¹⁷. В данной статье для автора основным является вопрос о том, применимы ли требования процессуального характера в одинаковой мере и к расследованиям, проводимым в военное время/по окончании конфликта; должен ли стандартный комплекс действий выполняться в полной мере всегда, или в «конфликтный период» возможны сокращения и некоторые издержки?

Высказывая своё мнение по этому поводу, ЕСПЧ отмечает, что положения статьи 2 Европейской конвенции (право на жизнь) полностью применимы как на постконфликтных территориях¹⁸, так и «на территориях со сложными и небезопасными условиями, а также и в контексте вооружённого конфликта»¹⁹. Совет по правам человека ООН²⁰ занимает схожую позицию, указывая, что «право на жизнь, в том числе и вытекающие из него обязательства процессуального характера, должны рассматриваться как основополагающее право, отступление от которого недопустимо даже в обстоятельствах общественной опасности, угрожающей существованию нации»²¹.

ЕСПЧ так же признаёт, что в ситуациях «когда гибель людей, подлежащая расследованию в соответствии с требованиями статьи 2, происходит в ситуациях, характеризующихся наличием большого количества незаконных насильственных действий, вооружённого конфликта или отдельных “партизанских” действий, на пути следствия могут

¹⁷Подробнее по этому вопросу см.: Русинова В.Н. *Преследование и нарушение международного гуманитарного права на основании принципа универсальности* // Международное публичное и частное право, 2005, № 6; Dugard J. *Bridging the gap between human rights and humanitarian law: The punishment of offenders* // International Review of the Red Cross, 30-09-1998, № 324 [электронный ресурс] – Режим доступа. - <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jpg6.htm> (дата обращения 20.03.2015).

¹⁸См. напр.: ECtHR, *Palić v. Bosnia and Herzegovina*, cited above; ECtHR, *Jularić v. Croatia*, no. 20106/06, judgment of 20 January 2011.

¹⁹См. напр.: ECtHR [GC], *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 2011, no. 55721/07, § 164; see also ECtHR, *Güleç v. Turkey*, judgment of 27 July 1998, § 81, Reports 1998-IV; ECtHR, *Ergi v. Turkey*, judgment of 28 July 1998, §§ 79 and 82, Reports 1998-IV; ECtHR, *Ahmet Özkan and Others v. Turkey*, cited above, §§ 85-90, 309-320 and 326-330; *Isayeva v. Russia*, cited above, §§ 180 and 210; ECtHR, *Kanlibaş v. Turkey*, no. 32444/96, judgment of 8 December 2005, §§ 39-51.

²⁰Англ.: *Human Rights Council* (HRC). Официальная страница в Интернет на русском языке [электронный ресурс] Режим доступа. - <http://www.ohchr.org/RU/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx> (дата обращения 18.10.2014).

²¹См.: HRC, General Comment No. 6, 30 April 1982, § 1; HRC, *Abubakar Amirov and Aïzan Amirova v. Russian Federation*, communication no. 1447/2006, views of 22 April 2009, § 11.2, CCPR/C/95/D/1447/2006

существовать дополнительные преграды и трудности, которые могут принудить к использованию менее эффективных следственных мероприятий, или привести к задержкам в проведении расследования»²². Несмотря на вышесказанное, «обязанность по защите жизни ... означает, что даже в трудных и небезопасных условиях все возможные шаги для обеспечения проведения эффективного и беспристрастного расследования нарушений права на жизнь должны быть предприняты»²³.

В то же время даже в случаях, когда расследование в своих начальных стадиях сталкивалось с определёнными объективными трудностями, связанными с войной или послевоенной ситуацией, не может быть оправдано безосновательное длительное бездействие властей по отношению к расследованию преступлений после окончания конфликта²⁴. Схожие требования предъявляются и к ситуациям, связанным с исчезновением людей, пытками и иными видами жестокого, бесчеловечного и унижающего человеческого достоинства обращения²⁵.

3. Влияние конфликта на процесс расследования

Вряд ли кто-то сомневается в том, что ситуация, в которой приходится действовать правоохранительным органам во время вооружённого конфликта, серьёзнейшим образом отличается от ситуации, характерной для нормального, мирного времени. Помимо причинения материального ущерба и страдания людям, вооружённый конфликт влияет и на другие стороны общественной жизни, в том числе и на следственный процесс. Объём и характер следственных действий по конкретным происшествиям может значительно сокращаться, а некоторые очевидные и в

²²См. напр.: ECtHR [GC], *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, cited above, § 164; ECtHR, *Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, judgment of 27 July 2006, § 121.

²³См. напр.: ECtHR, *Kaya v. Turkey*, judgment of 19 February 1998, § 105, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, at §§ 86-92; ECtHR, *Ergi v Turkey*, no. 23818/94, judgment of 28 July 1998, *Reports* 1998-IV; cited above, at §§ 82-85; ECtHR [GC], *Tanrikulu v. Turkey*, no. 23763/94, judgment of 8 July 1999, §§ 101-110, ECHR 1999-IV; ECtHR, *Khashiyev and Akayeva v. Russia*, nos 57942/00 and 57945/00, judgment of 24 February 2005, §§ 156-166; ECtHR, *Isayeva v. Russia*, cited above, §§ 215-224; ECtHR, *Musayev and Others v. Russia*, nos 57941/00 and others, judgment of 26 July 2007, §§ 158-165; а также мн. другие.

²⁴См. напр.: ECtHR, *Jelić v. Croatia*, no. 57856/11, judgment of 12 June 2014, § 92; ECtHR, *Association "21 December 1989" and Others v. Romania*, nos. 33810/07 and 18817/08, judgment of 24 May 2011, § 100.

²⁵См. напр: Келлер Х., Чернышова О. *Дела о насильственных исчезновениях в практике Европейского Суда по правам человека и Комитета по правам человека ООН: Сходства и различия* // Международное правосудие, No 4(8) 2013, С 75-77.

нормальных условиях просто необходимые действия не производятся и процессуальные решения не выносятся.

Например, только в регионе города Призрань провинции Косово²⁶ с июня 1998 по июнь 1999 года было зарегистрировано более 800 тяжких и особо тяжких преступлений против общественной безопасности, жизни и здоровья, а также собственности граждан. По подавляющему большинству из них были проведены только первоначальные следственные действия (осмотр места происшествия, опрос потерпевших и свидетелей, судебно-медицинское освидетельствование и т.п.). В некоторых участвовали прокуроры и/или судьи-следователи²⁷, но большинство действий производилось следственно-оперативными группами, а порой и просто патрулями, прибывшими на место. Данные дела только регистрировались и после шести месяцев помещались в архив, без проведения дальнейших следственных действий. Когда, в 2006 году, эти материалы были получены Департаментом правосудия Миссией ООН в Косово (далее – МООНК), ни одно из них не было формально приостановлено, что говорит о полном отсутствии прокурорского надзора за расследованием в чрезвычайных условиях (войсковая или антитеррористическая операция). То есть, после проведения первоначальных следственных действий, дела были приостановлены *de-facto*, без вынесения официальных решений.

Особые условия, в которых приходится действовать правоохранительным органам, диктуют необходимость выработки и внедрения особых процедур проведения расследований. Различные обстоятельства, такие как наличие персонала, условия безопасности и т.д., обуславливают сокращение следственных действий до минимально необходимого, а порой и только до регистрации сообщений и заявлений. Это обусловлено тем, что «обработать» значительно возросшее количество

²⁶Упоминания о Косово в данной статье не ставят под сомнение статус этой территории в соответствии с Резолюцией Совета Безопасности ООН № 1244(1999), где Косово упомянуто как территория, пользующаяся существенной автономией в составе Федеративной Республики Югославии.

²⁷В соответствии с Законом об Уголовном Процессе СФРЮ (серб.: *ZakonokrivičnompostupkuSFRJ*, далее – УПК СФРЮ), полиция и прокуратура проводит только первоначальные следственные действия, направленные на установление подозреваемых. С момента установления такового, прокурор должен направить в суд ходатайство об открытии уголовного дела, назначении судьи следователя, и проведении ряда следственных действий. После выполнения предложенных следственных действий судья возвращает материалы уголовного дела прокурору для пересмотра и принятия решения о дальнейших действиях (составление обвинительного заключения, проведение дополнительных следственных действий, приостановление производства и т.п.). См.: ч.1 ст. 155, ст. 157, 158 и 174 УПК СФРЮ, Сборник законодательных актов СФРЮ (SlužbeniGlasnikSFRJ), № 26, Белград, 1986.

происшествий, полностью выполнив все установленные законом требования, практически невозможно. По крайней мере, правоохранительные органы должны сконцентрироваться на максимально полной фиксации обстановки и имеющихся доказательств с целью обеспечения возможности использования этих материалов в будущем, при появлении возможности проведения полномасштабных расследований.

Выше уже отмечалось, что процессуальные требования применимы, но отступления от них возможны при определенных обстоятельствах, связанных в первую очередь с безопасностью вовлеченных в процесс лиц (как полицейского персонала, так и свидетелей и т.д.). Ясно, что последние тоже имеют право на жизнь, также подлежащее государственной защите. Очевидна необходимость нахождения определенного баланса между правами и законными интересами граждан с одной стороны и правами работников государственных органов - с другой. Кроме того, конечно, должны учитываться и интересы государства.

Определяя, какие следственные действия проводить, а какие отложить, необходимо, видимо, применять простой критерий, состоящий из двух тестов «должен» и «может». В соответствии с таким подходом, в первую очередь сконцентрировать усилия необходимо на тех действиях, которые «должны» быть произведены. Основной упор должен быть сделан на как можно более полную фиксацию обстановки места происшествия и материальных следов с целью обеспечения принципиальной возможности использования этих сведений в дальнейшем, в более спокойное время. Однако, даже то, что представляется необходимым, требуется делать с оглядкой на реальную ситуацию, т.е. с учётом того, «может» ли конкретное действие быть выполнено без серьёзного риска или какое-то отдельно взятое действие либо комплекс мероприятий может подождать своего часа.

Одновременно возможна расстановка и некоторых «параллельных» приоритетов, например связанных с тяжестью преступлений, когда внимание уделяется только наиболее тяжким преступлениям. В то же время, хотя бы минимальная регистрация заявлений и сообщений об иных преступлениях также необходима.

В данной статье мы не говорим об «экстремальных случаях», когда органы охраны правопорядка не работают вообще, то есть и подать заявление или даже просто сообщить о происшествии некуда. В таких ситуациях, как правило, вопрос стоит в первую очередь о сохранении жизни граждан, т.е. о соблюдении материального требования статьи 2 ЕКПЧ, а говорить о какой-либо следственной деятельности, т.е. о процедурной её части, просто нет смысла.

Высказываясь по данному вопросу, ЕСПЧ признаёт, что применительно к сложным послевоенным ситуациям совокупность всех вышеуказанных обязательств по расследованию преступлений «не должна

возлагать невозможную или несоразмерную нагрузку» на государственные органы, но оценка должна даваться только после анализа всех особенностей конкретной обстановки и контекста²⁸. Европейский суд также признает существование таких ситуаций временного (более или менее длительного) «паралича» органов власти и не требует от них невозможного. Однако даже в непростых условиях от государственных органов ответственных за проведение расследования требуется соблюдение «минимальных гарантий оперативности, эффективности и беспристрастности»²⁹.

Вспомним недавнюю ситуацию, сложившуюся вокруг расследования катастрофы самолета рейса МН-17 Малазийских авиалиний на востоке Украины. Во-первых, милиции/полиции в зоне падения обломков просто не было по причине вооруженного конфликта. Наблюдатели Миссии ОБСЕ (которые не были ни следователями ни криминалистами) некоторое время не могли прибыть на место, поскольку просто не были уверены в своей безопасности и просто не знали, с кем же надо о ней договариваться. Позже, когда специально направленные специалисты прибыли на Украину, также возник вопрос обеспечения их беспрепятственного доступа на место и их физической безопасности. Несмотря на то, что обе конфликтующие стороны гарантировали все «удобства», жалобы на помехи и вмешательство в работу поступали в отношении обеих³⁰.

4. Обеспечение минимальных гарантий расследования

Естественно, если основной, нормальный способ организации охраны общественно порядка вообще, и следствия в частности, не работает, необходимо включать альтернативный механизм. Какие же варианты решения могут быть? Если отвечать на вопрос «кем?», то вариантов не очень много: местными специалистами, приглашенными (в т.ч. и из-за рубежа), и смешанными группами.

Говоря об организации расследования в зоне конфликта или на постконфликтной территории, необходимо также ответить на вопрос «как?». Учитывая то, что мы сказали выше, представляются возможными следующие варианты:

²⁸См.: ECtHR, *Palić v. Bosnia and Herzegovina*, no. 4704/04, judgment of 15 February 2011, § 70; ECtHR, *Brecknell v. The United Kingdom*, no. 32457/04, judgment of 27 November 2007, § 62.

²⁹Вышеук. статья О. Чернышовой (см. ссылку № 9), С. 10.

³⁰См. напр.: ОБСЕ обвинила ДНР в ограничении доступа к месту крушения "Боинга 777" // Интерфакс [электронный ресурс] – Режим доступа. - <http://www.interfax.ru/world/386643> (дата обращения 16.02.2015).

1. отказ от проведения следствия вообще или ограничение действий консервацией места происшествия до «лучших времён»;
2. оперативная фиксация обстановки места происшествия и сбор объектов для исследования, поиск возможных свидетелей, очевидцев, и фиксация их показаний с проведением дальнейшей работы за пределами конфликта;
3. организация и проведение возможных следственных действий непосредственно на месте происшествия, обеспечивая необходимую охрану следственно-оперативной группы.

У каждого варианта есть свои плюсы и минусы. Ниже остановимся только на некоторых практических моментах **расследования преступлений международными специалистами**, а также отдельных трудностях, наводящих объективного и рационального исследователя на вопрос о принципиальной возможности и целесообразности таких расследований.

5. Задержка прибытия к месту работы

Опять обратимся к ситуации в Косово летом 1999 года. Тогда ООН необходимо было скорейшим образом разработать структуру временной администрации провинции, открыв таким образом новый этап в работе ООН, заключающийся в реальном управлении постконфликтной территорией, на которой «местные судебные и правовые структуры либо отсутствовали, либо не работали или находились под влиянием вооружённых формирований»³¹. Этот «правовой вакуум», созданный в Косово после полного вывода оттуда сербских государственных и муниципальных служб необходимо было немедленно заполнять. Генеральный секретарь ООН докладывал по этому поводу Совету Безопасности ООН: «ОАК [Освободительная армия Косово]³² быстро вернулась во все части Косово ... [вынудив] большое количество косовских сербов выехать из Косово в другие части Сербии ... [из-за] постоянно возрастающего количества преступлений совершённых против них косовскими албанцами ... [что] является по большей части результатом отсутствия правоохранительных органов и других институтов власти. ... Используя эту ситуацию, банды уголовников начали борьбу за контроль над ограниченными ресурсами ... Разрешение

³¹ *Comprehensive review of the whole question of peacekeeping operations in all their aspects. Report of the Panel on United Nations Peace Operations, 21 August 2000 ("Brahimi Report"). UN Document A/55/305-S/2000/809, § 79.*

³² Англ.: *Kosovo Liberation Army (KLA).*

проблемы отсутствия законной полиции является безусловным приоритетом».³³

Для восстановления правопорядка в Косово ООН приняла решение ввести туда более 4000 международных гражданских полицейских из разных стран, что стало известно как «Полиция МООНК» (англ.: *UNMIK Police*). Однако, формирование её структур было только завершено к декабрю 2000 года. Эта задержка оказала необратимое влияние на жизни тысяч людей, включая детей и пожилых людей, большинство из которых не имело ничего общего с вооруженным конфликтом, а многим стоила жизни.

Например, при расследовании убийства большой группы мирных сербских земледельцев у села Старо Грацко в Косово, совершённого 23 июля 1999 года³⁴, выяснилось, что незадолго до трагедии жители этого села, среди которых вероятно были и некоторые из позднее погибших, во время встреч с представителями «Военного присутствия в Косово» (англ. *Kosovo Forces, KFOR*; далее – КФОР) высказывали им опасения по поводу своей безопасности, в частности во время сельскохозяйственных работ. Люди просили выделить им охрану или хотя бы выставить вооружённый блокпост для ограничения бесконтрольного перемещения албанского населения. Однако, их просьбы остались невыполненными, поскольку реальность угрозы была оценена как низкая. Результаты этой ошибки КФОР, которое до сентября 1999 года выполняло функции правоохранительных органов, а возможно и намеренного искажения фактов, были ужасны. С другой стороны, первоначальные следственные действия, такие как осмотр места происшествия, производились подразделениями военной полиции британского и финского контингентов КФОР. Позднее следственные органы так и не смогли получить оригинал протокола осмотра места происшествия, образцы и объекты, изъятые в его процессе военными, проводившими осмотр. Лица, ответственные за эту резню, до сих пор не установлены.

Тем не менее, даже конечное развертывание международной полиции не стало решением проблемы. Как отметила в этой связи Правозащитная Консультативная Коллегия МООНК³⁵ (далее - ПКК или Коллегия), процедурные обязательства, связанные в частности с организацией расследования, «нельзя считать исполненными с момента создания

³³ Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, 12 July 1999, UN document no. S/1999/799, §§ 5 and 6.

³⁴ См.: *Резня в Старо-Грацко* // Wikipedia [электронный ресурс] – Режим доступа. - <https://ru.wikipedia.org> (дата обращения 4.02.2015).

³⁵ Более подробно о деятельности Коллегии см.: Антонов А. Н. *Правозащитная консультативная коллегия при Миссии ООН в Косово – есть ли защита от «защитников»?* // Международное правосудие. 2013. № 2(6). С. 101–108.

надлежащей структуры, а только тогда, когда эта структура становится правильно скоординированной и функционирующей системой, способной проводить адекватное и эффективное расследование»³⁶.

В последнее время в международных правовых кругах часто обсуждается вопрос о создании так называемых «групп быстрого развертывания» (англ.: *Rapid Reaction Teams/Units*), оперативно направляемых для проведения предварительного расследования сообщений о военных преступлениях, и серьезных нарушениях прав человека на территориях вооружённых конфликтов или на постконфликтных территориях. В дальнейшем для их обозначения будем использовать старый добрый термин «следственно-оперативные группы» (СОГ), уточняя, что они «международные».

Комплектуются такие международные СОГ из предварительно сформированных списков специалистов, имеющих необходимый опыт и прошедших подготовку. Лица, изъявившие желание быть включёнными в эти списки и прошедшие отбор по идее должны быть готовы положительно отозваться на вызов и безотлагательно прибыть к месту формирования группы для инструктажа и скорейшей отправки к месту работы.

Уже с 2012 года организацией Женщины ООН³⁷, совместно с организацией «Правосудие быстрого реагирования»³⁸, сформирован «Реестр специалистов по расследованию сообщений о сексуальном насилии и насилии по признаку пола»³⁹. По состоянию на апрель 2014 года, в этот реестр уже включено 420 специалистов, «перекрывающих» потребности в специалистах, говорящих на 47 языках. Уже существуют специально разработанные программы обучения и сертификации кандидатов для включения в Реестр.

В соответствии с данными организации «Правосудия быстрого реагирования», специалисты из этого Реестра уже были направлены в 30 командировок в различные части света, сотрудничая как с международными организациями по эгидой ООН, ЕС, а так и с другими государственными и негосударственными структурами⁴⁰. К сожалению, детальной информации

³⁶ HRAP, *Stojković*, no. 87/09, opinion of 14 December 2013, § 164.

³⁷ Англ.: *UNWomen* // Официальная интернет-страница: <http://www.unwomen.org>

³⁸ Англ.: *Justice Rapid Response (JRR)* // Официальная интернет-страница: <http://www.justicerapidresponse.org>

³⁹ Англ.: *Sexual and Gender-based Violence (SGBV) Justice Experts Roster* // JRR [электронный ресурс] – Режим доступа. - <http://www.justicerapidresponse.org/activities/the-roster/> (дата обращения 19.02.2015).

⁴⁰ See: *JRR. Deployments* [электронный ресурс] – Режим доступа.- <http://www.justicerapidresponse.org/activities/deployments/> (дата обращения 19.02.2015).

об организации из работы на местах о реальных результатах их деятельности найти не удалось.

К идее таким образом обеспечить скорейшее прибытие независимых международных СОГ к местам предполагаемых случаев совершения тяжких преступлений, особенно в постконфликтных зонах, нужно относиться с должным уважением. Тем не менее, рассматривая этот процесс под практическим углом, невозможно отделаться от достаточно серьёзного скептицизма по поводу его эффективности.

Во-первых, никто не сможет помешать заинтересованным структурам внедрить в Реестр «нужных» людей, то есть о реальной «независимости» специалистов говорить сложно. Конечно, можно возразить, что поскольку реестр формируется заранее, то в обход процедуры отбора, кого-то туда «внедрить» вряд ли получится, но исключить такой возможности нельзя.

Также сомнения вызывают как оперативность их прибытия на место для работы, так и «чистая» выгода от такой деятельности. Невозможно в течение нескольких часов подобрать необходимых специалистов, проинструктировать их, обеспечить всем необходимым и организовать их проезд к месту работы - зону военных действий, или постконфликтную территорию, которая по определению не отличается высоким уровнем законности и правопорядка. Организаторы должны иметь чёткое представление о требованиях, в соответствии с конкретной ситуацией, которым должны удовлетворять отобранные специалисты.

Далее, с теми кто подходит под описание и обладает «желаемыми качествами», необходимо связаться, и убедиться что они имеют возможность и хотят участвовать в конкретной «операции» в потенциально опасной зоне. Организаторам необходимо позаботиться о множестве «протокольных вопросов», связанных с въездом персонала, ввозом необходимых средств, обеспечением безопасности СОГ, в том числе и в месте жилого размещения, а также линиям связи, транспорте и многих других моментах. Это необходимо сделать до отправки группы, «протолкнув» через бюрократические машины, работающие в разных местах с разной скоростью. В противном случае, жизнь участников может быть подвергнута опасности и конечная цель опять же окажется под угрозой.

Приготовление такого комплексного характера могут занять от недель до месяцев. С другой стороны, значение первоначального этапа для сбора вещественных доказательств, как известно, огромно. Когда международная СОГ прибывает на месте, драгоценное время первоначального этапа расследования и многие связанные с этим уникальные возможности скорее всего будут безвозвратно потеряны и работы «по горячим следам» уже не получится. Кроме того, остаётся очень важный вопрос – это форма фиксации доказательств прибывшими иностранными специалистами. Естественно, что должны использоваться уголовно-

процессуальные нормы того суда, в котором планируется рассмотрение конкретного дела. На их изучение тоже требуется время. С другой стороны, доказательства, собранные с нарушениями требований, вряд ли будут признаны допустимыми. Таким образом, мы переходим к следующей проблеме, которую обозначим как

6. Неясность законодательства, подлежащего применению на местах.

Ещё в 2000 году, в докладе Совету Безопасности ООН, посвящённом отдельным моментам в функционировании временных гражданских администраций ООН (тогда существовавшими в Косово и Восточном Тиморе), команда экспертов под руководством посла Лахдара Брахими отметила, что вопрос о законодательстве на постконфликтных территориях, особенно в уголовно-правовой сфере, является «насущной проблемой». Пояснялось, что в Косово и Восточном Тиморе местные судебные и правоохранительные структуры или не существовали вообще, не работали, или подвергались запугиванию со стороны «вооружённых элементов». С другой стороны, «законодательные акты и правовые системы, преобладавшие до конфликта были подвергнуты сомнению или отвергнуты основными группами населения, пострадавшими от конфликтов»⁴¹.

Некоторые законы могут сами быть одной из причин конфликта. Так, например, обвинения в массовой дискриминации албанского населения в Косово на законодательном и правоприменительном уровнях явились одной из главных причин для вмешательства во внутренние дела суверенной Югославии. Произошло это в форме «гуманитарной интервенции»⁴² в рамках тогда только формирующейся концепции ответственности государств по защите населения от грубых нарушений прав человека («ответственность по защите»; англ.: *Responsibility to protect, R2P*)⁴³.

⁴¹ См. сноску 31 выше.

⁴² См. напр.: Риникер А. *Позиция МККК по вопросу «Гуманитарной интервенции»* // Международный журнал Красногирского института. Сборник статей. 2001, С. 275-281, МККК сайт [электронный ресурс] – Режим доступа. - https://www.icrc.org/rus/assets/files/other/13_irrc_842_ryniker_rus.pdf (дата обращения 16.03.2015); Köchler H. *Humanitarian Intervention in the Context of Modern Power Politics* // International Progress Organization, 2001, 47 p. IPO сайт [электронный ресурс] – Режим доступа. - <http://www.i-p-o.org/koechler-humanitarian-intervention.pdf> (дата обращения 16.03.2015).

⁴³ См. на эту тему: *Справочная информация: Ответственность по защите* // Программа просветительской деятельности «Геноцид в Руанде и ООН» [электронный ресурс] – Режим доступа. - <http://www.un.org/ru/preventgenocide/rwanda/bgresponsibility.shtml> (дата обращения 19.02.2015).

В таких условиях даже упоминание, а тем более применение доконфликтного законодательства как минимум вызовет недоумение и недовольство населения, а скорее всего будет встречено враждебно. Доверие граждан будет подорвано и восстановить его будет нелегко. Естественно что правоохранительные органы, как носители обязанности по защите правопорядка, окажутся «на острие» этого недовольства, что само по себе окажет серьёзное негативное воздействие на эффективность их деятельности. Назовём эту стороны проблемы «*принципиальной*».

С другой стороны, даже если такого принципиального «отторжения» нет, возможен простейший недостаток текстов законов, опять же из-за конфликта. Полицейские участки, прокуратура и суды, как известно, часто становятся объектами атак по различным причинам. Вследствие этого, сами тексты законов на различных носителях могут быть просто уничтожены. При неработающей инфраструктуре (архивы, госучреждения, издательства, библиотеки, электронные базы данных и т.п.) проблемы может стать достаточно серьёзной, решить которую в короткий срок может быть невозможно весьма затруднительно - это «*материальная*» составляющая проблемы.

Представляется, что есть три основных варианта действий для выхода из такой ситуации:

- 1) использование довоенного законодательства;
- 2) использование переработанного довоенного законодательства;
- 3) использование специально разработанного законодательства.

Поскольку у каждого из них есть свои положительные и отрицательные стороны, во многих случаях используется некий комбинированный подход. Как мы уже упомянули ранее, в Косово для этого было принято два законодательных акта: Распоряжения МООНК № 1999/1 и 1999/24, определившие применимость и иерархию законов на территории Косов. Применению подлежали только распоряжения и подзаконные акты МООНК, международно-правовые акты (имеющие прямое действие на территории Косово), законы и подзаконные акты, действовавшие на территории Косова на 24 марта 1989 и, наконец, более поздние сербские и югославские законодательные акты, регулирующие те области права, которые не были обеспечены законодательными актами трех предыдущих видов. Для последних обязательным критерием являлось то, что они не должны были носить дискриминационного характера.

Этот вот критерий вызвал много трудностей и споров, поскольку он оказался не только сложным к применению на практике, но и весьма политизированным, поскольку действия правительства Югославии в Косово после 1989. года представлялись мировым сообществом дискриминационными по отношению к албанскому населению провинции. С другой стороны, полный отказ от имеющегося законодательства практически

невозможен и нецелесообразен, т.к. отдельные общественно-опасные деяния могли оказаться ненаказуемы.

Например, в такой ситуации приходилось действовать правоохранительным органам по отношению к случаям незаконного владения оружием. В старом УК Косово (который подлежал применению в первую очередь) санкция по частям 1 и 2 статьи 199 «Незаконное владение оружием или взрывчатыми веществами» предусматривала лишение свободы на срок всего лишь до 1 года. Только часть 3, касающаяся совершения этого преступления в крупных размерах, позволяла применять наказание от 1 до 10 лет лишения свободы. К сожалению поправка, введившая эту часть статьи, и толкование понятия «крупный размер» также была сделана в период с 1989 по 1999 годы, следовательно эта норма рассматривалась как «дискриминационная» и не применялась. В условиях, когда провинция была просто наводнена оружием, оставшимся после войны, эта санкция была просто смешной.

Только с принятием Распоряжения МООНК № 2001/7 от 21 февраля 2001 это несоответствие было устранено, т.к. наказание за это преступление было ужесточено (до 8 лет лишения свободы и/или штраф в 15000 немецких марок). Однако, за период с августа 1999 до момента вступления в силу данного Распоряжения полиция зарегистрировала 899 фактов незаконного владения оружием. Виновные по этим составам в большинстве случаев «отделались лёгким испугом», получив условные наказания, что вряд ли способствовало восстановлению нормальной жизни общества. Таким образом, наряду с неясностью законодательство, может иметь место и его **устаревание, влекущее несоответствие современным требованиям.**

Итак, уже в начале своей деятельности, МООНК успешно установила наличие «законодательной» проблемы сразу же попыталась ее решить, пусть результаты и были спорны. Конечно, остался незакрытым вопрос о том, кто конкретно, на основании чего и как будет решать, какое положение отдельно взятого закона дискриминационно, а какое – нет. Однако это уже детали, на которые как правило внимания не обращают, оставляя всё на разрешение отдельным мелким чиновникам, полагающихся на «политику партии» и своё внутреннее убеждение.

Позже, с апреля 2004 в Косово в действие вступили Временный уголовный и Временный уголовно-процессуальный кодексы Косово, разработанные группой международных и местных специалистов по заданию МООНК. Эти кодексы должны были с одной стороны отвечать всем международным стандартам, в том числе и в части обеспечения прав сторон, участвующих в процессе, а с другой – учитывать местные особенности и сложившуюся практику правоприменения и устранить противоречия. Насколько эти задачи были выполнены - это вопрос отдельного

исследования. Здесь только упомянем, что нареканий в их адрес со стороны практических работников было много.

Даже если выбор применимого законодательства не представляет проблемы, специалисты сталкиваются с необходимостью изучения норм материального и процессуального права на уровне, достаточном для того, чтобы быть уверенным в том, что доказательства собираются и сохраняются в соответствии с процессуальными требованиями и, следовательно, будут допустимы в будущем судебном рассмотрении дела. Из-за языковых различий, разницы правовой культуры, обычаев и опыта процесс обучения может легко растянуться на несколько месяцев. Однако, «роскоши» долгих месяцев обучения, как правило, не бывает из-за временного по сути характера международных следственных подразделений, персонал которых регулярно и достаточно часто заменяется (ротации персонала), особенно при работе в трудных условиях.

В вышеупомянутом докладе г-на Брахими было предложено разработать пакет законодательных актов и общих указаний для полиции, прокуроров и пенитенциарной систем. По его мнению, разработка такого «законодательного пакета» должна проводиться с учётом руководящих принципов, стандартов и процедур, содержащихся в основных международных конвенциях и декларациях в области прав человека и гуманитарного права. Существование таких обобщённых законодательных актов, или «кодексов – моделей» (англ.: *Model Codes*) облегчило бы работу как временных международных администраций, так и других структур ООН, занимающихся правоохранительной деятельностью, поскольку соответствующий персонал мог бы быть предварительно их изучить и следовательно быть уже подготовленным решению конкретных задач на местах, в том числе и следственных, пока «вопрос о применимом законодательстве находится в процессе разрешения»⁴⁴. Конечно, в каждом конкретном случае, должна проводиться соответствующая адаптация этих «моделей» к региональным условиям и требованиям⁴⁵.

В 2007 году Институт мира США (англ. *United States Institute of Peace*, USIP) опубликовал первый кодекс из этого пакета постконфликтных законов в области уголовного правосудия, «модельный» Уголовный кодекс. В 2008 году - Уголовно-процессуальный кодекс⁴⁶. Хотя уже есть отдельные данные о их применении в постконфликтных ситуациях, пока они касаются только преподавания стандартов уголовного права практическим работникам

⁴⁴ См.: Там же, §§ 81 – 82.

⁴⁵ См.: там же.

⁴⁶ См.: *Model Codes for Post-Conflict Criminal Justice* // USIP webpage [электронный ресурс] – Режим доступа. - <http://www.usip.org/model-codes-post-conflict-justice-publication-the-model-codes> (дата обращения 12.02.2014).

при их переподготовке, а также их использования как примерных образцов при проведении реформ правосудия⁴⁷.

Несмотря на изначальное позиционирование этих «моделей» как непосредственных источников материального и процессуального права, которые можно было бы применять на постконфликтных территориях во время «правового вакуума», автор не смог найти примеров их использования в таком качестве правоохранительными органами при расследовании реальных преступлений. Также представляется целесообразным их использование, например, вышеупомянутыми международными СОГ, но и такой информации нет. С другой стороны, в этой связи возникает взаимосвязанная проблема, о появлении которой в будущем на начальных этапах сбора доказательств как правило не задумываются. Ниже её рассмотрим.

7. Допустимость собранных доказательств в судебном процессе

Естественно, что для того, чтобы, например, показания свидетеля были признаны допустимыми, их необходимо изначальное фиксировать с учётом процессуальных требований того судебного органа, который будет рассматривать дело, либо их придётся передопрашивать. Однако и в нормальных условиях свидетели и потерпевшие по различным причинам зачастую меняют показания, отказываются от повторной их дачи, а порой и просто пропадают. Проблема фиксации свидетельских показаний, а особенно появления свидетелей в судебном заседании, особенно актуальна в постконфликтном «напряжённом» обществе⁴⁸. Ситуация с вещественными доказательствами ещё сложнее, т.к. если их сразу не оформить как полагается, то второй раз их уже не собрать; в результате они скорее всего будут признаны недопустимыми, т.к. очевидно были собраны с нарушениями.

Одна из коллег автора, состоящая в вышеуказанном Реестре, пояснила, что во время подготовительного курса каких-либо унифицированных форм уголовно-процессуальных документов им не предоставляли. В случае направления для проведения расследования,

⁴⁷См.: *Haiti Earthquake: One Year Later and On the Issues: Haiti's Youth*// USIP [электронный ресурс] – Режим доступа. - <http://www.usip.org/publications/the-issues-haitis-youth> (дата обращения 12.02.2014).

⁴⁸См. по этому вопросу: *Kosovo War Crimes Trials: An Assessment Ten Years On 1999 – 2009*, a report by the OSCE Mission in Kosovo, May 2010, p. 5 // OSCE official website [электронный ресурс] – Режим доступа. - <http://www.osce.org/kosovo/68569> (дата обращения 17.02.2015); см. также: HRAP, *Nikolić et al*, nos 72/09 et al, opinion of 14 December 2014, § 201.

детальные инструкции, формы документов и информация о процедурных особенностях (например необходимости в понятых при производстве осмотра места происшествия) должны будут быть предоставлены принимающей стороной, с учётом цели сбора этой информации. В иных случаях могут использоваться бланки и базы данных, разработанные в Управлении Верховного комиссара по правам человека ООН⁴⁹ (далее – УВКПЧ).

Вся информация о нарушениях прав человека, собранная для УВКПЧ ООН, является конфиденциальной; имена свидетелей и потерпевших не разглашаются, чтобы не подвергнуть опасности их жизни. В то же время, у них испрашивают согласие на передачу записей их показаний и личных данных правоохранительным органам, которые будут заниматься расследованием конкретного события как преступления. Конечно, собранные таким образом сведения имеют большую ценность, но будут ли они признаны доказательствами в уголовном деле? Скорее всего нет. К сожалению, возможностью частого дополнения и изменения уголовного процесса, при необходимости легко «подстраиваемого» под свои нужды, могут похвастать только отдельные *ad-hoc* трибуналы⁵⁰. У «нормальных» судов такой роскошинет.

8. Доведение необходимой информации до работников на местах

Даже если вопрос о выборе применимого законодательства может быть решён достаточно оперативно, остаётся другая огромная проблема – это ознакомление с этим массивом информации работников на местах, а также и потребителей «услуг» правоохранительных органов, т.е. гражданского населения. Инфраструктура может быть разрушена, соответственно системы оповещения и распространения официальной информации также могут функционировать в весьма ограниченной форме.

Что касается прибывающих специалистов, то их обучение местным нормам процессуального права также занимает достаточно долгое время. К сожалению, курс «переподготовки» полицейских, прибывающих в Косово был рассчитан на три дня и включал в себя всего лишь один академический час на изучение уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

⁴⁹ Англ.: *Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR)* // Официальная интернет-страница: <http://www.ohchr.org>

⁵⁰ Например, «Процедурное уложение» (Rules of Procedures and Evidence) Международного уголовного Трибунала по бывшей Югославии, за 20 лет своего существования (с 1994 года) дополнялось и изменялось 49 раз!!! См.: На официальной интернет-странице Трибунала [электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.icty.org/sid/136> (дата обращения 19.02.2015).

Можно представить уровень его понимания прибывшими офицерами, которые должны были его применять.

Например, в июне 2007 года начальник Отдела по расследованию военных преступлений направил рапорт директору Департамента правосудия МООНК, в котором просил разъяснить, какие же преступления подлежат квалификации как «военные», а какие – как «обычные», необходимо ли направлять прокурору уведомление при получении заявления или сообщения о таком преступлении и др. Это говорит о том, что спустя восемь лет после начала деятельности Полиции МООНК, даже в подразделении, позиционированном как «элитное», не было чёткого понимания отдельных важных положений материального и процессуального права⁵¹.

9. Недостаток квалифицированных специалистов с соответствующим опытом работы

Нехватка специалистов также является одним из серьёзных негативных факторов. В списке преступлений, входящих в исключительную юрисдикцию международных следственных подразделений, лидируют конечно же военные преступления. Однако, подавляющее большинство работников, направляемых в миссии, прибывают из мирных государств, где они не сталкивались с расследованиями такого рода преступлений.

Кроме того, срок нахождения в миротворческой миссии ООН для представителей различных национальных контингентов варьируется между 6 и 24 месяцами. Это установлено министерствами внутренних дел стран, направляющих личный состав в миссии и правилами Департамента по миротворческим операциям ООН. Конечно, в следственные подразделения набираются офицеры, имеющие соответствующий опыт. Однако адаптация приступающих к работе следователей к новым условиям и правилам работы занимает много времени. Очень часто возможность нормально работать появляется только к полугоду нахождения в миссии. Последний месяц обычно отдается на передачу дел и подготовку к репатриации. В результате, в среднем следователи работают в подразделениях не более года, что конечно же не улучшает качества предварительного расследования.

Например, в ответе Главы МООНК на запрос ПКК в деле *Булатович* отмечено, что «основой проведения эффективного расследования является профессиональная, хорошо подготовленная и хорошо обеспеченная полиция ... [но] ... такой полиции в Косово в 1999 году не было, ее нужно было создавать с нуля и постепенно развивать». Это приходилось делать в состоянии полного «вакуума» полицейской работы (англ.: *policing vacuum*),

⁵¹ Копия документа имеется в личном архиве автора.

имевшего место после окончания конфликта, и процесс этот, по мнению Главы МООНК, до сих пор не закончена⁵².

Однако, как было установлено ПМК, по непонятным причинам реальная ситуация с правоохранительной деятельностью в Косово была представлена международному сообществу в искажённом виде. Так, в докладе Генерального секретаря ООН Совету безопасности в январе 2003 года система органов полиции и правосудия в Косово была охарактеризована как «эффективно функционирующая и устойчивая»⁵³. С другой стороны, около полугода спустя Департамент правосудия МООНК совместно с Полицией МООНК решили «вследствие недостатка времени, ресурсов и персонала» сконцентрировать силы и средства на расследовании только тех дел, в которых были «большие шансы установления подозреваемых». Остальные расследования должны были быть приостановлены «до лучших времён». По мнению Коллегии, это факт указывал на «серьёзные системные недостатки» в работе правоохранительной системы и высказала серьёзную озабоченность тем, что вместо представления проблем огласке и требования выделения дополнительных ресурсов, была нарисована ложная картина происходящего, разительно отличающаяся от реального положения вещей⁵⁴.

10. Недостаток беспристрастности, непредвзятости, в служебной деятельности

Эта проблема тесно связана с вышеупомянутым общим недостатком специалистов. Даже когда опытные профессионалы имеются, после войны вряд ли смогут полностью одинаково относиться к потерпевшим или подозреваемым, независимо от того, с какой стороной конфликта они ассоциируют себя или могут быть ассоциированы.

С другой стороны, аналогична и реакция граждан в ситуациях, когда им приходится иметь дело с полицейскими, представляющими бывшую противную сторону в завершившемся конфликте. Автору самому не раз приходилось сталкиваться с проблемами, когда албанские участники процесса просто отказывались сотрудничать с русскими полицейскими, т.к. последние однозначно воспринимались как союзники сербского населения. Следовала очень долгая и кропотливая работа по доказыванию того, что ты можешь быть нейтральным и беспристрастным профессионалом.

⁵²См.: HRAP, *Bulatović vUNMIK*, no. 14/09 etal, opinion of 13 November 2014, § 53.

⁵³ См.: Доклад Генерального секретаря о Миссии ООН по делам временной администрации в Косово. Документ ООН № S/2003/113 от 29 января 2003, §§ 28 – 29.

⁵⁴См.: HRAP, *Stevanović*, no 289/09, opinion of 14 December 2014, §§ 42, 112 and 116.

В практике Европейского суда представлено достаточно много отрицательных примеров «правоохранительной деятельности» на конфликтной территории. В отдельных случаях было установлено, что официальные лица сначала использовали ситуацию в личных целях, в том числе для наживы, а потом всячески препятствовали расследованию. Так, в деле *Елич против Хорватии*, ЕСПЧ установил, что реальный контроль над расследованием убийства мужа заявительницы осуществляли те же высокопоставленные работники полиции, которые участвовали в похищении и убийстве как его самого, так и других сербов на подконтрольной им территории⁵⁵.

11. Количество совершаемых преступлений

Преступлений совершается много, носят они разный характер. Например, описывая ситуацию в Южной Осетии в августе 2008 года, средства массовой информации отмечали, что инцидентов происходит множество, число их жертв постоянно растет, а подразделения миротворческих сил просто не справляются с даже с их первоначальным расследованием⁵⁶. Однако, более или менее точной статистики преступлений, совершённых во время конфликтов, как правило, не существует.

Отвечая на запрос ПКК, глава МООНК сообщал, что в начале своей деятельности полиция в Косово вынуждена была работать в послевоенных условиях, «с лежащими на улицах трупами и разрушенными, разграбленными и горящими домами. Распространённое насилие по этническому признаку воплотилось в незаконные выселения и завладения чужой собственностью, поджоги и нападения на лиц разных национальных групп по всему Косово. Страсти и напряженность кипели среди всех этнических групп, усугубляемые сообщениями о пропавших без вести и убитых. Первоочередной задачей полиции МООНК стало скорейшее восстановление правопорядка и структуры, необходимой для регистрации заявлений о преступлениях их расследования»⁵⁷.

Как отмечала ПКК в заключении по делу *Mladenović*, говоря опять же о похищениях и убийствах сербов, очевидное отсутствие незамедлительной, систематичной и скоординированной реакции Полиции МООНК, особенно в

⁵⁵ См. напр.: вышеук. решение ЕСПЧ в деле *Jelić* (см. ссылку № 24).

⁵⁶ См.: *С юга на север* // Российская газета, №4721, 5 августа 2008 г. [электронный ресурс] – Режим доступа. - <http://www.rg.ru/2008/08/05/osetia.html> (дата обращения 17.12.2014).

⁵⁷ См.: HRAP, *Mladenović v UNMIK*, no. 99/09, opinion of 26 June 2014, §§ 129, 195.

наиболее критичный период сразу же по окончании конфликта, могло дать понять преступникам, что власти либо не могут, либо не хотят расследовать такие преступления. По мнению Коллегии: «Такое отношение властей к преступлениям, рассматриваемым как наиболее тяжкие в любых условиях, а особенно в постконфликтной обстановке, неизбежно создаёт у преступников ощущение полной безнаказанности и может только привести к ухудшению общей ситуации. Проблемы, встреченные Миссией ООН в Косово в начале своей деятельности ... не оправдывают такого рода бездействие, как на начальных этапах, так и в дальнейшем. Несомненно ... этим бездействием МООНК не помогало разрядке страстей и напряженности, которые, как упомянуто выше, “бурлили среди всех этнических групп, усугубляемые сообщениями о пропавших без вести и убитых”»⁵⁸.

С другой стороны, статистика преступлений в периоды «безвластия» либо отсутствует вообще, либо она крайне разрознена. В Косово, например, централизованного учета заявлений и сообщений о преступлениях в июне – июле 1999 года вообще не было. В то же время КФОР, уполномоченный на начальном этапе (до развёртывания гражданской полиции ООН) заниматься охраной правопорядка, полные сведения о преступлениях полиции не передал, а архивы КФОР оказывались либо недоступны, либо также не содержали нужной информации.

Например, одна из заявителей в деле *Николич и другие* сообщила, что она сразу же заявила в КФОР о похищении своего брата бойцами АОК в июне 1999 года. В процессе рассмотрения дела ПКК МООНК запросила информацию из регионального штаба КФОР «Запад» о наличии этого зарегистрированного сообщения. Однако, информации об этом заявлении ни в общем архиве, ни в архиве военной полиции региона «Запад» не оказалось⁵⁹, в связи с чем ПКК выразила свою озабоченность о сохранности информации. Приведённый выше пример массового убийства в Старо Грацко также, к сожалению, весьма характерно отражает положение вещей в части передачи следственных материалов из КФОР.

Конечно, отдельные данные всё-таки имеются. В соответствии с отчётом Полиции МООНК за 2000 год, с июня 1999 по декабрь 2000 было зарегистрировано 675 убийств, 115 изнасилований и 351 похищений людей. В то же время, поиск из базы данных Полиции Косово (англ.: *Kosovo Police Information System*, KPIS), которая включает в себя и более раннюю информацию гражданской полиции ООН, проведённый 5 июля 2012, выдал другие результаты: 143 убийства, 5 изнасилований, 17 похищений, 7 сообщений о пропавших людях, 2 незаконных лишения свободы. Что

⁵⁸См.: там же, § 195.

⁵⁹См.: HRAP, *Nikolić et al v UNMIK*, no. 72/09 et al, opinion of 14 December 2014, §§ 58 and 184.

интересно, в июне 2015 года в той же КПИСколичество убийств за 1999 и 2000 год зарегистрированных убийств было уже менее 120. Что происходит со статистикой – это «история, покрытая мраком».

Как видим, расхождение огромное. Возможны два очевидных объяснения ситуации: огромное количество тяжких преступлений (около 80% убийств, 95% изнасилований, и 92% похищений людей) не были зарегистрированы, либо статистика преступности в вышеуказанном отчёте была значительно «раздута» по неясным причинам. Весьма вероятно, что сообщений о преступлениях меньшей тяжести в полицию вообще не поступало, что привело к тому, что они остались незарегистрированными. В постконфликтных обстоятельствах, когда органы правопорядка только начинают восстанавливаться и население просто не знает, кому верить, такой сценарий весьма вероятен.

С другой стороны, многие потерпевшие ощущают последствия отсутствия работающей полиции и спустя много лет. ПКК получала заявления от потерпевших, которые не могли получить копию полицейского рапорта о совершённом в их отношении преступлении и таким образом доказать властям, что вред их здоровью был причинён криминальным путём. Поскольку последнее оказывается доказать невозможно, пострадавшие не могли получить дополнительные пособия по утрате трудоспособности и адекватное бесплатное медицинское обслуживание в Сербии.

В заключение скажем, что в ситуациях, когда преступность «зашкаливает», а власти не в состоянии оказать адекватный отпор, настает черед международной общественности волноваться, по меньшей мере потому, что создается реальная угроза «выплёскивания» всего этого беззакония за пределы национальных границ. В таких случаях оправданно «включение» международно-правовых механизмов, призванных обеспечивать законность и правопорядок в переходный к мирному времени период. Однако, сама по себе передача функций полиции международным структурам не является универсальным решением проблемы, т.к. эффективная деятельность групп международных специалистов на местах сопряжена с огромным количеством трудностей разного плана; «наладка» работы международных следственных подразделений занимает затягивается надолго и порой практически сводит на «нет» все положительные стороны этой деятельности. К сожалению, пример Международной полиции МООНК является свидетельством в пользу данного утверждения.

Др Горан Јованић¹

**Доцент Факултета за специјалну едукацију и рехабилитацију,
Универзитета у Београду**

Мр Љепосава Илијић²

Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд

УГРОЖАВАЊЕ ЗДРАВЉА ОСУЂЕНИХ ЛИЦА*

Анстракт:

Право затвореника на здравствену заштиту представља једно од основних људских права које је прокламовано међународним конвенцијама и декларацијама и важећим националним нормативима. Анализирајући извештаје Управе за извршење кривичних санкција, али имајући у виду изузетно лоше услове живота у затворима, аутори у овом раду скрећу пажњу ка истицању стварних услова живота и на дискрепанцу између прокламованог права у односу на реализовану здравствену заштиту у затворским условима. Постојање изузетно великог броја осуђених који имају озбиљне здравствене проблеме, као и присуство инфективних обољења, говори нам да се затвори, а посебно служба за здравствену заштиту, сусрећу са проблемима којима, с обзиром на материјалне, кадровске и хигијенске услове, не могу да одговоре на адекватан начин.

Кључне речи: *Осуђени, затвор, здравствена заштита, инфективна обољења.*

ЉУДСКА ПРАВА ОСУЂЕНИХ У СРБИЈИ

Процес извршења изречене кривичне санкције је законом регулисан процес одузимања или ограничавања слобода или права осуђеног лица, у складу са судском пресудом. То не значи истовремено улажење у зону непостојања права, јер осуђеник стиче нови правни статус, нова права и обавезе.³ Лице према коме се извршава кривична санкција, има права на

¹ goxi67@gmail.com

² lelalela_bgd@yahoo.com

* Овај текст је настао као резултат рада на пројекту који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

³ Соковић, С. (2002). Заштита и ограничавање права осуђених лица. *Правни живот*, Вол. 9/2002. 527-540.

Доц. др Горан Јованић, мр Љепосава Илијић

заштиту основних људских права прописаних Уставом Републике Србије, Законом о извршењу кривичних санкција, међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права.⁴

Ограничавање загарантованих права осуђеник могуће је само у мери у којој је то неопходно за извршење кривичне санкције и то поступком који је регулисан Законом о извршењу кривичних санкција.⁵

Питања положаја и права лица која су већ лишена једног од основних људских права-права на слободу, не регулишу се само на плану националног законодавства. Општи концепт људских права, разрађен у Универзалној декларацији о људским правима из 1948. године, предвиђа да свако људско биће има *право на живот, слободу и личну безбедност*, што значи да осуђеним лицима припадају сва људска права и слободе, осим оних која су ограничена самом казном.⁶

Закон о извршењу кривичних санкција детаљно регулише права осуђених лица: право на човечно поступање, право на смештај, право на исхрану, право на дописивање, право на правну помоћ, право на посете, право на боравак у посебној просторији, право на здравствену заштиту, право на пријем пакета и новчаних пошиљки, право на образовање, обавештавање, право на верску културу, право на подношење притужби и представки.⁷

Европска конвенција за заштиту људских права и слобода гарантује одређена права искључиво лицима лишеним слободе, и представља темељни документ захваљујући раду Европског суда за људска права који је својим радом унапредио заштиту права и слобода лица лишених слободе.⁸

Не улазећи дубље у анализу свих прокламованих права осуђених лица, у овом раду је посебна пажња посвећена анализи права осуђених лица на здравствену заштиту, његовим правним детерминантама, али и критичком осврту у погледу поступања у пракси и проблемима са којима се сусрећу затвори у погледу осигурања поштовања овог права.

⁴Закон о извршењу кривичних санкција, Службени гласник Р.С, 55/2014.

⁵Закон о извршењу кривичних санкција, Службени гласник Р.С, 55/2014.

⁶Константиновић-Вилић, С. & Костић, С. (2005). Европски стандарди за извршење кривичних санкција. *Правни живот*, Бр. 9/2005. стр. 887-902.

⁷Соковић, С. (2002). Заштита и ограничавање права осуђених лица. *Правни живот*, Вол. 9/2002. 527-540.

⁸Марокини, М. (2010). Заштита људских права и заштита права затвореника. *Право и друштво*, Бр.1/2010. Стр. 35-58.

Право на здравствену заштиту лица лишених слободе - нормативни оквир

Право осуђених на здравствену заштиту представља једно од основних људских права које је прокламовано међународним конвенцијама и декларацијама и важећим националним законским прописима и актима.⁹ Под појмом права на здравствену заштиту подразумева се право да се ради заштите и унапређења властитог здравља захтевају од другог извесне радње којима он располаже. Здрављем се сматра стање организма при којем правилно, нормално, раде сви његови органи и у којем се не осећају никакви болови, односно, стање комплетног физичког, менталног и социјалног благостања, а не само одсуство болести и неспособности.¹⁰ Закон о извршењу кривичних санкција¹¹ у сегменту права осуђених која се посредно или непосредно односе на здравствену заштиту, изричито прописује да осуђено лице има право на: човечно поступање,¹² смештај,¹³ адекватне просторије у којима осуђени живе и раде,¹⁴ хигијену,¹⁵ исхрану,¹⁶ здравствену заштиту,¹⁷ лечење,¹⁸ специјалистички преглед¹⁹ и др. Уставом Републике Србије, као највишим правним актом, прокламовано је да свако има право на заштиту свог физичког и психичког здравља.²⁰ Закон о извршењу кривичних санкција гарантује осуђеним лицима наведено право према општим прописима о здравственој заштити и према одредбама тог закона.²¹ У складу са тим, прописано је да ће се осуђени коме се у заводу не може пружити одговарајућа здравствена заштита, упутити у Специјалну

⁹ Batrićević, A. & Ilijić, Lj. (2014). Health Care of Prisoners as a Crime prevention factor-General Standards and Conditions in Serbia. In: Milašinović, S. Simović, D. & Simeunović-Patić, B. (Ur.) *Thematic Conference Proceedings of International Significance. International Scientific Conference "Archibald Reiss Days"*. Academy of Criminalistics and Police Studies. Vol. 1. pp. 441-450.

¹⁰ Устав Светске здравствене организације, Службени лист ФНРЈ, 93/1947

¹¹ Закон о извршењу кривичних санкција, Службени гласник Р.С, 55/2014

¹² чл. 76

¹³ чл. 77

¹⁴ чл. 78

¹⁵ чл. 81

¹⁶ чл. 82

¹⁷ чл. 113

¹⁸ чл. 114

¹⁹ чл. 117

²⁰ Члан. 68. Устав Републике Србије, Службени Гласник Р.С, 98/2006.

²¹ Закон о извршењу кривичних санкција, Службени гласник РС, 85/2005; 72/2009; 21/2011.

затворску болницу или другу установу, а трудница ради порођаја у породилиште.²²

За заштиту здравља затвореника значајне су и одредбе Устава којима се грађанима гарантује неповредивост физичког и психичког интегритета, односно, прописује да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободног пристанка.²³

Остваривање здравствене заштите осуђених детаљније је регулисано одредбама подзаконског акта-Правилника о кућном реду казнено поправних завода и окружних затвора, који право на здравствену заштиту сврстава у корпус основних права осуђених.²⁴ Наведени Правилник предвиђа да осуђеном мора бити обезбеђен смештај који одговара савременим здравственим условима. Завод се такође обавезује да осуђеном обезбеди све потребен услове за остваривање здравствене заштите која је утврђена законом.

Здравствена заштита лица лишених слободе спроводи се преко здравствених служби и установа Управе за извршење кривичних санкција, Специјалне затворске болнице и здравствених установа у оквиру Министарства здравља, када за тим постоји стручна потреба²⁵

Очигледно је да су ограничења права и слобода човека и грађанина у поступку извршења казне затвора на свим нивоима детаљно правно постављена. Због специфичности свих установа за институционалну изолацију, затвора посебно, увек се додатно поставља питање да ли је и колико фактичко стање у погледу ограничавања права осуђених лица у складу са нормираним?²⁶

Здравствени проблеми осуђених

Извршење затворске казне, у условима транзиције друштва и оскудних материјалних могућности, оптерећено је низом проблема. Осим

²²Чл. 101. ст. 2. Закон о извршењу кривичних санкција, Службени гласник РС, 85/2005; 72/2009; 21/2011

²³Batrićević, A. & Ilijić, Lj. (2014). Health Care of Prisoners as a Crime prevention factor-General Standards and Conditions in Serbia. In: Milašinović, S. Simović, D. & Simeunović-Patić, B. (Ur.) *Thematic Conference Proceedings of International Significance. International Scientific Conference "Archibald Reiss Days"*. Academy of Criminalistics and Police Studies. Vol. 1. pp. 441-450.

²⁴ *Ibid.*

²⁵Управа за извршење кривичних санкција, Годишњи извештај, (2013). Министрство правде Републике Србије.

²⁶Соковић, С. (2002). Заштита и ограничавање права осуђених лица. *Правни живот*, Вол. 9/2002. 527-540.

корективног, према осуђеним се предузимају и други облици третмана који су усмерени ка лечењу, здравственој превенцији и отклањању различитих облика зависности. Животни стилови осуђених пре доласка у затвор, често су повезани са многобројним ризичним факторима за нарушавање здравља.²⁷ Као највећи здравствени проблеми осуђених најчешће се наводе: проблеми настали услед зависности од психоактивних супстанци, болести локомоторног апарата, ХИВ, хепатитис Ц и друге инфективне болести, туберкулоза, али и хроничне болести осуђених старије животне доби, осуђених са инвалидитетом, као и ментални поремећаји. Затвор, са друге стране, често се посматра као средина у којој је преношење инфекција олакшано управо због продуженог и понављаног излагања ризичним факторима и ситуацијама.²⁸

Табела 1. Врста и број оболења лица лишених слободе у 2013. години

Врста болести	Број (М и Ж)
Болести локомоторног апарата	1938
Болести дисајних путева	4592
Болести пробаве	2473
Болести срца и крвних судова	3161
Болести нервног система	1970
Ментални поремећаји (МКВ група V, шифра Ф)	7618
Укупно	21734

Из Табеле 1 уочљиво је да највећи број осуђених лица има дијагностификован ментални поремећај (7618), неку од болести дисајних путева (4592), затим следе осуђени који имају болести срца и крвних судова (3161).

Колико је затворска установа са својим здравственим службама у могућности да пружи адекватну здравствену заштиту наведеним категоријама осуђеника, чини се да је питање на које не треба давати посебан одговор. Адекватнијим се чини приметити да би за неке категорије болесних осуђеника била примеренија алтернативна санкција уз примерену здравствену негу и лечење у свим доступним здравственим установама.

Проблем зависности од психоактивних супстанци међу осуђеничком популацијом је глобални проблем, а нажалост, наша земља у погледу

²⁷Јованић, Г. & Илић, З. (2011). Здравствени проблеми осуђених у затвору. У: Глумбић, Н. & Вучинић, В. (Ур.). *Специјална едукација и рехабилитација данас*. Стр. (495-500). Београд: Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију.

²⁸*Ibid.*

распрострањености не заостаје за другим земљама у свету и Европи. Корективна служба Канаде процењује да чак 80% преступника у затворима има проблем са зависношћу од психоактивних супстанци.²⁹ Према званичним подацима Управе за извршење кривичних санкција³⁰, 27,5% осуђених и 12,6% притвореника у зависници.

Зависници од психоактивних супстанци додатно су изложени здравственим ризицима у затвору, као што су ризик од предозирања и ризик од преноса заразних болести.³¹ Резултати истраживања указују на податак да сваки седми затвореник има искуство са интравенозним узимањем дроге. Од укупног броја интравенских корисника дроге 5% је први пут узело дрогу у затвору, 39,5% је бар једном делило прибор за убризгавање. Такође, сваки пети осуђени се тетовирао у затвору, а 14,5% није користило стерилан прибор.³² Светска корективна пракса показује да су се и сасвим једноставни програми превенције заразних болести, као што је нпр. бесплатна подела стерилног прибора, показали као врло ефикасни у спречавању ширења заразних болести.³³ Превентивни програми који су усмерени ка подизању нивоа знања о заразним болестима и начинима њиховог преношења, у нашим казнено-поправним установама врло су оскудни.

Табела 2. Број регистрованих зависника од ПАС међу осуђенима³⁴

Број регистрованих зависника од ПАС	Број (М и Ж)
Зависници од ПАС	2873
Интравенозни корисници	1503
Капацитет "Одељења без дроге"	18
Број осуђених на одељењу за лечење зависности	175
Просечан број лица на одељењу за лечење зависника у току 2013. г.	190

²⁹Correctional Service Canada, (2004). Use of Random Urinalysis to Detect Drug Use in Prison: A Review of the Issues. Available on: www.csc-scc.gc.ca

³⁰Управа за извршење кривичних санкција, (2013). Годишњи извештај о раду. Министарство правде Републике Србије.

³¹Илијић, Љ. & Јованић, Г. (2015). Присуство и употреба психоактивних супстанци у затворима. У: Вејновић, Д. (Ур.) *Наука, друштво, транзиција*. (582-592). Бања Лука: Европски Дефендологија центар.

³²Крстић, М., Терзић, З., Кнежевић, Т., Ивановић, И. & Бјелић, И. (2008). Ризични облици понашања и фактори ризика на ХИВ међу затвореницима у Републици Србији. *Гласник Завода за заштиту здравља Србије*, Вол. 80. Бр. 3. стр. 19-22.

³³World Health Organization, (2014). Regional Office for Europe. Health Topics, Data and Statistics. Available on: www.euro.who.int.

³⁴Подаци преузети из последњег доступног Извештаја Управе за извршење кривичних санкција (2013). Министарство правде Републике Србије.

Приказани број зависника од психоактивних супстанци у Табели 2 треба узети са резервом, имајући у виду да званични државни ограни износе само број регистрованих зависника који су пријавили зависност по доласку у затвор. Претпоставља се да је тамна бројка много већа, како због непријављених зависника, тако и због неоткривених зависника. Обавезно тестирање у нашим казнено-поправним установама не постоји, за разлику од готово свих европских земаља у којима тестирање представља устаљену праксу више од десет година. Обавезно тестирање, које се бар једном месечно спроводи у свим затворима у Великој Британији, на насумично одабраном узорку осуђених, представља само први корак ка суочавању са овим проблемом. Након тога следи одређивање програма третмана и упућивање ка неком од програма детоксикације, саветовања, као и едукација о методама и поступку лечења.³⁵

Свакако да ни капацитет "Одељења без дроге" није довољан у погледу смештајних капацитета да осигура место онима који одлуче да се лече од зависности. Чини се да је и у случају осуђених који су зависни од психоактивних супстанци њихово загарантовано право на здравствену заштиту и адекватну здравствену негу поврђено.

Критички се треба осврнути и на законска решења, посебно на Закон о извршењу кривичних санкција који има одређене мањкавости и ограничења којима се треба посветити већа пажња. Поменути Закон о извршењу кривичних санкција предвиђа да се лечење наркоманије мора спроводити у Специјалној затворској болници, а не у свим затворским установама у Србији. То указује на проблем преосталих (27) затворских установа које законски (мада не само законски) остају без могућности да спроводе програме лечења.³⁶

Табела 3. Врста инфективних обољења лица лишених слободе 2013. године

Врста оболења	Број (М и Ж)
ХИВ	17
Хепатитис Ц	1670
Хепатитис Б	80
Туберкулоза	24

³⁵Blakey, D. (2008). Disrupting the Supply of Illicit Drug into Prisons, A Report for the Director General of National Offender Management Service. Available on: www.justice.gov.uk/docs/blakey-report-disrupting.pdf

³⁶Илић, З. & Јованић, Г. (2011). *Затвор и /или слобода под надзором*. Београд: Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију.

Оболели од Хеп. Ц. на АРВ терапији	3
Оболели од Хеп. Ц. на АРВ терапији	3
Оболели од ХИВ на АРВ терапији	14
Број вакцинисаних на Хепат. Ц.	17

Присуство болести зависности од психоактивних супстанци и инфективних оболења у затворима условљава прилагођавање установе пружању интензивне и стручне медицинске помоћи и заштите, јер се ради о озбиљним болестима које захтевају такав третман, а неке од ових болести или неки од њихових стадијума, подразумевају и изолацију осуђених лица, што свакако може да отежа или потпуно онемогући свакодневне активности и рутину затворске установе.³⁷

У погледу инфективних обољења, као што је и приказано у Табели 3, међу осуђеничком популацијом су најраспрострањенији Хепатитис Ц и Б, као и туберкулоза. Ови подаци указују да је проблем присутности инфективних болести међу затворском популацијом присутан и да му се треба посветити већа пажња како у смислу едукације осуђених, тако и у смислу доступности стручних и лекарских служби. Један од највећих проблема особа који живе са ХИВ вирусом у затворским условима јесте њихова изолованост од других институција, организација и програма усмерих ка ХИВ обољелим лицима, те су они врло често, ван сваких програма превенције, лечења и помоћи. Осим повећања знања осуђеника о овој и другим инфективним обољењима, неопходно је осуђенима могућити и приступ информацијама о организацијама које су активне у овој области, другим специјализованим здравственим установама за лечење али и појединцима који пружају услуге и помоћ овој специфичној категорији. Једна од отежавајућих околности јесте и неспровођење специфичних програма превенције ХИВ и других инфективних обољења. Колико је неопходно креирати и спроводити овакве програме, најбоље показују резултати истраживања чији је циљ било утврђивање ризичних и протективних фактора и ниво осетљивости на ХИВ. Резултати указују да свега нешто више од 20% осуђеника има довољно стеченог знања о

³⁷Илијић, Љ. & Јованић, Г. (2015). Присуство и употреба психоактивних супстанци у затворима. У: Вејновић, Д. (Ур.) *Наука, друштво, транзиција*. (582-592). Бања Лука: Европски Дефендологија центар.

ХИВ/АИДС-у, а чак 84% осуђених има дискриминаторни став према особама које су заражене ХИВ вирусом.³⁸

Присуство обољелих од туберкулозе међу затворском популацијом, свакако нам указује да ниво здравствене неге и заштите у затворским установама није на адекватном нивоу. Према извештајима Светске здравствене организације, преваленца туберкулозе је много већа међу затворском, него међу општом популацијом. Ширење туберкулозе олакшавају неблаговремена дијагностика и лечење, као и лоши услови живота у затворима.³⁹

Концентрација фактора ризика за развој акутне туберкулозе у затворској популацији је велика, а као најчешћи разлози за високу стопу обољевања, наводе се: број затвореника који долази из популације високог ризика од инфекције (болести зависности, сиромаштво, менталне потешкоће, рецидивисти и др.), затвор као средина олакшава преношење инфекције због продуженог и понављаног излагања изворима заразе (коме треба додати и касно откривање заразе, неправилно и неблаговремено лечење, пренасењеност простора и лошу вентилацију), осуђеници су под већим ризиком од обољевања уколико постоје и друга обољења или стања која смањују имунитет (као што су ХИВ инфекција, слаба ухрањеност, физички и емоционални стресови и др.).⁴⁰

Савет Европе и Уједињене нације препоручују обавезан медицински скрининг за сваког затвореника по доласку у затвор као и да обучено медицинско особље мора да постоји у сваком затвору. Рано откривање свих инфективних болести, рана дијагностика и пригодна медицинска нега и лечење, морају бити свакодневна пракса и у институцијама као што су затворске.

Намеће се закључак да затвор као институција није адекватно опремљена и пре свега, подобна установа да се брине о озбиљно болесним људима⁴¹ (што и није њена примарна функција, али законски је обавезна да осигура заштиту здравља и пружање адекватне медицинске и здравствене заштите лицима која се налазе у стању здравствене потребе), а специфични

³⁸Крстић, М., Терзић, З., Кнежевић, Т., Ивановић, И. & Бјелић, И. (2008). Ризични облици понашања и фактори ризика на ХИВ међу затвореницима у Републици Србији. *Гласник Завода за заштиту здравља Србије*, Вол. 80. бр. 3. стр. 19-22.

³⁹Tuberculosis prevention and control in Canadian Federal Prison (1998). Reported Results of the Correctional Service of the Canada Tuberculosis Tracking System. Correctional Service Canada, Ottawa. Available on: csc.scc.gc.ca

⁴⁰*Ibidem*.

⁴¹Илијић, Љ. & Јованић, Г. (2015). Присуство и употреба психоактивних супстанци у затворима. У: Вејновић, Д. (Ур.) *Наука, друштво, транзиција*. (582-592). Бања Лука: Европски Дефендологија центар.

проблеми, са којима су сусрећу затворске установе, као што су лоши хигијенски услови, неприлагођена или неадекватна исхрана, прекобројност затворске популације и недостатак стручних кадрова, несумњиво утичу на то да се овај проблем додатно мултипликује.⁴²

У КОЈОЈ МЕРИ СЕ ПРАВО ОСУЂЕНИКА НА ЗДРАВСТВЕНУ ЗАШТИТУ ОСТВАРУЈЕ У ЗАТВОРУ

Наше законодавство о извршењу кривичних санкција у потпуности поштује међународне стандарде у нормирању слобода и права човека и грађанина током извршења затворске казне. Међутим, наша земља у досадашњем поступању показала је више спремности да на задовољавајући начин регулише поједине области људских права,⁴³ него што је уложила напоре да се прокламована права у пракси и реализују. Здравље и људска права у тесно су повезани, а њихове додирне тачке односе се на насиље, мучење, ропство, дискриминацију, услове становања и др. Стручна литература сугерише постојање основних критеријума на основу којих се вредује остваривање права на здравље људи. Ти критеријуми се могу класификовати у четири групе: 1) *Доступност*-као критеријум укључује ефикасну инфраструктуру и услуге јавног здравља, као и доступну квалитетну здравствену заштиту; 2) *Приступачност*-која подразумева недискриминацију, физичку приступачност и информисаност; 3) *Прихватљивост*-подразумева поштовање начела лекарске етике, осетљивост на различита животна доба и здравствене институције, у циљу побољшања здравља и здравственог стања свих корисника; 4) *Квалитет*-који подразумева комплетну здравствену инфраструктуру.⁴⁴

Полазећи од наведених критеријума може се констатовати да остваривање права осуђених на здравствену заштиту није на адекватном нивоу. Пре свега, недоступност здравствених служби, као и квалитет услуга далеко је од квалитета услуга које пружају здравствене службе слободним грађанима. Сваки болесник је у осетљивом положају због болести и у таквом психичком стању да се његов однос према здравственом раднику по правилу,

⁴²Илијић, Љ. (2011). Депривација сигурности и ХИВ вирус као фактори који нарушавају сигурност осуђеника. *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*. Бр. 1/2 (109-118). Београд.

⁴³Соковић, С. (2002). Заштита и ограничавање права осуђених лица. *Правни живот*, Вол. 9/2002. 527-540

⁴⁴Чиплић, С., Ђуричић, М., Булатовић, И. & Спасојевић, Д. (2010). Људска права и медицина. *Војносанитетски преглед*. Вол. 67. бр. 9. стр. 771-773.

не заснива на принципу равноправности односно једнакости⁴⁵. Имајући у виду подређен статус осуђених у односу на стручне службе у затвору, неједнакост у односу здравствени радник-осуђеник, још је интензивнија. С друге стране, ограничене финансијске, просторне и кадровске могућности здравствене службе у затвору не пружају довољно могућности за задовољење специфичних здравствених потреба категорије осуђеника старије животне доби.

Имајући у виду сва ограничења која произилазе из неповољних материјалних могућности и недостатка стручних кадрова, као и ограничења која произилазе из природе институције, као што је затворска, здравствене службе ипак пружају неки облик неге и заштите осуђених лица. Свакако да тај ниво пружања здравствених услуга и медицинске неге није довољан, о чему сведочи и велики број осуђених са инфективним и менталним обољењима, као и хроничним болестима.

Онако како је замишљен, идеалан затворски третман нужно подразумева активног осуђеника, чије психичко и физичко здравље неће представљати кочницу успешности третмана.⁴⁶ Говорећи о условима који владају у затворима као и о поштовању права осуђених лица на здравствену заштиту, с правом можемо рећи да затвореник примарно остаје затвореник, а не болесник, без обзира на степен или врсту обољења.

ЗАКЉУЧАК

Како наводи Coyle (2002), живот у затвору треба започети и наставити се унутар оквира правде и правичности, на начин који код затвореника умањује осећај немоћи и јасно и ставља до знања да су они и даље грађани који имају своја права и обавезе.⁴⁷ Они који су затворени, задржавају темељно право уживања у добром здрављу, телесном и душевном и задржавају право на стандардну медицинску заштиту која је барем једнака оној која се пружа широј друштвеној заједници. Поред темељних права која имају сва људска бића, затвореници имају додатна јемства која су резултата њиховог статуса. Када држава лиши грађане њихове слободе, она преузима на себе одговорност да се брине о њиховом здрављу, како у смислу услова

⁴⁵Чиплић, С., Ђуричић, М., Булатовић, И. & Спасојевић, Д. (2010). Људска права и медицина. *Војносанитетски преглед*. Вол. 67. бр. 9. стр. 771-773.

⁴⁶Павловић, М. (2008). Специфични проблеми затворске популације заражене ХИВ вирусом. *Правни живот*, Вол. 519. бр. 9. стр. 833-843.

⁴⁷Coyle, A. (2002). *Ljudska prava u upravljanju zatvorima i kaznionicama-priručnik za osoblje zatvora*. King's College London & Међународни центар за затворске студије.

под којим су затворени, тако и у смислу појединачних поступака који могу бити потребни због тих услова.⁴⁸

Положај и права осуђених лица детерминисана су бројни међународним конвенцијама и највишим правним актима наше земље. Међутим, добра законска утемељеност за поштовање права осуђених лица не значи нужно и њихову дословну имплементацију у пракси. Право на здравље и људска права тесно су повезани, а посебно долазе до изражаја у средини као што је затворска. Добро здравствено стање је од изузетне важности, јер оно има утицаја на понашање људи и њихову способност функционисања као чланова било које заједнице. По својој природи, услови затварања могу имати штетан утицај на телесно и душевно здравље осуђеника, а затвор, са друге стране, често се посматра као средина у којој је преношење инфекција олакшано управо због продуженог и понављаног излагања ризичним факторима и ситуацијама.

Осигурање адекватне здравствене заштите и медицинске неге у условима који владају у нашим казнено-поправним установама је изузетно тешко. Знатан број осуђених има има озбиљне здравствене проблеме, а као највећи проблеми најчешће се наводе: проблеми настали услед зависности од психоактивних супстанци, болести локомоторног апарата, ХИВ, хепатитис Ц и друге инфективне болести, туберкулоза, али и хроничне болести осуђених старије животне доби, осуђених са инвалидитетом, као и ментални поремећаји. Намеће се закључак да затвор као установа није адекватно опремљена и пре свега, подобна установа да се брине о озбиљно болесним људима. Недоступност здравствених служби, као и квалитет услуга које се пружају, далеко је од квалитета услуга које пружају здравствене службе слободним грађанима.

Ниво пружања здравствене заштите зависи од економских прилика у земљи и они представљају објективне разлоге непоштовања међународних и националних стандарда у области поштовања права на здравствену заштиту осуђених. Не чини се преоштро закључити и да је непоштовање основних људских права осуђених делом последица и прилично амбивалентног става друштва и државе према овој категорији грађана. Право затвореника на адекватну здравствену заштиту једно је од њихових елементарних људских права, а његово поштовање уједно представља и вид имплементације начела хуманости приликом извршења кривичних санкција.⁴⁹

⁴⁸ Coyle, A. (2002). *Људска права у управљању затворима и казницима-приручник за особље затвора*. King's College London & Међународни центар за затворске студије

⁴⁹ Константиновић-Вилић, С. & Костић, М. (2011). *Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији*, Ниш, стр. 32-34.

Goran Jovanić, LL.D
Assistant Professor
Ljeposava Ilijić, LL.M
Institute for Criminology and sociology research, Belgrade

ENDANGERING THE HEALTH CONDITION OF THE CONVICT

Summary

The right of prisoners to health care is one of the basic human rights proclaimed in international conventions and declarations and the relevant national legislation and regulations. Analyzing the reports of the Board for the execution of criminal sanctions, but given the extremely poor living conditions in prisons, the authors of this paper draws attention to the emphasis on real living conditions and how the proclaimed right to health care is respected in practice. The existence of a very large number of prisoners who have serious health problems, and the presence of infectious disease tells us that the prison establishment, a special service for health care, faced with problems which, given the material, personnel and hygiene, can not adequately way of answers.

Др Жељко Никач¹

Редовни професор Криминалистичко полицијске академије у Београду

Мр Бобан Симић²

Предавач на Криминалистичко полицијској академији у Београду

Дипл. официр полиције Никола Аритонович³

Постдипломац на специјалистичким академским студијама

КПА у Београду

КОНЦЕПТ ПОЛИЦИЈЕ У ЗАЈЕДНИЦИ У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА И ГРАЂАНСКИХ СЛОБОДА⁴

Анстракт:

Демократски уређена држава претпоставља постојање савремене полиције као јавног сервиса који поштује грађанске слободе и штити владавину права. У складу са тим концепт полиције у заједници прихваћен је као светски стандард у организацији и начину рада полиције и примењује се широм света у различитим модалитетима. Развој овог концепта у Републици Србији представља тежњу полиције да оствари доследну заштиту достигнутог нивоа људских и мањинских права и обезбеди одговорну и хуману примену закона уз уважавање потреба и захтева заједнице. У реферату се обрађује тема заштите људских права и грађанских слобода кроз примену концепта полиције у заједници у Републици Србији. У првом делу реферата аутори дају општи приказ концепта полиције у заједници, централни део посвећен је досадашњем развоју овог концепта у Републици Србији и плановима за даљу имплементацију истог, у наставку текста аутори

¹ Редовни професор на Криминалистичко полицијској академији у Београду. zeljko.nikac@kra.edu.rs

² Предавач на Криминалистичко полицијској академији у Београду. boban_simic@yahoo.com

³ Постдипломац на специјалистичким академским студијама КПА у Београду. aritonovic85@gmail.com

⁴ Реферат је резултат рада на пројектима: “Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура засупротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција“, који се води код МПНТР РС под бр.179045; Интернетом научно-истраживачком пројекту КПА “Управљање полицијском организацијом у спречавању и сузбијању упретњи безбедности у РС”, циклус научних истраживања 2015-2019;

Проф. др Жељко Никач, мр Бобан Симић, Никола Аритонович

истичу значај контроле рада полиције ради заштите људских права и имплементацију поменутог концепта, и на крају следи закључак.

Кључне речи: *полиција у заједници, људска права, реформа МУП РС, контрола рада.*

1. УВОД

Пратећи историјски развој улоге и рада полиције у држави и друштву, запажа се њено споро еволуирање, готово од настанка, који сеже у период првобитних градова-држава (грч. полиса), па све до краја XX века. Тако је држава, усмерена на заштиту и унапређење своје власти у домену унутрашње политике, мењајући разне облике ауторитарности, пажљиво неговала доминантну и репресивну улогу полиције.

Тек са развојем савременог друштва током последња два века и појавом демократије као облика власти, праћене перманентним променама политичких, економских, социјалних и друштвених односа, омогућене су брже промене на пољу функције и рада државних органа. Демократски развој друштва, као најважнија тековина савременог доба, претпоставља државу у којој постоји владавина права и поштовање грађанских слобода које су загарантоване највишим правним актима државе и као таква, морају бити поштована и од стране државних власти. На овај начин, грађани су од објекта друштвених односа у претходном периоду, постали њихов субјект који активно партиципира у свим важнијим функцијама друштва и његових институција, било као корисник услуга који их потражњом моделује или као порески обвезник који их финансира.

У разним државама света примењују се различити модели непосредње сарадње полиције и грађана у зависности од локалних специфичности, проблема, разлика у стратегијским приступима. Међутим, независно од разлика постоје и сличности полицијског рада на нивоу локалне заједнице, које су прихваћене као светски стандард и примењују се широм света у различитим модалитетима. Прихватање и увођење концепта полиције у заједници представља цивилизациски минимум, и један од услова који нека земља треба да испуни да би могла да конкурише за пријем у европске и светске интеграције. Полиција у заједници промовише идеју о већем учешћу заједнице и грађана у полицијском деловању као савремени приступ безбедности грађана, друштва и државе.

Развој овог концепта у Републици Србији представља тежњу полиције да оствари доследну заштиту достигнутог нивоа људских и мањинских права, утврђених законима, ратификованим међународним уговорима и опште прихваћеним правилима међународног права, поштује културолошке и друге легитимне различитости и идентитете појединаца и група, обезбеди одговорну и хуману примену закона, развија етичке вредности и позитивну културу организације и својих службеника, уважава

потребе и захтеве грађана и заједнице и са њима споразумно одлучује и делује.⁵

2. ОПШТЕ О КОНЦЕПТУ „ПОЛИЦИЈЕ У ЗАЈЕДНИЦИ“

„Полиција у заједници“ представља нови концепт полицијског рада, заснован на идеји да полицајци и грађани раде заједно, те да на различите креативне начине решавају проблеме на нивоу локалне заједнице који су везани за криминал, страх од криминала и друге различите друштвене поремећаје. Ради се о филозофији која у својој основи има веровање да постизање тих циљева захтева од полиције развој нових квалитетних односа са грађанима који поштују законе, у склопу којих ће онда ти исти грађани добити прилику да дефинишу приоритете, те да се укључе у различите делатности у сврху унапређења укупног квалитета живота на подручју где живе.⁶ Нови концепт се базира на премиси да полиција и заједница морају да раде заједно као равноправни партнери да би идентификовали, одредили приоритете и решили актуелне проблеме, са циљем побољшања свеукупног квалитета живота у локалној заједници.⁷

Проширење превентивне улоге полиције једна је од теоријских основа концепта „полиције у заједници“. Полиција није само усмерена ка репресивном и реактивном деловању при откривању кривичних дела и прекршаја, који су у основи традиционалног схватања полицијског рада, већ и ка организовању широких мера превенције. Дакле, са репресивног деловања полиције, акценат се помера на превенцију (превентивно деловање), чиме се одговорност полиције битно проширује. Неке од тих мера превенције су:

- програми рада са потенцијалним и стварним жртвама кривичних дела;
- унапређење односа са медијима;
- успостављање партнерства са грађанима и неговање сталних контаката са њима;
- полицијски рад на уочавању и решавању проблема који могу довести до криминалитета (*проблемски оријентисан приступ*);
- увођење метода стратешке анализе криминалитета и осталих безбедносних проблема на локалном нивоу и његово географско профилисање;

⁵ „Службени гласник РС”, бр. 55/05 и 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС и 72/12, Стратегија полиције у заједници.

⁶ Никач Ж., *Полиција у заједници*, Београд, КПА, 2014, стр.48.

⁷ Trojanowicz R., Bucqueroux B., *Community Policing: How to Get Started*, Cincinnati, Anderson, 1998, p.3.

- сачињавање локалних база података које су неупоредиво шире од класичних скупова података о безбедносном сектору;
- формирање заједничких тела полиције и грађана ради остварења партнерства (Савет за безбедност).

Једна од кључних претпоставки „полиције у заједници“ јесте сарадња полиције и грађана на локалном нивоу, јер полиција не може сама, одвојена од грађана и заједнице да се ефикасно супротставља криминалитету. Нови концепт рада полиције заправо креира нове односе полиције и грађана који се темеље на њиховом међусобном поверењу. Полиција се занима за проблеме грађана и ангажује се на њиховом решавању како би код грађана пробудила интересовање, мотивацију и потпору за свој нови начин деловања. Тако се шири одговорност полиције, али и иницира одговорност грађана за квалитет њиховог живота и даје им се могућност да раде на његовом унапређењу. Ангажовање полиције на решавању различитих, не нужно криминалних проблема, може деловати као губљење времена. Међутим, коначна добит је управо супротна, полиција ће анимирати грађане и друге јавне службе и институције за заједничко решавање проблема, чиме ће добити драгоцено време за бављење сложенијим криминалним случајевима.

И емпиријска истраживања показују да су грађани који имају поверење у полицију спремнији да преузму активнију улогу у пријављивању криминалитета. Поверење грађана у полицију условљава повећање стопе пријављеног криминалитета, оно одговара потребама полиције и повећава капацитете процесуирања кроз правни систем.⁸

Умањење редовног контакта између полиције и грађана умањило би и број извора информација за полицију и њену ефикасност. Увођењем напредних технологија и средстава за комуникацију (мобилне телефоније и сл.), убрзан је процес дистанцирања и повећао се ефекат реактивног полицирања, што за последицу није довело до смањења стопе криминалитета. Због тога се уместо реактивног концепта почиње уводити проактивни концепт. На тај начин се, увођењем савременог концепта полицијског рада у локалној заједници, где се примат даје превенцији, а мање репресији, проширује полицијска одговорност.

Та проширена одговорност полиције подразумева, пре свега побољшање односа са грађанима. За постизање тог циља, поред обавештавања, полиција користи и друге методе, као што су: ангажовање грађана– добровољаца у превенцији криминалитета, укључивање грађана у

⁸Alpert G., Dunham R., & Piquero A., „On the Study of Neighborhoods and the Police“, in: Alpert- Piquero, *Community Policing Contemporary Readings*, 1998, p. 309.

процес решавања жалби на поступке полицијских службеника, саветовање и организовање грађана за учешће у превенцији криминалитета, итд. Обавештавањем грађана полиција обезбеђује јавност рада, док се ангажовањем грађана у пословима полиције обезбеђује боља ефикасност у раду. Ангажовањем грађана у решавању жалби обезбеђује се законитост и непристрасност, док се обуком полицијских службеника за поступање према жртвама кривичног дела и припадницима етничких мањина обезбеђује хуманост и непристрасност у поступању. Крајњи циљ примене тих метода јесте да се грађани подстакну на *сарадњу* са полицијом, односно да се учине одговорним за укупно стање безбедности, како на нивоу локалне заједнице, тако и шире.

Полиција која ради у заједници више не види заједницу као пасивно присуство или извор ограниченог броја информација, већ као партнера у свом раду. Тако је брига због криминалитета постала мета напора и полиције и заједнице које раде тимски. Та блиска сарадња не би требало да се ограничи само на изоловане инциденте или серије инцидената, нити да буде у границама неког специфичног временског периода. Она треба да буде перманентна и избалансирана и мора да сруши старе концепте професионализма усмерене против грађанства.

3. ПОЛИЦИЈА У ЗАЈЕДНИЦИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ У ФУНКЦИЈИ ОСТВАРЕЊА ГРАЂАНСКИХ ПРАВА

Једнопартијски друштвено-политички систем некадашње СФРЈ заснован на власти групе функционера, релативно затворен и нетранспарентан, без адекватне друштвене контроле и утемељен на социјалистичкој економији, погодовао је развоју традиционалног модела организације и начина рада полиције. Велики степен политизације, милитаризација, централизација, затвореност, строга хијерархија односа и одсуство иницијативе припадника карактеришу службу унутрашњих послова тога времена. Делокруг рада тадашње полиције састојао се и обављању класичних полицијских послова јавне безбедности, као што су сузбијање криминалитета, одржавање јавног реда и мира, регулисање саобраћаја и други. У погледу методологије рада полиција је поступала реактивно, *post delictum* након настанка криминалног догађаја.

У последњој деценији XX века Република Србија је *de iure* ушла у вишепартијски систем, али је *de facto* дошло до успостављања система личне власти једног човека и његове партијске номенклатуре. Ранија социјалистичка идеологија је замењена националном митологијом и земља је ушла у дубоку кризу, сукобе са својим грађанима, осталим народима на нашим просторима и међународном заједницом (најјачим државама у систему ОУН). Новонастали систем се одржавао на инструментализацији пре

свега медија и полиције (тајне службе), који су брутално злоупотребљавани ради заштите владајуће елите.⁹

Наступиле су погубне последице по углед МУП РС и статус припадника полиције, као што су: политизација, милитаризација, централизација, криминализација, депрофесионализација и остали облици удаљавања од заједнице. Устаљеност на сектору практично није постојала, дакле није било превенције нити скоро било каквог партнерског односа са грађанима, сем у инцидентним ситуацијама (штрајкови, демонстрације и сл.). Полиција је била отуђена од грађана и безбедносне проблематике у локалној заједници, а незадовољство радом полиције код грађана било је веома изражено посебно због честих кршења људских права и грађанских слобода приликом употребе овлашћења од стране полиције.

Демократске промене, определиле су изазов и циљ да се у оквиру укупних друштвених промена изврше и корените реформе у организацији рада Министарства унутрашњих послова. Реформе, дакле, нису имале алтернативу и подразумевале су корените промене у односу на дотадашњи полицијски рад.

У складу са тим покренута је иницијатива за трансформацију јавне управе (европски управни простор) и реформу полиције (Одбор за управљање Програмом реформе МУП). У оквиру ревизије концепта система безбедности указано је на многобројне наслеђене проблеме и недостатке, па је уз учешће међународних (SE, OEBS) и других организација усвојен документ са насловом **Визија за реформу МУП РС**.¹⁰

Као једна од кључних области реформе у МУП РС наведена је дугорочна стратегија за рад полиције у заједници. У складу са тим, уз учешће представника међународне заједнице, сачињен је и промовисан предлог плана за развој и имплементацију пројекта „полиције у заједници“.¹¹ Као основни циљеви истакнути су оспособљавање полиције и њених службеника за нови облик рада, затим приоритет превенције у раду полиције, бољи односи заједнице (грађана) и полиције, изградња стандарда у полицијском раду и побољшање општег стања безбедности у заједници, а све у функцији поштовања слобода и права грађана и побољшања општег квалитета живота.

Предложено је да се пројекат „полиција у заједници“ у Републици Србији развија у две фазе: пилот пројекат и пројекат на националном нивоу. Пилот пројекат „полиција у локалној заједници“ инициран је средином 2002. године и почео је са применом у фебруару 2003. године. На почетку су у њега укључене четири општине из различитих региона Републике Србије:

⁹ Визија за реформу МУП РС, *Безбедност*, Специјалноиздање, 2003, стр. 7–8 и даље.

¹⁰ “Визија и мисија“, официјелни документ МУП РС о стратешким правцима развоја полиције, Београд, 2002.

¹¹ Војновић М., Полиција у заједници, *Безбедност*, бр. 3/04, 2004, стр. 431–452.

Звездара (Београд), Нови Бечеј, Крагујевац и Врњачка Бања, а касније је круг учесника на пројекту проширен и укључени су и Бачка Паланка, Нови Сад и Пожега.¹² Поред тога, одређене активности су предузимане и у Медвеђи, Прешеву и Бујановцу, као и у Зајечару, Зрењанину, Нишу, Сомбору, Србобрану, Вршцу, Краљеву, Кикинди и другим местима.¹³

У оквиру имплементације пилот пројекта завршено је неколико активности (подфаза), а најпре су у пилот општинама под покровитељством организације ОЕБС-а, урађена истраживања јавног мњења од стране специјализоване агенције „Партнер”. Резултати истраживања су презентирани под називом „Опажање полиције у Србији” из којих се јасно може видети какав став имају грађани о полицији у Србији.¹⁴ Извршена је квантитативна и квалитативна анализа, које недвосмислено указује да је пројекат „полиција у заједници” управо оно што грађани очекују у погледу трансформације полиције ка заштити њихових грађанских права и слобода.

Покренута је активност едукације полиције и субјеката заједнице. У оквиру ове активности реализовано је више стручних скупова - курсева, семинара, радионица, округлих столова и конференција, из различитих области: савремених стандарда полицијског рада, људских права, стратешког управљања, анализе и проблемски оријентисаног рада полиције, са циљем подизања свести полицијских службеника о савременом полицијском раду и неопходности учешћа заједнице у унапређењу безбедности. Извршена је едукација грађана и других субјеката заједнице о безбедносним појавама у друштву кроз учешће на трибинама и предавањима која третирају актуелне теме као што су: безбедност ученика у школама, насиље у породици, малолетничка деликвенцију, наркоманија, безбедност у саобраћају и др. Од осталих активности наводимо одржавање консултативних састанака у локалним заједницама на различитим нивоима (месне заједнице, насеље, улица, зграда, удружења) ради унапређења комуникације са грађанима.

Следећа активност усмерена је на формирање Координационих тела за безбедност. Координациона тела су конципирана локално, у форми савета за безбедност.¹⁵ У састав локалног савета за безбедност улазе представници

¹² Никач, Ж., Концепт полиције у заједници и почетна искуства у Србији. Криминалистичко-полицијска академија. Београд: 2012. стр.55-56.

¹³ Никач, Ж. Полиција у заједници. Криминалистичко-полицијска академија. Београд:2010. стр.224-225.

¹⁴ Резултати истраживања под називом “Опажање полиције у Србији”, презентовани су 24.02.2003 године у просторијама некадашње Више школе унутрашњих послова у Земуну (садашња КПА).

¹⁵ У више од 90 локалних заједница формиран су савети и одбори за безбедност, одбори за превенцију малолетничке делинквенције, савети за безбедност деце у школама, одбори и савети за превенцију болести зависности и др. Ова тела су идентификовала кључне безбедносне проблеме заједнице, али и реализовала низ пројеката и активности

локалне самоуправе, привредних структура, правосудних органа, полиције, школа, здравствених центара, медија, затим угледни појединци и др. Савети за безбедност се формирају у локалним заједницама на основу одлука скупштина општина а могу бити основана и на иницијативу Председника општине или градоначелника као радно тело Општинског/ Градског већа.¹⁶

Програмски документи (стратегије, акциони планови и др.) су акти донети на нивоу локалних заједница, који су обухватили пре свега, приоритете у области безбедности у појединим срединама, конкретне активности, задатке и мере овлашћених органа и др. Прикупљање сазнања, информација и обавештења заузима важно место, посебно у акционим плановима локалних органа, па ту долазе до изражаја посебни начини рада полиције, попут познатих „отворених врата“, канцеларија (за младе, за медије и сл.), надгледања суседства, обилазака појединих породица и др. Након почетних сазнања, следи анализа информација у оквиру специјализованих линија рада полиције („оперативна аналитика“), а потом израда предлога Акционог плана превенције у локалној заједници.¹⁷

Ради успешне имплементације пилот пројекта била је неопходна и реафирмација секторског начина рада кроз увођење стандарда полицијског рада у оквиру суседства и проблемски оријентисаним радом. У складу са тим уведен је потпројекат „Од врата до врата“ и „Одржавање састанака са представницима локалне заједнице и грађанима у мањим локалним заједницама“ (месна заједница, скупштина станара и сл.) – као и рад „контакт“ полицијских службеника. Као основни принцип квалитетнијих односа полиције и грађана се узима упознавање територије и „контакт“ полицијских службеника. Полицијске управе су настојале да „уситне“ територију, тј. да сваки „контакт“ полицијски службеник не покрива више од 4000-5000 становника. На тај начин је „контакт“ полицијски службеник, поред територије и становништва упознао и све безбедносне карактеристике тог простора, установе, институције и слично. Тиме би успоставио контакт, затим и почео да решава проблеме грађана, сам, преко своје полицијске станице или уз помоћ других органа, установа или организација. Такође афирмисан је и проблемски оријентисан рад који подразумева мултиагенцијски приступ у решавању безбедносних и других проблема локалне заједнице. Формирана су специјализована радна тела за решавање

усмерених на превенцију малолетничке делинквенције, болести зависности, насиља у породици, безбедности саобраћаја и др.

¹⁶ „Приручник за деловање савета за безбедност у градовима и општинама“, ОЕБС Мисија у Србији, МУП: 2015. стр.24.

¹⁷ Ж.Никач, Н.Аритоновић, „Место, улога и задаци МУП РС у превенцији криминала“, Зборник радова: *Преступ и казна: de legelata et de legeferenda*. Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2014, стр.327-340.

одређених проблема, а које локална заједница идентификује као такве. У састав радних тела улазе представници различитих субјеката у граду, који својим стручним знањима могу помоћи у решавању идентификованих проблема.¹⁸

Уз учешће овлашћених представника МУП-а РС, непосредних носилаца активности са терена, различитих експерата и међународних партнера из Одељења за међународни развој британске владе (ДФИД), Програма за безбедност, сигурност и доступност правде на Балкану (Балканс ССАЈП) и других, спроведена је Евалуација пројекта 2004. године.¹⁹ Основни циљ евалуације је био да се провере дотадашњи резултати у раду и посебно степен примене принципа „полиције у заједници“.

Мишљење експерата је да су почетне организационе промене МУП-а РС биле делотворне и да треба наставити са новелама у организацији. Када је у питању едукација грађана и полицијских службеника, потребно је наставити са проактивним садржајима и предузети друге мере на промоцији нове организације и начина рада полиције у Републици Србији. Најважнији резултати односе се на заједнички рад полиције и заједнице, унапређење сарадње, смањење ризика потенцијалних конфликта, развијање заједничке одговорности за безбедносне проблеме и већу доступност правде. У функционалном смислу, остварени су добри резултати у погледу успостављања нове полицијске организације и новелираног методолошког приступа у раду. Остварени су и значајни резултати у сузбијању одређених појавних облика криминала (нпр. насиља у породици, трговине људима, малолетничког преступништва и др.). Утврђено је да је на свим пилот локацијама запажено прихватање и посвећеност принципима полиције у локалној заједници, као и партнерски рад полиције са локалним субјектима на идентификовању и решавању проблема²⁰.

Искуства из пилот пројекта представљају добар основ за даљи развој концепта полиције у заједници и његово имплементирање у локалним заједницама широм Србије, стога је Влада Републике Србије у априлу 2013. године усвојила Стратегију полиције у заједници. Ова Стратегија даје смернице у успостављању и развоју нових начина сарадње полиције са грађанима, заједницом и институцијама ради повећања личне и колективне безбедности у Републици Србији уз поштовање људских права и грађанских слобода. Августа 2015. године усвојен је Акциони план за примену Стратегије полиције у заједници. Акциони план представља скуп конкретних активности које је потребно предузети у 2015. и 2016. години, ради

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Евалуацијом су биле обухваћене пилот локације: Звездара (Београд), Крагујевац, Нови Сад, Пожега, Врњачка Бања, Нови Бечеј и Бачка Паланка.

²⁰ Види шире: Никач Ж., *Полиција у заједници*, Београд, КПА, 2014, стр.186-216.

имплементације пројекта на националном нивоу. У склопу Акционог плана предвиђено је доношење Приручника за примену концепта „Полиције у заједници“ за потребе МУП-а, у чијој су изради учествовали и аутори овог текста.

4. КОНТРОЛА ПОЛИЦИЈЕ У ФУНКЦИЈИ ОСТВАРЕЊА ГРАЂАНСКИХ ПРАВА

Контрола рада полиције и њених службеника неопходна је управо ради заштите људских права и слобода, а транспарентност рада полиције и могућност контроле рада од стране грађана доприносе афирмацији концепта полиције у заједници.

Постоје спољни и унутрашњи механизми контроле рада полиције.²¹ Систем спољашње контроле састоји се од скупа разних контролних инструмената одређених органа власти, невладиног сектора и грађана.²² На првом месту је Народна скупштина као највиши законодавни орган, онда Скупштина АП Војводине, скупштине града и општина, суд, тужилаштво, Заштитник грађана, повереници, Државна ревизорска институција, Агенција за борбу против корупције, надлежне инспекције као и грађани и јавност. У механизме спољне контроле спадају редовни и ванредни извештаји који се подносе од стране МУП-а одређеним контролним органима; разматрање стања безбедности кроз састанке одбора, савета и других контролних тела; путем писмених обраћања за доставу информација од јавног значаја; учешћем представника јавности у раду одређених тела у МУП-у; подношењем притужби и представки и на сваки други начин којим се контролише рад запослених у МУП-у.²³ Поштовање и заштита људских и мањинских права и слобода при обављању полицијских и унутрашњих послова и сузбијање кривичних дела корупције и других облика коруптивног понашања, као и других кривичних дела почињених од стране полицијских службеника су посебно у делокругу Сектора унутрашње контроле (СУК).²⁴ СУК је формиран доношењем старог Закона о полицији (ЗОП) 2005. године и представљао је новину али и веома битан корак јер је на тај начин обезбеђења сталност функције унутрашње контроле рада. Задаци и овлашћења СУК-а новелирани су доношењем новог ЗОП-а (2016), док је усвојена и нова методологија рада.

²¹ Закон о полицији, „Службени гласник РС“, бр.6/2016. чл.219–243.

²² Никач, Ж., Лештанин, Б., „Коментар закона о полицији“, Пословни биро, Београд: 2016. стр.431.

²³ *Ibid.*

²⁴ Закон о полицији, „Службени гласник РС“, бр.6/2016. чл. 224.

Досадашњи СУК установљава надлежност у односу на све запослене у МУП-у и постаје основни механизам у борби против корупције унутар Министарства. Сектор унутрашње контроле добија значајно шира овлашћења, а због просторних разлога поменућемо овлашћења која представљају новине у односу на стари ЗОП. Законом се предвиђају превентивне активности у које спадају спровођење тестова интегритета, затим вршење анализе ризика од корупцијеи депоновање имовинских карти руководиоца у МУП-у, са могућношћу провере и осталих запослених.²⁵ Тест интегритета подразумева решавање теста у форми неких задатака или на неки други начин где на резултат теста утиче много субјективних и објективних околности на које тестирани нема утицаја. Тест симулира реалну ситуацију идентичну радним активностима запосленог, како би се увидела реакција и поступање запосленог у конкретној ситуацији. Запослени у МУП-у имају обавезу да решавају тест а СУК нема обавезу да пре тестирања обавести организациону једницу у којој запослени ради. Анализа процене ризика је писани акт који садржи процену вероватноће да ће се одређена коруптивна понашања догодити, процену угрожености МУП-а и његових организационих целина од коруптивног понашања уз предлог мера за умањење те вероватноће и угрожености. Контрола промене имовног стања запослених у МУП-у подразумева упоређивање евидентираних података са стањем на терену односно стварном имовином коју неки запослени поседује. У поступку контроле посебно је значајна тзв. "унакрсна провера имовине" која означава упоређивање података о стеченој имовини са легалним приходима које неки запослени има.

Од посебног значаја са становишта теме представља **контрола полиције по притужбама** грађана на рад полиције.²⁶ Закон о полицији дефинише поступак решавања притужби (чл. 234-243) које грађани подносе када сматрају да су им незаконитом или неправилном радњом полицијског службеника повређена права и слободе. Подношењем притужби полиција долази до изворних сазнања о томе како грађани, представници правних лица, представници других државних органа, представници међународних организација и невладиних организација виде квалитет обављања дужности послова од стране полиције.

Чак и у случају изношења неоснованог садржаја на поступање конкретних полицијских службеника, може се видети како грађани вреднују и доживљавају своју полицију. Рад на проверавању навода из представки представља један од веома важних сегмената поступања Сектора унутрашње контроле полиције, али и осталих организационих јединица у МУП-у. Право

²⁵*Ibid.* чл.230.

²⁶*Ibid.* чл.234.

грађана да подносе представке је уставна категорија, која је у Уставу Републике Србије названа као *право на петицију*.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Република Србија је, као и остале земље у транзицији на путу приступања Европској унији, прошла кроз период демократских друштвених промена и данас је на почетку развоја новог система државне управе. С обзиром да безбедносна заштита живота и имовине, подршка владавини права и грађанских слобода спадају у корпус основних задатака полиције у демократском друштву, дошло је до промене у организацији и начину рада целокупног система безбедности.

За разлику од традиционалног концепта, где полиција представља једну затворену и строго централизовану службу, концепт „полиције у заједници“ трансформише полицију у отворени и децентрализован сервис грађана који разуме потребе заједнице у којој делује. У оквиру развоја полиције у заједници у Републици Србији, Министарство унутрашњих послова је предузело низ мера у реформи превентивног рада полиције, јачању законитости у раду и заштити људских и мањинских права грађана. Посебан акценат се ставља на едукацију припадника полиције у оквиру чега су реализовани образовни програми из области савремених стандарда полицијског рада, људских права и недискриминације. Врши се периодична едукација грађана о безбедносним појавама у друштву и развија се методологија проблемски оријентисаног рада полиције.

Изградња нових односа и међусобног поверења између полиције и грађана представља стуб концепта на основу чега се смањују потенцијални конфликти, обезбеђује боља доступност правде и пружа адекватан одговор на безбедносне потребе и захтеве грађана. Један од значајних начина успостављања и одржавања тог поверења је и транспарентност рада полиције и то нарочито у смислу начина реализације своје функције у друштву. Стога је контрола рада полиције и њених службеника неопходна управо ради заштите људских права и слобода, а са друге стране доприноси афирмацији саме полиције као сервиса која служи грађанима. Реформа МУП РС у духу концепта полиције у заједници, едукација припадника полиције и законитопоступање имају за циљ да заштите и афирмишу људска права, грађанске слободе и остале универзалне вредности.

Željko Nikač, LLD
Associate Professor
Boban Simić, LLM
Teaching Assistant
Nikola Ariconović

"CONCEPT OF COMMUNITY POLICING IN THE FUNCTION OF PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND CIVIL FREEDOMS"

Summary

Democratically organized state assumes the existence of modern police as the public service that respects civil liberties and protect the rule of law. In accordance with this concept of community policing was adopted as a world standard of organization and methods of work of the police and applied throughout the world in different modalities. The development of this concept in the Republic of Serbia represents the aspiration of the police to achieve consistent protection of the achieved level of human and minority rights and ensure the responsible and humane law enforcement while respecting the needs and demands of the community. The paper deals with themes of human rights and civil liberties through the application of the concept of community policing in the Republic of Serbia. In the first part of the paper the authors give a general overview of the concept of community policing, which starts from the fact that one of the key preconditions of community policing is the cooperation between the police and citizens at the local level, because the police can not be alone and separated from the citizens and communities and to effectively countered crime. The new concept of police work actually creates new relations between the police and citizens based on their mutual trust. The police are interested in the problems of citizens and engage on their solution to the citizens woke interesting about motivation and support for its new operating mode. The central part of the paper is devoted to the current development of this concept in Serbia and plans for further implementation. Specifically, the "community policing" in the Republic of Serbia developed in two phases: a pilot project and a project at the national level. Pilot project "Police in local community" was initiated in mid-2002 and started its implementation in February 2003. In the framework of the implementation of the pilot project was completed several activities - sub-phases which are described in the paper. Experiences from the pilot project represent a good basis for further development of the concept of community policing and its implementation in local communities throughout Serbia, therefore, the Government of the Republic of Serbia in April 2013 adopted a strategy of community policing, and on what basis

was created Action Plan to implement Strategy in the phases. Hereinafter, the authors emphasize the importance of control of the police to protect human rights and the implementation of this concept, and in the end the standard conclusion.

Артём Сальников, аспирант Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (г. Москва, Российская Федерация)

РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА СОЗДАНИЕ Организованных преступных групп (банд) в России: История, современность, перспективы

Аннотация. Статья посвящена исследованию регламентации ответственности за создание организованных преступных групп (банд) в России. Автор анализирует историческое развитие положений отечественного уголовного законодательства, предусматривающих ответственность за создание организованных преступных групп (банд) и участие в них. Понятие «банда» в российском законодательстве впервые появляется после Октябрьской революции, однако в его основу было положено понятие «шайка», известное русскому уголовному праву начиная с середины XIX века. Автор отмечает, что, несмотря на немалое внимание, уделенное понятиям «шайка» и «банда» в дореволюционной юридической литературе, тогдашним учёным не удалось существенно усовершенствовать законодательное регулирование уголовной ответственности за создание и деятельность подобного рода преступных объединений, прежде всего потому, что их представления о существенных признаках этих форм соучастия были весьма разнообразны, порой диаметрально противоположны.

Анализируя современное состояние законодательства в плане криминализации деятельности различных организованных преступных групп, в том числе и банд, автор приходит к выводу, что параллельное существование бандитизма как отдельного усечённого состава преступления и норм общей части об ответственности за приготовление к тяжким и особо тяжким преступлениям весьма сомнительно с точки зрения принципа *non bis in idem*, который присущ всем цивилизованным уголовно-правовым системам.

В этой связи и с учётом потребностей правоприменительной практики предлагается исключить из особенной части УК РФ статью об ответственности за бандитизм, а в общей части изменить понятие организованной группы, что в известной мере облегчит задачу правильной квалификации преступлений, совершённых в соучастии, и позволит избежать необоснованного применения положений о реальной совокупности.

Ключевые слова: *банда, шайка, организованная преступная группа, соучастие, история уголовного права, преступление.*

1. История регламентации ответственности за создание банд в России

Уголовно-правовое понятие банды в России появилось лишь после Октябрьской революции, однако уголовному праву царской России была известна конструкция шайки как соучастия *sui generis*, ставшая прообразом состава бандитизма.

Впервые понятие «шайка» встречается в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. Соответствующие нормы находятся в главе третьей «О нарушении общественного спокойствия, порядка и ограждающих оные постановления» раздела VIII «О преступлениях и проступках против общественного благоустройства и благочиния». При этом в Уложении не давалось определения шайки, вследствие чего тогдашние учёные-юристы по-разному понимали как сущность «шайки», а так и её существенные признаки.

А.С. Жиряев считал основным признаком подобного преступного сообщества, «под каким бы то ни было наименованием оно ни действовало»¹, цель создания, каковой является «целый ряд в отдельности ещё не определённых, однородных или разнородных преступлений, кои они решаются совершать совокупными силами»².

Однако вряд ли возобладавший тогда подход к определению существенных признаков шайки можно считать удачным. Отличие «шайки» от «заговора» фактически сводилось лишь к цели создания, которую на практике довольно сложно установить и доказать, особенно если учесть, что криминализировано было само создание «шайки», когда едва ли известно, многократным ли «преступным промыслом» собираются заниматься соучастники или же они объединились для совершения лишь одного преступления и, соответственно, перед нами не «шайка», а обычный «заговор».

В советском законодательстве термин «бандитизм» впервые упоминается в декрете СНК РСФСР от 13 июля 1918 г. «О суде». Официальное определение понятия «бандитизм» впервые предлагается в Постановлении Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета от 22 июня 1919 г. «Об изъятиях из общей подсудности в местностях, объявленных на военном положении». Согласно данному документу, под «бандитизмом» понималось «участие в шайке, составившейся для убийства, разбоя и грабежей». При этом по степени общественной опасности «бандитизм» приравнялся к «контрреволюционной организации».

¹ Жиряев А. О стечении нескольких преступников при одном и том же преступлении. Дерпт, 1850. С. 120.

² Там же. С. 120.

Неясность и неопределенность положения шайки в советском законодательстве побудили некоторых ученых говорить о шайке как о самостоятельной специфичной форме соучастия. А все проблемные вопросы, доставшиеся от царского законодательства, остались неразрешёнными.

Уголовным кодексом РСФСР бандитизм рассматривался уже как государственное преступление. В соответствии с ч. 1 ст. 76 УК РСФСР 1922 г. под бандитизмом понимались организация и участие в бандах (вооруженных шайках) и организуемых бандой разбойных нападениях и ограблениях, налетах на советские и частные учреждения и отдельных граждан, остановках поездов и разрушениях железнодорожных путей, безразлично, сопровождалась эти нападения убийствами или не сопровождалась. Совершение данного деяния каралось высшей мерой наказания и конфискацией всего имущества (с допущением по смягчающим обстоятельствам понижения наказания до лишения свободы на срок не ниже трех лет со строгой изоляцией и конфискацией имущества).

С 1927 года на основании Положения о преступлениях государственных (контрреволюционных и особо для СССР опасных преступлениях против порядка управления), внесшего изменения в УК РСФСР 1926 г., на законодательном уровне термин «шайка» перестал употребляться. В соответствии с Положением статья 59¹ УК РСФСР 1926 г. приобрела следующее содержание: «Бандитизм, то есть организация вооруженных банд и участие в них и в организуемых ими нападениях на советские и частные учреждения или отдельных граждан, остановка поездов и разрушение железнодорожных путей и иных средств сообщений и связи». Однако следует отметить, что в ст. 19 УК РСФСР 1926 г. приготовление к преступлению признавалось общей формой преступной деятельности. Можно согласиться с С.А. Силаевым, что логическая необходимость данной нормы исчезла.

В судебной практике появляется понятие «организованной группы» как достаточное условие для квалификации хищения социалистической собственности по закону от 7 августа 1932 г. Затем именно понятие «организованной группы» судебная практика стала отождествлять с понятием «шайки». Примером этого является постановление Пленума Верховного Суда СССР от 3 июля 1940 г. по делу Кузьмина и других, в котором Верховный Суд вместо понятия «организованная группа» использует «шайка расхитителей»³.

Думается, «восставшее из небытия» понятие шайки практически ничем не отличалось от понятия банды. Отличительные признаки банды,

³ Сборник постановлений Пленума и определений коллегий Верховного Суда СССР за 1940 г. М., 1941. С. 33.

выделяемые в теории, были весьма условны, т.к. сам законодатель и судебная практика допускали, что и шайка тоже должна обладать организованностью, а признак вооружённости для банды слишком широко толкуем.

«Злонамеренная шайка» и основанный затем на её конструкции состав бандитизма существовали из-за ненаказуемости приговорительных действий, но после введения УК РСФСР 1926 г. логическая необходимость данного состава отпала. Из-за умозрительности признаков, которые были нечётко сформулированы, суды могли толковать признаки «банды» по собственному усмотрению и с точки зрения политической сообразности.

Допущение того, что шайка, банда или организованная группа могут создаваться для совершения лишь одного преступления, не даёт практической возможности отличить их от заговора (группы лиц по предварительному сговору). По этой же причине часто возникают споры о количественном составе, т.к. данный признак оставался единственной возможностью хотя бы формально размежевать данные понятия.

Организованной преступной группой следует признавать устойчивую группу из трёх и более лиц, заранее объединившихся для совершения нескольких преступлений. Такая же дефиниция, но с иным обоснованием, была предложена Л.В. Глазковой⁴. Признаки являются формальными, но только подобная формализация позволит правоприменителям отличать организованную преступную группу от иных форм соучастия.

Как верно отмечает Ж.В. Островских, Уголовный кодекс Российской Федерации 1996 г. (далее – УК РФ) вобрал в себя норму о бандитизме автоматически из УК РСФСР 1960 г. без учёта нового подхода в уголовном праве и судебной практике к бандитизму как к деянию, не охватывающему собой совершение конкретных нападений⁵. При этом УК РФ сохранил наказуемость приговорительных действий, а под приговорением по-прежнему понимается сговор на совершение преступления.

2. Современность

Статья 209 УК РФ определяет банду как устойчивую вооружённую группу, созданную в целях нападения на граждан или организации.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 января 1997 г. «О практике применения судами законодательства об ответственности за

⁴ Глазкова Л.В. Бандитизм и преступное сообщество: вопросы разграничения. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 7.

⁵ Островских Ж.В. Уголовная политика в сфере регламентации ответственности за создание организованных вооружённых преступных объединений (банд) в условиях глобализации // Военно-юридический журнал. 2013. № 3. С. 6.

бандитизм» дается толкование понятия банды, ее признаков, а также всех элементов состава этого преступления, что способствует единообразному пониманию некоторых оценочных категорий, использованных при конструировании состава бандитизма.

Исходя из вышеприведенного определения бандитизма, главенствующее значение, по мнению Пленума, имеет выявление признаков организованной группы, поскольку она положена законодателем в основу формулировки понятия «бандитизм».

В научной литературе существуют различные точки зрения в отношении признаков, характеризующих организованную преступную группу. Так, А. Павлинов среди определяющих признаков выделяет: вооруженность; устойчивость, под которой понимается нацеленность на неоднократное совершение преступлений; наличие «общака» — специального фонда для такой группы; устойчивость преступной деятельности; наличие лидера; соподчинённость внутри группы и распределение ролей между участниками; внутригрупповые нормы поведения⁶.

В.М. Быков наряду с вышеперечисленными выделяет ещё несколько признаков, характерных, по его мнению, для организованных преступных групп. Это: характер отношений в группе; порядок распределения преступных доходов группы; существование в группе специального денежного фонда, которым распоряжается лидер.

На наш взгляд, толкование уголовно-правового понятия организованной группы через признаки криминологического характера представляется неудачным, т.к. признаки организованной группы выделяются самим уголовным законом (ч. 3 ст. 35 УК РФ)

Сопоставление заключений указанных авторов позволяет сделать вывод, что организованную преступную группу (банду) характеризуют: а) множественность участников — наличие двух и более лиц, входящих в состав банды; б) наличие цели; в) устойчивость; г) вооруженность.

Из-за некоторой внешней схожести действий, составляющих объективную сторону бандитизма, сопряженного с вооруженным нападением и применением насилия или угрозой его применения, возникает необходимость отграничить бандитизм от некоторых смежных составов.

Бандитизм следует отличать от организации незаконного вооруженного формирования или участия в нем (ст. 208 УК РФ), организации преступного сообщества (ст. 210 УК РФ), разбоя (ст. 162 УК РФ). Также распространенной проблемой в правоприменительной практике

⁶ Павлинов А. Чем незаконное вооруженное формирование отличается от банды // Российская юстиция. 2000. № 4. С. 45-46.

является квалификация бандитизма по совокупности с другими преступлениями.

В п. 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 января 1997 г. № 1 «О практике применения судами законодательства об ответственности за бандитизм» разъясняется, что «ст. 209 УК РФ, устанавливающая ответственность за создание банды, руководство и участие в ней или в совершаемых ею нападениях, не предусматривает ответственность за совершение членами банды в процессе нападения преступных действий, образующих самостоятельные составы преступлений, в связи с чем в этих случаях следует руководствоваться положениями ст. 17 УК РФ, согласно которым при совокупности преступлений лицо несет ответственность за каждое преступление по соответствующей статье или части статьи УК РФ»⁷.

Позиция судебных органов в этом вопросе долгое время отличалась противоречивостью. Н.Ф. Кузнецова считала излишним квалифицировать бандитское нападение, связанное с убийством или хищением, по совокупности, отмечая, что по структуре бандитизм – сложное составное преступление⁸.

Другой советский ученый Н.И. Загородников писал: «В процессе бандитских нападений могут быть совершены такие преступления, как убийство, похищение государственного, общественного или личного имущества, огнестрельного оружия, боевых припасов и взрывчатых веществ, уничтожение государственного или общественного имущества и т.п. Эти действия охватываются составом бандитизма и не требуют дополнительной квалификации. Дополнительной квалификации не требуется также, если банда совершила посягательство на жизнь работника милиции или народного дружинника в связи с их служебной или общественно деятельностью или другие насильственные действия, сопряженные с причинением вреда жизни и здоровью»⁹.

Однако, как видим, в настоящее время высшая судебная инстанция ориентирует правоприменителей на прямо противоположное решение вопроса, настаивая на квалификации бандитских нападений по правилам о реальной совокупности. Причём эта позиция подтверждена и в ряде других актов официального толкования. В частности, в п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» отмечается:

⁷ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1997. № 3.

⁸ Кузнецова Н.Ф. Значение преступных последствий для уголовной ответственности. М., 1958. С. 117-119.

⁹ Загородников Н.И. Советское уголовное право. Общая и Особенная части. М., 1976. С. 278-279.

«Как сопряженное с разбоем, вымогательством или бандитизмом следует квалифицировать убийство в процессе совершения указанных преступлений. Содеянное в таких случаях квалифицируется по п. «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ в совокупности со статьями УК, предусматривающими ответственность за разбой, вымогательство или бандитизм»¹⁰.

А.В. Иванчин считает, что причиной такой позиции практики является смягчение санкции за бандитизм (ст. 209 УК РФ, в отличие от ст. 105 УК РФ, не предусматривает наказание в виде смертной казни или пожизненного лишения свободы). Таким образом, совокупность позволяет восполнять «недобор» и ужесточать наказание за совершенные бандой общественно опасные деяния¹¹.

В правоприменительной практике неизбежно встаёт вопрос о квалификации преступлений, предусмотренных ст. ст. 209 и 210 УК РФ, по совокупности. Думается, что совокупность эта может быть только реальной, когда, например, вооруженная организованная группа вначале создается для совершения нападений, но затем трансформируется в более сложное преступное формирование — преступное сообщество, одновременно расширяя сферу преступной деятельности.

Возможна и другая ситуация. Довольно часто организатор (руководитель) какой-либо организации для достижения конкретных целей (коммерческих, политических) создает специальные подразделения («службы безопасности»). В их функции может входить и ликвидация неугодных лиц, конкурентов, уничтожение (повреждение) чужого имущества, похищение людей и т.п. В этом случае говорить о совокупности ст. ст. 209 и 210 УК РФ можно лишь тогда, когда будет доказано, что организация (коммерческая, политическая) преследует в качестве основной цели своей деятельности совершение преступлений (согласно УК РФ — тяжких или особо тяжких). В противном случае совокупности не будет, поскольку содеянное полностью охватывается составом бандитизма.

Отличие бандитизма от разбоя, совершенного группой лиц по предварительному сговору с применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия (ч. 2 ст. 162), заключается в следующем:

- бандитизм требует наличия оружия у членов банды, а при разбое необходимо применение оружия, а не только его наличие;
- при разбое могут быть использованы в качестве оружия предметы, собственно оружием не являющиеся, а для состава бандитизма необходимо

¹⁰ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1999. № 3.

¹¹ Иванчин А.В. О целесообразности исключения из УК РФ ст. 209, 210 и 282¹ // Криминологические и уголовно-правовые проблемы борьбы с организованной преступностью: Итоговые материалы Всероссийского научно-практического семинара (20-21 января 2004 г.). Ярославль, 2004. С. 86.

наличие оружия в собственном смысле слова, т.е. предметов, конструктивно предназначенных для поражения живой или иной цели;

- состав бандитизма является окончанным с момента создания банды, тогда как разбой окончен с момента нападения с целью хищения чужого имущества, сопряжённого с применением насилия, опасного для жизни или здоровья, либо с угрозой применения такого насилия.

В ст. 162 УК РФ предусматривается два таких квалифицированных состава, как разбой, совершенный с применением оружия (п. «г» ч. 2), и разбой, совершенный организованной группой (п. «а» ч. 3). При совпадении указанных квалифицирующих признаков при совершении разбоя неизбежно в следственной и судебной практике возникает конкуренция норм, дающих основание квалифицировать совершенное преступление как разбой, совершенный вооруженной организованной группой, или как бандитизм, поскольку ч. 1 ст. 209 УК определяет банду как устойчивую вооруженную группу. Не разрешает эту проблему и постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 января 1997 г. «О практике применения судами законодательства об ответственности за бандитизм».

В настоящее время и среди ученых нет единства во взглядах на этот вопрос. Так можно ли в принципе отграничить бандитизм от вооруженного разбоя, совершенного организованной группой? Чтобы разрешить этот вопрос, следует проанализировать сходство и различия указанных составов. Вначале о сходстве. Первое из них основано на значительном совпадении объективной стороны обоих преступлений. Как разбой, так и бандитизм — это нападение на граждан или организации, связанное с применением насилия или угрозой его применения. Второе сходство заключается в том, что группа разбойников и банда с точки зрения действующего уголовного закона (ч. 3 ст. 35 УК) представляет собой организованную группу. Банда и вооруженная организованная группа, совершающая разбой, как организованные группы обладают устойчивостью личного состава и заранее объединились для совершения преступлений. Третье сходство банды и организованной вооруженной группы, совершающей разбой, связано с их вооруженностью. Пункт «г» ч. 2 ст. 162 УК указывает такой квалифицирующий признак разбоя, как совершение его с применением оружия, а ч. 1 ст. 209 УК определяет банду как устойчивую вооруженную группу. В указанных случаях законодатель понимает под оружием одно и то же — в том значении, как об этом говорится в Федеральном законе «Об оружии».

Анализируя сложившуюся ситуацию, следует прийти к выводу, что разграничить банду, вооруженную организованную группу, а также группу совершающие разбойные нападения, очень сложно.

Большинство критериев преступлений, схожих с бандитизмом, являются по своему содержанию взаимопересекающимися и, следовательно, не вносят достаточной ясности в различие понятий.

Прав В.М. Быков, который утверждает, что «разграничить банду и вооруженную организованную группу, совершающую разбойные нападения, совершенно невозможно. Просто следует признать, что разбой, совершенный организованной и вооруженной группой,— это и есть бандитизм»¹².

Известен факт обращения гражданина Варлакова с жалобой в Конституционный Суд РФ по поводу оспаривания конституционности ч. 2 ст. 209 УК РФ, поскольку она «позволяет квалифицировать разбой, совершенный по предварительному сговору в составе устойчивой вооруженной группы (банды), как совокупность преступлений, предусмотренных частью третьей статьи 162 УК РФ и частью второй статьи 209 УК РФ».

Однако Конституционный Суд указал, что «участие в устойчивой вооруженной группе (банде) или в совершаемых ею нападениях, уголовная ответственность за которое предусмотрена ч. 2 ст. 209 УК РФ, и разбой, совершенный организованной группой в целях завладения имуществом в крупном размере, ответственность за совершение которого предусмотрена пунктами «а» и «б» ч. 4 ст. 162 УК РФ, образуют самостоятельные составы преступлений, различающиеся по объекту уголовно-правовой охраны, характеру посягательства, направленности умысла и степени опасности. Поэтому назначение за них наказания по совокупности не может рассматриваться как противоречащее ст. 50 (ч. 1) Конституции РФ, гарантирующей каждому право не быть повторно осужденным заодно и то же преступление, и не только не нарушает принцип справедливости, но, напротив, отвечает требованию справедливого наказания за совершенное преступление»¹³.

Также следует отличать бандитизм от организации незаконного вооруженного формирования (ст. 208 УК РФ). Для защиты интересов государства, общества, жизни, здоровья и прав граждан могут создаваться специальные вооруженные структуры. Однако основы и организация их деятельности, полномочия органов государственной власти по осуществлению контроля и надзора за функционированием этих структур должны определяться федеральными законами.

¹² Быков В. Как разграничить бандитизм и разбой // Российская юстиция, 2001. № 3. С. 53.

¹³ Определение Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2010 г. № 601-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Варлакова А.А. на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 209 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

По смыслу закона (ст. 35 УК), группа лиц предполагает участие в преступлении двух или более исполнителей без предварительного сговора. Следовательно, в количественной характеристике данное преступление не отличается от бандитизма и организации преступного сообщества (преступной организации), что несомненно создаст для судебно-следственных органов определенные сложности при разграничении указанных преступлений друг от друга. Каких-либо однозначных численных критериев незаконного формирования выделить невозможно, поэтому решение в каждом конкретном случае должно приниматься с учетом всех обстоятельств дела.

В практике следственных и судебных органов возникает немало вопросов, связанных с отграничением деяния, предусмотренного ст. 208 УК РФ (Организации незаконного вооруженного формирования или участие в нем), от смежных составов преступлений.

Организация незаконного вооруженного формирования или участие в нем является однообъектным преступлением, посягающим на общественную безопасность субъекта Российской Федерации. Следует подчеркнуть, что для осуществления организационных начал руководители указанных формирований обращаются к зарубежной помощи с целью поиска внешних покровителей, использования наемников, перемещения через границу, минуя запреты, оружия, боеприпасов, людей, наркотиков, валюты. В итоге нередко незаконно вооруженные формирования «вырождаются» в уголовно-политические банды, а затем и в группировки террористов международного характера.

В законе не определяются количественные критерии группировки для признания ее формированием. Представляется, что именно с учетом данного обстоятельства законодатель и употребляет различные по объему понятия — объединение, отряд, дружина, иная группа. Сам процесс создания рассматриваемых формирований может протекать скрытно, но действуют они в целом открыто — от своего имени, от имени организации или лидера.

Важным признаком банды, отличающим ее от незаконного вооруженного формирования, является цель ее создания — нападение на граждан или организации. Организация незаконного вооруженного формирования преследует иные цели: политические, националистические и т.д.

Поскольку бандитизм и организация преступного сообщества (преступной организации) обладают более высокой степенью общественной опасности, постольку в случаях перерастания организации незаконного вооруженного формирования достаточно будет квалификации только по ст. 209 или 210 УК.

3. Перспективы

Трудно не согласиться с тезисом С.А. Силаева о том, что «нормы, устанавливающие ответственность за организацию разного рода криминальных объединений и участие в них, представляют собой рудиментарное явление в российском законодательстве, в сохранении которого нет никакой практической пользы»¹⁴.

Существуют огромные сомнения в целесообразности криминализации бандитизма в рамках ст. 209 УК РФ.

Создание банды как форма бандитизма довольно редко встречается в судебной практике «в чистом виде», так как данная деятельность по сути своей является приговорительными к нападению действиями, установить (а тем более — доказать) которые весьма затруднительно. Поэтому к моменту разоблачения банда успевает совершить не одно нападение, когда и без ст. 209 УК РФ вполне достаточно оснований для привлечения бандитов к уголовной ответственности.

Современная судебная практика не считает бандитизм составным преступлением, вследствие чего каждое нападение, совершённое бандой, получает самостоятельную уголовно-правовую оценку. Выходит, что ст. 209 конкурирует с общими нормами о приготовлении к преступлению.

Системный анализ норм уголовного закона позволяет заключить, что банда является организованной группой, которая, помимо признаков, закреплённых в ч. 3 ст. 35 Уголовного кодекса Российской Федерации, характеризуется вооружённостью и специальной целью. Таким образом, нормы о бандитизме конкурируют с составами преступлений, в которых в качестве квалифицирующего признака закрепляется совершение их организованной группой. Поскольку статья о бандитизме вменяется в совокупности со статьями, предусматривающими ответственность за организованные групповые преступления, происходит нарушение принципа справедливости, в соответствии с которым никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление (ч. 2 ст. 6 УК РФ).

Данный состав преступления выполняет лишь функцию ужесточения ответственности, однако следует отметить, что банды совершают корыстно-насильственные преступления, за которые предусмотрены и без того суровые наказания.

¹⁴ Силаев С.А. Уголовная ответственность за бандитизм: история, современное состояние и перспективы // Тенденции и противоречия развития российского права на современном этапе: сборник статей IX Международной научно-практической конференции. Пенза: Приволжский Дом Знаний, 2010. С. 111.

Таким образом, ст. 209 не согласуется с принципами уголовного законодательства и лишь усложняет процесс квалификации, а также назначение наказания.

С учётом всего вышеизложенного полагаем, что ст. 209 УК РФ должна быть признана утратившей силу.

Artyom Salnikov, postgraduate student of the Kutafin Moscow State Law University (Russian Federation)

REGULATION OF RESPONSIBILITY FOR THE CREATION OF ORGANIZED CRIMINAL GROUPS (GANGS) IN RUSSIA: PAST, PRESENT AND PROSPECTS

Summary

The article is devoted to the term «band» in domestic law. The term appears for the first time after the October Revolution, but it was based on the concept of gang, which existed in the domestic pre-revolutionary legislation since the mid XIX century. The author concludes that, despite the considerable attention paid to various aspects of the definition of gang and band in the literature, legal researchers often took opposite positions as to essential features of the aforementioned varieties of complicity and their reasoning and conclusions. It did not contribute to the improvement of the legal structure of the criminal law, providing for liability for formation of gang and participation in it.

The author analyzes the current regulation of the liability for the creation of organized criminal groups (gangs). The author concludes that the parallel existence of a truncated crime, providing liability for creating an organized criminal association, and liability for the preparatory action infringes the principle of non bis in idem, which is characteristic of all civilized laws.

Based on this analysis, the author proposes to abolish corpus delicti of the banditry and to change the concept of organized criminal group, intending to reduce the number of problems concerning qualification of criminal offences committed in complicity.

Артјом Сальников, студент постдипломског студија Државног правног универзитета „Олег Кутафин“ – Москва (Руска Федерација)

РЕГУЛИСАЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА СТВАРАЊЕ ОРГАНИЗОВАНИХ КРИМИНАЛНИХ ГРУПА (БАНДА) У РУСИЈИ: ПРОШЛОСТ, САДАШЊОСТ, БУДУЋНОСТ

Сажетак:

У раду се истражује регламентација одговорности за стварање организованих криминалних група (банда) у Русији. Аутор анализира историјски развој одредаба домаћег кривичног законодавства које санкционишу делатност организованих криминалних група (банда). Појам банде у руском законодавству први пут се појављује након Октобарске револуције, али тај концепт у знатној мери се заснива на појму злочиначке дружине, односно *шајке*, који је био познат у кривичном праву царске Русије почев од средине 19. века. Аутор наводи да, упркос великој пажњи која је била посвећена злочиначким дружинама и бандама у научној и стручној литератури, тадашњи правници нису значајно допринели побољшању законског регулисања одговорности за стварање и делатност таквих криминалних скупина, пре свега због тога да њихови су ставови о битним обележјима тих облика саучесништва значајно се разликовали, све до супротне крајности. Анализирајући савремено стање законодавства у погледу санкционисања делатности различитих организованих криминалних група, међу којима су и банде, аутор закључује да прописивање самосталног кривичног дела бандитизма није оправдано с обзиром на чињеницу да је у општем делу важећег Кривичног законика Руске Федерације предвиђена одговорност за припремне радње, када су у питању тешка и посебно тешка кривична дела. Такво законодавно решење је сумњиво са тачке гледишта начела *non bis in idem*, а ово начело је један од стубова сваког цивилизованог кривичноправног система. Зато, узимајући у обзир потребе судске праксе, аутор предлаже да треба избрисати из посебног дела руског Кривичног законика одредбе о кривичном делу бандитизма, а у општем делу изменити дефиницију организоване групе, како би се олакшало задатак тачне правне квалификације кривичних дела учинених у саучесништву и искључило могућност неосноване примене одредаба о реалном стицају.

Кључне речи: банда, злочиначка дружина, организована криминална група, саучесништво, историја кривичног права, кривично дело.

Иван Илић

Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ПРАВО НА ПРЕТПОСТАВКУ НЕВИНОСТИ ОКРИВЉЕНОГ - ИЗМЕЂУ НОРМАТИВНОГ И СТВАРНОГ

Анстракт:

Аутор се у раду бави међународном и националном регулативом, којом се гарантује право на поштовање претпоставке невиности окривљеног. Полазна основа аутора су најзначајнији ставови Европског суда за људска права о (не)поштовању претпоставке невиности, пре свега од стране средстава јавног информисања. Применом компаративног метода, аутор покушава да одговори на питање како наћи баланс између контрадикторних захтева, за поштовањем претпоставке невиности окривљеног са једне, и права на јавно информисање, са друге стране. Претежни део рада представља анализа нормативне основе као и остваривања права на претпоставку невиности, у светлу тежње за сензационалистичким извештавањем медија о кривичном поступку. Аутор даје предлоге за делотворну заштиту једног од основних права окривљеног, без које нема говора о правичности поступка, у целини.

Кључне речи: *људска права, претпоставка невиности, кривични поступак, окривљени;*

ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ

Покретање кривичног поступка неминовно доводи до дерогације основних људских права и слобода окривљеног. Са друге стране, настоји се остварити захтев државе за кажњавање извршиоца кривичног дела, у ефикасно спроведеном кривичном поступку. На тасу између тежње ефикасне заштите друштва од криминалитета и заштите права грађана нормативним ограничењима државних органа, налази се претпоставка невиности окривљеног. Имајући у виду да је кривични поступак „сеизмограф“ развоја људских права у једном друштву, инсистирање на презумпцији невиности добија на значају. Она представља исходиште настојања за хуманизацијом положаја окривљеног у кривичном поступку, у односу на некадашњи инквизициони поступак. Интенција је да се ограничења основних права човека сведу на разумну меру, у време када још увек није са истинитошћу утврђена кривица окривљеног, материјализована доношењем правноснажне осуђујуће пресуде.

Иван Илић

Суштина претпоставке невиности, као једне од значајнијих тековина правне државе и демократског друштва, најчешће се изражава правилом да се свако сматра невиним, и да га нико не може сматрати кривим, док се правноснажном судском одлуком од стране надлежног суда не утврди његова кривица.¹ У погледу правне природе претпоставке невиности, у теорији постоје значајна размимоилажења. Једно од схватања је да представља основно начело кривичног поступка, односно основно начело, које регулише положај окривљеног у кривичном поступку.² Овом схватању се приговара да је у току кривичног поступка могуће оповргавати овај принцип, тј. утврдити супротно, што се коси са карактером и чврстином кривичнопроцесних начела, од којих је могуће установити само поједине изузетке.³ Међутим, није реткост да се у законским текстовима формулација претпоставке невиности налази управо у делу, у коме су представљени основни процесни принципи.⁴

Према другом схватању, претпоставка невиности представља једно од права окривљеног.⁵ Међутим, за разлику од осталих права окривљеног, којих се може одрећи, или их не користити, одрицање од претпоставке невиности (признањем извршења кривичног дела) нема значаја. Она делује и у том случају, мимо воље окривљеног.⁶ Постоји и схватање да је претпоставка невиности радна хипотеза, помоћу које се у кривичном поступку одређује терет пружања доказа.⁷ Најзад, неки од теоретичара сматрају да је претпоставка невиности једно од обележја окривљеног, као што су душевно здравље окривљеног и право на одбрану.⁸

¹ Давор Крапац, Казнено процесно право, прва књига: Институције, Загреб, 2010., стр. 388.

² Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, third edition, Oxford University Press, 1999., pp. 85., Обрад Цвијић, Драгомир Поповић, Закон о кривичном поступку, Београд, 1997., стр. 2., Душан Војичић, Основна начела кривичног поступка и његово трајање, ЈРКК бр. 3/1975., стр. 463., Борђе Лазин, Садржина и правна природа претпоставке невиности, Анали 5-6/1981., стр. 324. Бора Чејовић, Претпоставка невиности окривљеног у кривичном поступку, Правни живот, бр. 4-5/1968., стр. 28-41., Хајрија Сијерчић- Чолић, Кривично процесно право, књига I, Сарајево 2008., стр. 140.

³ Загорка Јекић, Претпоставка невиности окривљеног у ЗКП од 1976. године; ЈРКК бр. 4/1977., стр. 26.

⁴ Види: Глава I Закона о кривичном поступку Републике Србије "Службени лист СРЈ", бр. 70/2001, 68/2002, "Службени гласник РС", бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007 и 72/2009., у даљем тексту ЗКП.

⁵ Бранко Петрић, О испиту окривљеног, Правни живот, бр. 3/1961, стр. 11., Милан Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009., стр. 127.

⁶ Загорка Јекић, Радмила Данић, Кривично процесно право, Београд 2004., стр. 123.

⁷ Владимир Бајер, Претпоставка окривљеникове невиности у југословенском кривичном поступку, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3-4/1960., стр. 183.

⁸ Милан Шкулић, Кривично процесно право, општи део, Београд 2006., стр. 149.

У теорији се, такође, поставља питање, да ли претпоставка невиности представља правну претпоставку. Они који стоје на том становишту, сматрају је оборовом правном презумпцијом.⁹ Међутим, тврдње садржане у правним претпоставкама, у највећем броју случајева се поклапају са стањем у стварности, што код претпоставке невиности није случај.¹⁰ Стога се, према заступницима таквог схватања, не може говорити о правној презумпцији.

Несумљиво се за свако од наведених схватања могу наћи аргументи за и против. Стога се правна природа претпоставке невиности налази у еклектичком схватању. Имајући у виду дефиницију да је начело основна правна поставка, која садржински представља руководну идеју, а акционо основни захтев, који се остварује у кривичном поступку, претпоставка невиности се може сматрати једним од процесних принципа.¹¹ Она испуњава све критеријуме дате дефиниције. Презумпција невиности је и једно од људских права окривљеног, будући да се у међународним документима најчешће означава као „право окривљеног да буде сматран невиним...“¹² Како поштовање претпоставке невиности окривљеног доприноси равноправности кривичнопроцесних странака, што је у тесној вези са општим постулатом правичности, она је један од стандарда који скупа творе право на правично суђење. Претпоставка невиности представља оборову правну презумпцију, с обзиром да важи априори, пре и у току вођења кривичног поступка, док се супротно не утврди, правноснажном осуђујућом пресудом. Поред тога, овај правни стандард представља значајну процесну гаранцију окривљеног.¹³ којом се јемчи заштита личности у кривичном поступку, отклањају предрасуде према окривљеном и којом се омогућава (макар формална) равноправност окривљеног у спору са тужиоцем.

САДРЖАЈ И ОБИМ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ

Садржину претпоставке невиности одредио је Европски суд за људска права, у сопственој јуриспруденцији. Према ставу Суда, она инволвира следеће стандарде: поступање без предрасуда и предубеђења о

⁹ Циљ оборивих правних претпоставки исцрпљује се у одређивању тога, ко сноси терет доказивања (Радомир Лукић, Теорија државе и права, Београд 1976, стр. 188.

¹⁰ Владимир Водинелић, О правној природи пресумпције невиности, Зборник Правног факултета у Сплиту, бр. 6/1968., стр. 135.

¹¹ Драгољуб Димитријевић, Кривично процесно право, Београд 1981., стр. 38.

¹² Види: Општа декларација о правима човека УН из 1948. , члан 11.

¹³ Војислав Ђурђић, ЕКЉП и кривично процесно законодавство Србије и Црне Горе, Зборник радова удружења за кривично право и криминологију СЦГ, Златибор/Београд 2004., стр. 73., Саша Кнежевић, Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку, Ниш 2007., стр. 83.

кривици окривљеног, правило да терет доказивања лежи на тужиоцу и да ризик недоказаности (сумња у постојање одлучних чињеница) мора ићи у корист окривљеног (*in dubio contra auctoritatem*).¹⁴

Стандард поступања без предрасуда и предубеђења, разрађен је у низу пресуда. Претпоставка невиности је, према ставу Суда повређена, ако у пресуди није доказана кривица окривљеног, а судска одлука одражава став да је крив.¹⁵ Уколико се у образложењу ослобађајуће пресуде имплицира кривица окривљеног, повређена је претпоставка невиности.¹⁶ Интересантан је став Комисије за људска права, према коме коришћење криминалног досијеа окривљеног, у току поступка, не представља кршење презумпције невиности.¹⁷ Повреда наведеног стандарда установљена је и у првој пресуди, коју је Суд донео против Србије. Подносилац представке је у Решењу о одређивању притвора означен као починилац кривичног дела, чиме је претпоставка невиности прекршена.¹⁸

Да терет доказивања пада на тужиоца, Закоником о кривичном поступку¹⁹ је недвосмислено одређено (члан 15. став 2.). Од овог правила допуштени су изузеци, у случају када је окривљеном лакше да доказује неки од елемената посебног бића кривичног дела. Опште прихваћени изузетак постоји и у погледу доказивања постојања неурачунљивости.²⁰ Најзад, будући да важи презумпција честитости, на окривљеном је терет доказивања истинитости изнетих или пренетих информација, код кривичног дела изношење личних и породичних прилика (члан 172. КЗ).

Треће правно правило, инволвирано у претпоставку невиности, представља расподелу ризика недоказаности чињеница о кривичној ствари. Кривични суд мора донети ослобађајућу пресуду, не само када није доказано да је окривљени крив, већ и када остане сумња у његову кривицу. Тај став подржава и ЗКП Србије, који у члану 16. став 5. изричито прописује да се сумња у погледу одлучних чињеница, од којих зависи вођење кривичног поступка, које су везане за неко обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке одредбе Кривичног законика, суд ће у својој одлуци

¹⁴ Barbera, Masseque and Jabardo v. Espana, пресуда од 6.12.1988., Сер. А, бр. 146.

¹⁵ Minelli v. Switzerland, захтев бр. 8660/79, пресуда од 25.3.1983., Сер А, бр. 62.

¹⁶ Lamanna v. Austria, пресуда од 10.07.2001., захтев бр. 28923/95.

¹⁷ Преузето из: Војислав Ђурђић, Значење и обим примене претпоставке невиности у кривичном поступку, Билтен судске праксе Округног суда у Нишу, бр. 25, Београд 2007. стр14.

¹⁸ Матијашевић против Србије, пресуда од 19.12.2006. године, захтев бр. 23037/07.

¹⁹ "Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014. У даљем тексту: ЗКП.

²⁰ X v. United Kingdom, пресуда од 04.04.1990.

решити у корист окривљеног. Реч је о старом правилу *in dubio pro reo* (у сумњи у корист окривљеног).

Поставља се питање обима претпоставке невиности, тј. ко су адресати обавезе њеног поштовања. Она, најпре, обавезује државне органе, субјекте кривичног поступка, суд, јавно тужилаштво, полицију и администрацију пенитенцијарне установе. Закоником о кривичном поступку је обим ове установе проширен. У члану 3. став 2. ЗКП установљена је обавеза поменутих државних органа, али и органа извршне и законодавне власти, затим средстава јавног информисања, удружења грађана, јавних личности и других лица на поштовање презумпције невиности. Сви они су дужни да јавним иступањем о кривичном поступку, који је у току, не вређају друга правила кривичног поступка, права окривљеног и оштећеног, те независност, ауторитет и непристрасност суда. Опсег важења ове гаранције не простире се, дакле, само на учеснике кривичног поступка, већ она пружа заштиту личног достојанства окривљеног уопште, у јавности.

Став да су адресати поштовања претпоставке невиности државни органи, подупире и Европски суд за људска права. У случају *Рибемонт против Француске*²¹ утврђена је повреда претпоставке невиности изјавама више запослених, на високим положајима (министар унутрашњих послова, руководилац истражне полиције и руководилац истраге). Подносилац представке је, наиме у току поступка именован подстрекачем и саучесником, чиме је унапред дата изјава о његовој кривици. Такве изјаве у јавности створиле су уверење да је подносилац представке крив, а додатни ефекат је био притисак на суд, у погледу доношења одлуке²². У сличном предмету *Пеша против Хрватске*,²³ Суд је истакао разлику између иступања у јавности државних службеника, којима се износи властито мишљење о нечијој кривици, од ситуације када се изјавама о поступку, који је у току, у јавности ствара предубеђење о кривици и којима се прејудицира судска одлука. Обавезу поштовања претпоставке невиности, поред поменутих, имају и јавни тужиоци, нарочито у случају када врше квазисудску функцију одлучујући о кривичном гоњењу, у претходној истрази.²⁴

²¹ *Allenet de Ribemont v. France*, захтев бр. 15175/89., пресуда од 10.02.1995.

²² Више о случају: Јован Ћирић, Претпоставка невиности и Европски суд за људска права, у: Српско право и међународне судске институције, Београд 2009., стр. 321-339.

²³ *Пеша против Хрватске*, захтев бр. 40523/08, пресуда од 08.04.2010.

²⁴ *Daktaras v. Lithuania*, захтев бр. 42095/98, пресуда од 10.10.2000.

МЕЂУНАРОДНА И УСТАВНА РЕГУЛАТИВА ПРАВА НА ПРЕТПОСТАВКУ НЕВИНОСТИ

Претпоставка невиности настала је као тековина, најпре, оптужног начела, затим забране изнуђивања признања окривљеног применом тортуре, као и древног правила да терет доказивања лежи на тужиоцу.²⁵ Неки сматрају да се корени ове установе могу наћи већ у римском праву, односно да је иманентна акузаторском кривичном поступку.²⁶ Истина је међутим да је тада постојало само правило да терет доказивања не лежи на окривљеном, а не и сама претпоставка невиности, јер нису постојали друштвени услови за гарантовање људских права у тадашњем робовласничком поретку. Касније, у инквизиционом типу кривичног поступка, постојала је супротна претпоставка (претпоставка кривице), а окривљени је доказивао сопствену невиност. Идејном претечом претпоставке невиности, са правом се сматра Чезаре Бекарија. Јасно изражена ова презумпција је изказана у његовом најзначајнијем делу „О злочинима и казнама“. Као једна од тековина француске буржоаске револуције, претпоставка невиности нашла је своје место у Декларацији о правима човека и грађанина из 1789. године.

Данас претпоставка невиности представља назаобилазан саставни део корпуса основних права човека, у најзначајнијим међународним документима. Формулација ове значајне процесне гаранције налази се у члану 11. став 1. Универзалне декларације о правима човека и грађанина из 1948. године, члану 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, члану 6. став 2. Америчке конвенције о заштити људских права, члану 8. став 2. Америчке декларације о људским правима и члану 7. став 1. тачка б Афричке повеље о људским правима. У члану 6. став 2. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, претпоставка невиности формулисана је на следећи начин: „Свако ко је оптужен за кривично дело сматраће се невиним, све док се његова кривица не докаже на основу закона“. Ова установа заузима неспорно значајно место у континенталној теорији кривичног процесног права. Са друге стране, у англоамеричкој процесној теорији ова презумпција има посве другачије значење. Њоме се означава правило о терету доказивања, према коме је он на тужиоцу, чији је задатак да докаже кривицу окривљеног, која задовољава стандард „ван разумне сумње“.²⁷

²⁵ Слободан Бељански, Међународни правни стандарди о кривичном поступку, Београд 2001., стр. 53.

²⁶ Илија Зиндовић, Претпоставка невиности у кривичном процесном законодавству СЦГ и ЕКЉП, у: ЕКЉП и кривично законодавство СЦГ, Златибор 2004., стр. 325.

²⁷ Давор Крапац, Енглески казнени поступак, Загреб 1995., стр. 113.

У конституцијама савремених демократских држава, претпоставка невиности подигнута је на ранг уставног начела. Устав Србије,²⁸ такође прокламује презумпцију невиности, у члану 34. став 3., на следећи начин: „Свако се сматра невиним за кривично дело, док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда“. Она се, по први пут, појављује у процесном кодексу бивше заједничке државе, у Закону о кривичном поступку из 1953. године, у делу који се односи на процесна начела. Законска формулација временом је више пута мењана. Раније је коришћена тзв. негативна дефиниција (претпоставка некривице) „не сматра се кривим...“. Од измена и допуна ЗКП из 2004. године, формулација ове процесне гаранције гласила је: „нико се не може сматрати кривим док то не буде утврђено правноснажном одлуком надлежног суда“ То је тзв. позитивна формулација, која кореспондира са међународним стандардима. У погледу ове две формулације претпоставке невиности, у теорији је вођена расправа, но дошло се до закључка да се суштински не разликују. У поређењу са уставном формулацијом, законски израз претпоставке невиности има универзалан карактер.²⁹ У члану 3. важећег ЗКП-а, прихваћена је формулација која је готово истоветна са Уставом Србије. Предвиђено је да се свако сматра невиним док се нечија кривица за кривично дело не утврди правноснажном судском одлуком.

ПРАВО НА ЈАВНО ИНФОРМИСАЊЕ

Јачање система јавног информисања доприноси оснаживању демократских потенцијала једног друштва. То подразумева усаглашавање домаће регулативе, која се тиче слободе медија и медијског извештавања, са релевантним међународним регулаторним оквиром. Право јавности да буде обавештена о току кривичног поступка представља јавни интерес. У том смислу је неопходно стално унапређивање слободе изражавања, информисања и слободе медија, али и заштита тих права и слобода од финансијских, политичких и других притисака.

У члану 10. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, под насловом „Слобода изражавања“, између осталог је предвиђено право грађана да буду обавештени о темама од јавног значаја. Слобода изражавања обухвата слободу поседовања сопственог мишљења, као и примања и саопштавања информација и идеја, од јавног значаја, лишено мешања јавне власти. Интерес грађана да буду информисани о кривичном поступку свакако кореспондира са стандардом „од јавног

²⁸ "Службени гласник РС", бр. 98/06.

²⁹ Војислав Ђурђић, Значење и обим примене претпоставке невиности..., *op. cit.*, . стр. 9.

значаја“. Тиме се, такође, остварује постулат друштвене контроле рада правосудних органа. Неограничено изношење информација о кривичном поступку, посебно о окривљеном, може међутим довести до кршења претпоставке невиности. Стога је потребно поставити адекватне границе права на јавно информисање, чиме би се омогућило објективно и непристрасно извештавање, без прејудуцирања кривике окривљеног. Тако и Европска конвенција дозвољава ограничење слободе изражавања, с циљем очувања ауторитета и непристрасности судова (члан 10. став 2. ЕКЉП).

Право грађана на информисање о темама од јавног значаја прописује и Устав Србије. Право је свакога да потпуно, благовремено и истинито буде обавештен о темама од јавног значаја, путем средстава јавног информисања. Наведену прокламацију додатно подупире право на приступ подацима, који се налазе у поседу државних органа и организација, којима су поверена јавна овлашћења (члан 51. УС). Према Уставу, слобода изражавања може да се ограничи само у изузетним случајевима, који су усаглашени са ограничењима, која постављају међународни акти. Забрана ширења информација преко медија, предвиђена Уставом, такође је у сагласности са међународним нормама. Она је могућа *“ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, морала, демократског друштва и националне безбедности Републике Србије”*³⁰ (члан 46. став 2. УС).

Право на јавно информисање гарантовано је и Законом о јавном информисању и медијима.³¹ Истим законом предвиђена је могућност објављивања информација, идеја и мишљења о догађајима од јавног значаја, као и о личностима, који су учесници тих догађаја (члан 5. став 2. ЗЈИМ). У најмању руку је дискутабилан став 1. истог члана, којим је легализовано прибављање информација од јавног значаја на било који начин. То значи да новинари могу, поред коришћења легалних канала информисања о судском поступку, путем службе за односе са јавношћу, које имају готово сви судови у Србији, да прикупљају информације и „из добро обавештених извора блиских правосуђу“. Таква одредба отвара пут манипулацијама, у виду објављивања непроверених и полупроверених информација, као и злонамерно, на сопственим интересима заснованом давању информација од стране учесника кривичног поступка.

У колизији са спорном одредбом Закона о јавном информисању налази се одредба Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја.³² Тим законом је предвиђена процедура прибављања информација од

³⁰ Слична ограничења су предвиђена и у члану 50 став 3. Устава.

³¹ "Сл. гласник РС", бр. 83/2014 и 58/2015.

³² Службени гласник РС", број 120 / 2004. и 54/07, 104/2009 и 36/2010.

јавног значаја.³³ Средства јавног информисања могу добити информације о кривичном поступку, и извршити увид у списе предмета, на основу поднетог писаног захтева судској администрацији (члан 15. ЗПИЈЗ). На основу тог захтева, надлежни орган суда одобрава увид у информације. На тај начин је установљен редован легалан и легитиман пут протока информација о кривичном поступку. На другој страни је већ наведена могућност прибављања информација без обзира на начин, предвиђена Законом о јавном информисању и медијима. Негативне последице те могућности су вишеструке. Прерано објављивање имена сведока отвара пут њиховом застрашивању. Изношење непроверених информација о току истраге може пореметити њен ток и омогућити прикривање доказа, а осумњиченима бекство. Према томе, интерес јавности да буде обавештена о кривичном поступку треба задовољити, али на строго прописан начин, који омогућава превенцију злоупотреба. Учлану 74. Закона о јавном информисању и медијима прописано је да се информације о кривичном поступку могу објавити ако су изнете на јавном главном претресу, или ако су прибављене од органа јавне власти, у складу са поступком добијања информација од јавног значаја. Иако ова одредба представља усклађивање са Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја, неспорно је да се налази у колизији са поменутиим чланом 5. став 1. ЗЈИМ.

ПОСЛЕДИЦЕ ПОВРЕДЕ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ

Будући да је у Законнику о кривичном поступку установљена обавеза државних органа, средстава јавног информисања, јавних личности и других лица на поштовање претпоставке невиности, логично се намеће тема санкционисања непоштовања те обавезе. Закоником о кривичном поступку из 2006. године,³⁴ биле су предвиђене санкције за непоштовање презумпције невиности. Према слову закона, за непоштовање ове процесне гаранције од стране физичких или правних лица, било је предвиђено изрицање јавне опомене, која се објављује у средствима јавног информисања. Поред основног облика, био је предвиђен и један квалификовани облик овог „кривичног дела“. У случају да је понашање, којим је прекршена претпоставка невиности, проузроковало тешке последице, или је прекршена на особито тежак начин, или је то учињено са намером утицаја на суд или друге државне органе, предвиђена је нована казна. Санкцију изриче

³³ Информације о кривичном поступку спадају испуњавају критеријуме постављене овим законом, да би се сматрале информацијама од јавног значаја.

³⁴“Службени гласник РС“, бр. 46/06. , који је требао да ступи на снагу, најпре 1.јуна 2006. године, а затим је његов *vacatio legis* више пута продужаван, да би коначно био стављен у кош, а да се ни дана није примењивао.

истражни судија (у претходном кривичном поступку) или председник суда. На ову одлуку предвиђено је право жалбе, по којој одлучује веће позивних судија?! Иако је законско решење, којим се штити претпоставка невиности усвојено под притиском стручне јавности, постало је предмет (оправдане) критике. Почев од правне природе кажњивог понашања (да ли је у питању кривично дело, прекршај, или нешто друго), преко тога да није одређена радња кажњивог понашања, а ни заштитни објект, наспорно је да оваковом решењу свакако није место у процесном кодексу. Дубиозно је било, такође, у ком поступку се изричу наведене санкције. Прекршиоцима није обезбеђено ни право на одбрану, а санкцију изриче председник суда, који је орган управе. Ни установљено право на жалбу није било концепцијски доследно постављено, јер је као другостепени орган на одлуку истражног судије установљен председник суда (орган управе), а на одлуку председника суда одлучивало би веће позивних судија. Но, предвиђено решење је напуштено, са одласком непримењеног ЗКП из 2006. године у историју. Законик о кривичном поступку из 2011. године такође не предвиђа никакве санкције за непоштовање претпоставке невиности³⁵.

Непоштовање презумпције невиности било је санкционисано је одредбама Кривичног законика. У члану 336а КЗ, који је касније брисан, било је предвиђено кривично дело под називом „Недозвољено јавно коментарисање судских поступака“. Била је прописана казна затвора до 6 месеци, кумулативно са новчаном казном за лице, које у току судског поступка, пре правноснажности судске одлуке, у средствима јавног информисања даје изјаве, са намером да повреди претпоставку невиности или независност суда. У важећем КЗ, предвиђено је кривично дело под називом Повреда тајности поступка, у члану 337. КЗ. Ово кривично дело има 3 основна и један квалификован облик. Први облик овог кривичног дела састоји се у неовлашћеном објављивању информација о судском поступку, које се на основу закона не могу објавити, или су пролашени за тајну. Други облик састоји се у објављивању тока кривичног поступка, у којем је јавност била искључена, или у објављивању одлуке у поступку према малолетницима, или имена и личних података о малолетнику. Трећи облик овог кривичног дела састоји се у неовлашћеном откривању личног имена или личних података лица, које се налази у програму заштите (сведок, оштећени). За сва три облика предвиђена је затворска казна, за квалификовани облик чак до 8 година. Тиме је претпоставка невиности добила потпору у виду кривичноправне одговорности за њено непоштовање. У јавности се, међутим, поставило питање да ли ће новоуведена кривична

³⁵ У члану 3. новог ЗКП претпоставка невиности је дефинисана на начин идентичан Уставу Србије, са додатним ставом 2., чија се формулација готово поклапа са ЗКП из 2001. године.

дела довести до цензуре медија. Законска формулација не прецизира јасно ко је одговоран за повреду презумпције невиности, да ли онај ко даје изјаву, или онај ко је пренесе путем медија. Дилема је разрешена усвајањем става Републичког јавног тужилаштва да је одговоран онај, ко има намеру да датом изјавом повреди претпоставку невиности.³⁶ Брисањем члана 336а. КЗ, без сумње је смањен ниво делотворности правне заштите окривљеном за повреду права на претпоставку невиности.

Будући да су средства јавног информисања један од адресата обавезе на поштовање претпоставке невиности, раније важећим Законом о јавном информисању,³⁷ биле су предвиђене новчане казне за привредни преступ. Уколико се у јавном гласилу неко огласи кривим (односно учиниоцем кривичног дела, одговорним), пре правноснажности одлуке суда или неког другог државног органа, прописана је одговорност за оснивача јавног гласила, одговорно лице у јавном гласилу и одговорног уредника. При томе, оснивач се може казнити новчаном казном у износу 25% - 100% зараде од продатог тиража на дан објављивања информације. Ако је пак претпоставка невиности повређена објављивањем на насловној страни, предвиђена је новчана казна која сеже до износа седмодневне зараде од продатог тиража. За одговорног уредника и одговорно лице у јавном гласилу прописана је новчана казна до 2 милиона динара. Посебно је санкционисана повреда претпоставке невиности према малолетницима, за коју може одговарати само оснивач јавног гласила. Поред новчане казне, Закон о јавном информисању предвиђао је изрицање условне осуде и заштитне мере јавног објављивања пресуде.

Измене и допуне Закона о јавном информисању из 2009. године у јавности су оцењене негативно, чак су сматране гушењем слободе медија.³⁸ Међутим, највећа мањкавост законске регулативе била је у томе што трговински суд, који је надлежан за привредне преступе, не може утврђивати повреду претпоставке невиности, већ једино може да констатује чињеницу неосуђиваности. Тиме се постављало питање ваљане чињеничне основе пресуде у овим поступцима. Упитно је и да ли повреду презумпције невиности треба сврстати у привредне преступе, будући да се тешко може уврстити у повреде привредног и финансијског пословања. Адекватније је уврстити их у прекршаје. Одредбе Закона о јавном информисању, којима се повреда претпоставке невиности и права малолетних лица сврставају у привредне преступе, проглашене су неуставним, одлуком Уставног суда

³⁶ Види: <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Novinari-smeju-da-komentarishu-sudske-postupke.lt.html>

³⁷ "Службени гласник РС", бр. 43/2003, 61/2005, 71/2009 и 89/2010 - одлука УС и 41/2011 - одлука УС.

³⁸ Више о томе: <http://www.helsinki.org.rs/serbian/doc/EWS43.pdf>

Србије,³⁹ а да претходно нису ни биле примењиване. Уставни суд је, такође, висину запрећених новчаних казни оценио превисоком, будући да премашују максимум, одређен за ову врсту неправда. Према томе, уочљиво је настојање да се претпоставка невиности заштити адекватним санкцијама. Међутим, законописци, чини се, дуго су лутали у погледу налажења адекватне форме заштите и прописивања адекватног законског оквира.

У важећем Закону о јавном информисању и медијима прописана је забрана означавања учиниоцем кривичног дела, те оглашавања кривим у медијима било кога, пре него што је донета правноснажна одлука суда (члан 73). Циљ уношења ове одредбе је заштита достојанства појединца, као и независности и непристрасности суда. У случају повреде претпоставке невиности у медијима, предвиђена је могућност покретања парничног поступка (тзв. медијска парница⁴⁰). Активну легитимацију има лице, коме је повређено право на претпоставку невиности, а пасивну легитимацију одговорни уредник медија, у коме је информација објављена (члан 102. и 103. ЗЈИМ).

Позитивноправном регулативом предвиђена је кривичноправна заштита, у виду поменутог кривичног дела, као и могућност супсумпције повреде претпоставке невиности под биће кривичног дела увреде (члан 170. КЗ).⁴¹ Не треба заборавити ни грађанскоправну заштиту. Према члану 199. Закона о облигационим односима,⁴² за случај повреде права личности, предвиђена је могућност објављивања пресуде, или исправке, на трошак штетника. Суд, такође, може наложити штетнику да повуче изјаву, којом је повреда учињена. Значајан је и члан 200. ЗОО, који предвиђа могућност накнаде штете за претрпљене душевне болове, због повреда угледа, части или права личности и због претрпљеног страха.

РЕЛЕВАНТНА ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА О ПОВРЕДИ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ У СРЕДСТВИМА ЈАВНОГ ИНФОРМИСАЊА

Европски суд за људска права се у низу својих случајева бавио евентуалном повредом претпоставке невиности од стране средстава јавног информисања. С обзиром да је прописана у члану 6. Европске конвенције, у

³⁹ Одлука Уставног суда - IУI број 322/2009.

⁴⁰ Више о томе: Анђелија Адамовић, Поступак у парницама за објављивање исправке неистините, непотпуне или нетачно пренете информације, Зборник радова правног факултета у Нишу, бр. 61, стр. 497-513.

⁴¹ Кривично дело клевете, раније прописано у члану 171. КЗ је декриминализовано.

⁴² "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља.

којем су установљени стандарди правичног суђења, реч је о сукобу овог права и слободе јавног информисања, прописаног чланом 10. Европске конвенције.

У већ помињаном предмету *Матијашевић против Србије*, суд је истакао да чињеница што је окривљени касније правноснажно осуђен на затворску казну, не негира повреду претпоставке невиности, која је учињена у току поступка. У једном од случајева, суд је закључио да неправљење разлике између појмова „осумњиченог“ и „окривљеног“, у медијима, може представљати повреду презумпције невиности и права на правично суђење.⁴³ У више случајева, Европски суд је подвукао да санкционисање медија и новинара, који су својим изјавама утицали на ток кривичног поступка (и тиме повредили претпоставку невиности), не представља кршење права на јавно информисање.⁴⁴ Суштина покушаја стављања у равнотежни положај претпоставке невиности и права на јавно информисање исказана је у пресуди *Де Рој и Малари против Француске*.⁴⁵ Суд истиче да новинари, приликом извештавања о поступцима, који су у току, треба да пазе да не повреду право окривљеног да се сматра невиним, али истовремено наглашава да би апсолутна и потпуна забрана медијима да извештавају била истовремена дерогација права на слободу изражавања из члана 10. Европске конвенције. Према томе, из богате праксе Суда може се извести закључак да јавност има право да буде обавештена о току кривичног поступка, али на начин да се тиме не вређа право окривљеног да се сматра невиним, док његова кривица не буде утврђена правноснажном одлуком суда.⁴⁶

С циљем уравнотежавања захтева за поштовање претпоставке невиности, права на јавно информисање и слободе медија, Савет Европе је усвојио Препоруку о медијској дистрибуцији информација о кривичном поступку.⁴⁷ Презумпција невиности сматра се једним од стандарда правичног суђења. Информације о кривичном поступку у медијима могу се износити само ако се тиме не вређа ова процесна гаранција (члан 2. Препоруке). Представници судске власти, јавног тужилаштва и полиције дужни су да медијима дистрибуирају искључиво проверене информације, које се заснивају на разумним претпоставкама (члан 3. Препоруке). Новинари, према слову препоруке, могу прибављати информације, искључиво на законит

⁴³ Jaspers v. Belgium (1981) 27 DR 61.

⁴⁴ Worm v. Austria, захтев бр. 83/1996/702/894, пресуда од 27. 08. 1997., Crociani and others v. Italy, захтев бр. 8603/79 i 8729/79, пресуда од 18.12.1980., X v. Norway 8978 (1970), A 091 ЕННР.

⁴⁵ Du Roy and Malaurie v. France, захтев бр. 34000/96, пресуда од 3. 10. 2000.

⁴⁶ Вања Бајовић, Претпоставка невиности и слобода штампе, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2008., стр. 202.

⁴⁷ Препорука R(2003)13, усвојена 10.07.2003.

начин. У тексту препоруке још је наглашен значај права на заштиту приватности. Оптужени, такође, у случају повреде претпоставке невиности, мора имати право на ефикасан правни лек (члан 11. Препоруке).

ЗАКЉУЧАК

Иако претпоставка невиности представља општеприхваћену процесну гаранцију окривљеног, начелна законска прокламација неће имати значаја, уколико остане само мртво слово на папиру. Последњих година све чешће смо сведоци медијских извештаја, у којима се осумњичени именују „убицом“, „крадљивцем“, „злочинцем“, као и сензационалистичких телевизијских снимака хапшења. Сцене са лисицама на рукама, на којима се види лице осумњиченог, а у позадини чак и малолетници, свакако су мамац за гледаоце, којима се подиже гледаност, или новинама тираж. Друштвена контрола рада правосуђа значајна је тековина савременог демократског друштва. Но, потреба јавности да се информише о кривичном поступку не сме бити неограничена. На другој страни налази се окривљени, који током кривичног поступка нужно трпе ограничења својих права и слобода. Стога је потребно настојати да се уравнотеже интереси окривљеног са остваривањем *ius puniendi*. Кршење претпоставке невиности, сензационалистичким извештавањем, не вређа само личност окривљеног, већ се претећи обрушава на независност и самосталност правосудних органа.

Дилема да ли дати превагу праву на јавно информисање, у односу на поштовање презумпције невиности, или обрнуто, у упоредном праву решава се углавном на сличан начин. Начелно је забрањено објављивање имена и презимена окривљених, негде и слика и снимака хапшења осумњиченог. Такође се санкционише означавање окривљених кривим, пре правноснажности судске одлуке. У Енглеској је чак могућа обустава поступка због непоправљиве злоупотребе, уколико је публицитет довео до предрасуда у јавности, а код пороте могао створити предубеђење о кривици. У Немачкој је чак забрањено давати било какве информције о поступку, у току истраге. Такво решење је од особитог значаја, јер је у току истраге интерес јавности највећи, а у каснијим фазама поступка рапидно опада.

Поштовање претпоставке невиности, међутим, не сме угушити слободу медија, ни довести до цензуре. Стога је Европски суд за људска права установио стандарде, који могу довести у склад два поменута захтева. Поштовање ове важне процесне гаранције положаја окривљеног је актуелна тема и у нашој земљи. Приметна је интенција да се створи адекватан легислативни оквир заштите поштовања претпоставке невиности. Епилог, у виду установљене кривичноправне и грађанскоправне заштите, представља значајан искорак. Но, на томе се не сме стати, већ треба вршити перманентну едукацију запослених у медијима и представника државних органа, како би

усвојили стандарде поштовања претпоставке невиности. Стога дилема око тога, да ли дати предност слободи медијског извештавања или презумпцији невиности заправо не постоји. Та два, наизлед, непомирљива захтева, треба довести у склад. На тај начин се штити достојанство појединца од несразмерног задирања у његова основна права. Поштовање свих стандарда, које скупа означавамо правом на правично суђење, показује степен демократичности друштва и да је држава заснована на владавини права.

Ivan Ilic, LLM
Assistant

**RIGHT TO PRESUMPTION OF INNOCENCE OF THE ACCUSED –
BETWEEN NORMATIVE AND REALITY**

Summary

Initiating of the criminal proceedings inevitably affects the fundamental rights and freedoms of the accused. On the one hand, trying to make a request of the state to punish the perpetrator. On the other hand, there is the requirement to respect fundamental rights and freedoms of the accused. As a result these tendencies, there was a presumption of innocence of the defendant. It is the result of efforts to humanization of the defendant's position, in relation to the inquisitorial procedure. The intention is to limit reduction of the fundamental rights to a minimum, to a reasonable measure, at the time when the truth of defendant's guilt has not yet been determined. The right to be presumed innocent, until proved guilty by a final court decision, is contained in the main international and domestic documents. It also includes a requirement for compliance with this presumption, by state authorities, local self-government and the media, during the criminal proceedings. Since the presumption of innocence is in close connection with the general proposition of fairness, it is one of a set of standards that make up the right to a fair trial. The right to public information and media freedom are also important achievements of the democratic society. The author deals with international and local regulations, in connection with the presumption of innocence and the right to public information. In addition, the object of the author's attention is the practice of the European Court of Human Rights, in connection with (dis)respect of the presumption of innocence in media. The legislation of the other states is also analyzed, with the aim of finding a convergence between two contradictory requirements; respect for the presumption of innocence, on the one hand, and the right to information, on the other hand.

Марија Миљковић

Асистент Факултета за специјалну едукацију и рехабилитацију

Универзитета у Београду

Др Милица Ковачевић

Асистент Факултета за специјалну едукацију и рехабилитацију

Универзитета у Београду

МОГУЋНОСТ УНАПРЕЂЕЊА ЉУДСКИХ ПРАВА КРОЗ КОНЦЕПТ РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ

Анстракт:

Током неколико последњих деценија ресторативна правда на глобалном плану добија све запаженију улогу у сузбијању малолетничког криминалитета. Овај концепт може допринети унапређењу поштовања људских права не само малолетних преступника, већ и оних који су оштећени њиховим криминалним понашањем. И поред интензивног интересовања, пре свега научне јавности, овај модел и даље није довољно познат, нити имплементиран у Србији. Стога су излагања у раду посвећена резимирању кључних одлика ресторативне правде и упознавању са неким од бројних међународних докумената који се односе на ову проблематику. Потом је дат увид у начине путем којих се ресторативна правда остварује у Србији, уз осврт на разлоге због којих медијација између оштећеног и малолетника, активности у циљу поправљања нарушених односа у заједници и друге суштински ресторативне мере нису код нас довољно заступљене. Циљ рада јесте да се укаже на то да увођење модела ресторативне правде у нашим условима није могуће без заузимања јасног става према идејама овог модела, као ни без опредељивања ресурса и метода путем којих ће се те идеје реализовати.

Кључне речи: *ресторативна правда, људска права, малолетни учиниоци кривичних дела, Србија.*

Уводна разматрања

Идеје ресторативне правде познате су и разматране у Србији, али пре свега у научним и донекле у стручним круговима. Тако у нашој литератури проналазимо значајан број наслова који се систематски баве ресторативном

Марија Миљковић, Милица Ковачевић

правдом.¹ Интересовање наших аутора је сасвим у складу са глобалним тенденцијама, имајући у виду често истицано становиште да, мимо ресторативне правде, током последњих деценија ни једна друга тема није била кадра да изазове тако интензивну пажњу тако великог броја правних теоретичара и других стваралаца.² Усвајање Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (Службени гласник РС, број 85/05, скраћено: ЗОМУКД), али и реформисање целокупног кривичноправног система пре једне деценије, створило је услове и за практичну имплементацију ресторативних идеја о споразумевању, надокнади штете и другим методама за избегавање или преусмеравање кривичног поступка.

Постоје бројне дефиниције ресторативне правде, а свима је углавном заједничко то да говоре о поправљању нарушених односа, задовољењу оштећених и реинтеграцији преступника уз подршку уже и шире заједнице. Једна од често цитираних дефиниција јесте она коју је осмислио *T. Marshall*, констатујући да ресторативна правда подразумева процес у коме сви они који су погођени последицама конкретног деликта заједнички раде на изналагању решења чијом ће се применом анулирати последице и њихов утицај на будућност³. Друге дефиниције стављају у први план преступника истичући да ресторативна правда обухвата поступање заједнице која не приступа преступнику осуђујући га, већ пружајући му пуну подршку у настојању да он прихвати своју одговорност за извршено кривично дело.⁴ Један од оснивача савременог ресторативног покрета, *H. Zehr*, чак сматра да ресторативну правду ни не треба посебно дефинисати, јер би инсистирање на универзалном и прецизном одређењу могло оптеретити даљи развој концепта на принципима на којима он свакако почива и који га суштински опредељују. Ипак, Зехр налази да ресторативна правда представља процес у који су, у највећој могућој мери, укључени они који су погођени датим деликтом и којим се заједнички препознају, а потом и задовољавају, потребе проистекле из деликта, а све са циљем да се односи поправе и ствари врате на своје место.⁵

Уколико се сада осврнемо на једну од многобројних дефиниција људских права која људска права опредељује као универзално прихваћене

¹ Вид. С. Ђопић, *Ресторативна правда и кривичноправни систем*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2010.

² Вид. К. Daly, "Pile it on: More texts on RJ", *Theoretical Criminology*, 8/2004, 500.

³ Према: J. Braithwaite, "Resorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", *Crime and Justice*, 25/1999, 5.

⁴ T. Newell, "Restorative justice" IN: Y. Jewkes, J. Bennet, *Dictionary of prisons and punishment*, Devon, 2008, 253

⁵ H. Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, Intercourse, PA, 2002, 40.

принципе и правила која стварају могућност за сваког члана људске породице да реализује свој пуни потенцијал и живи у атмосфери слободе, правде и мира,⁶ постаје очигледно колико су широки потенцијали концепта ресторативне правде када је у питању унапређење поштовања људских права.

Ресторативна правда се у пракси остварује кроз разноврсне модалитете и путем различитих техника. Заправо, због природе и ширине концепта неретко се истиче да ресторативна правда за различите људе представља различиту ствар⁷, што отежава сагледавање и систематизовање практичних облика у којима се она имплементира. Но, она се ипак пре свега доводи у везу са посредовањем, односно различитим формама медијације. Основни облик медијације би се сводио на посредовани контакт између преступника и оштећеног, на сигурном месту, уз добровољно учешће обе стране и уз помоћ посебно обученог посредника. Следећи метод типичан за ресторативну правду јесте породична или локална конференција, која се такође заснива на контакту оштећеног и посредника, али сада и уз учешће чланова породице, пријатеља и других лица блиских како оштећеном, тако и преступнику.⁸ Породична конференција потиче из древних традиција Маора са Новог Зеланда.⁹ Трећи облик посредовања јесу кругови помирења, то јест кругови за кажњавање или ресторативни кругови, који се базирају на креирању сигурног простора у коме се кроз разговор, без заузимања противничких страна, долази до компромисних решења.¹⁰ Јасно је да све поменуте методе и те како могу допринети поштовању људских права како преступника, тако и оштећених.

Неретко се истиче да би ресторативну правду пре свега требало применити у домену реаговања на малолетнички криминалитет. Наиме, шира јавност нерадо прихвата ресторативну правду као одговор на криминалитет пунолетних лица, сматрајући је, услед површног познавања проблематике, за превише благу и несразмерну тежини кривичног дела,¹¹ па је одговарајуће подручје за пилот пројекте и подробније упознавање са практичним импликацијама ресторативне правде управо домен малолетничког

⁶ *Encyclopedia of Human Rights*, према: С. Гајин, *Људска права-Правно-системски оквир*, Београд, Досије, 2011, 15.

⁷ J. Willemsens, *Restorative Justice: An Agenda for Europe*, European Forum for Restorative Justice, Leuven, 2008,8

⁸ J. Tsui, "Breaking free of the prison paradigm: Integrating restorative justice techniques into Chigao's juvenile justice system", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 3/2014, 639.

⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations, New York, 2006, 20.

¹⁰ J. Tsui, op. cit, 640.

¹¹ J. Roberts, M. Hough, *Understanding public attitudes to criminal justice*, McGraw Hill Education, New York, 2005, 130.

криминалитета. Са друге стране, познато је да је у случају малолетника криминално понашање често само пролазна фаза у сазревању,¹² као и то да прекомерна реакција може оставити нежељене последице на развој и будућност. Наведено условљава окретање ка ресторативној правди као моделу у коме се улога државе у реаговању на криминалитет малолетних своди на улогу "непристрасног трећег" и у коме се даје првенство вансудском решавању кривичних ствари.¹³

Не треба губити из вида ни аргументоване критике на рачун ресторативне правде. Тако постоји донекле оправдана бојазан да концепт ресторативне правде заправо претендује да додатно оптерети грађане, а растерети државу и правосудни систем. Наиме, све више се очекује од грађана да на себе преузимају мере реаговања на криминално понашање, да се организују, те да пружају подршку оштећенима и преступницима. Такође, може доћи до претераног ширења механизма реаговања, ако се има у виду да се ресторативна правда користи превасходно код багателних облика криминалитета. То понекад може резултирати реаговањем и на оне облике понашања који би се пре могли окарактерисати као анти-социјално понашање, него кршење законских норми. Овиме се посебно малолетници могу довести у дискриминисани положај, што је већ уочено као проблем у Енглеској и Велсу и Ирској.¹⁴ Поред тога, не треба сметнути с ума да пребацивање реакције на неформални терен може негативно да се одрази и на поштовање права окривљених, па и оштећених, јер више не постоје јасне процедуре, нити гаранције које у стандардном кривичном поступку и те како штите од самовоље надлежних.¹⁵ Парадоксално, да би систем својеврсне неформалне, или макар неформалније, реакције, могао да функционише, држава прво треба да располаже јаким системом формалног реаговања, те да гарантује поштовање људских права и свих оних вредности које једну државу чине правном државом. Тек после тога се одређене кривичне ствари могу препустити јасно конципираним механизмима неретрибутивне правде, без бојазни да ће то и окривљене и оштећене изложити додатним ризицима.

¹² Т. Moffitt, "Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: A developmental taxonomy", *Psychological Review*, 100/1993, 674–701.

¹³ С. Ћопић, "Модели друштвеног реаговања на малолетничку делинквенцију у савременим друштвима", У: В. Николић-Ристановић, Љ. Стевковић (ур), *Малолетничка делинквенција у свету и Србији-трендови и друштвени одговори*, Београд, Прометеј, 2014, 185.

¹⁴ С. Hamilton, М. Seymour, "ASBOs and Behaviour Orders: Institutionalised Intolerance of Youth?", *Youth Studies Ireland*, 1/2006, 61,2.

¹⁵ О критичком прступи види више у: D. Greene, "Repeat performance: Is restorative justice another good reform gone bad?", *Contemporary Justice Review*, 3. 201, 366-387.

Ресторативна правда у међународним документима

Може се рећи да су се међународне организације здушно прихватиле посла како би популарисале ресторативну правду и њене методе. У томе предњаче Уједињене нације, Савет Европе и Европска унија.

Документи Уједињених нација (скраћено: УН) могу имати обавезујући или необавезујући карактер, али је њихов утицај несумњиво значајан с обзиром да државе, руководећи ће ауторитетом ове организације и емпиријском заснованошћу њених препорука, свакако настоје да следе усмерења УН. Међу документима УН посебно се истичу Стандардна минимална правила за мере алтернативне институционалном третману (Токијска правила, 1990). У основним циљевима пропагира се што веће учешће локалне заједнице у примени кривичног законодавства, као и развијање смисла за одговорност према заједници (правило број 1.2). Треба размотрити могућност решавања проблема преступника на локалном нивоу, мимо судског поступка, а уз коришћење правне заштите и у складу са законом (правило број 2.5). УН су усвојиле и Резолуцију о развоју и примени медијације и ресторативних мера у кривичним стварима (28. јул, 1999), којом се државама сугерише да подстичу медијацију као средство решавања лакших кривичних ствари и да шире знања о ресторативној правди међу делатницима у сектору правосуђа и социјалне заштите, али и у широј јавности. Потом је усвојена и Резолуција о основним принципима за примену ресторативних програма у кривичним стварима (24. јул, 2002). Резолуција препоручује државама да развијају ресторативне програме руководећи се принципом добровољног учешћа заинтересованих, да утврђују стандарде по којима ће се ресторативни програми развијати и да осмисле стратегије за будућу примену ресторативне правде.

Савет Европе је донео већи број докумената које се непосредно тичу ресторативне правде, па ћемо споменути тек неке од њих. Тако је још 1985. године усвојена Препорука о положају жртве у систему који творе материјално и процесно кривично право, број Р (85) 11, која омогућава увођење медијације између оштећеног и учиниоца кривичног дела. Између осталог, истакнуто је да треба побољшати положај оштећених и олакшати поступак за надокнаду штете. Препорука о помоћи жртвама, број Р (06) 8, предвиђа да ће се одговарајуће државне институције постарати да сугеришу и омогуће заинтересованима примену медијације кад год је то примерено. Треба утврдити стандарде сходно којима ће се медијација спроводити и умањити сваки ризик који би по том основу претио жртви. Препорука о медијацији у кривичним стварима, број Р (99) 19, садржи низ упутстава за спровођење медијације, а сачињена је од стране већег броја експерата из области науке и струке. Препорука сугерише да медијација треба да се заснива на начелима: добровољног учешћа, што имплицира да странке могу

повући једном дати пристанак у сваком моменту; поверљивости, јер се чињенице до којих се дође путем медијације не могу користити у другим поступцима до којих ће евентуално накнадно доћи; доступности и одговарајућег нивоа независности лица која посредују у медијацији.

На нивоу Европске уније такође се издваја одређени број докумената о сузбијању криминалитета, па тако и о ресторативној правди. Посебно занимљиво јесте Мишљење Економско-социјалног комитета о превенцији малолетничке делинквенције: О начинима супротстављања малолетничкој делинквенцији и улози система малолетничког правосуђа у ЕУ (15. март 2006). У мишљењу се говори о изузетном значају ресторативне правде као модела који погодује умањењу стигматизације и образовању малолетних преступника, уз сузбијање пунитивности.

Ресторативна правда и малолетнички криминалитет у Европи

Ресторативна правда је све заступљенија у кривичноправним системима европских држава. То се посебно односи на скандинавске земље. У случају Норвешке, још од осамдесетих година прошлог века сусрећемо се са ресторативним програмима, посебно имајући у виду да је норвешки криминолог *N. Christie* један од најзначајнијих теоретичара ресторативног концепта у савремено доба. У овој држави су у многим општинама оформљена тела за медијацију у малолетничким кривичним стварима и у кривичним стварима младих неосуђиваних преступника, а медијација се сада примењује и спрам пунолетних лица. Посредник обавештава јавног тужиоца о постигнутом договору и о евентуалном кршењу договора како би овај одлучио о даљој судбини кривичног гоњења.¹⁶ У Норвешкој и у Финској данас је ангажован велики број посебно обучених медијатора-волонтера.¹⁷

У Аустрији постоји могућност да се готово сви малолетнички случајеви решавају путем поступка медијације. Прво се медијација примењивала само у случају малолетних преступника, а сада се она односи и на одрасле, с тим што у случају малолетника у обзир долазе дела за која је прописана казна до 10 година, а код одраслих преступника дела са максималном прописаном казном до 5 година. Посредовањем се баве професионални медијатори, а у ову делатност су укључене и невладине организације.¹⁸

У Грчкој тужилац може донети одлуку да кривично гоњење малолетника није целисходно и при томе може применити диверзионе мере

¹⁶ М. Шкулић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет, Београд, 2011, 172.

¹⁷ J. Willemsens, *op.cit.*, 11.

¹⁸ D. Miers, *An International Review of Restorative Practices*, Home Office-Policing and Reducing Crime Unit, London, 2001, 7-11.

образовног и едукативног карактера. Једна од тих мера може бити и медијација између малолетника и оштећеног.¹⁹

Енглеска и Велс последњих година много улажу у развој ресторативног приступа ради превенирања и сузбијања малолетничког криминалитета. Посебно битну улогу добија полиција. Тако постоји могућност да већ од стране полиције буде примењен неки облик медијације како би се разрешио сукоб између оштећеног и малолетног преступника, дакле без отварања казненог досијеа. Инсистира се на развијању чврстих односа између локалних позорника и грађана, како би и једни и други били упућени у проблеме у заједници и ризике по безбедност.²⁰

У Северној Ирској, након измена закона из 2002. године, јавни тужилац има могућност да сваком малолетнику понуди организовање конференције ресторативног карактера. Уз учешће оштећених и других лица на конференцији се постиже договор о начинима за надокнаду штете, па ће до покретања кривичног поступка доћи само уколико се малолетник оглуши о обавезе које је добровољно прихватио. Постоји могућност да малолетник буде упућен на конференцију и од стране суда, дакле пошто је кривични поступак већ отпочео. Тада се на конференцији такође постиже компромис, а потом суд надгледа испуњавање прихваћених обавеза од стране малолетника.²¹

Ресторативна правда и малолетни учиниоци кривичних дела у Србији

У нашој земљи су мере ресторативног карактера за малолетнике пре свега оличене у васпитним налозима као мерама *sui generis*²². У духу идеја ресторативне правде, васпитни налози омогућавају да се последице кривичног дела санирају мимо кривичног поступка, путем споразумевања између оштећеног и малолетника, путем различитих саветовања, те ангажовањем малолетника у корист заједнице.

Треба напоменути да и друге малолетничке кривичне санкције у нашем систему омогућавају поправљање штете нанете кривичним делом,

¹⁹ European project 'Restorative Justice and Crime Prevention', European forum for Restorative justice, 2010, 97. Dostupno na http://www.euforumrj.org/assets/upload/Restorative_Justice_and_Crime_Prevention_Final_report.pdf

²⁰ Исто, 112.

²¹ T. Varfi, S. Parmentier, I. Aertsen, *Developing Judicial Training for Restorative Justice: Towards a European Approach*, European Forum for Restorative Justice, Leuven, 2014, 20, 21.

²² О специфичном карактеру васпитних налога: Љ. Радуловић, *Васпитни налози као посебне мере реаговања према малолетним учиниоцима кривичних дела*, Ревизија за криминологију и кривично право, 1/2008, 27-28.

што се посебно односи на посебне обавезе. Ипак, само васпитни налози омогућавају да кривични поступак не буде покренут, односно, у случају када већ јесте покренут, да потом буде и обустављен, што значи да само тада имамо скретање са тока регуларног формалног поступка. Васпитне налоге примењује јавни тужилац за малолетнике, или пак судија за малолетнике уколико је кривични поступак већ отпочео. Применом налога требало би да се утиче на правилан развој малолетника и на јачање његове личне одговорности, па он може подразумевати поравнање са оштећеним и извињење, редовно похађање школе или одлажење на посао и слично, а његово трајање је ограничено на шест месеци.

Иначе, ЗОМУКД оставља јавном тужиоцу за малолетнике значајна дискрециона овлашћења при одлучивању да ли ће покренути кривични поступак за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна (чл. 58), али је у том случају само реч о примени начела опортунитета кривичног гоњења што није пропраћено применом било каквих мера ресторативног карактера. Но, уколико је реч о условљеном опортунитету кривичног гоњења, тада се према малолетнику примењује неки од васпитних налога, а нужно је да малолетник призна кривично дело и да манифестује посебан однос према њему (чл. 5-8. ЗОМУКД). У случају обустављања већ покренутог поступка неопходна је и сагласност судије за малолетнике.

У последњих неколико година, углавном се уочава благи пораст примене васпитних налога, мада је учешће ове мере у укупним изреченим кривичним санкцијама за малолетнике у Србији и даље минимално. Тако је током 2010. године примењен 151 васпитни налог, у 2011. години 181 васпитни налог, током 2012. године је примењено нешто мање васпитних налога-укупно 126 и током 2013. године 205 васпитних налога.²³ Да бисмо ове бројке могли сагледати у широј перспективи потребно је напоменути да је укупан број кривичних пријава поднетих против малолетника износио 3747 у 2010. години, 4323 у 2011. години, 3913 у 2012. години и 3844 у 2013. години. Даље, током 2010. године према малолетницима је изречено укупно 1640 кривичних санкција, у 2011. години 2290 кривичних санкција, потом 2302 кривичних санкција у 2012. години и 2648 кривичних санкција у 2013. години. При томе се васпитни налози као мера специфичног карактера, коју

²³ Бројка је добијена сабирањем васпитних налога који су примењени пре покретања кривичног поступка према малолетницима и васпитних налога који су примењени ради обуставе кривичног поступка према малолетницима. Сви подаци потичу из годишњих билтена Републичког завода за статистику Републике Србије (Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, бр. 547, 559, 577 и 589). Доступно на: <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/>

примењују како јавни тужиоци за малолетнике, тако и суд, не урачунавају у кривичне санкције.

Евидентно је да се васпитни налози у Србији заправо користе као средство реаговања у случају веома малог броја малолетника који долазе у сукоб са законом. Уколико посматрамо бројке о кривичним пријавама и примењеним васпитним налозима долазимо до закључка да је у периоду од 2010. до 2012. године примена васпитног налога резултирала непокретањем или пак обуставом кривичног поступка у мање од 5% малолетничких предмета. Једино је у 2013. години васпитним налогом разрешено 5,33% случајева у којима је поднета кривична пријава против малолетних лица, што је и даље недовољно уколико се поређења врше са другим државама. Тако је у Немачкој током 2006. године чак 69% малолетничких предмета разрешено применом диверзионих мера²⁴. У Енглеској и Велсу је током 2005. године диверзија примењена код 47% малолетника и 69% малолетница, док се у Белгији након реформе законодавства у 2007. години диверзија, која пре свега подразумева медијацију и друштвено корисни рад, примењује у преко 70% малолетничких предмета.²⁵

У циљу реалног сагледавања прилика, не треба губити из вида да се у нашој земљи из године у годину повећава број случајева у којима кривична пријава није резултирала кривичним поступком према малолетнику. Тако у 2004. години по свега 347 кривичних пријава поступак није покренут (укупан број кривичних пријава био је 3120), док је у 2013. години одбачено 1248 кривичних пријава, од укупно 3844²⁶. Ова појава свакако изискује далеко сложенију анализу, но несумњиво је да се путем интензивнијег одбацивања кривичних пријава остварује начело минималне интервенције, али и отварају могућности за анулирање последица кривичног дела кроз примену мера ресторативног карактера.

Када је реч о врстама кривичних дела код којих је примењен васпитни налог, уочава се да се ова мера најчешће користи када се малолетници сумњиче за кривична дела из области имовинског криминалитета. Тако је у 2013. години од укупно 171²⁷ васпитног налога 100 примењено због кривичних дела против имовине (41 васпитни налог због крађе, 25 због тешке крађе и 22 због уништења и оштећења туђе ствари), док је због кривичних дела против живота и тела примењено 20 васпитних налога (16 васпитних налога због лаких телесних повреда, 3 због тешких

²⁴ J. Junger-Tas, F. Dunkel, *Reforming Juvenile Justice*, New York, Springer, 2009, 154.

²⁵ Исто, 156-7.

²⁶ Републички завод за статистику, *Билтен Малолетни учиниоци кривичних дела*, бр. 589, Београд 2014, 14.

²⁷ Овде је реч о васпитним налозима путем који је избегнуто вођење кривичног поступка, дакле не и о налозима који су примењени од стране суда.

телесних повреда и 1 због учествовања у тучи). По 13 васпитних налога је примењено због кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја и кривичних дела против јавног реда и мира. Овакве тенденције у структури криминалитета су углавном усклађене са приликама у другим европским земљама.²⁸

Структура примењених васпитних налога у Србији такође много говори о примљивости ресторативне правде у нашој земљи. Најзаступљенији васпитни налог у 2013. години био је поравнање са оштећеним, те се од 205 васпитних налога чак 163 васпитних налога свело на поравнање са оштећеним, 20 васпитних налога се односило на редовно похађање школе или редовно одлажење на посао, потом 17 васпитних налога путем којих је остварено укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја, те 4 васпитна налога ради подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога и свега 3 васпитна налога у циљу укључивања у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.

Поравнање са оштећеним подразумева накнаду штете, извињење, или да се радом или на неки други начин отклоне, у целини или делимично, штетне последице дела. Пракса указује да се при поравнању пре свега примењује извињење или евентуално накнада штете. Јасно је да под овим околностима поравнање заправо не подразумева додатне мере којима би се подстакла ресоцијализација малолетника и поправљање нарушених односа, посебно уколико извињење није пропраћено разговорима и медијацијом већ се своди на вербално извињавање.²⁹

Поставља се питање који су разлози условили недовољно примењивање васпитних налога у нашој земљи, али и овакву структуру примењених васпитних налога. Мада, пре одговора на ова питања, није на одмет ни напоменути да слаба примена васпитних налога сама по себи ипак не мора представљати негативну појаву. Наиме, ни у оним земљама у којима се ресторативно и диверзионо реаговање интензивније примењује не постоји усаглашеност о томе да ли су укупни ефекти оваквих мера заиста повољни. Тако је једна студија проучавала ефекте 73 програма који су примењивани преваходно у САД, али и у Канади, Аустралији и другим земљама. Студијом је утврђено да је стопа рецидивизма начелно била нижа након примењивања диверзионих програма, те да је износила око 30%, док је након

²⁸ За статистичке податке о криминалитету у Европи погледати: <http://www.heuni.fi/en/index/publications/heunireports/europeansourcebook.html>

²⁹ Н. Сатарих, Д. Обрадовић, *Анализа пракси примене васпитних налога и посебних обавеза у Србији*, Амиту, Београд 2011, 50.

других видова реаговања рецидивизам достигао 40%³⁰. Са друге стране, код оних делинквената код којих је ризик од будућег криминалног понашања оцењен као низак, боље ефекте је имало просто одустајање од кривичног гоњења, уместо касније обуставе кривичног гоњења уз примену неке од расположивих мера.³¹ Стога се у литератури истиче да је изузетно битно да се адекватно процене потребе малолетника, као и ризик од будућег криминалног понашања, те да се сходно проценама интензивнији програми користе само код малолетника код којих је тај ризик израженији.³² Треба утврдити да ли су малолетникови проблеми психолошке или емотивне природе, да ли постоји дисфункција у породичним односима или се родитељи не сналазе у својој улози, или пак малолетник има потешкоћа у образовању и зближавању са вршњацима.³³

У Србији још није било комплекснијих истраживања о примени васпитних налога, али ни о ефектима шире примене начела опортунитета према малолетним учиниоцима кривичних дела. Томе се можда и не треба чудити с обзиром да се васпитни налози примењују нешто мање од једне деценије, али и с обзиром на то да ни данас не постоје одговарајући подзаконски акти који би уредили бројна отворена питања у вези са имплементацијом васпитних налога. У пракси су се ипак искристалисали ставови о кључним проблемима који условљавају слабу примену васпитних налога. Осим поменуте непотпуне регулативе, ту је и проблем поделе надлежности. Тако обично центри за социјални рад замерају да је улога органа старатељства у кривичном поступку нејасно одређена. Са једне стране уочавају да се њихова стручна знања недовољно користе при доношењу одлуке о васпитном налогу, а са друге и да судови неретко нејасно одређују на који начин ће центри за социјални рад имплементирати васпитне налоге у пракси.³⁴ О томе да на релацији система социјалне заштите и правосуђа заиста постоје проблеми у комуникацији сведоче и непрецизности у евидентирању васпитних налога. Тако из евиденција Републичког завода за социјалну заштиту произлази да се примењује значајно већи број васпитних налога но по евиденцијама Републичког завода за статистику, при чему се ова друга установа руководи подацима које добија од судова и тужилаштва.³⁵ Јасно је да оваква ситуација не може погодвати

³⁰ Н. Wilson, R. Hoge, *The Effect of Youth Diversion Programs on Recidivism, A Meta-analytic Review*, Criminal Justice and Behavior, 40/5, 2013. 498.

³¹ Исто, 508.

³² Исто, 500.

³³ Исто.

³⁴ Н. Сатарић, Д. Обрадовић, *op. cit.*, 56-57.

³⁵ Републички завод за социјалну заштиту, *Деца у систему социјалне заштите 2013*, Београд, 36.

објективном евалуирању постигнутих резултата, нити осмишљавању будућег стратешког приступа који би се базирао на отклањању уочених проблема.

Налазимо да на слабу примену васпитних налога утиче и то што се чини да се при увођењу ових мера заправо није размишљало о томе где ће се оне примењивати и шта се конкретно њима жели постићи. Општи утисак је да се желело нормативно усаглашавање са Конвенцијом УН о правима детета, Токијским правилима и другим међународним документима. Међутим, усаглашавање је и остало само на нормативном нивоу, јер се мало шта од постојећих услова изменило. Зато се сусрећемо са ситуацијом у којој судови и јавни тужиоци примењују оне васпитне налоге које је могуће применити, а не оне васпитне налоге које би било примерено применити с обзиром на индивидуалне потребе малолетника.³⁶

Такође, проблем може представљати и неадекватна сарадња између различитих државних институција које творе систем малолетничког правосуђа. Ни у једном моменту не треба губити из вида да су све институције овде на заједничком задатку. У литератури се истиче да стручњаци различитих профила, с обзиром на своје образовање и лични сензибилитет, могу битно другачије гледати на кључна питања из области малолетничког правосуђа. Тако није нелогично да судије и тужиоци примат дају начелу законитости, генералној превенцији и сразмерности тежине кривичног дела и санкције, док запослени у систему социјалне заштите могу бољу сагледавати индивидуалне потребе малолетника и ризичне факторе који могу утицати на целокупну перспективу малолетника. Зато је важно да се ова два подједанко битна аспекта јединствено сагледају, што је могуће само кроз дијалог и што интензивнију сарадњу.³⁷

Потребно је да се напредак и развој малолетника прате и након примене васпитног налога. Само тако би се омогућило суштинско процењивање постигнутих ефеката, те би се могли отклонити евентуално уочени недостаци и увести потребне иновације. И иначе је постпенална подршка за малолетне преступнике посебно критична тачка у нашем систему. Без накнадног праћења малолетника не може се систематски пратити рецидивизам, нити се може сазнати било шта о проблемима са којима се малолетници сусрећу у даљем сазревању и образовању. По нешто се може сазнати о оним малолетницима који поново дођу у сукоб са законом, уколико следеће кривично дело не учини у зрелијим годинама када више ни нема обавезног контакта са системом социјалне заштите.

³⁶ С. Соковић, *Критеријуми избора васпитне мере за малолетне преступнике*, Ревизија за криминологију и кривично право, 2/3, 2011, 127.

³⁷ Вид. Н. Сатарић, Д. Обрадовић, *op. cit.*, 27-8.

На крају, треба имати у виду да раније споменути међународни документи пледирају за примену оних мера које ће омогућити реинтеграцију преступника и у локалној средини у којој је и иначе средиште његових животних активности и интересовања. Систем васпитних налога онако како је устројен у нашој земљи заправо не предвиђа неке конкретније мере које би помогле да малолетник буде боље прихваћен у свом суседству, нити да се у тој средини изгради систем подршке за њега. Другим речима, ми и даље немамо механизме који би омогућили активније укључивање грађана у имплементацију васпитних налога. Примена васпитних налога није осмишљена тако да малолетник чини нешто позитивно за своју локалну заједницу, па да се тиме истовремено мења и начин на који малолетника доживљавају људи из најближег окружења.

Закључак

Како су деценије за нама показале да заштитнички модел и правосудни модел у својим чистим облицима не могу бити адекватан одговор на криминалитет малолетника, ресторативни модел добија прилику да се истакне са својим преимућствима. Наиме, инсистирање на заштити малолетника и примени индивидуализованих мера, уз стављање интереса оштећеног у други или трећи план, што је својствено *welfare* моделу, не даје жељене резултате. Заштитнички модел не одговара начелу пропорционалности тежине деликта и кривичне санкције, а не гарантује ни задовољавајући ниво поштовања људских права како малолетника, тако ни оштећеног. Правосудни модел, пак, инсистира на правном формализму и процесним гаранцијама, али донекле занемарује специфичне развојне потребе малолетника. Зато се чини да би ресторативна правда могла бити прави одговор, с обзиром да она узима у обзир и потребу да малолетник сноси личну и моралну одговорност и то не само према оштећеном, већ и према заједници, али при томе оставља могућност за примену неформалнијег начина реаговања који би боље одговарао малолетниковим потребама и узрасту.

У Србији је процес имплементирања једног релативно новог концепта као што је ресторативна правда отпочео, могло би се рећи, на недовољно промишљен начин и без нужних припрема. Уведени су васпитни налози, али је на ширем плану учињено мало како би се њихов смисао приближио не само широј, већ и стручној јавности, што је могло допринети утиску да је у питању још једна помодна новотарија која не приличи нашој традицији. Зато се чини да су се у нашим приликама васпитни налози свели на још један модалитет за избегавање кривичног поступка према малолетнику који у пракси готово да и нема везе са ресторативном правдом. Томе је допринело и то што су пребрзо уведене бројне врсте васпитних налога за чију реализацију

заправо не постоје сви потребни предуслови на терену, као, примера ради, разни облици друштвено корисног рада од стране малолетника. Налазимо да је овакво стање на самом почетку допринело неповерењу у целокупан концепт. Овај проблем је можда могао бити избегнут благовременим консултовањем практичара који су били упућени у то који васпитни налози и у којој мери реално могу бити имплементирани. Потом се могло кренути у изградњу једног новог мешовитог модела са солиднијих темеља и са скромнијим амбицијама. Ипак, каква и колика год била, и до сада прикупљена искуства могу бити искоришћена при будућем реформисању малолетничког кривичног права, приликом кога би требало преиспитати наше ставове и могућности у погледу увођења ресторативних мера.

Marija Miljković, LLM

Assistant

Milica Kovačević, LL.D

Assistant

PROTECTION AND PROMOTION OF HUMAN RIGHTS AND THE CONCEPT OF RESTORATIVE JUSTICE

Summary

Over the last few decades restorative justice has gained a prominent role in juvenile justice systems across the world. This concept could contribute to the improvement of the respect for human rights not only of juvenile offenders, but also of their victims. Despite intense interest, especially of the scientific community, this model has still not been sufficiently implemented in Serbia. Therefore, this paper is devoted to summarizing the key features of restorative justice, with accent on the key points of the most important of many international documents pertaining to this issue. Also, the paper gives an insight into the ways in which restorative justice has been applied in Serbia, with reference to the reasons which do not allow for the mediation between the victim and juvenile offender and other essential restorative measures to be adequately implemented. The aim of this paper is to point out that the introduction of restorative justice in the Republic of Serbia is not possible without taking a specific stand towards the ideas and methods of restorative justice, and also without allocating the necessary resources.

Мирјана Ђукић

**Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица**

УСКЛАЂЕНОСТ НАЦИОНАЛНИХ СА МЕЂУНАРОДНИМ СТАНДАРДИМА У ДОМЕНУ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ СА ОСВРТОМ НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ (КРИВИЧНОПРАВНИ АСПЕКТ)

Анстракт:

Стандарде права на правично суђење је поставила међународна заједница са циљем да се најпре дефинишу, а потом заштите права лица која у свим фазама кривичног поступка могу бити угрожена. У том контексту, централно место заузима Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, која заправо представља покушај да се системски заштите људска права, што је у односу на друге регионалне иницијативе дало запажен успех у пракси.

Дужина трајања поступка системски је проблем у великом броју земаља чланица Савета Европе, укључујући и нашу. Од велике је важности да осим непристрасног, независног и стручног правосуђа, правда буде задовољена у разумним роковима. Стога је потребно на националном нивоу успоставити адекватан систем како би се тај заостатак у односу на стандарде ЕУ постепено смањивао. Национална стратегија за реформу правосуђа основни је стратешки оквир за остваривање ових циљева.

Кључне речи: *право на правично суђење, право на суђење у разумном року, међународни стандарди, национални стандарди.*

УВОД

Један од сегмената људских права и слобода као изузетно широког подручја правне заштите, јесте комплекс „права човека“, уско везан за кривичнопроцесну проблематику. У његовим се оквирима као посебна категорија издваја „право на правично суђење“.

Аристотел везује правичност за поштовање закона, одсуство пристрасности и личне заинтересованости. Овакво је поимање још увек присутно, а његови темељи забележени у „Никомаховој етици“: „Праведно и правично су једно исто, па иако је обоје добро, ипак је правично боље. Тешкоћа је у томе што правично, свеједнако бивајући праведно, није и праведно према закону, већ је поправка законски праведнога. Када закон

говори уопштено, а јави се случај који је изузетак од општег правила, онда је исправно тамо где је законодавац пропустио да нешто предвиди или погрешно уопштавајући, да се његов пропуст исправи, додајући и оно што би и сам рекао када би био присутан, и што би унео у закон да је могао да предвиди такав случај. То је бит правичног, да исправља закон тамо где је он због своје уопштености непотпун.

Један од примера који говори о томе шта се догађа када је прекршено јемство правичног судског поступка:

Појединац седи у судници незнајући зашто се ту налази. Још је више збуњен када судија почне да чита оптужницу. Дело за које се терети никада раније није сматрано противзаконитим, а притом није ни у важећим прописима утврђено као кривично дело. Оптужени се осећа немоћно, нико му не одговара на питања, а адвокат му није доступан. Када се започне са испитивањем сведока, схвати да неки од њих говоре њему неразумљивим језиком, а нема преводиоца. Из излагања судије током даљег суђења долази до сазнања да је то заправо друга расправа, док је прва одржана у његовом одсуству. Постаје му све јасније да су сви уверени у његову кривицу при чему је једино кључно питање каква ће му казна бити изречена.

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У МЕЂУНАРОДНИМ ДОКУМЕНТИМА

Право на правично суђење сублимира већи број конкретних права и процесних гаранција. Несумњиво је да би се у односу на окривљеног као субјекту који је изложен највећем ризику, требало вредновати поштовање људских права, односно права на правично суђење. Прокламована и ефективна права окривљеног (осумњиченог, оптуженог, зависно од стадијума кривичног поступка у којем је дошло до повреде права), као и критеријуми за њихово ограничење или искључење, чиниоци су од којих у основи зависи правичност кривичног поступка.

Бојазан да ће доћи до кршења људских права постоји у току читавог кривичног поступка, од момента када лице добије својство осумњиченог, све до изрицања било које санкције. У том је светлу међународна заједница поставила стандарде правичног суђења са циљем да се првенствено дефинишу, а потом заштите права лица која у свим фазама поступка могу бити угрожена. Прокламација права на правично суђење своје темеље налази у бројним међународним документима:

1) **Универзалној декларацији о људским правима**, која у члану 10. предвиђа да: “Свако има потпуно једнако право на правично суђење пред

независним и непристрасним судом који ће одлучити о његовим правима и обавезама и о основаности сваке кривичне оптужбе против њега.”¹;

2) **Међународном пакту о грађанским и политичким правима**, који у члану 14. предвиђа да: “Свако има право да његова ствар буде правично и јавно саслушана од стране надлежног, назависног и непристрасног суда, установљеног законом, који ће одлучивати било о основаности ма какве оптужбе кривичноправне природе уперене против њега, било у споровима о његовим правима и обавезама грађанске природе. Штампа и јавност могу се искључити у току целог или једног дела суђења било у интересу морала, јавног поретка или националне безбедности у демократском друштву, било када интереси приватног живота страна у спору то захтевају, или пак ако суд то сматра апсолутно неопходним, када би због посебних околности случаја јавност шкодила интересима правде. Свака пресуда у кривичним или грађанским стварима биће јавна, сем ако интерес малолетника захтева да буде другачије, или ако се поступак тиче брачних спорова или старатељства деце.”²;

3) **Конвенцији против мучења и других свирепих, нечовечних или понижавајућих казни или поступака (САТ)**. Државе уговорнице САТ-а су се обавезале да ће забранити тортуру у оквиру својих јурисдикција, те да ће је следствено томе предвидети као кривично дело, испитати све пријаве тортуре, пред суд извести све особе које су за тортуру осумњичене и омогућити им правичан третман током поступка. У том контексту, неће прихватити доказе добијене тортуром, при чему ће жртвама омогућити обештећење.³;

4) **Конвенцији о правима детета**, која садржи гаранције правичног суђења за децу која су оптужена да су учинила кривично дело.⁴;

5) **Конвенцији о елиминисању свих облика дискриминације жена**, која између осталог женама пружа гаранције правичног суђења, како у

¹ Универзална декларација о људским правима, усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III) од 10. децембра 1948. године.

² Међународни пакт о грађанским и политичким правима, усвојен и отворен за потписивање и ратификовање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. Године. Ступио на снагу 23. марта 1976. године.

³ Конвенција против мучења и других свирепих, нечовечних или понижавајућих казни или поступака, усвојена и отворена за потпис, ратификацију и приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација број 39/46 од 10. децембра 1984. године. Ступила на снагу 26. јуна 1987. у складу са чланом 27 (I). Објављена у Службеном листу (Међународни уговори) 9/1991.

⁴ Конвенција о правима детета, усвојена и отворена за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 44/25 од 20. новембра 1989. Ступила на снагу 2. септембра 1990. Службени лист СФРЈ (Међународни уговори) 15/1990.

грађанском, тако и у кривичним поступцима. У оквиру права на једнакост пред судовима, процесна позиција субјекта не сме зависити од пола (у неким земљама сведочење жена има мању доказну вредност у односу на сведочење мушкараца).⁵;

6) Међународној конвенцији о укидању свих облика расне дискриминације.⁶

Свакако најзначајнији међународни документ на који се у сфери заштите права на правично суђење позива Европски суд за људска права, као и национални уставни судови, јесте Конвенција за заштиту људских права и основних слобода. У члану 6. предвиђен је читав низ појединачних права којима се обезбеђује исправност поступка, почевши од стадијума у којем лице има својство осумњиченог, све до изрицања и извршења пресуде:⁷

1) Свако лице приликом одлучивања о кривичној оптужби против њега има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом образованим на основу закона;

2) Прецизирана су минимална права која оптужени има у поступку суђења: да у најкраћем могућем року, на језику који разуме буде обавештен о разлозима за оптужбу против њега; да има довољно времена и могућности за припремање одбране; да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере, а ако нема довољно средстава да му се обезбеди бесплатна правна помоћ; да добије бесплатну помоћ преводиоца ако не разуме или не говори језик који се на суду употребљава; да испитује сведоке оптужбе и да се обезбеди присуство и испитивање сведока одбране, при чему се не сме присиљавати на сведочење против себе или на признавање кривице.

Због начина формулације одредбе којом се штити правичност поступка може се рећи да поље примене члана 6 познаје грађанскоправни и кривичноправни аспект.

У дугорочној еволуцији међународног права, Конвенција представља покушај да се системски заштите основна људска права, који је у односу на друге регионалне иницијативе постигао запажен успех у пракси. Темелј целог система заштите представља право на појединачну представку, коју ЕСЉП проглашава прихватљивом само ако су већ исцрпљени сви

⁵ Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, усвојена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 34/180 од 18. децембра 1979. Ступила на снагу 3. септембра 1981. Службени лист СФРЈ 11/1981.

⁶ Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације, усвојена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2106А (XX) од 21. децембра 1965. Ступила на снагу 4. јануара 1969. Службени лист (Међународни уговори) број 6/1971.

⁷ Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 6. Ступила на снагу 3. септембра 1953.г. оригинални текст је промењен у складу са Протоколом бр. 3, Протоколом бр. 5 и Протоколом бр. 8.

унутрашњи правни лекови,⁸ међу којима је последња инстанца уставна жалба. У односу на домаће судове ЕСЈП не представља вишу инстанцу. Наиме, његове су одлуке корективне природе, у ком смислу не може да преиначује, поништава или укида одлуке домаћих судова, већ само утврђује да ли је у конкретном случају прекршено неко право подносиоца представке, те ако јесте, одлучује на који ће начин оштећени добити одговарајућу накнаду за штету која му је на тај начин нанета.

Европска комисија је новембра 2013. г. представила пакет препорука за даље јачање процедуралних гаранција за грађане у кривичном поступку, чија је сврха да се гарантује право на правично суђење свим лицима где год да су у Европској унији:

1) **Директива о јачању претпоставке невиности и праву на присуство суђењу у кривичном поступку**, гарантује поштовање претпоставке невиности свих грађана осумњичених или окривљених од стране полицијских или правосудних органа⁹;

2) **Директива о посебним гаранцијама за децу** осумњичену или окривљену да су починила кривично дело. Деци, која су због својих година рањива, гарантује обавезан приступ адвокату у свим фазама поступка, притом указујући да се овог права не могу одрећи, јер би постојао висок ризик да неће разумети последице својих поступака; пружа гаранције да неће бити испитивана на јавним саслушањима; да имају право на здравствене прегледе; да ће ако су лишена слободе бити одвојена од осталих затвореника;¹⁰

3) **Директива о праву на привремену правну помоћ**. Осумњиченима или окривљенима, као и онима који подлежу европском налогу за хапшење, гарантује приступ правној помоћи у раној фази поступка, имајући у виду да су тада најрањивији посебно ако су лишени слободе¹¹;

4) **Директива о праву на тумачење и превођење у кривичним поступцима**. Пружа гаранције грађанима да буду испитани, учествују у

⁸ Протокол бр. 11 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, којим се реконструише њом установљени надзорни механизам (Стразбур, 11. мај 1994. г.), ступио на снагу 1. новембра 1998. г., члан 35. (Услови прихватљивости)

⁹ DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF COUNCIL on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings/*COM/2013/0821 final-2013/0407 (COD)*./

¹⁰ DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF COUNCIL on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings/*COM/2013/0822 final-2013/0408 (COD)*./

¹¹ DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF COUNCIL on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings/*COM/2013/0824 final-2013/0409 (COD)*./

саслушањима и примају правне савете на свом језику, током било ког дела кривичног поступка у свим судовима у ЕУ;¹²

5) Директива о праву на информисање у кривичним поступцима¹³.

НЕКА МЕРИЛА УТВРЂЕНА КРОЗ ПРАКСУ ЕВРОПСКОГ СУДА У ПОГЛЕДУ РАЗУМНОГ ТРАЈАЊА ПОСТУПКА

Када је о разумном року реч, треба имати у виду разлике које постоје између кривичног и грађанског поступка. Наиме, почетак грађанске парнице представља тренутак достављања тужбе туженоме. У кривичном поступку ситуација може бити компликованија.

ЕСЈП је у пракси утврдио да рок за процену дужине трајања кривичног поступка почиње да тече од момента¹⁴:

- Лишења слободе (у случају *Wemhoff v. Germany*, оптужница је подигнута две ипо године након што је подносилац представке притворен, те је Суд утврдио да од момента лишења слободе почиње да тече рок за процену дужине трајања поступка);

- Доношења решења о спровођењу истраге (*Nankov protiv Makedonije*);

- Подношења захтева за спровођење истраге (*Ringeisen v. Austria*);

- Подизања оптужнице (*Neumeister v. Austria*, оптужени је пред истражним судијом дао исказ у јануару 1960. године, а оптужница је ступила на снагу марта 1964. године. Обзиром да је оптужница подигнута у фебруару 1961. године, Суд је узео тај датум као релевантан за почетак рачунања рока разумног поступања).¹⁵

- Достављања позива оптуженом за суђење (*Mamič protiv Slovenije*);

- Претреса канцеларије и куће осумњиченог (у случају фалсификата и преваре Суд је као релевантан датум узео моменат када је извршен претрес канцеларије окривљеног).¹⁶

¹² DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF COUNCIL on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, of 20 October 2010.

¹³ Directive of the right to information in criminal proceedings proposed by the European Commission in July 2010, voted by the European Parliament on 13 December 2011 (IP/11/1534).

¹⁴ Анализа судских рокова у државама чланицама Савета Европе на основу судске праксе Европског суда за људска права, 2. издање, Françoise Calvez, Strazbur, 2012., стр. 28-32.

¹⁵ *Neumeister v. Austria*, no. 1936/63, 27. август 1968. године.

¹⁶ *Strategies and Communications and Dumoulin v. Belgium*, no. 37370/97, пресуда од 15. јула 2002. године, став 42.

Различити су ставови изграђени и у погледу окончања периода за испитивање разумности трајања кривичног поступка¹⁷:

- Када је пресуда Врховног или другог суда којом се коначно утврђује основаност кривичне оптужбе изречена (*Nankov v. Makedonia*);

- Када је донета одлука о одбијању оптужнице, односно обустављању кривичног гоњења, а кривични суд достави одлуку о надокнади трошкова (*Mamič v. Slovenia*);

- Када је пресуда Уставног суда достављена подносиоцу (а поступак пред овим судом је могао да утиче на утврђивање кривичне оптужбе од стране нижег суда, *Šubinski v. Slovenia*).

Иначе се у кривичним поступцима релевантни период окончава даном доношења коначне одлуке о оптужби, при чему је оптужени о томе званично обавештен, односно даном када је поступак окончан пред највишом судском инстанцом, тј. када је одлука постала правноснажна. Притом се и време потребно за израду одлуке којом наступа правноснажност има у виду приликом процене разумности дужине трајања поступка. У основи се завршетак рока везује за моменат када је окончана неизвесност у погледу правног положаја подносиоца представке.

У погледу самог трајања поступка, разумна мера се цени у светлу специфичних околности сваког појединачног предмета, при чему је кроз вишегодишњу праксу Суд оријентационо утврдио одређена мерила која се тичу сложености предмета, поступања надлежних органа, понашања подносиоца представке. У контексту сложености правних и чињеничних питања има се у виду обимност доказног материјала, сложеност вештачења, број странака у поступку, смрт једне од странака. За очекивати је да више времена изискују поступци поводом кривичних дела против живота и тела, поготову када је предмет поступка кривично дело убиства или неки његов квалификовани облик, који на неки начин оправдава дужину трајања поступка.¹⁸ У предмету који се односио на тешко убиство, период од шест година и три месеца није оцењен као неразуман период трајања истраге, јер је у поступку обављено сложено балистичко вештачење, при чему није било сведока.¹⁹ У једном кривичном предмету у тренутку када је о њему расправљао Европски суд за људска права, поступак је трајао шеснаест година и десет месеци. Имајући у виду обимност предмета и бројност предузетих радњи, Суд је оценио да је поступак у овом предмету био веома сложен (26 додатних оптужби, 23 извештаја вештака, 49 међународних

¹⁷ Исто., стр. 32-36.

¹⁸ Исто., стр. 18-19.

¹⁹ *Boddaert v. Belgium*, no. 12919/87, пресуда од 12. октобра 1992.

захтева за правну помоћ у десет земаља, 250.409 страна списа у предмету, 647 саслушања, 140 претресних расправа).²⁰

Свакако да се од странке у поступку очекује да се уздржи од тактике одлагања, ажурност у предузимању процесних радњи, те се као неодговорни поступци подносиоца представке третирају неприсуствовање рочиштима, често и неоправдано захтевање одлагања рочишта, често изношење нових чињеница које треба проверити, а увек се покажу као нетачне, честа промена пуномоћника, недостављање суду тачне адресе итд.²¹

Понављање укидања пресуда и враћање предмета на поновно суђење у току истог кривичног поступка указује на озбиљан недостатак судског система, а последица је углавном грешака нижих судова. Суд налази повреду права након другог укидања. Наиме, након укидања се очекује ажурно суђење, поготову ако је поступак пре тога већ дуго трајао.

Губитак предмета након више од две године, кашњење у заказивању рочишта, кашњење у изради налаза вештака, промена већег броја судија у истом предмету у првом степену, неоправдано дуго проверавање здравља странке од стране суда уместо да пресуди на основу расположивих доказа, неки су од поступака који могу допринети кршењу права на поступање у разумном року.²²

Посебна ажурност се захтева у предметима у којима је окривљени у притвору. *Lex specialis* у односу на члан 6, члан 5. став 3, предвиђа да свако ко је ухапшен или лишен слободе треба без одлагања бити изведен пред судију, те ће следствено томе имати права да му се суди у разумном року, или ће уколико су услови испуњени бити пуштен на слободу до суђења²³. У највећем броју случајева ЕСЉП је налазио повреду члана 5 ст. 3 Конвенције у погледу трајања притвора преко пет година. Разлози за одређивање притвора (основана сумња, тежина дела, висина запрећене казне) временом, када се притвор унедоглед продужава, бледе, те не могу бити једини аргумент за његово дугогодишње трајање. Тако је у предмету *Грујовић против Србије*²⁴ ЕСЉП утврдио повреду члана 5. ст 3 и члана 6. ст 1 Конвенције. Након што је против подносиоца у Аустрији покренуто више кривичних поступака уследило је његово изручење Србији где му је 6. јула 2007. године одређен притвор због сумње да је починио тешко убиство, неовлашћено коришћење туђег возила и фалсификовање. Истражни судија се позвао на више основа за његов притвор, нарочито на опасност од бекства и ометање поступка. Касније је његов притвор редовно преиспитиван и

²⁰ *De Clerck v. Belgium*, 34316/02, пресуда од 24. септембра 2007. године, став 56.

²¹ Исто., стр. 19-21.

²² Исто., стр. 38.

²³ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 5., став 3.

²⁴ Преузето са: pescanik.net/sve-presude-latinicom-sa-sajta-zastupnika-rs/.

продужаван свака два месеца. Априла 2014. подносилац је осуђен за саучесништво у тешком убиству, неовлашћену употребу туђег возила и фалсификовање на казну затвора у трајању од 20 година. Пресуда је по жалби укинута у октобру 2014. и предмет враћен на поновно суђење. Апелациони суд је истовремено наложио продужење притвора. Укупно време које је подносилац провео у притвору износи 7 година и пет месеци. Имајући у виду да кривични поступак није био експедитиван (заказана 42 претреса од којих је 19 одложено из процесних разлога те се не могу приписати подносиоцу, суђење је морало да започне шест пута због промене састава већа), Суд није сматрао потребним да испитује да ли су домаће власти могле да размотре алтернативне мере за обезбеђење присуства оптуженог, те је закључио да притвор у трајању преко седам година премашује разумно време. У наведеном предмету кривични поступак је трајао у два степена више од осам година, те је Суд утврдио и повреду члана 6. став 1 Конвенције уз образложење да предмет није био посебно комплексан, ни правно, ни чињенично, да би се тиме могла оправдати дужина поступка.

ЗАШТИТА ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

У члану 32. Устава Републике Србије предвиђено је да: „Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. Свакоме се јемчи право на бесплатног преводиоца, ако не говори или не разуме језик који је у службеној употреби у суду и право на бесплатног тумача, ако је слеп, глув или нем.“²⁵ Дијапазон посебних права окривљеног Устав предвиђа у члану 33., који укључује:²⁶ право да у најкраћем могућем року, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима дела за које се терети, право на одбрану и стручну помоћ браниоца, право на бесплатног браниоца ако не може да сноси трошкове, а то захтева интерес правичности у складу са законом, право да буде саслушан, да му се суди у присуству, да испитује сведоке. У контексту заштите од самоинкриминације, окривљени није дужан да даје исказе против себе. У одредби „право да буде обавештен о природи и разлозима дела за које се терети“ наилазимо на непрецизност, у смислу да окривљени може

²⁵ Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 98 од 10. новембра 2006. г., члан 32. (Право на правично суђење).

²⁶ Устав РС, члан 33. (Посебна права окривљеног).

бити обавештен о природи дела за које се терети, док га у погледу разлога због којих је дело починио не треба обавештавати, јер их управо он најбоље зна. У том је смислу Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода доста прецизнија у члану 6. став 3, предвиђајући да свако ко је оптужен за кривично дело има право да у најкраћем могућем року буде обавештен о природи и разлозима за оптужбу против њега.²⁷

Законик о кривичном поступку не прокламује право на правично суђење конкретно, на једном месту, као што то чини Устав, али својим нормама предвиђа процесне гаранције које чине садржину каталога права окривљеног. Једино што се може споменути јесте да се први пут у уводну одредбу Законика уноси појам правичности, а то се опет чини на апстрактан начин: „Овај законик утврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични законик, на основу законито и правично спроведеног поступка.“²⁸

У низу уставних гаранција и права која чине садржину права на правично суђење, свакако да посебну пажњу заслужује право на правично суђење у разумном року, обзиром да највећим делом незадовољство странака у поступку (при чему се има у виду не само окривљени, већ и оштећени), произилази из његове повреде. Уведено је Конвенцијом, али у првим годинама након ступања на снагу у Републици Србији није било заштићено адекватним правним средством, које свакако овај међународни документ предвиђа у члану 13.: „Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству.“²⁹ Овакво је стање резултирало повећањем броја случајева пред ЕСЉП, уједно указујући на озбиљне недостатке у домену заштите права на суђење у разумном року у оквирима правног система РС. Приближавање минималним међународним стандардима одвијало се постепено, а може се рећи да је тај процес још увек у току. Најпре је као последица неопходности да се домаћи систем заштите људских права усклади са стандардима које је поставила Конвенција, уведен институт уставне жалбе и њен модалитет у случају повреде права на суђење у разумном року. Реализована су очекивања да ће Уставни суд постати оптерећен бројем уставних жалби, поготову у погледу неразумно дугог трајања поступка (истраге у просеку осам до десет година, притвор од пет до осам, чак и десет година). Иако је право на суђење у разумном року

²⁷ Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 6. став 3.

²⁸ Законик о кривичном поступку, “Службени гласник РС“, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 и 45/13, члан 1.

²⁹ Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 13.

уздигнуто на ниво уставног права, при чему постоје инструменти у виду притужби на рад суда, као и бројни процесни закони који прописују поступање у кратким роковима, анализом функционисања правосудног система у нашој земљи уочен је проблем неефикасног суђења, као и постојање великог броја старих предмета. Следствено томе, јавила се потреба да се право на суђење у разумном року заштити на практичнији и прецизнији начин. Све до измена и допуна Закона о уређењу судова и доношења Закона о заштити права на суђење у разумном року, пракса Уставног суда (2011-2013) сведочи да је у више од 50% случајева у кривичним предметима повређено право подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року. Забрињавајуће стање се посебно везивало за трајање притвора, у ком домену поступање надлежних судова није било усаглашено са законским и уставним одредбама. Као што је већ наведено, разлози за одређивање притвора попут основане сумње, тежине дела, висине запређене казне, када се притвор унедоглед продужава бледе, па не могу бити једини аргумент за његово дугогодишње трајање. Потребно је детаљно размотрити разлоге продужавања, а не просто их преписивати из претходних решења. Свакако да би се на тај начин спречило прерастање притвора који је заправо мера за обезбеђење присуства окривљеног, у казну. Законик о кривичном поступку предвиђа у члану 14. да је против окривљеног који је у притвору поступак хитан.³⁰ Трајање притвора предвиђа и Устав РС у члану 31.: “Трајање притвора суд своди на најкраће неопходно време, имајући у виду разлоге притвора. Притвор одређен одлуком првостепеног суда траје у истрази најдуже три месеца, а виши суд га може у складу са законом продужити на још три месеца. Ако до истека овог времена не буде подигнута оптужница, окривљени се пушта на слободу. После подизања оптужнице, трајање притвора суд своди на најкраће неопходно време, у складу са законом.”³¹

Уж-4940/2010³²- По оптужници Тужилаштва за ратне злочине подигнутој априла 2006., пред Вишим судом у Београду-Одељење за ратне злочине, вођен је кривични поступак против подносиоца уставне жалбе и других лица због постојања основане сумње да су као саизвршиоци извршили кривично дело ратни злочини против цивилног становништва. Децембра 2010. г. подносилац је проглашен кривим и изречена му је казна затвора у трајању од 20 година. Подносилац се током целог кривичног

³⁰ Законик о кривичном поступку Републике Србије (“Службени гласник РС”, бр. 121/12, 32/13 и 45/13), члан 14.: „Суд је дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка. Кривични поступак против окривљеног који је у притвору је хитан.“

³¹ Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98 од 10. новембра 2006. г., члан 31.

³² Одлука Уставног суда РС у предмету број: Уж-4940/2010 од 31.03.2011.г.

поступка налазио у притвору, почевши од октобра 2005. г., када је лишен слободе. Веће за ратне злочине је подносиоцу продужило притвор децембра 2010. г., све до упућивања у установу за издржавање казне. Тежина кривичног дела била је основни и једини разлог за процену основаности даљег задржавања окривљеног у притвору. Оцена Уставног суда је да су редовни судови имали површан однос према продужетку притвора, имајући у виду да тежина дела и висина запрећене казне јесу релевантни када је реч о одређивању притвора, али као једини разлог не и довољни да оправдају трајање притвора од пет година, те је одлуком од марта 2011. утврдио да је повређено подносиочево право везано за трајање притвора.

Уж-4077/2010³³- У улози подносиоца уставне жалбе нашао се отац једног од радника погинулих у експлозији која се догодила јуна 1995. у фабрици „Грмеч“ у Београду. Кривичну пријаву против више лица која су била на високим руководећим положајима у предузећу, подносилац је поднео априла 1996. г. због кривичног дела тешко дело против опште сигурности. Предкривични поступак је трајао од јуна 1995. до јуна 2000. г., када је надлежно тужилаштво одбацило кривичну пријаву и обавестило подносиоца да може предузети кривично гоњење. Подносилац уставне жалбе је крајем јуна 2000. г. предузео гоњење подношењем захтева за спровођење истраге Окружном суду у Београду. До подношења уставне жалбе, 10. септембра 2010. г. кривични поступак се непрекидно води пред надлежним судом и још увек није правноснажно окончан. Подносилац је старији човек, при чему једанаест година након подношења захтева за спровођење истраге и шеснаест година од догађаја у којем је његов син изгубио живот, није извесно када ће бити донета првостепена пресуда, нити када ће првостепени поступак бити правноснажно окончан и какав ће бити његов исход. Одлуком од јула 2011. Уставни суд је оценио да је повређено уставом зајемчено право подносиоца на суђење у разумном року.

У циљу растерећења Уставног суда најпре је изменама и допунама Закона о уређењу судова које су почеле да се примењују од 1. јануара 2014. г., предвиђено да свака странка која сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року, може непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту права на суђење у разумном року.³⁴ Ако захтев подносиоца прихвати као основан, непосредно виши суд може одредити накнаду за повреду права на суђење у разумном року и рок у коме ће нижи суд окончати поступак у којем је право повређено.³⁵ Накнада се исплаћује у року од три месеца од дана када је странка поднела захтев за исплату из буџетских средстава РС

³³ Одлука Уставног суда РС у предмету број: Уж-4077/2010 од 14.07.2011.г.

³⁴ Закон о изменама и допунама закона о уређењу судова (“Службени гласник РС”, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11), чланови 8а, 8б и 8в.

³⁵ Исто., члан 8б, став 1.

опређених за рад судова.³⁶ Спровођењем наведених законских одредби, број жалби пред Уставним судом се у периоду до 2016. г. смањило за 20%. Наиме, судови су више пажње посветили разумним роковима, јер овакве измене првенствено утичу на њихове личне дохотке. Осим тога, не ради се о класичном суђењу, већ се једноставно увидом у списе предмета утврђује да ли је право повређено, тако да се може констатовати да овакво поступање није додатно оптеретило судове.

Ступањем на снагу Закона о заштити права на суђење у разумном року 1. јануара 2016. престају да важе одредбе 8а, 8б и 8бв Закона о изменама и допунама Закона о уређењу судова, са изузетком оних који су у протеклом периоду већ поднели захтев, према којима ће се поступак наставити и окончати према наведеним одредбама. Може се рећи да се доношењем наведених закона наша земља постепено приближава комбинованом систему, који поред некадашње компензације на неки начин укључује и превенцију. Наиме, сврха Закона о заштити права на суђење у разумном року јесте да пружи судску заштиту права на суђење у разумном року, укључивши у поступак заштите све нивое судова на којима управо и лежи највећа одговорност за дужину трајања поступка.

Новина коју овај закон доноси јесу мерила за оцену трајања суђења у разумном року. Најпре Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, затим Устав Републике Србије као и измене унете у Закон о уређењу судова, нису садржали јасна и прецизна мерила за оцену трајања суђења у разумном року, већ је она била препуштена пракси ЕСЉП и Уставног суда. Добивши законски оквир, за сада представљају почетну смерницу судовима који ће о праву одлучивати са циљем да буду релевантна приликом одлучивања, а нетолерантна према неажурности суда, других државних органа као и самих странака. Имајући у виду читав спектар околности које могу да прате поступак, ишло се за тим да се један оријентациони правац мерила која се морају узети у обзир у конкретном случају.

Судску заштиту права на суђење у разумном року могу да траже све странке у судском поступку, са изузетком јавног тужиоца. Приватни тужилац, оштећени и оштећени као тужилац то право имају само ако су истакли имовинскоправни захтев у кривичном поступку. Правна средства којима странка располаже ради заштите овог права јесу приговор за убрзање поступка, жалба и захтев за правично задовољење³⁷. Поступак за заштиту права је хитан и има првенство при одлучивању. Наиме, одлучујући о

³⁶ Исто., члан 8б, став 2.

³⁷ Закон о заштити права на суђење у разумном року, „Службени гласник РС“ бр. 40/2015, члан 3.

уложеном правном средству, суд ће имати у виду најпре сложеност чињеничних и правних питања, целокупно трајање поступка, поступање суда, јавног тужилаштва или другог државног органа, какав значај предмет истраге или суђења има по странку, да ли је странка својим поступцима допринела одуговлачењу, посебно, поштовање процесних права и обавеза.³⁸

Приговор или жалба се могу поднети док се актуелни поступак не оконча, при чему решење којим се усваја једно од ових правних средстава не сме да утиче на правна и чињенична питања која су предмет поступка. Странка подноси приговор чији су обавезни елементи предвиђени чланом 6. закона, председнику суда који о њему и одлучује. Руководивши се годишњим распоредом послова, председник може одредити једног или више судија који ће имајући увид у списе предмета, одлучити о приговору, при чему се усмена расправа не одржава.³⁹ Приговор се усваја решењем којим се утврђује повреда права странке на суђење у разумном року и судији или јавном тужиоцу одређује рок у коме се требају предузети одговарајуће процесне радње ради убрзања поступка.⁴⁰ Право на жалбу има странка у случају да је њен приговор одбијен, или ако председник суда о њему не одлучи у року од два месеца од дана пријема.

Странка чији су приговор или жалба усвојени, имаће право на правично задовољење када истекне рок у коме је судија или јавни тужилац требао да предузме наложене процесне радње (усвајање приговора), односно када прими решење о усвајању жалбе. Правично задовољење обухвата право на исплату новчаног обештећења за неимовинску штету која је странци проузрокована повредом права, право на објављивање писмене изјаве Државног правобранилаштва, или пресуде којом се утврђује да је странци повређено право на суђење у разумном року.⁴¹ Новчано обештећење признаје се у вредности од 300 до 3.000 евра. Лица која су сматрајући да је повређено право на суђење у разумном року, поднела представку Европском суду за људска права о којој још увек није донета коначна одлука, од дана ступања на снагу овог закона могу поднети Државном правобранилаштву предлог за поравнање о новчаном обештећењу.⁴²

³⁸ Исто., члан 4.

³⁹ Исто., члан 7.

⁴⁰ Исто., чланови 11, 12.

⁴¹ Исто., члан 23.

⁴² Исто., члан 35.

ЗАКЉУЧАК

Једно од кључних начела на којима се заснива Национална стратегија за реформу правосуђа јесте правосудна ефикасност, које између осталог обухвата поступање у разумним роковима уз поштовање људских права и слобода загарантованих домаћим и међународним прописима. Наиме, ради усклађивања националних са међународним стандардима, идентификована је као једно од најјургентнијих питања у оквиру којих је неопходно предузети хитне мере, како би се проблеми који су у том домену пратили нашу земљу дуги низ година, постепено отклонили. Наиме, примена Закона о изменама и допунама закона о уређењу судова дала је позитиван резултат у пракси. Још прецизнији, Закон о заштити права на суђење у разумном року, оставља нас без констатације све док период који следи не посведочи да ли је његова примена у пракси испунила наша очекивања.

Обавеза суда да кривични поступак спроведе без одуговлачења није предвиђена само у циљу правосудне ефикасности, већ и ради заштите интереса окривљеног, као и других учесника у поступку. Неразумно дуго трајање поступка угрожава породичне односе, материјалне прилике, социјални статус окривљеног, при чему најпре треба имати у виду психички притисак и страх изазван неизвесношћу. Притом не треба изоставити оштећеног који се придружио гоњењу и истакао имовинскоправни захтев. Које се време може сматрати разумним, питање је на које се одговор може дати од случаја до случаја. Очекује се да више времена изискују поступци поводом тежих кривичних дела (убиство, тешко убиство), мада се овакав став имајући у виду бројне специфичности не може генерализовати. Разумност трајања поступка није одредива објективно. Разуман рок не укључује само кривични поступак као целину, већ и сваку од његових фаза. Стандард експедитивности односи се на трајање истраге у разумним границама, главног претреса, стадијум доношења, изрицања и објављивања пресуде, у коме су такође судови склони одуговлачењу, поступак поводом правних лекова. Незахвално је покушавати да се одреди дужина трајања поступка пред националним судовима. Понекад се, ако предмет поступак није исувише компликован, наводи формула 3+2+1, што ће рећи да би за пресуду у првом степену требало највише три, у другом две, а у трећем једна година. Ово представља само благу оријентацију, никако одрешит став Европског суда.

У оквиру дужине трајања поступка која представља системски проблем у већини земаља чланица Савета Европе, развили су се различити системи помоћу којих се државе на неки начин њему супротстављају. Доневши Закон о Уставном суду, Република Србија се најпре приклонила компензационом систему који начелно није доводио до убрзања поступка, већ је само пружао накнаду моралне штете лицу чије је право повређено.

Усвајањем амандмана на Закон о уређењу судова и доношењем Закона о заштити права на суђење у разумном року, у Србији данас постоји систем убрзања поступка по којем поступају искључиво судови опште надлежности.

Mirjana Djukić, LLM
Assistant

**NATIONAL COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL STANDARDS IN
THE AREA OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL WITH A VIEW TO A
TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME (ASPECT OF THE CRIMINAL
JUSTICE)**

Summary

Standards of a fair trial was first set by the international community in order to define, and then protecting the rights of persons in all stages of criminal proceedings may be affected. In this context, the central position takes European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, which is an attempt to systematically protect human rights, as compared to other regional initiatives have achieved significant success in practice.

Duration of the procedure is a systemic problem in many countries the Council of Europe, including our. It is essential that in addition to an impartial, independent and professional judiciary, justice is done in a reasonable time. Therefore it is necessary at the national level to establish an adequate system to the delays in relation to the EU standards gradually decreased. A national strategy for judicial reform is a basic strategic framework for achieving these goals.

Марија Јанковић*

Сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

КУЋНИ ЗАТВОР

У овом раду је анализирана проблематика казне кућног затвора, како са позитивноправног аспекта, тако и са освртом на поједина упоредноправна решења. Указано је на пропусте у постојећем нормативном оквиру и дати су предлози за њихово унапређење. Осим тога, у кратким цртама је разматрана природа ове мере, као и њене предности и недостаци, и изнети су разлози за њено увођење.

Кључне речи: *алтернативне санкције, кућни затвор, казна затвора, извршење казне затвора*

УВОД

У последње време сведоци смо чињенице пораста стопе криминалитета, а самим тим и пораста броја лица лишених слободе, што има за последицу преоптерећеност капацитета наших завода за извршење кривичних санкција, и истовремено указује да се казном затвора не остварују очекивани ефекти. Према подацима Управе за извршење кривичних санкција, број лица лишених слободе у Р. Србији, у периоду од 2009. до 2013. године, се кретао између 11.000 и 10.000.¹ То је, са једне стране, довело у питање функционисање целокупног пеналног система и остваривање права лица лишених слободе, док је са друге, значило дуго чекање осуђених лица на извршење казни затвора, као и могућност наступања застарелости њиховог извршења.

На пренасељеност затвора директно је утицала и наша казнена политика, јер су у периоду од 2009. до 2014. године казне затвора у трајању до годину дана чиниле око 70% свих изречених казни затвора.² Сазнање да се краткотрајним казнама затвора често постиже циљ супротан жељеном, а имајући у виду њихове бројне недостатке (нехуманост, неефикасност, неекономичност, неподесност за примену третмана), и негативне ефекте по

* Сарадник у настави за кривичноправну област на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу

¹ Извор: *Годишњи извештаји о раду Управе за извршење кривичних санкција*, (<http://www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika>), април 2016.).

² Извор: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији: пријаве, оптужења и осуде, 2014*, (<http://webzrs.stat.gov.rs>), април 2016.).

осуђеног, његову породицу и друштвену заједницу, водило је трагању за новим начинима кажњавања учинилаца кривичних дела, који неће захтевати њихову институционализацију. Због свега наведеног, а и у складу са савременим тенденцијама увођења алтернативних кривичних санкција, у наше кривично законодавство је Законом о изменама и допунама Кривичног законика из септембра 2009. године,³ као и Законом о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција из исте године,⁴ уведена могућност извршења казне затвора у просторијама у којима осуђени станује (тзв. „кућни затвор“).

КУЋНИ ЗАТВОР У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Кућни затвор је као мера првобитно предвиђен у законодавствима Сједињених Америчких Држава и Италије. У САД је први пут незаконито примењен 1985. године, када је судија државе Њујорк једну жену, стару 35 година, која пре тога није била осуђивана, осудио због крађе и обавезао је да 2 године не сме да излази из стана осим када иде код лекара, на посао, у цркву или куповину.⁵ Од тада су се њиме санкционисали учиниоци лакших и ненасилних кривичних дела, при чему им се кретање ограничавало на одређени простор у близини стана, а контрола је била поверена „волонтерима“ из њихове околине, све док развој рачунарског и сателитског система није резултирао појавом напреднијег система контроле – електронског надзора.⁶ Увођење електронског надзора је допринело ширењу казне кућног затвора, али и стварању два његова модалитета: са или без електронског надзора.

Данас се овај институт у упоредном законодавству јавља у великом броју модалитета, где се користи у различитим функцијама и притом се различито терминолошки одређује (*home detention, home confinement, house arrest, incarceration at home*). Међутим, основа свих тих модалитета је да лице лишено слободе, уместо у казненој установи, борави у свом дому. Тако се кућни затвор јавља као: замена за притвор, допунска мера у оквиру осуде

³ Кривични законик („Службени гласник РС“ бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14) (у даљем тексту: КЗ).

⁴ „Службени гласник РС“ бр. 85/2005, 72/2009, 31/2011 (у даљем тексту: ЗИКС).

⁵ С. Манојловић, *Кућни затвор*, у: Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена, Златибор, 2013, стр. 398.

⁶ Ђ. Игњатовић, *Криминологија*, Београд, 2011, стр. 185. У питању је надзор путем рачунарског система, који је преко телефонске линије повезан са одашиљачем који је осуђеник дужан непрестано да носи. На екрану командног центра у сваком тренутку прати се присуство осуђеног у просторијама у којима борави, односно да ли поштује одлуку суда и наметнуте обавезе.

на пробацију, алтернативни начин извршења затворске казне, допунска мера уз условни отпуст, самостална санкција или начин издржавања преосталог дела казне затвора.⁷ Такође, према степену ограничења које је осуђени дужан да поштује, разликујемо три варијанте кућног затвора, од којих прва, најблажа, (тзв. „полицијски час“ - *surfew*) од учиниоца захтева да у свом дому борави у тачно одређеном временском периоду, углавном у вечерњим часовима и ноћу.⁸ По другом моделу, учинилац уопште не може напуштати место становања, док по трећем може, под условом да је то потребно ради обављања професије, одласка на наставу или лекарски преглед.⁹ Ова последња варијанта је, нпр., прихваћена у кривичном законодавствима Федерације Босне и Херцеговине, Словеније, као и код нас.

У земљама англо-америчког правног система, кућни затвор се примењује у оквиру осуде на пробацију, у комбинацији са електронским надзором, где подразумева наметање обавеза учиниоцу да у одређеном временском периоду не сме напуштати одређени простор у току слободног времена или ноћу.¹⁰ У појединим земљама кућни затвор се јавља уз електронски надзор као самосталну санкцију. Тако, у кривичном законодавству Француске¹¹ суд казну затвора до две године може заменити електронским надзором ако осуђено лице то оправда: професионалном активношћу, макар и привременом, присуством на стручној обуци или едукацији, важном улогом у животу своје породице, потребом за лечењем или учешћем у пројектима који доприносе социјалној рехабилитацији. Захтева се сагласност осуђеног лица у присуству адвоката и њему се забрањује напуштање дома, осим у тачно одређеним временским оквирима.

Када одлучује да ли ће изрећи ову меру, околности које суд узима у обзир су тежина кривичног дела, сагласност окривљеног, ризик остављања на слободи, личне и породичне прилике окривљеног, тачније животна доб, пол, здравствено стање, породичне обавезе, запосленост, социјални статус и др. При томе, суд окривљеном може наметнути једну или више обавеза, као што је накнада штете, плаћање новчане казне, учешће у појединим третманима, оспособљавање за одређено занимање и сл. Кућни затвор се сматра нарочито погодним за посебне категорије осуђених лица чије

⁷ N. Mrvić-Petrović, *Kad vlastiti dom postane zatvor (izazovi primene kućnog zatvaranja kao zamene za kaznu zatvora)*, u: Delikt, kazna i mogućnosti socijalne profilakse, Beograd, 2012, str. 83.

⁸ Ž. Pradel, *Komparativno krivično pravo – sankcije*, Beograd, 2009, str. 36.

⁹ Ђ. Ђорђевић, *Извршење казне затвора у просторијама у којима осуђени станује*, Правна ријеч, бр. 37/2013, стр. 273.

¹⁰ Mrvić-Petrović, *nav. delo*, str. 84.

¹¹ Code pénal (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>, april 2016.).

здравствено стање компликује затворски третман, а лишење слободe је једина гаранција да неће поново вршити кривична дела. Правило о категорији лица којима је намењена ова санкција долази до изражаја у законодавству Италије. Наиме, кућни затвор се изриче трудницама, мајкама са децом до десет година која живе са њима, очевима који врше родитељска права над децом до десет година уколико је мајка преминула или није у стању да се брине о деци, лицима са озбиљним здравственим проблемима који захтевају сталну болничку негу, старијим и лицима са инвалидитетом преко 60 година, лицима млађим од 21 године због здравствених, пословних, породичних или разлога који се односе на учење. Такође, може се изрећи и лицима која пате од АИДС-а или озбиљне имунодефицијенције која су подвргнута програмима медицинске и здравствене помоћи.¹²

Према македонском решењу,¹³ ако је учинилац кривичног дела за које прописана новчана казна или казна затвора до једне године, стар и немоћан, тешко болестан или уколико се ради о трудној жени, суд може да му изрекне казну затвора и истовремено да одлучи, уз његову сагласност, да казну издржава у кућном затвору. При томе, суд ће тако одлучити, само ако постоје услови да се савременим електронским или телекомуникацијским средствима контролише извршење ове мере. Овакав принцип хуманог поступања је заступљен и у кривичним законодавствима Швајцарске и Турске.

Затварање у кућним условима у многим земљама се појављује као мера обезбеђења присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка – кућни притвор, тј. алтернатива класичном притвору који се спроводи у затворима, што је случај са Закоником о казненом поступку Хрватске¹⁴ и нашим Закоником о кривичном поступку¹⁵.

КУЋНИ ЗАТВОР У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Као што смо навели, кућни затвор је у наш кривичноправни систем уведен изменама КЗ-а из 2009. године, али не као нова кривична санкција, већ као посебан вид извршења казне затвора. Упркос томе, фактичка могућност за извршење ове мере је употпуњена тек две године касније доношењем Правилника о начину извршења казне затвора у просторијама у

¹² <http://cep-probation.org/wp-content/uploads/2015/03/Italy.pdf>, април 2016.

¹³ Кривичниот законик („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 87/07, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12 и 55/13).

¹⁴ „*Narodne novine Republike Hrvatske*“ бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13 и 152/14.

¹⁵ „Службени гласник РС“ бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

којима осуђени станује¹⁶ и новелом ЗИКС-а из 2011. године.¹⁷ Међутим, поменута одредба КЗ-а је била нејасно формулисана и противречна и довела је до низа дилема и неједнаког поступања у судској пракси, због чега је било неопходно да се Законом о изменама и допунама КЗ-а из 2012. године¹⁸ отклоне наведени недостаци. У међувремену су донети и Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера¹⁹ и Правилник о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника,²⁰ чиме материја извршења кућног затвора више није регулисана ЗИКС-ом, већ наведеним актима.

Према чл. 45. ст. 5-7. КЗ-а учиниоцу кривичног дела коме је изречена казна затвора до једне године, суд може истовремено одредити да се она изврши тако што осуђени не сме напуштати просторије у којима станује, осим у случајевима предвиђеним законом који уређује извршење кривичних санкција.²¹ Осим услова у погледу изречене казне, суд може искористити ову могућност уколико се с обзиром на личност учиниоца, његов ранији живот, држање после учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учињено може очекивати да ће се и на тај начин остварити сврха кажњавања.²² То су све околности које је суд већ једном узео у обзир приликом одмеравања казне затвора до годину дана, па се питамо због чега би требало да их поново цени. Међутим, прописујући те додатне услове законодавац је поступио као да је реч о посебној кривичној санкцији, а не о модалитету извршења казне затвора краћег трајања, који би требало да буде одређен с обзиром на породичне и животне прилике осуђеног, а не за његову

¹⁶ „Службени гласник РС“ бр. 64/2010.

¹⁷ „Службени гласник РС“ бр. 31/2011.

¹⁸ „Службени гласник РС“ бр. 121/2012.

¹⁹ „Службени гласник РС“ бр. 55/2014 (у даљем тексту: ЗИВСМ).

²⁰ „Службени гласник РС“ бр. 30/2015 (у даљем тексту: Правилник).

²¹ Решење из 2009. године је предвиђало да суд може „осуђеном“ одредити да казну затвора издржава у кућним условима, што је подразумевало постојање како правоснажне пресуде, тако и дилеме који суд и у којој фази поступка је надлежан да о томе одлучује. То се покушало решити изменама и допунама ЗИКС-а, али на неприхватљив начин и у супротности са одредбама КЗ-а, прописивањем да о томе одлучује председник суда, а не суд (Z. Stojanović, *Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?*, Crimen, br. 2/2013, str. 121.). Сада је јасно да суд када одмерава и изриче казну затвора, истовремено одлучује о томе да ли ће учинилац казну затвора да издржава у просторијама у којима станује.

²² Првобитно је КЗ прописивао да ће суд приликом одређивања кућног затвора водити рачуна о техничким могућностима извршења, као и о другим околностима од значаја за одмеравање казне. Како техничке могућности нису представљале адекватан (нити материјалноправни) критеријум за доношење овакве одлуке суда, КЗ више не помиње да ће се оне узети у обзир при одлучивању.

кривицу и кривично дело које је осуђен.²³ Такође, ако се ради само о новом начину извршења, необично је то што је он регулисан КЗ-ом, а не посебним законом који иначе уређује ову материју.²⁴

У случају да осуђени самовољно напусти просторије у којима станује, једном у трајању дужем од шест часова, или два пута у трајању до шест часова, остатак казне ће издржати у заводу за извршење казне затвора.²⁵ КЗ не прецизира, попут неких страних решења, према којим лицима ће се применити ова мера. Једини изузетак кад се не може применити кућни затвор, јесте када се ради о учиниоцу кривичног дела против брака и породице који живи са оштећеним у истом породичном домаћинству. Иако је ова одредба унета пре свега из практичних разлога, али и ради избегавања ризика од поновне виктимизације жртава оваквих кривичних дела,²⁶ није јасно због чега је законодавац ограничио забрану изрицања кућног затвора само за кривична дела против брака и породице, кад постоји читав низ других кривичних дела која могу бити извршена међу укућанима (нпр. против живота и тела, противправно лишење слободе, угрожавање сигурности и сл.). Осим тога, у овом случају би постојали и услови за изрицање мере безбедности забране приближавања и комуникације са оштећеним. Постоји и мишљење да околност да ли оштећени живи у истом породичном домаћинству са учиниоцем (било којег кривичног дела) треба предвидети као критеријум приликом одлучивања да ли ће се казна затвора извршити на овај начин.²⁷

Видели смо да се казна затвора у кућним условима, за разлику од неких страних решења, у нашем законодавству може одредити за лакша, али и за тежа кривична дела (јер казна од годину дана може бити изречена и код оних кривичних дела за која је као посебан минимум прописан затвор од најмање три године, уколико су испуњени услови за ублажавања казне, а у неким случајевима и на основу неограниченог ублажавања). То би значило да се кућни затвор може применити приликом осуде за било које кривично дело и према било ком лицу, уколико се на тај начин може остварити сврха

²³ Н. Мрвић-Петровић, *Кривично право – општи део*, Београд, 2014, стр. 251.

²⁴ Ibid.

²⁵ Овом одредбом је исправљен пропуст законодавца из 2009. године, према ком, ако осуђени једном у трајању до 12 часова или два пута у трајању до шест часова самовољно напусти просторије, суд ће одредити да остатак казне издржава у затвору, из кога је произлазило да је одсуство дуже од 12 часова дозвољено (З. Стојановић, Д. Коларић, *У сусрет Закону о изменама и допунама Кривичног законика Србије*, у: Супротстављање савременим облицима криминалитета - анализа стања, европски стандарди и мере за унапређење, Тара, 2015, стр. 8.

²⁶ Ђ. Игњатовић, *Право извршења кривичних санкција*, Београд, 2014, стр. 94.

²⁷ З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Београд, 2012, стр. 216-217.

кажњавања, што оставља превише простора суду²⁸ и може довести до арбитрарности и дискреционог одлучивања, а самим тим и неједнаког поступања у судској пракси.

С обзиром на то да је основна обавеза осуђеног да поштује правила о извршењу кућног затвора и не напушта просторије у којима станује, сматрамо да га је потребно мотивисати, и то на тај начин што би суд, када оцени да су испуњени услови за одређивање ове мере, позвао окривљеног да се упозна са начином извршења, својим правима и обавезама, као и последицама у случају напуштања просторија и да се изјасни да ли пристаје на овакав вид извршења казне затвора. Исто тако, мишљења смо да не би било лоше предвидети и могућност да суд затражи од Центра за социјални рад извештај о личним, породичним и социјалним приликама окривљеног, како би се утврдило да ли је то лице подобно да казну затвора издржава у кућним условима.

Проблематици казне затвора у просторијама у којима осуђени станује посвећене су и одредбе чл. 20. до 33. ЗИВСМ, као и одредбе чл. 7. до 11. Правилника. По закону, послове извршења спроводи организациона јединица надлежна за алтернативне санкције (тј. Повереничка служба), у оквиру Управе за извршење кривичних санкција, односно Повереник из повереничке канцеларије.

Постоје две варијанте примене ове мере – са или без електронског надзора. Када изриче казну кућног затвора, суд се већ у пресуди мора одредити за једну од ове две варијанте. Ако то не учини, дужан је да се без одлагања изјасни о томе. Притом, пре него што одлучи о извршењу казне кућног затвора са електронским надзором, потребно је да утврди да ли постоје техничке и друге могућности за њено извршење. Уколико није у могућности да их утврди, суд ће од Повереничке службе затражити извештај о томе (чл. 20. ЗИВСМ).²⁹ Ако се суд определи за електронски надзор, опрема којом се он врши се активира одмах по достављању одлуке. Уређај за лоцирање осуђеног (одашиљач са пратећом опремом) поставља стручно лице, које при томе даје потребна упутства осуђеном о начину рада уређаја.³⁰ Поменути уређајем, као и уређајем којим се прати кретање осуђеног

²⁸ Ђ. Ђорђевић, *Казна кућног затвора као алтернативна кривична санкција*, у: Супротстављање савременим облицима криминалитета - анализа стања, европски стандарди и мере за унапређење, Тара, 2015, стр. 104.

²⁹ Мишљења смо да би суд у сваком случају пре доношења одлуке требало да затражи извештај од Повереничке службе, да се не би десило да се након доношења одлуке утврди да техничке и друге могућности за извршење не постоје.

³⁰ Такође, Повереник или стручно лице упознаје осуђеног и чланове домаћинства са судском одлуком, његовим правима и обавезама, последицама самовољног напуштања просторија и начину комуникације са Повереником (чл. 7. Правилника).

управља Повереничка служба, која приликом контроле спровођења ове мере сарађује са полицијом (чл. 21. и 22. ЗИВСМ).

Осуђени има право да борави ван просторија у којима станује³¹ највише два часа дневно у периоду од 13 до 17 часова. То право му може бити одузето одлуком директора Управе, ако се утврди да је злоупотребљено (чл. 23. ЗИВСМ). Исто тако, одлуком директора Управе, на молбу осуђеног, њему ће бити дозвољено напуштање места становања у следећим случајевима: 1) због пружања нужне медицинске помоћи осуђеном или члану његовог породичног домаћинства, ако је за пружање медицинске помоћи неопходно напуштање просторија; 2) ради одласка на посао, ако кривично дело за које је осуђен није у вези са радом; 3) ради похађања наставе током редовног школовања; 4) због одазивања на позив државног органа; 5) због одласка на полагање испита; 6) због тешке, акутне или хроничне болести, ради одласка на редовне здравствене прегледе или стационарног лечења; 7) због свог венчања или венчања крвног сродника до другог степена сродства; 8) због смрти блиског сродника; 9) због обавезе старања према члановима уже породице предвиђене законом, у случају да ту обавезу не може да обавља друго лице; 10) због сезонских пољопривредних радова, ако се осуђени бави пољопривредом као сталном делатношћу; 11) због других нарочито оправданих разлога (чл. 24. ЗИВСМ).

Једно од питања које се намеће јесте који су то други нарочито оправдани разлози због којих се може дозволити напуштање куће или стана, и не оставља ли се на тај начин директору Управе простор за арбитрарност и дискреционо одлучивање? Осим тога, није јасно зашто је он, уз више од 10.000 лица смештених у пенитенцијарне установе у Србији, надлежан да одлучује да ли ће лице осуђено на кућно затварање напустити просторије у којима станује из „других оправданих разлога“ – поред десет изричито наведених, када одлуку о томе може донети руководилац Повереничке службе.³² Штавише, руководилац Повереничке службе би, по нама, у свим случајевима требао донети наведену одлуку. Такође, иако се законодавац трудио да обухвати све ситуације у којима би било оправдано допустити напуштање просторија, мишљења смо да је пропустио да као један од разлога наведе и стручно оспособљавање и обуку осуђеног лица.³³

³¹ Под просторијама у којима осуђени станује, сматра се кућа или стан у којима он има пребивалиште или боравиште. Ако осуђени није власник куће или стана у којима се извршава мера, потребна је писмена сагласност власника која мора бити оверена код надлежног органа (чл. 8. Правилника).

³² Ignjatović, *Pravo izvršenja...*, str. 207.

³³ М. Шкулић, *Алтернативне кривичне санкције*, у: Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет, Бања Лука, 2014, стр. 262.

С обзиром на широк круг ситуација у којима је осуђеном дозвољен боравак ван куће, питање је у чему се ова казна заправо састоји. Забрана се, дакле, односи на путовања, одласке ван града, код пријатеља, у кафић, шетњу, продавницу, изласке и сл. дуже од два сата дневно или ван предвиђеног времена од 13 до 17 часова, док за запосленог човека, лице које се бави пољопривредом, ученика или студента обавеза боравка у кући постоји у вечерњим часовима, ноћу и викендом.³⁴

Осуђени може напустити просторије у којима станује и без подношења молбе, ако је то неопходно да би се њему или члану његовог породичног домаћинства пружила хитна медицинска помоћ, под условом да он или неко од укућана, у најкраћем могућем року, о томе обавести Повереника (чл. 26.). Није јасно због чега законодавац није предвидео ову могућност и у случају када је та помоћ потребна неком другом лицу у његовој близини, или је пак оно нападнуто или се налази у озбиљној опасности, односно у случају поплаве, пожара или неке друге ванредне околности. Нарочито ако се узме у обзир да слична одредба постоји у чл. 208. Законика о кривичном поступку, као један од разлога када окривљени коме је изречена мера забране напуштања стана (тзв. кућни притвор), без одобрења може напустити стан.³⁵ Стога предлажемо да се новелом ЗИВСМ унесе и наведена могућност.

Уколико осуђени самовољно напусти место становања једном у трајању преко шест часова или два пута у трајању до шест часова, Повереничка служба ће о томе обавестити суд који је донео првостепену пресуду, који ће без одлагања, а најкасније у року од 24 сата од пријема обавештења, донети решење да осуђени остатак казне издржи у заводу за извршење казне затвора (чл. 29.). Једини вид кршења правила извршења се, дакле, везује за самовољно напуштање просторија, док ниједном одредбом КЗ-а, ЗИВСМ-а или Правилника није прописано ни једно друго кршење забране које се може испољити у неовлашћеном скидању, оштећењу или уништењу уређаја за лоцирање.³⁶ Да ли би то онда значило да осуђени у датом случају неће трпети никакве материјалне или правне последице?

Према чл. 30. ЗИВСМ Повереник може без претходне најаве да проверава да ли осуђени поштује наметнуте обавезе, и то посећивањем осуђеног у кући или стану, односно месту где ради и разговорима са члановима његовог породичног домаћинства и послодавцем, као и

³⁴ Ђорђевић, *Казна кућног затвора...*, стр. 106.

³⁵ Поменута одредба предвиђа да окривљени може напустити стан ако је то неопходно ради хитне медицинске интервенције у односу на њега или лице са којим живи у стану, односно ради избегавања и спречавања озбиљне опасности по живот и здравље људи или имовину већег обима.

³⁶ Mrvić-Petrović, *Kad vlastiti dom...*, стр. 89.

позивањем фиксног телефонског броја осуђеног и разговарањем са њим и његовим укућанима.

Да је ЗИВСМ-ом извршење казне уз примену електронског надзора постављено као приоритет, показује чињеница да се већина одредби односи на ситуацију у којој се тај надзор врши, док је чл. 32. предвиђено да се та правила сходно примењују и на извршење без електронског надзора. Пре свега, не можемо да се не запитамо како је у пракси могуће спровести контролу над извршењем ове мере без електронског надзора. Према законском решењу, провера поштовања предвиђених обавеза се у овом случају може једино вршити ненајављеним посетама и телефонским разговорима, а да би се она ефикасно спровела, Повереник би морао по неколико пута на дан да позива и посећује осуђеног и чланове његовог домаћинства, што је неизводљиво. Једино решење би било да за сваког осуђеника постоји лице које ће контролисати његове активности,³⁷ што захтева велика финансијска средства и ангажовање огромног броја људи. Осим тога, то је и уз примену електронског надзора веома захтевно, јер је поред кадрова који су дужни да 24 сата дневно надзиру присуство осуђеног, потребна и широка и модерна организационо-техничка оспособљеност. Чак и тада, контролисати да ли и колико се осуђени задржао на послу или у школи, којим путем и којим средствима се враћао кући и да ли је успут негде свраћао, се чини готово немогућим, а нарочито у случају обављања пољопривредних радова код којих не постоји фиксно радно време.³⁸

ЗИВСМ у чл. 33. прописује и да директор Управе може превремено отпустити осуђеног са издржавања кућног затвора највише три месеца до истека казне, ако је издржао девет десетина казне, због његовог доброг владања и постигнутих резултата. Директор ће тако поступити на предлог руководиоца Повереничке службе, а на основу мишљења Повереника.³⁹

ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ КУЋНОГ ЗАТВОРА

Кућни затвор, дакле, у нашем законодавству представља само начин извршења изречених краткотрајних казни затвора до годину дана. Формално гледано, овде се не ради о посебној кривичној санкцији, него је у питању казна лишења слободе, која се не извршава у затворским условима, тј. установи одговарајућег типа, већ у просторијама у којима осуђени станује. Према томе, она се јавља као алтернатива заводском режиму, а не самом

³⁷ Ђорђевић, *Извршење казне затвора...*, стр. 279.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ С обзиром на постојање могућности превременог отпуштања, сматрамо да није оправдан условни отпуст код казне кућног затвора, јер би то било супротно смислу ове казне.

затварању.⁴⁰ Међутим, боравак осуђеног у властитом дому у циљу издржавања изречене казне затвора у квалитативном смислу ипак представља другачији вид кажњавања. Управо сам начин извршења кућног затвора, даје овој мери различит карактер и тежину, и чини да она прераста ако не у посебну кривичну санкцију, онда у посебан вид казне лишења слободе.⁴¹ У ствари, основни разлог због којег у КЗ-у кућни затвор одређен као модалитет извршења казне затвора је законодавна техника, јер је формулисање једне потпуно нове кривичне санкције захтевало измену и читавог низа других одредби КЗ-а.⁴²

Раније се сматрало да се казна затвора може спровести само у затворским установама и њом се није само осуђено лице лишавало слободе кретања, већ се и изоловало од друштва, одвајало од породице и нормалног живота на слободи. Данас то више није случај, јер се казна лишења слободе и казна затвора више не јављају као синоними. Због тога се поставља питање да ли је уопште адекватно користити термин „кућни затвор“ с обзиром да је реч затвор пре свега резервисана за установе у којима се издржава класична казна затвора, која је по њима и добила свој назив.⁴³ Зато и може доћи до конфузије, јер поред тога што се једним истим изразом означава и кривична санкција и установа у коју се смештају лица лишена слободе, сада се тако назива и властити дом осуђеног, стога Игњатовић сматра да би ипак требало користити термин „кућно затварање“.⁴⁴

Има и мишљења да је кривични законодавац требало да кућно затварање регулише у посебном члану, кад га већ није издвојио као посебну казну, пошто се таквим решењем симболично указује на потребу коришћења затварања у пенитенцијарним установама као *ultima ratio*, а чија је пренасељеност добила драматичне размере.⁴⁵

Као предности прописивања оваквог начина извршења краткотрајних казни лишења слободе у односу на класичну казну затвора истичу се редуковање затворске популације, смањење трошкова и издвајања друштвене заједнице, као и бројне повољности по осуђено лице. Овом санкцијом се избегавају негативни ефекти затворске средине, осуђени трпи далеко нижи степен депривације и стигматизације и није изложен

⁴⁰ Игњатовић, *Kriminologija*, стр. 185.

⁴¹ Стојановић, Коларић, *нав. дело*, стр. 8.

⁴² Шкулић, *нав. дело*, стр. 255.

⁴³ А. Илић, *Кућни затвор: самостална санкција или нови модел извршења затворске казне*, у: Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект), Златибор, 2012, стр. 447.

⁴⁴ Ђ. Игњатовић, *Normativno uređenje izvršenja vanzavodskih krivičnih sankcija u Srbiji*, *Crimen*, br. 2/2013, стр. 153. Међутим, у ЗИВСМ-у се користи израз „кућни затвор“.

⁴⁵ Игњатовић, *Pravo izvršenja...*, стр. 94.

криминалној инфекцији. Међутим, најзначајнија предност је у томе што не напушта своју животну и социјалну средину, остаје у кругу породице и пријатеља, не губи запослење и не прекида школовање, нити је ограничен у породичним и друштвеним аспектима свога живота, стога казна затвора у кућним условима представља изузетну привилегију за осуђено лице. Али, исто тако осуђени остаје у непромењеним друштвеним условима, не издваја се из криминогене средине и лица која на њега негативно утичу, те може да настави са криминалном активношћу практично не кршећи правила кућног затвора, а такође се може јавити и проблем породичног насиља. Са друге стране, општа јавност ову меру доживљава пре као неку врсту луксуза, него као казну, иако осуђени врло брзо почиње да осећа њен принудни карактер који му слободу кретања ограничава на стан или двориште куће.

Основни разлог који оправдава увођење кућног затвора у наше кривично законодавство јесте чињеница да у нашем систему кривичних санкција недостаје санкција која би се по тежини налазила негде између условне осуде и безусловне казне затвора, а нарочито имајући у виду да постојеће алтернативне санкције код нас нису заживеле у пракси.⁴⁶ Међутим, имамо ситуацију да се судије одлучују за ову санкцију и то само из разлога што је доступна, а не зато што преступника треба казнити казном затвора до годину дана. Тако се кућни затвор јавља не само као замена казне затвора, већ и као замена другим алтернативним санкцијама, као што су условна осуда са заштитним надзором или рад у јавном интересу, уместо да буде најоштрија алтернатива која се изриче када се другима не може постићи сврха кажњавања.⁴⁷

С обзиром да ова санкција представља изузетну привилегију за осуђеног, мора се пазити коме, како, за која дела и на који начин се изриче, а све у циљу остварења њене сврхе. Као што је речено, због начина на који је овај институт прописан у КЗ-у, може доћи до неуједначене политике изрицања ове санкције, те би њену примену ипак требало детаљније регулисати. Један од начина на који се то може учинити јесте да се изрицање кућног затвора услови висином прописане казне затвора, како би се избегло његово одређивање и за тешка кривична дела. Осим тога, у постојећем решењу КЗ-а није спроведен ни принцип хуманог поступања који постоји у упоредном праву, да кућни затвор буде намењен трудницама, мајкама или самохраним очевима са малом децом, болесним, старим или лицима са инвалидитетом, као и лицима која због неке заразне болести представљају ризик по затворенике и затворско особље. Исто тако, мишљења смо, да поред

⁴⁶ Ђорђевић, *Извршење казне затвора...*, стр. 281-282. За многа лакша кривична дела казна затвора се показује као престога и нецелисходна, док се широка примена условне осуде често критикује због своје благи и недовољног степена надзора.

⁴⁷ Mrvić-Petrović, *Kad vlastiti dom...*, str. 91.

наведених категорија лица, казну затвора у кућним условима треба одредити и како би се омогућило осуђеном да задржи посао, започне или настави школовање, стекне неке вештине, узме учешћа у третманима (одвикавања од болести зависности, контроле агресивности и сл.) или да несметано обавља своје породичне обавезе.⁴⁸ Такође, с обзиром на то да се овом санкцијом задире у приватност и не води довољно рачуна о квалитету живота чланова породичног домаћинства осуђеног, требало би евентуално размотрити увођење сагласности тих лица као један од услова за њено изрицање.

Једна од примедби која се свакако може упутити овој казни, тиче се њене праведности, односно чињенице да не погађа једнако све категорије осуђених лица.⁴⁹ Да би суд неком лицу изрекао казну кућног затвора потребно је, пре свега, да оно има обезбеђене стамбене услове, а ако је предвиђена и примена електронског надзора и струју или телефон у стану, што није случај са свим лицима. Овакав начин извршења казне затвора ће теже погодити лице које је сиромашно и живи у лошим животним условима, које нема сталан посао или пак ради „на црно“, него лице које има стабилна примања, боље стамбене услове и значајна финансијска средства. Самци ће пунитивније доживети ову санкцију од особа која живе са својим породицама. Са друге стране, затвор осуђенима понекад нуди боље услове живота од оних у којима живе, дајући им смештај, храну и одећу.

Имајући у виду да се кућни затвор може ефикасно спровести само уз примену електронског надзора који захтева велика финансијска улагања, поставља се питање да ли је овакав начин извршења много јефтинији од извршења класичне казне затвора.⁵⁰ Занемарује се чињеница да је за овај вид извршења поред опреме за електронско праћење и средстава за њено одржавање, неопходна и организационо-техничка оспособљеност, као и ангажовање великог броја квалификованих људи који ће пратити понашање осуђеног. Осим тога, кућни затвор представља скупљу меру у односу на друге алтернативне санкције којима се исто може постићи сврха кажњавања. У вези са тим, треба напоменути и да је Србија прва земља на Балкану која је почела примену електронског надзора током извршења казне кућног затвора,⁵¹ а и да је у међувремену његова примена финансијски рационализована, јер Управа за извршење кривичних санкција више не изнајмљује опрему за електронски надзор, већ је добила нову уз помоћ

⁴⁸ Мрвић-Петровић, *Кривично право...*, стр. 251.

⁴⁹ Ђорђевић, *Казна кућног затвора...*, стр. 109.

⁵⁰ *Ibid.*, стр. 108.

⁵¹ Прва пресуда кућног затвора са електронским надзором је почела да се извршава 5.1.2011. године према осуђеном З. Ј. који је оглашен кривим и осуђен на казну затвора у трајању од 5 месеци због кривичног дела тешко дело против безбедности јавног саобраћаја (Манојловић, *нав. дело*, стр. 399.).

средстава предприступних фондова Европске уније.⁵² Стога верујемо да ће се знатна средства уложена у овај модалитет извршења казне затвора у неком разумном року исплатити.

Кућни затвор је специфичан по томе што представља својеврсну меру дисциплиновања, осуђено лице нема никаквих обавеза, осим забране самовољног напуштања просторија у којима станује. Њиме се не постиже значајна промена понашања осуђеног лица, нити се остварују значајнији ефекти у погледу спречавања рецидивизма. Због тога има ограничену делотворност, јер има за сврху јачање самодисциплине и одговорности осуђеног лица према друштву и властитим обавезама.⁵³

ЗАКЉУЧАК

Према подацима Управе за извршење кривичних санкција, током 2011. године реализовано је 70 казни кућног затвора са електронским надзором и 18 казни без примене електронског надзора, током 2012. на издржавању ове казне са електронским надзором се налазило 528 особа, односно 82 без његове примене, да би у 2013. години реализовано укупно 725 казни кућног затвора, од чега је 689 са електронским надзором, а 36 без електронског надзора. По наведеним подацима, видимо да је ова санкција релативно брзо нашла своју примену у пракси наших судова.

Сматрамо да је овај институт потребно нормирати као самосталну казну, у циљу остваривања његових криминалополитичких циљева и ефикасне практичне примене. У вези са тим, мишљења смо да би судови приликом изрицања ове казне требало да обрате посебну пажњу на личне и породичне прилике осуђеног, његово здравствено стање, а нарочито на његову личност, како би се постигла сврха кажњавања. Стога кућни затвор не би требало одређивати повратницима, учиниоцима насилних кривичних дела, кривичних дела у вези са злоупотребом дрога, разбојништва или тешке крађе, сексуалних деликата и сл. Такође, надамо се да ће судска пракса створити јединствене критеријуме на основу којих ће се ова санкција примењивати у сличним чињеничним и правним ситуацијама.

У сваком случају, увођење кућног затвора је обогатило и хуманизовало наш систем кривичних санкција и довело до смањења преоптерећености затворских установа.

⁵² http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/Alternativne_Sankcije_bilten_br3.pdf, мај 2016.

⁵³ Мрвић-Петровић, *Kad vlastiti dom...*, стр. 87.

Marija Janković, LL.M
Junior Assistant

HOME DETENTION

Summary

This paper analyzes the problems of the sentence of home detention, both from the aspects of positive law, but also with regard to certain comparative solutions. It points to the flaws in the existing legislative framework and gives suggestions for their improvement. In addition, it briefly discusses the nature of this measure, as well as its advantages and disadvantages, and presents the reasons for its introduction.

УСТАВНОПРАВНА И УПРАВНОПРАВНА
ОБЛАСТ

Др Владан Михајловић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица
Мр Бојан Бојанић
Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

НАСТАНАК И РАЗВИТАК ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА У ПОЛИТИЧКОЈ И ПРАВНОЈ ПРАКСИ МОДЕРНЕ ГРАЂАНСКЕ ДРЖАВЕ

Анстракт:

Историју људског друштва обележава стална човекова борба за отпор и уздизање пред силама које га спутавају и угрожавају. У тој борби он (човек) је дуже времена био оспораван и понижаван него што је уживао у благодетима своје природе и слободe. Зато је доста рано повео борбу за стицање и освајање основних права и слобода и та борба траје и данас. Она је резултирала корпусом нових, развијених права и слобода са којима се појединац, грађанин испољава, потврђује као свестрано активно и радознало биће, жељно нових открића и изазова. Човекову жељу, опсесију за природном слободом и независношћу су назрели још рани антички филозофи-софисти да би је у новом веку још више подстицали грађански рационалистички филозофи. Њиховом заслугом развијена је доктрина индивидуалних грађанских права као светих и неотуђивих. Касније, развитак грађанске државе и демократије је проширио тај комплекс права и на нека нова – социјално-економска (културна и др) са којима се човек исказује као друштвено организовано и одговорно друштво које има осећај за друштвену правду, солидарност и једнакост међу људима.

Грађанска либерална држава која је донела формалноправну једнакост је заслужна за настанак индивидуалних (либералних) права и слобода да би социјална и правна држава та права померила даље и дала им социјалну културну и моралну димензију. У овој данашњој, модерној социјално одговорној држави (али и са елементима неолиберализма) прожимају се класична и нова права и слободe; грађанин се потврђује као индивидуа, себично, користољубиво биће али и као друштвено одговорно и одмерено биће које има и осећај за друштвену правду, солидарност и општељудске потребе и циљеве који задовољавају интересе целог друштва.

Кључне речи: *природно право, грађанин као субјект права и слобода, права и слобода, декларације о људским правима и слободама либерална*

индивидуална права и слободе, социјално-економска и друга права као израз државног интервенционизма, универзална људска права, култура људских права и криза људских права и слобода.

УВОД

Човек опстаје и дела као друштвено биће али се не одваја и не одриче ни индивидуалности и њених својстава која чине његов живот достојним и узвишеним. Преко друштвености човек се изградио и дошао и до своје индивидуалности. Он је најпре у заједници, њој потчињен и апстрахован а онда се временом „ослобађао“ од ње и стицао своју самосталност и индивидуалност. Од античке епохе је величан идеал заједнице у којој је појединац имао да нађе меру своје величине и опстанка. Заједница је била важнија од појединца а не обрнуто. Она је била све а он мање важна или чак и непризната вредност.¹ Истина Аристотел је то почео да мења јер је учинио доста за човека и његову индивидуализацију. Он га је прогласио политичком животињом (*zoon politicon*) која има природну жељу за заједничким животом и политичким општењем. Просто речено човек је по њему рођен са инстинктом државног живота и не може да живи без државе. Она се јавља као нешто нужно, као задовољавање његове природне потребе. За Аристотела човек не може да живи и опстаје без државе јер би тада био или звер или Бог.² Иако је држава по вредности још увек била изнад појединца признатија од њега, заслугом Аристотела буди се човекова личност и неумитно креће ка свом пуном остварењу – грађанину. Но, то ће се догодити тек много векова касније, заслугом буржоазије и њене рационалистичке физософије. У сваком случају човеков идеалан облик живота је онај у коме се друштвено и индивидуално стање поклапају и допуњују: где је друштвеност мера његове слободе и индивидуалности и обрнуто, где је слобода услов његове друштвености. Али то није увек тако, а нарочито није било у прошлости. Већ је речено да је појединац пре био друштвен (у заједници) него слободан и индивидуализован. Оно што се сада узима као највиши домет грађанске демократије то је некад било потцењено јер је заједница била важнија од појединца и изнад њега. И не само то. Од када постоји, човек је више понижаван и обесправљиван него што је осећао и уживао привилегије људског рода. Све до наше, модерне епохе он је потцењиван као вредност којој тежи политичко друштво, без правне заштите и гаранција. Колико год да је човек сретан и испуњен онда када је друштвен (у друштву) исто тако заслугом или кривицом друштвене заједнице може и да буде несретан и

¹ Др Рајко Кузмановић, Упоредни политички системи, „Нови глас“, Бања Лука, 1991. год. стр. 42

² Аристотел, Политика, Култура, Београд, 1970. год. стр. 5-6

обесправљен. То бива онда када она мање брине за њега него он за њу. Некада испада да можемо да будемо потпуни и неускраћени у својој срећи и слободи само када смо сами и када нам нико не смета да се потпуно посветимо себи. Но, таква срећа и слобода је имагинарна, не може се наћи, постићи у самоћи, усамљености. Само у друштвеном односу, различитим везама које нас прожимају и испуњавају можемо да будемо слободни и задовољни. Искуство из живота, праксе нас учи да је човек одувек био изложен и подложен и искушењу слободе и власти – ограничењима која ствара друштвени живот. Ради уживања пуних права и слобода природноправни филозофи су измислили природно-правни поредак, стање у коме добијамо оно што нам по природи ствари, рођењем припада. Но, наша друштвеност нас мами и наводи да се опробавамо и у чарима друштвеног (државног) живота који нам обећава више од онога што нам природа даје. Зато је наш напредак одувек повезан са жртвама. Колико је наш људски род добио у држави толико је изгубио оних благодети своје природе, природног стања које га није у свему задовољавало. Тако су се врло рано у људском бићу сукобиле две противуречне жеље које су му биле како ствари сада стоје он ни до данас није успело да их помири. Није се одрекао ни власти ни слободе (права). Једнако се појављује и као субјект слободе и (или објект) власти. Те две супротности као да иду једна уз другу јер жеља за моћи или власти (преко државе) постаје услов за остваривање прокламованих права и слобода. Држава спаја, мири те супротности и све се више остварује као средство одбране појединца од самовоље власти, поставља границу мешању у приватну сферу човековог живота. Држава је и настала да би решила сукоб између власти и слободе, индивидуалног и друштвеног. Од ње се очекује да створи такво правно и политичко стање у коме ће начело власти и начело слободе да се измире.³ Само постојање државе нас нагони да се запитамо шта је за нас важније: да будемо слободни или да владамо или се покоравамо. Да нам је само или више стало до слободе сигурно би смо се мање бавили и занимали за државу и власт. Но то није просто питање нашег избора нити само зависи од наше воље. Држава (и власт) представља једну од оних људских установа која дуго и упорно прати њихову историју. Шта год мислили о држави или је критиковали и оспоравали за њу још увек немамо адекватну замену. Она се вековима показује као рационална и успешна организација која нам је у свему потребна па и у ономе што нам наизглед одузима или ограничава слободе и права. Права и слободе нису природно својство човека како су доказивали поборници школе природног права нити су израз његовог слободног друштвеног стања и живота. Она реално постоје само у држави, и идеја о правима и слободама ван те стварности је, како

³ Љубомир Тадић, Традиција и револуција, Култура, Београд, 1972. год. стр. 234.

примећује Богдан Шешић, обична илузија.⁴ Зато држава није нешто неприродно што гуши и вређа појединца или му мења природу, одузима од ње оно што му она даје. И пре ње, човек није био ништа срећнији и безбрижнији. И пре ње је такође био и понижаван и угњетаван, ништа слободнији него у њој. Држава није покварила људску идилу нити је у људске односе први пут унела силу и принуђивање.⁵ Дакле у правом смислу човек и није имао и уживао права и слободе пре државе, све док му их она није обезбедила и подарила. Зато она не може да се окривљује за сумрак људских права и слобода или проглашава за последњи узрок неслободе. Не само да држава није услов ограничења или укидања права и слобода него је нужни политички и правни оквир за њихово уређивање, признање и заштиту. Чак и да постоје природна права она никада не би могла да се подигну на онај ниво правне и сваке друге заштите коју уживају позитивна права, призната од државе. Зато на државу треба гледати реално ни потценити је али ни преувеличати. Мада држава (и власт) може да се поквари и постане опасна по појединца и његова права и слободе то није нешто што нужно произилази из њене природе. Човека не угрожава и не понижава свака власт којој се покорава већ само она коју доживљава као насилничку и угњетачку.⁶ Држава заслужује поштовање јер ствара ред и правила о понашању у заједници и без ње би настала анархија у којој би јачи угњетавали слабије. Баш супротно од оног како то изгледа или се тврди, држава својом принудом не заводи насиље над људским правима и слободама него га путем правног поретка прекида.⁷ Изгледа да човек по својој природи не може да створи и остварује хармоничне услове живота. У њему је помешано и добро и зло, рационално и ирационално, креативно и рушилачко, и то остаје у њему као сукоб једног с другим у коме може да победи час једно а час друго. У свему томе је мање важан амбијент: држава или природа (друштво) а много је важније шта ће у човеку да превлада. Нико од нас није савршен нити може да се позива, или оправдава некаквим идеалним обликом живота. Колико год да жудимо за слободом, корпусом разноликих индивидуалних и колективних права толико и често подлежемо искушењима да једни друге понизимо или унесрећимо када нам се за то пружи прилика.

⁴ Богдан Шешић, *Нужност и слобода*, Култура, Београд, 1963. гдо. стр. 358.

⁵ Слободан Јовановић, *О суверености, уводно предавање из државног права*, Штампарија „Светозар Николић“, Београд, 1897. год. стр. 29.

⁶ Алексис Токвил, *О демократији у Америци*, свеска прва, Штапарија Београд, 1872. год. стр. 8-9.

⁷ Слободан Јовановић, Светозар Марковић, *Сабрана дела том 2*, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 112.

I

Иако је античка (и римска) епоха у целини била негативно настројена према човековој слободи ипак се прве мисли и идеје о људским правима и слободама срећу још у њој. За то су заслужни пре свега софисти који су први развили учење о природном праву које претходи позитивном (државном) и треба да буде његов узор. Софисти су се први суочили са проблемима античког друштва (устанцима робова, оштрим класним неједнакостима, ратовима и др.). Они су заслужни за то што су начели расправу о правди, једнакости, добру, слободи и другим општељудским вредностима које треба да красе античко друштво и унапреде његов живот. Разочарани у оно што је пружала стварност испуњена бројним друштвеним проблемима и конфликтима излаз су видели у враћању природном животу и величању природне једнакости. Тако је славни Хипија поручивао људима да су једни према другима сродници и пријатељи по природи, а не по закону јер оно што је једнако по природи, није и по закону пошто закон може да буде тирански и да приморава људе да раде нешто и мимо природе.⁸ Слично је говорио и Алкидамас када је веровао да је Бог све људе створио слободним и да никог није учинио робом.⁹ Из ових античких, али и каснијих нововековних учења рођена је доктрина природног права. Но ни сви антички мислиоци нису исто схватили једнакост ма колико да су јој били привржени. Аристотел, рецимо мудро резонује када тврди да је једнакост праведна али не за све него само за једнаке, као што опет оправдава и неједнакост када прихвата да и она може бити праведна ако се чини не свима, него само неједнакима.¹⁰ Античко схватање природног се разликује од оног што се под тим мислило касније. Антички мислиоци су величали људске врлине и веровали у идеал људског друштва које води савршенству и пуном развоју људске личности. Тај идеал људске лепоте и савршенства који се постиже развијањем врлина је могућ само ако се живи природно и у складу са оним што је за сваког најдостојније.¹¹ Баш заслугом античких филозофа права и слободе се повезују са правдом и праведним, дакле морално се оправдавају и вреднују. Права и слободе су тако услов нашег моралног поступања и повезана су са нашим моралним ставом или судом да ли смо поступали исправно или смо

⁸ Данило Н. Баста, *Право и слобода, О перспективи слободе у старој и нашој правној филозофији*, Издавачка књижевница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1994. год. стр. 108.

⁹ Драган М Стојановић, *Основна права човека, људска права и слободе у уставима европских држава*, Ниш, 1989. год. стр. 15.

¹⁰ Аристотел, *Политика*, БИГЗ, Београд, 1975. год. стр. 66.

¹¹ Коста Чавошки, *Идеја слободе и демократија, докторска дисертација*, Правни факултет, Универзитет у Београду, Београд, 1973. год. стр. 10

могли да направимо и другачији избор у одређеној ситуацији. При томе наравно не смемо превише да морализујемо и изгубимо из вида нашу проблематичну природу која није увек у складу са некаквим природним вредностима и животом. Не постоји ништа вечито, савршено и непроменљиво у људској природи по чему би човек био склон само слободи, правди, друштвености, једнакости и сл. Човекова природа је дубоко противуречна: он тежи друштвености али се није много одмакао од свог егоизма, рационалан је али и повремено изгубљен у свету својих ирационалности. Има много доказа да човек не живи у хармонији са природом, да није увек рационално и друштвено биће. Ерупције његове ирационалности нису случајне нити су увек изазване неким спољним условима. Услови за човекова права и слободе нису одређени само ван њега, већ и у њему самом. Чак и да му се дају онаква права и слободе каква жели или мисли да му по природи припадају, нема гаранција да ће их бити достојан или да се понаша у складу са њима. Човеков разум није слободан све док он сам није у стању да се уздржи од пребрзог попуштања сопственим жељама и да контролише своје страсти.¹² Античка а и каснија нововековна мисао више је развила теорију о правима и слободама него њихову праксу. Више се остало на филозофској расправи о томе да ли је боље једно или друго право, природно или људско (позитивно) него што се то проверавало у пракси. Природно право је непроверено добило епитет права које је боље и развијеније од позитивног права. То је зато што се сматрало да су људи по својој природи несавршени и да не могу да досегну до узвишених моралних вредности и идеала правде, правичности, једнакости и сл. које су укорењене у природном праву. Уз то људи су увек више били неслободни него слободни, више ускраћени у правима него што су их уживали. То је ишло на руку природноправним филозофима да констатују поражавајуће стање људских права и слобода, то да човек није обезбеђен, заштићен ни у једном моменту и сфери свог деловања и егзистенције. Но то само по себи не дисквалификује људско право и друштвена настојања да се стање људских права и слобода поправља и стално унапређује. У томе наравно поред успеха и победа има и неуспеха и пораза. Пут до најширих права и слобода је трновит: није присут ружама нити је праволинијски и не иде само узлазном линијом него је често испуњен и падовима, поразима и неуспесима. Државе се на том пољу све боље доказују, одричу се неславне прошлости и све више раде на томе да створе најшире друштвене, материјалне, правне и друге услове и гаранције за уживање слобода и права. Све је мање држава које игноришу стање људских права и слобода или не раде на њиховом побољшању, унапређивању. Шта више и до скоро (пре неку деценију) крвави

¹² Џон Лок, Оглед о људском разуму, Култура, Београд, 1962. год. стр. 280.

режими попут Чилеа, Салвадора, Аргентине и др. се замењују демократским. Они дају све од себе да поправе ружну прошлост и избришу из колективног сећања ужасне слике патње кроз које су прошли многи грађани изложени суровој репресији. Од апарата репресије модерне државе све више постају средства гарантовања и заштите прокламованих права и слобода. Зато и та подела на природна и позитивна права и слободе постаје излишна. Она губи смисао уколико по квалитету и заштити позитивна права и слободе не заостају или мање вреде од оних природних. Но та идеја природних и донекле узвишених права и слобода није бесмислена и у данашњем смислу излишна. Наиме право никад не треба да буде сувише позитивно и ограничено на оно што јесте, чему смо ближи и од чега зависи наш свакодневни живот. Оно би требало на неки начин да се уздигне изнад свакодневнице, да стреми универзалним људским и моралним вредностима које су вечите, никад се до краја не могу достићи и постићи. Но такође не смемо да заборавимо да је једнакост људи у уживању права и слобода више формална и релативна. Та правна једнакост није довољна јер не отклања узроке друштвених противуречности и сукоба услед којих настају различити облици друштвених неправди и зла.¹³

II

Заслугом буржоазije грађанска епоха (друштво) је донела право, правду и слободу за човека. Она се прочула са својим уставима и свечаним декларацијама у којима је прокламовала грађанска права и слободе којих се данас нико не одриче и брани их као највећу светињу. Но то што је буржоазija урадила у новом веку није било случајно и изненада. За то се наша цивилизација припремала много раније, још од средњег века када су начињени први важни кораци напред у признавању и гарантовању основних људских права и слобода. Средњи век се прочуо по разним повељама, картама, декларацијама и другим актима од историјског значаја у којима су забележена важна права властеле и свештенства (али и грађана) и прокрчен пут ка даљој институционализацији људских права и слобода. Иако од историјског значаја, ови акти се ипак не могу поредити са каснијим уставним актима и декларацијама о људским правима и слободама. По проф. Драгану Стојановићу, она чине само предисторију основних права с тим да им недостаје индивидуалистичка црта.¹⁴ Ова права су настала из борбе феудалног племства и свештенства за очување, одбрану својих привилегија и

¹³ Проф. др Милан Томић, Људска права и слободе – проблеми и перспективе, реферат објављен у Зборнику радова: „Актуелност и значај људских права и слобода, Правни факултет у Источном Сарајеву, Пале 2010. год. стр. 4.

¹⁴ Драган М. Стојановић, Уставно право, књига I, Бона Фидес, Ниш, 2001. год. стр. 311

као таква су имала ограничено значење. Пошто нису важила за све грађане, припаднике заједнице него само за поједине сталеже, већ поменути проф. Драган Стојановић их с правом назива сталешким правима. Без обзира на та ограничења ови писани акти се узимају као клице и зачетак нове ере у развоју људских права и представљају претече каснијих писаних устава који су довршили процес конституционализације људских права. У ред тих средњовековних аката свакако највећи значај има чувена Magna carta libertatum (Велика повеља о слободама) од 1215. год. али и други каснији документи: Петиција о правима од 1628. год. Закон о неповредивости човекове личности од 1679. год. Бил о правима од 1689. год. и др. Сви ти акти су били усмерени ка сузбијању, самовоље извршне власти, јачању представничке власти а што је најважније прокламовали су нека темељна и лична и др. грађанска права која ће постати окосница нове грађанске цивилизације – буржоаске грађанске демократије. У томе је предњачила Енглеска (јер се ту зачела идеја конституционализације, питање власти, њеног ограничења и положаја владара) али и друге земље, Шпаније, Пољске па чак и наша рана, средњовековна Душанова Србија.

Све то што је у средњем веку зачело племство, то је у новом веку успешно преузело и наставило грађанство као предводник покрета за општељудску еманципацију. Грађанство је пронашло снагу и инспирацију за своју водећу улогу у рационалистичкој доктрини и филозофији са којом је повело трећи staleж у борбу против владајућих феудалних односа и институција.¹⁵ Рационализам је разорио свемоћ апсолутистичке владавине и указао на границе свачије власти па и самовоље. Та ограничења власти или границу моћи политичких владара рационалистички филозофи (пре свих Џ.С. Мил) виде у постојању и гарантовању неприкосновених људских права и слобода. Тако Мил сматра да је суштина слободе у томе да тежимо сопственој добробити и једино због чега се према појединцу може праведно применити сила је – спречити га да чини неправду другима.¹⁶

Тек су прве велике револуције биле инспирације и првих великих повеља, декларација о људским правима и слободама. Револуције су и вођене у име освајања и признавања права, слобода и једнакости па је и природно што су остале упамћене по тим својим декларацијама у којима су прокламована бројна права и слободе. Ту се свакако истичу америчке декларације – она државе Вирџиније од 1776. год. и надалеко чувена Декларација о независности од 4. јула 1776. год. али и она француска – Декларација о правима човека и грађанина од 26. августа 1789. год. Све оне су упамћене по импозантним листама индивидуалних права и слобода а ова

¹⁵ Снежана С. Савић, Почети теорије и филозофије права у Србији, Бања Лука, 1998. год. стр. 20.

¹⁶ Џон Стјуарт Мил, О слободи, Филип Вишњић, Београд 1988. год. стр. 691.

француска је превазишла националне границе, добила универзални карактер прогласивши општепризната права и вредности. У основи свих тих декларација стоји она велика идеја о слободи братству и једнакости коју је тако звучно и импресивно пронела баш француска буржоаска револуција. Ова права и слободе које су произашла из револуција, имају своју природноправну и рационалну основу и инспирацију. Она су схваћена као природна права која одговарају природним законима и људском разуму. Такво схватање људских права за Лока је, рецимо последица поштовања природног стања у коме доминирају природни закони и владавина разума.¹⁷ Заслугом природно-правних филозофа права и слободе су неодвојиве од људске природе. Без њих наш живот нема смисла и управо тежња ка истицању и величању природног стања живота погодује напретку и ширењу права и слобода. Револуције су ослободиле човека, вратиле га његовој природи али не и природном стању живота. Човек је остао у политичкој заједници, закорачио је у нови поредак грађанске демократије али се није одрекао себе, своје воље коју је преточио у општу вољу народа. Како је то добро уочио и тврдио Русо, сваки појединац је ушао у састав збирне личности народа, преко које сам собом управља. Дакле створена је заједница, такав поредак у коме људи узајамно поштују своја природна права на начин да се не потцењује или прецењује воља појединаца. Уствари права и воља сваког појединца, грађанина има једнаку вредност захваљујући томе што је створен такав друштвени поредак у коме се поштује воља сваког односно у коме се сваки појединац покорава одлуци већине. То је уствари демократија, демократски поредак који је по замисли буржоаских рационалистичких филозофа најближи и најприлагођенији стању природноправног поретка. Грађанско друштво (демократски поредак) је направило спој природног стања са позитивним стањем, поредком. Оно је створило позитивне законе али их није одвојило од природних закона нити их је супротставило. Ти позитивни закони су дело ових природних и из њих произилазе. То исто важи и за грађанска индивидуална права и слободе. Оне су укорењене у људској природи, имају тај епитет светих, урођених права која су дата човеку од природе и као таква су неотуђива, нико му их не може преотети нити их умањити, ограничити. Док је раније, у односу заједнице и појединаца доминирала заједница а појединац био безначајан сада појединац постаје важнији од заједнице. Он је на неки начин изнад ње, она му служи, не сме да ограничава нити спутава његова права и слободе. То јасно наглашавају ове буржоаске декларације: како америчка, у којој стоји да су људи слободни и независни, имају урођена права којих нико не може да их

¹⁷ Дарко Симовић, Радомир Зекавица, Полиција и људска права Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2012. год. стр. 18.

лиши или Француска у којој се истиче да је циљ сваког политичког удруживања очување природних права – слободе, својине, сигурности и отпора угњетавању.¹⁸ Уместо да се ограничава појединац, грађанин, сада се уводе ограничења заједници односно политичкој власти. Та ограничења власти, границу моћи владара, по Милу поставља слобода, да би касније ту границу постављала уставна ограничења која предвиђају пристанак заједнице као услов за доношење политичких одлука.¹⁹ То што заједница трпи ограничење према грађанима не значи да је против њих, права и слобода која им припадају. Уствари политичка заједница је и образована да би човеку пружила бољу заштиту од оне коју је имао у природној заједници. Она је и настала да би појединцу обезбедила да у миру и безбедности несметано ужива своја права и имовину. Оно што нико сам не може да учини, осигура своју личну безбедност и добра то је од њега у стању да боље уради држава односно политичка заједница. Ту се власт појединца над самим собом и власт заједнице не разилазе или сукобљавају него се напротив стапају и саглашавају. Такође и права која свако ужива као човек и која му припадају или их добија од заједнице као грађанин се не разликују. Оно што му по природи припада заједница (држава) не сме својим законом да му ограничи. Једина ограничења која могу да му се наметну произилазе из природних а не људских закона: да нико не може да има ни више или мање од другог, да границу у уживању права и слобода једног човека представљају једнака права и слободе другог човека.

III

За разлику од средњег века који је развио концепцију корпоративних права буржоазија је у новом веку донела и развила идеју индивидуалних права. То је било у складу са њеним учењем о грађанској (индивидуалистичкој) демократији која се ослања на грађанина као водећег субјекта друштвеног развитка. Грађанин се нашао у средишту друштвеног и политичког живота грађанског друштва и по њему је и названа и та демократија као грађанска и либерална (индивидуалистичка). Та демократија је, по проф. Јовану Ђорђевићу означила победу оних рационалних идеја које је изградила хришћанска, толерантна, морална и индивидуалистичка

¹⁸ Видети тачку 1. Била о правима Устава државе Вирџиније од 1776. год. објављеног у „Декларације и основни документи“, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год. стр. 27. па члан 1. и 2. Декларације о правима човека и грађанина од 1789. год. објављене у „Декларације и основни документи“ Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год. стр. 29.

¹⁹ Џон Стјуарт Мил, О слободи, „Филип Вишњић“, Београд, 1988. год. стр. 36.

цивилизација Западне Европе.²⁰ Таква демократија се ослањала и рачунала на грађанина који може слободно да бира, делује и одлучује у друштвеном животу руководећи се првенствено својим интересима и амбицијама. Буржоаски либерализам фаворизује појединца а не заједницу, претвара друштво у арену за слободно такмичење међу појединцима у коме побеђују најбољи и најуспешнији. То је поредак који повлађује себичности појединца на уштрб целе заједнице или потреби да се изгради солидарност и брига за оно што тишти, повезује све чланове друштва. Зато су и грађанска права у либералној епохи имала изразито индивидуалистичку и утилитаристичку црту. Она су схватана у природноправном смислу као вечита, неотуђива, нешто што сваком припада по природи и што му нико не може да ускрати или ограничи. Тако се под плаштом природне рационалности сакрила и устоличила себична ирационалност човека које је увелико компромитовала вредности и идеале те новонастале хришћанске, моралне и толерантне европске цивилизације. У име слободе и себичности појединца заборавило се на интересе целе заједнице. Појединац је сузбио и ограничио заједницу а не она њега. За поборнике либерализма човекова слобода нема границу у заједници него само у једнакој слободи другог појединца. Ова индивидуална права се одређују као права слободе појединца према држави²¹ и значе њено искључивање из те приватне сфере човековог живота. Уствари држава је ту присутна само у смислу гарантовања и осигурања слобода и права које човеку припадају као природном и рационалном бићу. Слобода човека би била принципијено неограничена а утицај државе на њу, њено захватање је принципијелно забрањено и ограничено.²² Слобода у либералном смислу нема друштвени циљ него се осмишљава или обесмишљава у индивидуалном нахођењу сваког појединца. Како ће неко да користи своја права и слободе, то је његова приватна ствар и не тиче се других а нарочито не заједнице. Она немају моралну и вредносну оријентацију нити су усмерена ка неким циљевима који излазе из оквира аутархичног и себичног живота појединца. То је и највећа замерка, концепту грађанских и индивидуалних права и слобода. Те слободе и права су постављене и развијене крајње индивидуалистички и неограничено (либералистички). Ма колико да је везана за појединца ова грађанска, либерална слобода је апстрактна а не конкретна, реална слобода која поштује реалне оквире друштвеног живота или делимично испуњава и некакве реалне друштвене циљеве. Овако схваћена слобода више води у неслободу. То је уствари

²⁰ Проф. Јован Ђорђевић, Политички систем, „Савремена администрација“, Београд, 1988. год. стр. 104.

²¹ Др Драган М. Стојановић, Основна права човека, људска права и слободе у уставима европских држава, Ниш, 1989. год. стр. 67.

²² Ибид, стр. 67.

злоупотреба слободе. Слобода се не испољава у празном деловању или уживању него у сврсисходном поступању које у оном Хегеловом смислу подразумева овладавањем нужности. Или простије речено што човек више ради, остварује задате циљеве то је и слободнији а не обрнуто. Овакав апстрактни и егоистички карактер либералних грађанских права су критиковали противници либералног капитализма али су ту критику, као оправдану прихватиле и саме присталице, идеолози либерализма.

Насупрот природноправној школи и доктрини која је развила концепт природних права, правни позитивизам је померио идеју људских права и слобода на супротну страну. Њеном заслугом концепт субјективних права је замењен појмом јавних права. Сада је деловањем државе промењена природа људских права. Од природних она постају рефлекс јавних права.²³ То је и последица промењене природе и улоге државе односно њеног већег утицаја на сферу приватног живота човека. Наиме модерна држава се све више меша у човеков живот и својим разноврсним друштвеним, привредним, културним и другим активностима помаже људима да задовоље најразноврсније интересе и потребе. Оваквом појачаном активношћу државе се основним правима одузима самосталност па се она третирају као норме државне власти које она себи издаје.²⁴ Устави тим правима се одузима субјективитет, она више служе јавном интересу, реду, миру и сл. а само у мањем обиму се појављују као некаква субјективна овлашћења за грађане. Уместо либералне државе на јавну (друштвену) сцену ступа социјална и правна држава која интервенише у привреду, друштвени живот и односе доприносећи развоју и бољем задовољавању људских потреба. Тако се променио и сам смисао људских права и слобода какав је био до тада – традиционални, грађански и природноправни. Индивидуалистички концепт људских права и слобода заснован на слободном тржишту и конкуренцији се допуњује и шири новим концептом који у себи укључује корпус нових права и то пре свега оних у социјално-економској сфери. Сада људска права и слободе добијају друштвену функцију, не служе егоизму човека него се њима тежи постизању ширих друштвених интереса. Пошто више нису чисто субјективна права она не могу да буду неограничена него нужно трпе ограничења у друштвеном интересу. Овакав концепт људских права и слобода датира од краја Првог светског рата, а нарочито од Устава Вајмарске Републике 1919. год. Овај устав је изразио принципе нове организације друштвеног живота и привреде који су водили јачању, и ширењу социјалне и економске демократије. Он је либерална и индивидуална права допунио овим социјалним и економским, створио модел либерално-социјалних права али са већим акцентом на овај

²³ Ибид стр. 34.

²⁴ Ибид, стр. 34.

социјално-економски корпус. То се види из одредби којима је успостављена социјална функција својине, уведене мере експропријације приватне својине, могућност колективизовања, удруживања или подруштвљавања предузећа, саодлучивања радника у привреди (преко савета) заједно са послодавцима²⁵ и др. Ова нова социјално-економска права су произашла из једне нове доктрине или теорије о друштвеној солидарности и социјалној правди, али и нове и промењене улоге државе. То више није класична и класна творевина него постаје све више социјална организација са развијеним социјалним функцијама. Таква социјална држава треба подједнако да брине о свим грађанима, да им омогући да имају једнаке шансе, могућности за остваривање својих иницијатива, планова и активности. Она је такође и позвана да у интересу правде и друштвене солидарности интервенише у друштвеном, односно привредном животу и односима и то тако што ће заштити оне који су слабији и незаштићени. То држава више није могла да уради штитећи индивидуализам, индивидуалистички концепт људских права и слобода. Уместо њега, развила је другачији концепт који одговара потребама модерног друштва у коме мора да се успостави равнотежа између приватног и јавног интереса или чак овом (јавном) да извесна предност.

IV

Концепт модерних људских права и слобода укључује у себи корпус, како индивидуалних, грађанских слобода и права тако и оних других-културних, образовних и социјално-економских права која су настала као последица промењене улоге и значаја државе. Ова данашња, модерна држава припада типу социјалне и правне државе, са развијеним социјалним и правним функцијама и дошла је након претходне, либералне државе. Истина идеје либерализма, либералне државе нису потпуно исчезле већ се кроз неолиберализам оживљавају у различитим облицима и донетима. То управо и одражава овај концепт садашњих права и слобода. Он уважава и једно и друго: либерални индивидуализам и социјално-економски одговорни однос државе према потреби остваривања социјалне правде, једнакости и солидарности. Иако и данас оперишемо са категоријом природних права чињеница је да претежу ова друга, позитивна јер највећи број људских права је везан за државу и њен правни поредак.²⁶

²⁵ Видети: чланове 155-165 Устава Немачког Рајха од 1919. год. преузет из књиге др Љубице Кандић, Одабрани извори из опште историје државе и права, седмо издање „Савремена администрација, Београд, 1992. год.

²⁶ Проф. др Зоран Радивојевић, Уводна реч са научног скупа: Уставне и међународноправне гаранције људских права одржаног 28. маја 2008. год. на Правном факултету у Нишу, објављена у Зборнику радова, стр. 1.

Како год схваћена људска права и слободе су од времена великих револуција (пре свега француске) величана као водећа политичка идеја и стремљење напредних друштвених снага. Нема тог друштвеног или политичког (идеолошког) пројекта који има светлу будућност а да у себе не укључује проблематику права и слобода. Мада на том плану нема ограничења, врхунца у развоју и постизању пуних људских права и слобода не значи да нема и претеривања и њихових злоупотреба. Уствари све што се дешава у друштву – позитивно или негативно се прелама кроз призму људских права и слобода. Она су актуелна тема наше модерне епохе и користе се у разне сврхе и са различитом аргументацијом. Поред оправдане бриге за свестран развој људске личности, богатство и разноврсност њеног живота данас се срећемо и са појавама претеривања и нерационалног односа према проблематици људских права и слобода. Форсирано бављење или пренаглашено истицање проблема људских права и слобода тамо где их нема (или има пуно мање) има и своју сумњиву позадину и мотивацију. Иза тога често стоје прагматски интереси или се тобожња хуманост прикрива користољубљем и себичним интересима.²⁷ Но често се права и слободе претерано истичу или злоупотребљавају и у политичке сврхе. Осим земаља (и режима) које трпе оправдану критику због занемаривања и кршења људских права и слобода има и оних других којима се та тема измишља и намеће из политичких разлога. У обрачуну са неистомишљеницима или супротним политичким и идеолошким покретима (државама) људска права и слободе су моћно оружје њихове дискредитације. Некада се она стављају и изнад интереса државе, њеног суверенитета а најгрубљи облик њихове манипулације може бити оправдавање војне интервенције против неке државе у име „заштите“ људских права.²⁸ Поред бриге или заштите индивидуалних права и слобода често се употребљавају па и злоупотребљавају права и слободе националних мањина и етничких група. То је „осетљива тема“ у вишенационалним срединама и државама и лако постаје извор конфликта и нестабилности – како унутрашњих тако и спољашњих (са другим државама или међународном заједницом).

Уз све ове ограде или ризике да се права и слободе не користе у политичке или неке друге (недозвољене) сврхе она су свакако темељна друштвена вредност која мора да се поштује и штити. Постоји широк спектар инструмената за заштиту људских права од којих је приморан онај унутрашњеправни – (судови, заштитник грађана и др.) али је све значајнији и

²⁷ Проф. др Зоран Арвамовић „Демократија и инструментализација људских права, реферат објављен у Зборнику радова „Актуелност и значај људских права и слобода“ Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2011. год. стр. 61.

²⁸ Ибид, стр. 64.

онај спољашњи, међународноправи. Процес интернационализације људских права и слобода довео је до промене механизма међународног права и његовог односа према унутрашњем праву – омогућио је да се оно умеша у односе суверених држава према својим грађанима.²⁹ То је свакако подигло квалитет и ниво заштите, поштовања индивидуалних и колективних права у свету али је и отворило одређене проблеме, створило сукобе на релацији појединих држава и међународне заједнице и њених (пре свега) судских институција.

Људска права и слободе су правно омеђене, сведене у оквире посебних држава (а онда и међународне заједнице) но то им не умањује универзалност, опште људске вредности и идеале којима теже. Иако универзалне по својим амбицијама и циљевима, слободе и права су сведене у оквире реалног друштва и живота. Оне су подложне различитим историјским, националним, културним и другим условима и ограничењима која их релативизују. Зато универзалност није или тешко може да буде идеалан облик и принцип живота јер се по природи ствари ограничава, релативизује. Колико год да тежимо општем, идеалном каталогу људских права за све, питање је да ли је могуће достићи опште стандарде у уживању права и слобода у свим друштвима без обзира на њихову културну и контекстуалну разлику.³⁰ То би можда значило да наспрам развијених земаља Европе и света које подржавају универзална људска права постоје и оне друге, мање развијене које одступају од универзалних норми и вредности људског живота наводећи ту културну релативност или специфичност као разлог томе.³¹ Иако не можемо да супростављамо поједина друштва и културе по томе да ли су отворени или затворени према универзалним људским правима и вредностима сигурно је да се она разликују у степену, нивоу остварених и заштићених (гарантованих) права и слобода. Не само да ту постоје разлике него се чак сматра да је и сам идеал универзалних права преамбициозан и да тај програм људских права – како политички тако и правно пролази кроз нестабилну фазу или чак доживљава и праву кризу.³² Свакако да је модеран свет данас више интегрисан него што је био некад. То не значи да су све државе у њему подједнако успешне или у друштвеном,

²⁹ Др Ирена Пејић, Гаранције људских права у националном поретку: уставносудска заштита, реферат објављен у Зборнику радова, Уставне и међународноправне гаранције људских права, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2008. год. стр. 262.

³⁰ Др Абдулахи Ахмед Ан-Наим, Универзалност људских права: решавање парадокса у циљу унапређивања праксе, Анали Правног факултета у Београду, Београд, бр. 4/2009 стр. 30

³¹ Ибид стр. 29

³² Др Миодраг А. Јовановић, др Ивана Крстић, Људска права у XXI веку између кризе и новог почетка, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4/2009 стр. 10

економском, културном и другом погледу уједначене. Баш супротно томе ма колико блиске, државе у свету се у много чему разликују па и у питању признавања, поштовања и гарантовања људских права.

Зато се с правом истиче, говори о концепту културе људских права, уочава постојање различитих култура људских права а не само једне, опште која одговара стандардима постављеним у Универзалној декларацији о људским правима.³³ Ова култура људских права је у корелацији са постигнутим степеном политичке културе и демократије. То значи да политички развијенија (демократичнија) друштва имају и боље резултате на плану признавања и заштите људских права. И обрнуто, неразвијене земље, пре свега оне у транзицији, са неразвијеном културом и демократијом показују већи јаз између нормативног и фактичког, прокламованог и оствареног.³⁴ Оне се само привидно, декларативно залажу за поштовање универзалних вредности, принципа па и људских права. Због заостале политичке културе и недемократије у стварности показују своје право, друго лице, откривају своју репресивну природу и нетолеранцију према поштовању људских права и слобода. Управо због различите културе људских права произилази и њихово различито схватање и тумачење у пракси због чега је тешко изградити и наметнути свим друштвима њихов општи, универзално – ванвременски појам.³⁵

Без обзира на то како и колико гледамо на људске и друштвене разлике и толеришемо их или не, прихватамо или не, различите културе људских права сва она (права) ипак имају нешто заједничко. Свако људско право и слобода ма колико било развијено изражава вредност коју придајемо људском бићу. Оно је тиме и морално одређено а не само правно уређено. Дакле људско право се посматра са морално-правног аспекта и признаје грађанину али и индивидуи као моралној особи и оно као такво има и своје морално оправдање. У праву се стиче правни интерес и морални оправдани захтев за остваривање тог интереса. Овај морални захтев који истиче појединац као морална особа је услов да га прихватају други појединци и поштују као личност која има могућност да бира оно што жели, циљеве и вредности које настоји да оствари, постигне. Без тог моралног аспекта правна садржина људских права не би имала смисла. Она не би била упућена појединцу који има своју индивидуалност, интегритет и могућност да бира и брани свој животни избор али и такође поштује друге и њихов животни избор.

³³ Др Јасминка Хасанбеговић, Култура и(или) идеологија људских права – реторика и реалност, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4/2009 стр. 82-83

³⁴ *Ибид*, стр. 85

³⁵ Јован Ћирић, Анти-хуманизам идеологије људских права, *Социолошки преглед*, вол. XXXIV (2000. год) но 1.2. стр. 73

Mihajlović Vladan, LL.D

Full Professor

Bojan Bojanić, LL.M

Teaching assistant

**THE APPEARANCE AND DEVELOPMENT OF HUMAN RIGHTS AND
FREEDOM IN THE POLITICAL AND LEGAL PRACTICE IN A
MODERN CIVIL STATE**

Summary

People have come a long way from the slave to the free person. Along the way, people were falling, stumbling, rose and would finally, today, become pleased with them. At the beginning, in the time of slavery, the people were deprived their personality and did not feel like human beings. Early ancient philosophers – sophists, are responsible for the birth of the idea of natural rights. To these natural rights, a light faith to the people themselves came back and faith that all of these is not lost and that the future even exit for them. The excited hope, which in the new century, was encouraged even more by the rationalist philosophers who developed the doctrine and practice of the individual (liberal) law. Later, with the development of a civil state and democracy classical and individualized rights are extended and enriched with the corpus of new social, economic or cultural rights. Together with these rights, people are confirmed as socially responsible beings, beings that have a sense of social justice, equality and solidarity.

Академик проф. др Миодраг Н. Симовић

Судија Уставног суда Босне и Херцеговине и редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, дописни члан Академије наука и умјетности Босне и Херцеговине, инострани члан Руске академије природних наука и члан Европске академије наука и умјетности

Проф. др Владимир М. Симовић

Тужилац Тужилаштва Босне и Херцеговине и ванредни професор Факултета за безбједност и заштиту Независног универзитета у Бањој Луци

Доц. др Марина М. Симовић

Секретар Омбудсмена за дјecu Републике Српске и доцент на Факултету правних наука Универзитета „Апеирон“ у Бањој Луци

КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА У ПРАКСИ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ: НАЈНОВИЈА ПРАКСА У КРИВИЧНИМ ПРЕДМЕТИМА (I)

Анстракт:

Уставни суд Босне и Херцеговине је оригинална институција бх. уставног права којој је намијењена функција опште контроле подуставног права, с једне, и посебне заштите Устава Босне и Херцеговине, путем специјалних уставносудских процедура, с друге стране. Ширином својих контролно-заштитних функција и компетенција, као и правном снагом својих одлука, Уставни суд Босне и Херцеговине по правилу надилази сличне правно-политичке и правосудне институције које постоје у другим државама. Аутори у раду дају осврт на новију кривичноправну праксу Уставног суда Босне и Херцеговине, и то најприје у контексту значења права на правично суђење и права на личну слободу и сигурност личности. Подсјећају да када се оптужени и његов бранилац жале да им нису осигурани одговарајући услови за одбрану, одговорност суда је да одлучи да ли се може наставити са суђењем, а да се не прекрши члан 6 став 3б) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. При томе се мора водити рачуна о томе да право оптуженог да слободно комуницира са својим браниоцем у припремању одбране буде од апсолутно централног значаја за концепт правичног суђења. Пишу и о праву на имовину, праву на преиспитивање судске одлуке и принципу *ne bis in idem*. Посебно се у вриједносно оријентисаном или материјалном тумачења Устава Босне и Херцеговине

*Академик проф. др Миодраг Н. Симовић, проф. др Владимир М. Симовић,
доц. др Марина М. Симовић*

истиче актуелна пракса садржана у одговарајућим пресудама Европског суда за људска права

Кључне ријечи: Устав Босне и Херцеговине, Уставни суд Босне и Херцеговине, право на личну слободу и сигурност личности, право на правично суђење, Европски суд за људска права, Европска конвенција за заштиту људска права и основних слобода.

1. Увод

У складу са чланом VI/3b) Устава Босне и Херцеговине, Уставни суд Босне и Херцеговине¹, такође, има апелациону надлежност у питањима која су садржана у овом уставу када она постану предмет спора због пресуде било којег суда у Босни и Херцеговини. У складу са чланом 18 став (1) Правила Уставног суда², Уставни суд може разматрати апелацију само ако су против пресуде, односно одлуке која се њоме побија, исцрпљени сви дјелотворни правни лијекови могући према закону и ако се поднесе у року од 60 дана од дана када је подносилац апелације примио одлуку о посљедњем дјелотворном правном лијеку којег је користио.

Према пракси Европског суда за људска права³ и Уставног суда, задатак ових судова није да преиспитују закључке редовних судова у погледу чињеничног стања и примјене материјалног права⁴. Наиме, Уставни суд није надлежан да супституира редовне судове у процјени чињеница и доказа, већ је, уопштено, задатак редовних судова да оцијене чињенице и доказе које су извели⁵. Задатак Уставног суда је да испита да ли су, евентуално, повријеђена или занемарена уставна права (право на правично суђење, право на приступ суду, право на дјелотворан правни лијек и др.), те да ли је примјена закона била, евентуално, произвољна или дискриминацијска.

Уставни суд ће се, дакле, изузетно упустити у испитивање начина на који су надлежни судови утврђивали чињенице и на тако утврђене чињенице примјенили позитивноправне прописе, када је очигледно да је у одређеном поступку дошло до произвољног поступања редовног суда, како у поступку утврђивања чињеница, тако и примјене релевантних позитивноправних прописа.⁶ У контексту наведеног, Уставни суд је у више својих одлука

¹ У даљем тексту: Уставни суд.

² Пречишћени текст („Службени гласник Босне и Херцеговине“ број 94/14).

³ У даљем тексту: Европски суд.

⁴ Види Европски суд, *Pronina против Русије*, одлука о допустивости од 30. јуна 2005. године, апликација број 65167/01.

⁵ Види Европски суд, *Thomas против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 10. маја 2005. године, апликација број 19354/02.

⁶ Види Уставни суд, одлука број АП 311/04 од 22. априла 2005. године, став 26.

указао да очигледна произвољност у примјени релевантних прописа никада не може водити ка једном правичном поступку⁷.

2. Право на правично суђење и право на личну слободу и сигурност личности

На питање има ли апелант или хоће ли имати правично суђење пред редовним судовима - не може се одговорити док је поступак у току. Према пракси Уставног суда и Европског суда, питање да ли је поштован принцип правичног суђења треба сагледати на основу поступка у цјелини. С обзиром на сложеност кривичног поступка, евентуални процесни пропусти и недостаци који се појаве у једној фази поступка могу бити исправљени у некој од наредних фаза истог тог поступка. Слиједом тога није могуће, у принципу, утврдити је ли кривични поступак био правичан док се поступак правноснажно не оконча.⁸

У предмету Уставног суда, број АП 3512/15 од 10. новембра 2015. године, кривични поступак против апеланта још није био окончан, већ су, у тренутку подношења апелације, донесена само процесна рјешења којим је апеланту одређен и продужен притвор. У вези с тим, Уставни суд примјеђује да оспорена рјешења не представљају „утврђивање основаности кривичне оптужбе“ против апеланта у смислу члана 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људска права и основних слобода⁹. Сагласно наведеном, имајући у виду одредбе члана 18 став (3) тачка л) Правила Уставног суда, Уставни суд закључује да је апелација, у односу на право на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људска права и основних слобода¹⁰, преурађена.

Европски суд у својој пракси заузео став да постојање „основане сумње“ на којој се заснива лишавање слободе чини суштински дио гаранција против произвољног хапшења и представља *conditio sine qua non* за одређивање или продужење притвора. Постојање „основане сумње“ претпоставља постојање чињеница или информација на основу којих ће, како је то Европски суд указао, објективни посматрач закључити да је особа у питању могла починити кривично дјело за које се терети. Шта ће се

⁷ Види Уставни суд, одлука број АП 1293/05 од 12. септембра 2006. године, тачка 25 и даље.

⁸ Види Европски суд, *Barbera, Meeseque и Jabardo против Шпаније*, пресуда од 6. децембра 1988. године, серија А, број 146, став 68 и Уставни суд, одлука број У 63/01 од 27. маја 2003. године, тачка 18.

⁹ Види, Уставни суд, одлука број АП 3271/13 од 23. децембра 2013. године, доступна на www.ustavnisud.ba, тачка 26.

¹⁰ У даљем тексту: Европска конвенција.

сматрати „основаним“, зависиће од свих околности случаја. Чак и у случајевима када се од полиције и других органа гоњења захтијева хитно поступање због заштите интереса јавне сигурности, јавна власт мора пружити бар неке чињенице или информације из којих би се видјело да је постојала основана сумња да је особа лишена слободе починила кривично дјело за које се терети¹¹. При томе, Уставни суд указује да у тренутку одређивања притвора не мора бити са сигурношћу утврђено да је кривично дјело заиста и почињено, те не мора бити утврђена његова природа. Коначно, сходно члану 5 став 1 Европске конвенције, законитост притвора оцјењује се на основу домаћег закона, односно мора имати правни основ у домаћем закону, с тим да лишавање слободе мора бити у складу са сврхом члана 5 Европске конвенције, тј. лице које је у питању мора бити заштићено од произвољности¹².

Произвољност лишавања слободе односи на поштовање процедуралних захтјева закона, који је примијењен у конкретном случају и који мора бити усклађен и са стандардима из Европске конвенције. Такође, Уставни суд подсећа да се одређивање притвора у раздобљу прије подизања оптужнице не смије за осумњиченог претворити у казну. Стога је притвор допуштено одредити само у случају у којем постоји „основана сумња“ да је особа починила кривично дјело, те закон за одређивање притвора увијек тражи кумулативно постојање општег услова, дакле „основане сумње“ да је особа починила кривично дјело и постојање барем једног од посебних разлога таксативно набројаних у закону.

Такође, Уставни суд указује на то да одредба члана 5 став 3 Европске конвенције захтијева да лице буде лишено слободе у складу са чланом 5 став 1ц) Европске конвенције, тј. да је лишавање „законито“ у смислу наведеног члана, а обухвата подједнако и процедуралну и материјалну заштиту таквих лица. При томе је постојање основане сумње да је лице лишено слободе починило кривично дјело које му се ставља на терет *conditio sine qua non* за одређивање или продужење притвора. Међутим, то након одређеног времена није довољно, већ се мора процијенити да ли за притвор постоје релевантни и довољни разлози¹³. Према даљем ставу Европског суда, оправданост притвора зависи и од околности конкретног случаја које морају бити такве да упућују на постојање општег (јавног) интереса који је тако важан и значајан

¹¹ Види, Европски суд, *Fox, Campbell u Hartley против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 30. августа 1990. године, серија А број 182, тач. 32-34 и *Stepuleac против Молдавије*, пресуда од 6. новембра 2007. године, апликација број 8207/06, тачка 68.

¹² Види Уставни суд, одлука о допустивости и меритуму, број АП 5842/10 од 20. априла 2011. године, доступна на веб страници Уставног суда www.ustavnisud.ba.

¹³ Види Европски суд, *Trzaska против Пољске*, пресуда од 11. јула 2000. године, апликација број 25792/94, став 63.

да, упркос пресумпцији невиности, претеже над принципом поштовања слободе појединца.

Доводећи у везу наведене ставове с конкретним предметом (АП 3512/15), Уставни суд указује да је, у смислу одредаба члана 146 став 1 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ¹⁴, општи услов за одређивање притвора постојање основане сумње да је одређено лице починило кривично дјело. У вези с тим, Уставни суд запажа да су судија за претходни поступак а затим оба судска вијећа утврдили да из доказа које је Тужилаштво доставило уз приједлог за продужење притвора произлази основана сумња да је апелант починио кривично дјело које му је стављено на терет, о чему су по оцјени Уставног суда дати детаљни, јасни и довољни разлози. Уставни суд сматра да закључак оба судска вијећа о постојању основане сумње апелант није довео у сумњу ни својим наводима и да су дата образложења у том сегменту таквог карактера да могу увјерити објективног посматрача да је могуће да је апелант починио предметно кривично дјело у смислу стандарда члана 5 став 1 тачка ц) Европске конвенције.

У погледу постојања нарочитих околности које оправдавају бојазан да ће се кривично дјело поновити, пракса је Европског суда да опасност од понављања кривичног дјела, ако је увјерљиво утврђена, може довести до тога да судске власти ставе и оставе осумњиченог у притвору до суђења како би спријечиле све покушаје да почини даљња кривична дјела. Међутим, та опасност мора бити вјероватна, а мјера одговарајућа, у свјетлу околности предмета, особито прошлости и карактера лица у питању¹⁵.

У вези са приговорима који се тичу законског основа за одређивање мјере притвора из тачке д) члана 146 став 1 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ, цитирани основ може се примијенити у ванредним околностима, ако се ради о кривичном дјелу за које се може изрећи казна затвора десет година или тежа казна, које је посебно тешко, с обзиром на начин извршења или посљедице кривичног дјела, ако би пуштање на слободу резултирало стварном пријетњом нарушавања јавног реда. Апелант сматра да приликом одређивања и продужења притвора није постојао ни овај посебан приторски разлог, да редовни судови нису дали релевантно образложење и да нису учинили вјероватним постојање ванредних околности и нарушавање јавног реда које би оправдало притвор.

У контексту наведеног, Уставни суд указује да је ризик од нарушавања јавног реда један од најосјетљивијих разлога за процјену је ли одбијање пуштања притвореника на слободу основано или не. При процјени

¹⁴ „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 и 59/14.

¹⁵ Види, Европски суд, *Clooth против Белгије*, пресуда од 12. децембра 1991. године, тачка 40, серија А број 225.

оправданости мјере притвора Европски суд сматра да се тај основ може узети у обзир само изузетно у „посебним околностима“ и када чињенице указују да би пуштање на слободу притвореника заиста нарушило јавни ред. Само постојање претпоставке и апстрактно навођење да би пуштање на слободу осумњичених могло довести до стварне пријетње нарушавања јавног реда - није довољно, већ се морају навести конкретне околности које као такве несумњиво указују на то да ће до тога и доћи¹⁶. Надаље, према становишту Европског суда, одређена кривична дјела због своје посебне тежине и реакције јавности на њих могу узроковати социјалне немире, те се тиме може оправдати одређивање притвора, барем неко вријеме. У изузетним околностима тај фактор се стога може узети у обзир у смислу Европске конвенције. То у сваком случају важи ако национално законодавство признаје појам нарушавања јавног реда као непосредну посљедицу неког кривичног дјела. Међутим, тај основ се може сматрати релевантним и довољним само под условом да се заснива на чињеницама из којих јасно произлази да би пуштање осумњиченог на слободу заиста нарушило јавни ред. Коначно, притварање ће бити законито само ако је јавни ред и даље стварно угрожен. Продужење притвора не може се користити као претпоставка или будући став у прилог затворској казни¹⁷. Осим тога, Комитет министара Вијећа Европе сматра да се овај основ може користити као оправдање за притвор само у случају да постоје суштински докази о реакцији на тешко кривично дјело попут убиства. Једино настанак изузетне ситуације може учинити притвор неопходним¹⁸.

У вези с наведеним, Уставни суд подсјећа на сопствену праксу заузету у одлуци број АП 2930/15¹⁹ у којој је управо на темељу праксе Европског суда утврдио кршење права апеланата на личну слободу и сигурност у контексту постојања посебног притворског разлога из тачке д) члана 146 став 1 тачка д) Закона о кривичном поступку Федерације БиХ. Уставни суд је у цитираној одлуци, између осталог, истакао да су „редовни судови, при одређивању и продужењу притвора апелантима из законског разлога прописаног одредбом члана 146 став 1 тачка д), у смислу ставова Европског суда, поступали са апстрактног и формалистичког становишта,

¹⁶ Види Европски суд, одлука од 14. септембра 2009. године у предмету *Макаров против Русије*, апликација број 15217/07.

¹⁷ Види, Европски суд, *Letellier против Француске*, пресуда од 26. јуна 1991. године, став 51 и *I.A. против Француске*, пресуда од 23. септембра 1998. године, став 104.

¹⁸ Види Препоруку (2006)13 Комитета министара Вијећа Европе о задржавању у притвору, условима у притвору и механизмима заштите од злоупотребе (С/М Rec 2006)13.

¹⁹ Види, Уставни суд, одлука број АП 2930/15 од 16. септембра 2015. године, ст. 72 и 73, доступна на веб страници Уставног суда www.ustavisud.ba.

при чему су пропустили да наведу конкретне околности које оправдавају закључак тог суда да ће пуштање апеланата на слободу резултирати стварном пријетњом нарушавања јавног реда у смислу одредаба члана 146 став 1 тачка д) Закона о кривичном поступку Федерације БиХ“.

У конкретном случају, имајући у виду наведене стандарде, Уставни суд напомиње да се наведени основ за одређивање мјере притвора може узети у обзир само изузетно, и то у „ванредним“, околностима, при чему се морају навести конкретне околности које несумњиво указују на то да ће до нарушавања јавног реда заиста и доћи. Уставни суд уочава да су редовни судови примјену овог законског основа приликом продужења притвора апеланту у суштини везали за тежину кривичног дјела и начин извршења дјела, не наводећи при том нити један конкретан доказ и суштински разлог у погледу постојања ванредних околности утемељених на стварној и разумној опасности од нарушавања јавног реда које би настале пуштањем апеланта из притвора, а који би били довољни и релевантни да оправдавају апелантово држање у притвору у периоду од два мјесеца, што је основна претпоставка за примјену овог законског основа. Уставни суд у образложењу оспорених рјешења није уочио постојање суштинског разлога (доказа) о континуираној реакцији јавности, односно јасно и конкретно мишљење у прилог понављања истих или сличних протеста, који су евидентно били мирни и да би у случају понављања нужно водили нарушавању јавног реда. Уставни суд подсјећа на то да ма колико неко кривично дјело било тешко оно *per se* не може оправдати притвор из основа који прописује тачка д) члана 146 став 1 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ. У том правцу Уставни суд поново указује на став Европског суда да тежина казне није доказ нити може оправдати тврдњу да је угрожена сигурност и имовина грађана²⁰ и без других конкретних доказа или индиција који би оправдали закључак да ће доћи до одређених немира, протеста, освета или опасности по јавни ред²¹. Уставни суд из образложења оспорених рјешења такве доказе није уочио.

Како су у оспореним рјешењима изостали конкретни докази и јасни разлози да ће заиста и доћи до нарушавања јавног реда, уколико апелант буде пуштен из притвора, при чему су редовни судови страх од нарушавања јавног реда утемељили на разлозима који су недостатни за примјену овог притворског основа, Уставни суд закључује да је повријеђено право апеланта на законит притвор загарантован чланом 5 став 1ц) Европске конвенције у односу на постојање посебног притворског разлога из члана 146 став 1 тачка д) Закона о кривичном поступку Федерације БиХ.

²⁰ Види, Европски суд, *Tomasi против Француске* пресуда од 27. августа 1992. године, Серија А, број 241-А, ст. 90 и 91.

²¹ Види, Европски суд, *Кетмаче против Француске*, пресуда од 27. новембра 1991. године, Серија А, број 218, став 51.

3. Право на правично суђење

У одлуци број АП 3867/12 од 27. октобра 2015. године радило се о прекршајном поступку, те се, с тим у вези, поставило питање примјењивости члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 Европске конвенције, односно да ли се ради о „кривичној“ оптужби против апеланткице у смислу члана 6 Европске конвенције. Оцјена да ли је нека оптужба „кривична“ у смислу значења из члана 6 Европске конвенције даје се на основу критерија: класификовање према законодавству, природа прекршаја и природа и строгост казне, који не морају бити кумулативно испуњени. Природа прекршаја укључује два поткритерија: обим прекршене норме и сврху казне, који морају бити кумулативно испуњени да би се радило о „кривичној“ оптужби. Полазећи од до сада усвојене праксе, као и наведених критерија, Уставни суд је закључио да се у конкретном случају, с обзиром на обим прекршене норме и сврху санкције, ради о „кривичној“ оптужби, односно да је члан 6 Европске конвенције у конкретном случају примјењив²².

Уставни суд је у својим бројним одлукама разматрао слична правна питања у вези са застарјелости вођења прекршајног поступка²³, те је у тим предметима утврдио повреду права на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 став 1 Европске конвенције, у ситуацији када је суд произвољно примијенио позитивноправне прописе, конкретно одредбе којима је регулисана застарјелост покретања и вођења прекршајног поступка, те ток и прекид застарјелости, укључујући и одредбе о апсолутној застари. С тим у вези, Уставни суд указује да је у Одлуци број АП 3672/09 од 13. новембра 2012. године²⁴ разматрао идентично чињенично и правно питање, па се, умјесто посебног образложења ове одлуке у погледу апелантових жалбених навода, Уставни суд позива на образложење и разлоге наведене у тој одлуци. Наиме, у наведеној одлуци Уставни суд је нагласио да је одредбом члана 29 Закона о прекршајима Федерације БиХ²⁵ „утврђена застарјелост покретања и вођења поступка и наведено да се прекршајни поступак не може покренути, ни водити за прекршаје за које је прописана новчана казна у износу до 3.000,00 КМ кад прође једна година од дана када је прекршај извршен“. Такође је наглашено да су у одредби члана 31 истог

²² Види, Уставни суд, одлука број АП 2255/05 од 16. јануара 2007. године, објављена у „Службеном гласнику Босне и Херцеговине“ број 38/07, тач. 21 и 22.

²³ Види, Уставни суд, одлуке о допустивости и меритуму, број АП 3317/09 од 19. јула 2012. године, АП 3672/09 од 13. новембра 2012. године и АП 1729/10 од 12. јуна 2013. године, доступне на web-страници Уставног суда www.ustavnisud.ba.

²⁴ Види, Уставни суд, одлука о допустивости и меритуму, објављена у „Службеном гласнику БиХ“ број 101/12 од 18. децембра 2012. године.

²⁵ „Службене новине Федерације БиХ“ број 31/06.

закон утврђени ток и прекид застарјелости, па је тако прецизирано да застарјелост за покретање и вођење прекршајног поступка почиње од дана када је прекршај извршен, а застарјелост за извршење казне, односно заштитне мјере - од дана правноснажности рјешења којим је казна, односно заштитна мјера изречена. Уз то је прописано да се застарјелост прекида сваком радњом органа овлаштеног за поступак, односно за извршење, предузетом ради гоњења извршиоца прекршаја, односно извршења казне и заштитне мјере.

С обзиром на садржај наведених одредаба, те доводећи их у везу с конкретним предметом, Уставни суд сматра да је Кантонални суд, без обзира на то што је апелант у жалби указао на обуставу поступка и на застарјелост, морао пазити на застару поступка предвиђену одредбама чл. 29 и 31 Закона о прекршајима Федерације БиХ. С обзиром на констатацију у погледу обима прекршајне норме и сврхе санкције, те да се, сходно томе, у конкретном случају ради о „кривичној“ оптужби против апеланта, Уставни суд подсјећа на свој став²⁶ према којем „другостепени суд испитује пресуду у оном дијелу у којем се побија жалбом, али мора увијек, по службеној дужности, испитати да ли је на штету оптуженог повријеђен кривични закон [...] а повреда кривичног закона постоји ако има околности које искључују кривично гоњење, а нарочито да ли је наступила застарјелост кривичног гоњења“. Иако је у наведеном предмету Уставни суд разматрао одлуке редовних судова донесене у кривичном поступку, Уставни суд сматра да се наведени ставови, с обзиром на стипулацију и садржај Закона о прекршајима (у контексту сличног садржаја одредаба члана 313 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ и одредбе члана 63 Закона о прекршајима), могу аналогно примјенити и на предметни прекршајни поступак.

Пошто је за прекршаје за које је апелант проглашен кривим наступила апсолутна застара вођења прекршајног поступка, Уставни суд сматра да је апелација основана. Ово особито имајући у виду да је апелант у жалби експлицитно указао на застарјелост вођења прекршајног поступка. Имајући у виду наведено, те подржавајући властиту праксу, Уставни суд сматра да се разлози наведени у тој одлуци у цијелости односе и на ову одлуку, због чега је Уставни суд из истих разлога закључио да начин на који је Кантонални суд тумачио позитивноправне прописе може сматрати произвољним и да представља кршење апелантовог права на правичан поступак.

²⁶ Види, *mutatis mutandis*, Уставни суд, одлука број АП 806/08 од 23. септембра 2011. године, став 43.

4. Кажњавање само на основу закона

Уставни суд је питање примјене блажег закона, у контексту одлуке Европског суда у предмету *Abduladhima Maktooufa и Горана Дамјановића*²⁷ разматрао у читавом низу својих одлука које је донио након наведене одлуке Европског суда, те се с обзиром на наведено у том контексту, у погледу уопштених разматрања о примјени блажег закона, у цијелости позива на образложење тих одлука²⁸, с обзиром на то да се наведена образложења у том дијелу у цијелости односе и на ову одлуку.

Доводећи претходне ставове у везу с конкретним предметом (АП 3939/12 од 10. новембра 2015. године), руководећи се принципом Европског суда према којем његов задатак није да размотри *in abstracto* да ли је ретроактивна примјена КЗБиХ (Кривичног закона Босне и Херцеговине²⁹) из 2003. године у предметима ратних злочина сама по себи инкомпатибилна с чланом 7 Европске конвенције, Уставни суд налази да одговор на ово питање зависи од околности сваког предмета појединачно. Те околности зависе од висине изречене казне и запријеђене казне, односно зависи од распона прописаних казни према закону који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела и у закону на темељу којег је изречена казна (КЗСФРЈ - Кривични закон СФРЈ³⁰). У том контексту, Уставни суд констатује да је кривично дјело ратног злочина против цивилног становништва као и кривично дјело ратни злочин против ратних заробљеника било дефинисано у оба закона (КЗСФРЈ и КЗБиХ) на идентичан начин, али је распон запријеђене казне различит. С тим у вези, Уставни суд налази да је, с обзиром на висину изречене казне, од посебног значаја било да се установи који је закон (КЗСФРЈ или КЗБиХ) „блажи“, односно повољнији у погледу прописане казне.

У вези с тим, апелант је на основу оспорене пресуде Суда БиХ проглашен кривим за кривично дјело ратни злочин против ратних заробљеника члана 175 став 1 тач. а) и б) КЗБиХ (те му је за то дјело утврђена казна затвора од 14 година) и кривично дјело ратни злочин против цивилног становништва из члана 173 тач. ц) и е) КЗБиХ (те му је за то дјело

²⁷ Види Европски суд, *Maktoouf и Дамјановић против Босне и Херцеговине*, апликације бр. 2312/08 и 34179/08, пресуда од 18. јула 2013. године; у даљем тексту: *Maktoouf и Дамјановић*.

²⁸ Види нпр. одлука о допуствости и меритуму, број АП 325/07 од 27. септембра 2013. године, тач. 35-45 и АП 556/12 од 4. јула 2014. године, тач. 44-50, доступна на www.ustavnisud.ba.

²⁹ „Службени гласник БиХ“ бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 и 8/10.

³⁰ „Службени лист СФРЈ“ бр. 44/76, 36/77, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 и 45/90.

утврђена казна затвора од 12 година), дакле за стицај кривичних дјела Суд БиХ је апеланта (примјеном члана 53 КЗБиХ) осудио на јединствену казну затвора у трајању од 18 година. Имајући у виду наведено, Уставни суд наглашава да је Суд БиХ приликом примјене материјалног права и утврђивања блажег закона требао да води рачуна и о одредбама о стицају кривичних дјела, те да упореди члан 53 КЗБиХ и члан 48 КЗСФРЈ, како би додатно и са тог аспекта утврдило који је закон блажи за апеланта, што је Суд БиХ у конкретном случају пропустио учинити. Надаље, будући да је апеланту у конкретном случају за кривично дјело ратног злочина против ратних заробљеника утврђена казна затвора у трајању од 14 година, а да је за кривично дјело ратни злочин против цивилног становништва утврђена казна затвора у трајању од 12 године, а које су према одредбама КЗБиХ ближе најнижој прописаној казни за свако дјело, Уставни суд сматра да је и у овом случају од посебне важности било да се утврди који је закон блажи (КЗСФРЈ или КЗБиХ), односно повољнији у погледу прописане минималне казне. Осим тога Уставни суд, у вези с образложењем оспорене пресуде Суда БиХ у погледу примјене КЗБиХ као „блажег“ закона, с аспекта прописаних казни, а имајући у виду закључак да је смртна казна у сваком случају строжија од казне дуготрајног затвора, поново запажа да је апеланту изречена јединствена казна у трајању од 18 година, а то даље значи да је није било потребно утврђивати који закон прописује блажу максималну казну, већ је било неопходно утврдити који је закон блажи у погледу минималне казне³¹. Дакле, апеланту није изречена казна дуготрајног затвора (иако је постојала могућност у складу са чланом 53 став 2 тачка 3 КЗБиХ), већ му је изречена јединствена казна у трајању од 18 година. То даље, значи да апеланту није изречена казна за тежи облик кривичних дјела што би даљњим компарирањем са одредбама КЗСФРЈ значило да је постојала могућност да се апеланту изрекне казна у краћем трајању у оквиру прописаног распона. С обзиром на наведено, имајући у виду запријеђени распон казни према КЗБиХ и КЗСФРЈ, недвосмислено произилази да је у околностима конкретног случаја блажи КЗСФРЈ, с тим да та околност сама по себи не значи да би апелант и добио мању казну од казне која му је изречена, поготово када се имају у виду одредбе члана 38. КЗСФРЈ (којим је регулисано трајање казне затвора). Наиме, од кључног значаја је то да је апелант могао добити нижу казну да је овај закон и примјењен³². Стога, Уставни суд сматра да је у околностима конкретног случаја оспореном пресудом повријеђено апелантово право из члана 7 став 1 Европске конвенције.

³¹ Види *Maktouf и Дамјановић*, тач. 67-69.

³² Види *Maktouf и Дамјановић*, тачка 70.

5. Право на имовину (привремена мјера забране отуђења и располагања имовином)

Члан 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију обухвата три различита правила. Прво правило, наведено у првом ставу, опште је природе и исказује принцип мирног уживања имовине. Друго правило, садржано у другој реченици истог става, обухвата лишавање имовине и чини га подложним одређеним условма. Треће правило, које се налази у другом ставу, признаје да државе чланице имају право, између осталог, да надзиру кориштење имовине у складу с јавним интересом. Та три правила нису различита у смислу да су неповезана: друго и треће правило односе се на појединачне случајеве ометања права на мирно уживање имовине, те их, стога, треба тумачити у свјетлу општег принципа исказаног у првом правилу³³.

Свако мијешање у право на имовину према другом или трећем правилу мора бити предвиђено законом, мора служити легитимном циљу и мора успостављати правичну равнотежу између јавног или општег интереса и појединачних права. Другим ријечима, оправдано мијешање не може се наметнути само законском одредбом која испуњава критериј законитости и служи легитимном циљу у јавном интересу, него мора, такође, одржати разуман однос пропорционалности између употријебљених средстава и циља који се жели остварити. Мијешање у право на имовину не смије ићи даље од потребног да би се постигао легитиман циљ, а носиоци имовинских права не смију бити подвргнути произвољном третману и од њих се не смије тражити да снесу превелик терет да би био остварен легитиман циљ³⁴.

У предмету АП 2753/13 од 30. септембра 2015. године радило се о кривичном поступку против апеланта у којем је Суд БиХ донио рјешење којим је апеланту одређена привремена мјера забране отуђења и располагања имовином. С тим у вези, Уставни суд је првенствено требао одговорити на питање да ли су се оспорене одлуке односиле на утврђивање кривичне оптужбе у смислу члана 6 Европске конвенције. У вези с тим, Уставни суд подсјећа на праксу Европског суда за људска права (у даљњем тексту: Европски суд) према којој је концепт „кривичне оптужбе“ аутономан³⁵.

³³ Види, између осталих, Европски суд, *James и др. против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 21. фебруара 1986. године, серија А, број 98, стр. 29 и 30, став 37.

³⁴ Види Уставни суд, одлука број У 83/03 од 22. септембра 2004. године, „Службени гласник Босне и Херцеговине“ број 60/04, тачка 49.

³⁵ Види, између осталих, одлуке Европског суда *А. П., М. П. и Т. П. против Швајцарске*, пресуда од 29. августа 1997. године, Извјештаји о пресудама и одлукама 1997-V, стр. 1488 & 39 и *Ozturk против Њемачке*, пресуда од 21. фебруара 1984, серија А, број 73, стр. 18 и 50.

Такође, у вези с одговором на питање да ли су се оспорене одлуке у конкретном случају односиле на утврђивање „кривичне оптужбе“, потребно је било дати одговор на питање да ли је циљ мјере био осуђивање или ослобађање од оптужбе апеланата и да ли су оспорене одлуке имале било какве импликације на кривични досје апеланата.³⁶

Слично правно питање Уставни суд је ријешо у својој новијој пракси у предмету АП 20/12 од 26. фебруара 2015. године³⁷, а поводом апелације апеланата (физичко и правно лице) за које је постојао основ сумње да су извршили одређена кривична дјела, а који су апелацијом оспорили рјешење Суда БиХ о привременој мјери забране располагања имовином која је одређена у фази истраге на приједлог Тужилаштва БиХ. У наведеној одлуци АП 20/12 Уставни суд је цитирао праксу Европског суда у предмету *Dogmoch protiv Немачке*³⁸ у којем је Европски суд (у вези са сличним правним питањем замрзавања имовине подносиоца представке) закључио да не постоје назнаке да је наредба о пљенидби имала било какав утицај на кривични досије подносиоца захтјева, да се оспораване одлуке стога не могу сматрати одлукама којим се одлучује о утврђивању кривичне оптужбе, те је закључио да је представка *ratione materiae* инкомпатибилна с одредбама Европске конвенције. Уставни суд је закључио да се исти став може усвојити у предмету АП 20/12, те је навео, узимајући у обзир околности конкретног случаја, да су оспорене одлуке донесене на привременој основи, дакле, да оспорене мјере имају привремени карактер и да не постоје назнаке да су наведена рјешења у смислу ставова Европског суда из одлуке *Dogmoch* имала било какав утицај на кривични досије осумњичених апеланата, због чега се не могу сматрати као одлуке којима се одлучује о утврђивању кривичне оптужбе против апеланата у смислу члана 6 став 1 Европске конвенције.

Уставни суд је прије даљњег разматрања предметне апелације упутио и на своју праксу, као и праксу Европског суда у предметима који су покретали слична питања - питања контроле кориштења имовине, односно привремене мјере ограничавања кориштења имовине због сумње да је почињено кривично дјело. У том смислу, Уставни суд, прије свега, подејећа на то да је и према пракси Европског суда сваки предмет „случај за себе“, те да околности сваког конкретног предмета утичу на одлуку.

³⁶ Види, *mutatis mutandis*, *Phillips против Уједињеног Краљевства*, број 41087/98, § 34, ЕСНР 2001-VII и *Butler против Уједињеног Краљевства* (одлуке), број 41661/98, 27. јуни 2002. године.

³⁷ Доступна на www.ustavisud.ba.

³⁸ Види Европски суд, одлука о допустивости, представка број 26315/03, 18. септембар 2006. године.

Уставни суд подсјећа на праксу Европског суда у предмету *Mirosław Garlicki против Пољске*³⁹. Европски суд је утврдио да је апликација очигледно неоснована у вези с наводима о повреди права на имовину из члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију у погледу заплъене апликантове имовине. Наиме, против апликанта је покренут кривични поступак због више кривичних дјела, између осталог и због кривичног дјела излагање пацијента животной опасности, кривотворење медицинске документације, злостављање лица, примање дара и друго (што је у току поступка мијењано). У току поступка апликанту је одређен притвор, извршен претрес стана и канцеларије, а главни тужилац је донио наредбу о заплъени имовине. Затим је наредба о заплъени имовине проширена и на покретну имовину, на апликантове банковне рачуне и плате, као и на новац пронађен у стану апликанта и његових родитеља. Окружни суд у Варшави донио је одлуку којом је одбио апликантову жалбу изјављену против наредбе о заплъени имовине, утврдивши да је она донијета у складу за Законом о кривичном поступку Пољске и да се у том тренутку поступка не може сматрати да је тужиочева наредба произвољна, имајући у виду доказе који су прикупљени. Осим тога, суд је нашао да је мјера заплъене наметнута како би се осигурала могућност наплате предвиђене новчане казне апликанту. У вријеме одлучивања пред Европским судом поступак против апликанта пред домаћим судовима још је био у току.

Европски суд је утврдио да заплъена имовине неспорно представља мијешање у мирно уживање имовине у складу с „трећим правилом“ и констатовао да је мјера прописана Законом о кривичном поступку, дакле, у складу је с домаћим правом, те је Окружни суд у Варшави, који је преиспитао мјеру и утврдио да је законита, одбацио апликантове наводе. Европски суд је прихватио навод Владе Пољске да је донесена мјера у јавном интересу, а што ни апликант није оспорио. У вези с пропорционалношћу, Европски суд је истакао да је широко поље процјене остављено земљама уговорницама у пољу заштите од криминала. Суд је навео да је заплъена апликантове имовине била привременог карактера, а казна која се може изрећи апликанту биће одређена у кривичном поступку који је у току, Европски суд је навео да је наредбу о заплъени коју је издао тужилац испитао суд и да у том поступку апликант није успио оспорити законитост и пропорционалност наредбе о заплъени. Европски суд је посебно скренуо пажњу на то да је домаћи суд навео да у тадашњој фази поступка нема основа за тврдњу да је тужиочева наредба арбитрарна, имајући у виду прикупљене доказе. Уз то, наведено је да је наредба издата како би се осигурало плаћање значајне новчане казне која се може изрећи апликанту.

³⁹ Види Европски суд, апликација број 36921/07, пресуда од 14. септембра 2011. године.

Према мишљењу Европског суда, у околностима наведеног предмета нема назнака да је у поступку пред домаћим органима пропуштено да се апликанту осигура адекватна могућност да поднесе свој предмет пред надлежну власт и да се жали на незаконитост или неоснованост поступања. Европски суд је навео и одлуку Уставног суда Пољске, који је испитао законитост те одредбе, те је на основу свега закључио да су апликантови наводи у вези с чланом 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију, везано за заплъену имовине, очигледно неосновани.

Доводећи наведене ставове у везу с конкретним предметом, Уставни суд сматра оправданим испитати да ли је рјешење којим је апеланту одређена привремена мјера забране отуђења и располагања имовином - некретнинама (обухваћеним оспореним рјешењима) у складу са законом, односно да ли испуњава потребан степен законитости, тако што ће утврдити да ли је одређена одредба закона примјењена на адекватан начин, поготово имајући у виду апелантове наводе о произвољности примјене позитивног права у поступку доношења оспорених рјешења.

Уставни суд примјећује да се ради о апелантовој имовини која је обухваћена оспореним рјешењима (апелант је власник односно сувласник имовине). Уставни суд сматра да је у конкретном случају дошло до мијешања у имовину апеланата, с обзиром на то да је оспореним одлукама одређена привремена мјера забране отуђења имовине. Затим, Уставни суд запажа да из садржаја оспорених рјешења као неспорно произлази да та имовина апеланту није одузета, али је одређена привремена мјера забране отуђења те имовине, па оспорене одлуке у својој суштини потпадају под треће правило, односно да представљају контролу над употребом имовине у смислу другог става члана 1 Протокола број 1 који даје право држави да усвоји оне законе које сматра потребним да би регулисала кориштење имовине у складу с општим интересима⁴⁰.

Одговарајући на питање да ли је мијешање у имовину апеланата било у складу са законом и у јавном интересу, Уставни суд примјећује да су оспорена рјешења донијета у складу с релевантним одредбама Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине⁴¹ и Кривичног закона Босне и Херцеговине. У контексту питања да ли је то мијешање било пропорционално легитимном циљу, Уставни суд сматра да су оспорене одлуке, које су у конкретном случају основ мијешања у имовину апеланата, пропорционалне циљу и сврси, те да, стога, на апеланта није стављен

⁴⁰ Види, *mutatis mutandis*, *Air Canada против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 5. маја 1995. године, ст. 32-37, те *Arkuri и остали против Италије*, одлука од 5. јула 2001. године, представка број 52024/99.

⁴¹ „Службени гласник Босне и Херцеговине“ бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 32/07, 29/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 93/09, 16/09 и 72/13.

претјеран терет, првенствено због тога што суштински не задиру у обим кориштења те имовине (предметна имовина није одузета и даље је у посједу апеланта који је користи и/или даје у закуп), али је, како произлази из оспорених рјешења, било неопходно да се донесе привремена мјера, те привремено забрани и онемогући апеланту да имовину отуђи или евентуално пренесе на трећа лица. У том смислу, имајући у виду наведено, Уставни суд сматра да се привременом мјером која се искључиво односи на забрану располагања и отуђења предметне имовине - не ставља претјерани појединачни терет на апеланта у поређењу с јавним интересом који се жели остварити (одржавање јавног реда и спречавање организованог криминалитета поштујући принцип да нико не може задржати имовинску корист прибављену извршењем кривичног дјела), чиме је постигнута правична равнотежа између захтјева општег интереса заједнице и захтјева за заштиту основних права појединаца, те је неспорно да је то мијешање у имовину апеланата у складу с принципом правне сигурности.

Имајући у виду наведено, Уставни суд сматра да оспореним одлукама није повријеђено апелантово право из члана II/3к) Устава Босне и Херцеговине и члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију.

6. Право на преиспитивање судске одлуке

Из става 1 члана 2 Протокола број 7 уз Европску конвенцију недвосмислено произлази да о остваривању права на жалбу, односно о модалитетима преиспитивања одлучује домаће законодавство. Према пракси Европског суда, исказаној у предмету *Krombach*⁴², државе имају широко поље процјене у утврђивању како ће право гарантовано чланом 2 Протокола број 7 уз Европску конвенцију бити извршавано. Полазећи од тога, „преиспитивање осуде и казне“, које врши виши суд, може се односити и на чињенице и на правна питања или бити ограничено једино на правна питања. Међутим, државе могу наметнути и додатна „ограничења“ на право на преиспитивање одлуке, као што је издавање дозволе за подношење жалбе. Било које ограничење права на преиспитивање гарантовано овим чланом, које је успостављено у домаћем законодавству, мора, по аналогiji с правом на приступ суду отјелотвореним у члану 6 став 1 Европске конвенције, ићи за легитимним циљем и не смије кршити саму суштину права.

Надаље, ставом 2 члана 2 Протокола број 7 уз Европску конвенцију установљени су и изузеци од примјене права изложеног у ставу 1 истог члана. Први изузетак се односи на мање преступе. Други изузетак се односи

⁴² Види Европски суд, пресуда од 13. фебруара 2001. године, апликација број 29731/96, став 96.

на случајеве када је домаће законодавство прописало да у првој инстанци суди највиши суд због статуса оптуженог (високи државни званичник, судија и сл.) или због природе преступа. У тим случајевима такво преиспитивање није могуће. Најзад, трећи изузетак се односи на случајеве гдје је осуда изречена у поступку поводом жалбе на ослобађајућу пресуду.

Уставни суд је у својој пракси рјешавао овакав случај и у предмету АП 3620/07, од 14. априла 2010. године⁴³. У наведеном предмету апелант је истицао повреду члана 2 Протокола број 7 уз Европску конвенцију због немогућности изјављивања жалбе против пресуде апелационог вијећа Суда БиХ, којом је апелант проглашен кривим, у погледу навода из оптужбе за које је првостепеном пресудом био ослобођен. Уставни суд је закључио да у том предмету није повријеђено апелантово право на преиспитивање вишег суда, услед чињенице да Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине није прописао могућност преиспитивања кривичне пресуде у „трећем степену“ у вријеме када је донесена оспорена пресуда. Исти апелант је због истог питања, односно због наводне повреде члана 2 Протокола број 7 уз Европску конвенцију, покренуо поступак пред Европским судом. У вези са овом повредом, Европски суд је кратко навео да околности конкретног случају потпадају под изузетке из става 2 члана 2 Протокола број 7 уз Европски конвенцију, те је апликацију одбио као очигледно неосновану⁴⁴.

Битна разлика конкретног предмета у односу на АП 3939/12 од 10. новембра 2015. године је у чињеници што је у међувремену дошло до измјена у закону, те је чланом 317а) Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине педвиђена могућност изјављивања жалбе против другостепене одлуке Суда БиХ. Такође, Уставни суд примјећује да је ова могућност у овом закону дозвољена управо у оним ситуацијама које су ставом 2 члана 2 Протокола број 7 уз Европску конвенцију предвиђене као изузетак - а то је преиспитивање „осуде“, односно пресуде којом се лице осуђује, а на основу жалбе против ослобађајуће пресуде. Међутим, одредба члан 317а) у духу домаћег закона не уноси правило о „трећем степену“ већ представља изузетак у односу на правило о двостепености поступка.

Осим тога, Уставни суд налази да уношење одредбе члана 317а) Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине има свој *ratio* и у чињеници да је законодавац изузетно, за драстичне случајеве, односно у потпуности различита одлучења Суда БиХ - дао изузетно могућност преиспитивања, у односу на правило о двостепености. Стога, из језичког садржаја одредбе произилази да воља законодавца очигледно није подразумијевала могућност „цјепкања“ пресуде, већ пресуду у цјелини.

⁴³ Доступна на www.ustavnisud.ba.

⁴⁴ Види одлуку Европског суда *Бобан Шимић против Босне и Херцеговине*, апликација број 51552/10 од 10. априла 2012. године.

Осим тога, имајућу у виду чињеницу да је ентитетским законима, као и у Закону о кривичном поступку Дистрикта Брчко⁴⁵ одредба о могућности права на жалбу против другостепене пресуде дефинисана на другачији начин, односно са јасним наводом да је жалба допуштена ако је другостепени суд преиначио првостепену пресуду којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изрекао осуђујућу пресуду, Уставни суд налази да је сасвим јасна намјера законодавца да у поступцима пред Судом БиХ „сузи“ могућност изјављивања жалбе против другостепених пресуда, што је јасно регулисано у наведеној одредби кроз захтјев да се ради о „ослобађајућој пресуди“ у цјелини. Стога, у конкретној ситуацији када апелант није имао ослобађајућу пресуду, како то изричито наводи члан 317а), он нема ни право на жалбу против другостепене пресуде, те Уставни суд сматра да није повријеђено право на преиспитивање пресуде из члана 2 Протокола број 7 уз Европску конвенцију.

7. Принцип *ne bis in idem*

Одредбом члана 4 Закона о кривичном поступку Републике Српске⁴⁶ прописан је принцип *ne bis in idem*, односно да нико не може бити поново суђено за дјело за које му је већ било суђено пред судом и за које је донесена правноснажна судска одлука. Наведени принцип садржан и у члану 4 Протокола број 7 уз Европску конвенцију. Осим тога, одредбама члана II/2 Устава Босне и Херцеговине прописано је да се права и слободе предвиђени у Европској конвенцији и у њеним протоколима директно примјењују у БиХ, те да ти акти имају приоритет над свим осталим законима.

Уставни суд сматра да је, у контексту наведених одредаба Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције, у околностима какве су конкретне, Окружни суд био дужан испитати апелантову жалбену тврдњу да је у прекршајном поступку већ осуђен за истовјетно дјело које је предмет и кривичног поступка, без обзира на то што је тај навод апелант истакао тек у жалбеном поступку и доставио прекршајно рјешење без клаузуле правноснажности. С тим у вези, Уставни суд подсјећа и на своју праксу у предмету број АП 2028/11⁴⁷ у којој је утврђено кршење права из члана 4 Протокола број 7 уз Европску конвенцију.

Наиме, у наведеној одлуци Уставни суд је навео: „У конкретном случају првоапелант (се) први пут позвао на принцип *ne bis in idem* у поступку по жалби, и то на претресу пред жалбеним вијећем, на које је

⁴⁵ Пречишћени текст („Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“ број 33/13).

⁴⁶ „Службени гласник Републике Српске“ број 53/12.

⁴⁷ Види Уставни суд, одлука број АП 2028/11 од 8. маја 2014. године, тачка 42, доступна на интернетској страници Уставног суда www.ustavnisud.ba.

приступио са својим адвокатом, али да ове наводе другостепени суд није размотрио јер су били 'изван оквира жалбе' (коју је првоапелант лично изјавио против првостепене пресуде), односно нису били испуњени формални услови прописани одредбама Закона о кривичном поступку Републике Српске о одлучивању по жалби (...). Уставни суд примјећује да ни редовни суд, који је водио кривични поступак, није био у обавези да има сазнања о прекршајном поступку, поготово када се има у виду чињеница да су прекршајна и казнена евиденција одвојене и да у кривичном поступку суд прибавља извод из казнене, а не прекршајне евиденције. Међутим, чињеница је да је првоапелант макар и ван рока или мимо дозвољених формалних услова прописаних одредбама Закона о кривичном поступку Републике Српске, у току кривичног поступка истакао да се ради о пресуђеној ствари, према мишљењу Уставног суда, требала је бити мотив да се другостепени суд реферира на навод о пресуђеној ствари, односно принципу *ne bis in idem*. Ово поготово када се има у виду чињеница да и релевантне одредбе Закона о кривичном поступку Републике Српске (члан 4) као принцип истичу забрану поновног суђења, као и да постоје услови којим се и завршени поступци могу поновити уколико се ради о пресуђеној ствари (у одредбама овог закона - о ванредним правним лијековима - утврђено је да се поступак завршен правноснажном пресудом може поновити у корист оптуженог ако је нека особа за исто кривично дјело више пута осуђена). Због наведеног Уставни суд закључује да је првоапелант, наводећи у жалбеном поступку да је већ по истом чињенично-правном основу осуђен, у ствари поставио оно што Европски суд тражи као услов за разматрање повреде принципа *ne bis in idem* - позивање 'макар' у садржају на овај принцип. Оправдање за овакво поступање Уставни суд налази у чињеници да је циљ принципа *ne bis in idem* 'забрана' поновног суђења, дакле, јасна порука да је пресуђена ствар истинита и да се (осим изузетно) не може преиспитивати, као и да особа на коју се односи пресуђена ствар има гаранције, и то како гаранцију сигурности у оно што је утврђено, тако и гаранцију у материјалноправну правноснажност, односно немогућности поновног вођења поступка. Имајући у виду наведено, Уставни суд закључује да је Кантонални суд требао испитати навод апеланата да се ради о повреди принципа *ne bis in idem* (...).“

Полазећи од наведеног, као и да се у конкретном случају апелант није експлицитно позвао на кршење права из члана 4 Протокола број 7 уз Европску конвенцију, него на произвољну примјену права у смислу принципа *ne bis in idem*, Уставни суд сматра да се изнесени став може примијенити и на конкретан случај, због чега се Уставни суд умјесто посебног образложења у конкретном предмету позива на образложење из одлуке број АП 2028/11. Уставни суд сматра да су апелантови наводи основани, те да је у конкретном случају Окружни суд произвољно примијенио наведене одредбе процесног права и Европске конвенције у

смислу принципа *ne bis in idem*, чиме је прекршено апелантово право на правично суђење из члана II/3е) Устава БиХ.

8. Закључак

Кривично законодавство БиХ ће очигледно у будућем периоду бити све више међународно, а све мање национално. У том правцу потребно је његово прилагођавање новим токовима - да би се омогућило успјешно процесуирање кривичних дјела и њихових извршилаца. У том контексту, није добро што се у односу између Босне и Херцеговине, с једне стране, и ентитета и Брчко дистрикта, с друге стране, све више нарушава раније достигнути ниво хармонизације кривичног законодавства и на тај начин омогућава неједнакост грађана пред законом. То чини посебно важном улогу Уставног суда усмјерену на очување и спровођење Устава БиХ.

Academician Miodrag N. Simović

Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Corresponding Member of the Academy of Arts and Sciences of Bosnia and Herzegovina, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Active Member of the European Academy of Arts and Sciences

Vladimir M. Simović

Prosecutor of the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina and Associate Professor at the Faculty of Security and Protection Independent University in Banja Luka

Assistant Professor, Marina M. Simović

Secretary of the Ombudsman for Children of Republic of Srpska and Assistant Professor Faculty of Law University "Apeiron" Banja Luka

EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS IN THE CASE-LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA: MOST RECENT CASE-LAW IN THE CRIMINAL LAW CASES (I)

Summary

Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina is the original institution of the constitutional law of BiH with an intended purpose of general supervision of sub-constitutional law on one hand and special protection of the Constitution of BiH through special constitutional law procedure, on the other hand. By the scope of its supervision and protective functions and competences, as well as by the legal force of its decisions, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, as a rule, supersedes similar legal political and judicial institutions which exist in other countries. The authors give a review of more recent criminal law case-law of the Constitutional Court of BiH primarily in the context of the meaning of the right to a fair trial and right to personal freedom and security of person. The authors reiterate that when the accused and his defence attorney complain of not being given adequate conditions to present a defence, it is a responsibility of the court to decide whether it can continue with the trial without violating Article 6(3)(b) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Along with that, a care must be taken that the right of the accused to communicate freely with his defence attorney in preparing defence is of absolutely central significance for the concept of a fair trial. The authors also refer to the right to property, right to review of court decision and principle *ne bis in idem*. A particular stress has been made, in terms of the value oriented or substantive interpretation of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, on the current case-law in applicable judgments of the European Court of Human Rights.

*Академик проф. др Миодраг Н. Симовић, проф. др Владимир М. Симовић,
доц. др Марина М. Симовић*

Др Љубиша Дабић

Редовни професор Економског факултета Универзитета у Београду

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДРЖАВНЕ РЕВИЗОРСКЕ ИНСТИТУЦИЈЕ (у праву државне ревизије јавног сектора Републике Србије)

Анстракт:

У овом раду се полази од става да врховна ревизорска институција и државна ревизија представљају основни предмет посебне правне дисциплине која се назива “право државне ревизије јавног сектора”. Ова дисциплина настаје, формира се и развија из права јавних финансија, још непосредније из буџетског права. Право државне ревизије јавног сектора по свом предмету представља ужу правну дисциплину у односу на буџетско право, а кад је реч о његовом значају, оно је не мање значајно од буџетског права.

Аутор разматра неколико питања која су од значаја за правни положај врховне ревизорске институције, и то: изворе права; историјски контекст њеног настанка; њен уставноправни, законодавни и управноправни статус (у контексту разматрања њених основних карактеристика као државног органа, као недржавне управе, као управне и јавне агенције); вршење парламентарне контроле над њеним радом и пословањем; њену независност и самосталност – организациону, функционалну, персоналну, финансијску и информациону.

У праву Србије Државна ревизорска институција (ДРИ) је начелно уређена Уставом Републике Србије (2006), у одељку о јавним финансијама. Њен уставни статус је одређен кроз неколико принципа, и то: највиши је државни орган; врши државну ревизију; врши ревизију корисника јавних средстава у Србији; самостална је; подлеже надзору Народне скупштине; одговорна је Народној скупштини; предмет је законског регулисања. Подизањем ДРИ на уставноправни ранг створени су правни темељи за њену независност и самосталност у раду, а значај њеног уставног регулисања је вишеструк. ДРИ је предмет детаљнијег регулисања у посебном Закону о државној ревизорској институцији (2005) и ближег одређивања њеног статуса. ДРИ нема административна и кривично-правна овлашћења, у погледу санкционисања субјеката ревизије у поступку предузимања правних мера исправљања незаконитих аката. Међутим, ДРИ има овлашћења да директно издаје налог субјектима ревизије за поступање, у случају када се у спровођењу поступка ревизије примети озбиљније кршење прописа. ДРИ о томе непосредно извештава Народну скупштину и јавност, а надлежне органе позива да санкционишу актере који су директно умешани у предметни случај.

Проф. др Љубиша Дабић

Кључне речи: врховна ревизорска институција, државна ревизорска институција, државна ревизија, јавни сектор

УВОД

Право јавних финансија, односно финансијско право, у доктрини се дефинише као „део објективног права који уређује финансијску делатност државе и других јавноправних колективитета“ или као институције јавних финансија које су уређене законом, а које чине: јавни приходи и јавни расходи, као и буџет и модалитети расподеле јавних прихода и јавних расхода између политичко-територијалних јединица у оквиру једне државе - тзв. финансијско изравнавање¹.

Буџетско право традиционално представља део права јавних финансија. Оно се на одређеном степену економског развоја издвојило из финансијског права и развило у самосталну правну дисциплину. Буџетско право се дефинише као скуп општих правних норми о буџетском систему, којим се уређују правни односи државе у планирању и спровођењу прикупљања средстава пореских обвезника у неопходном износу и на законом предвиђен начин, као и у распореду и употреби прикупљених средстава на економичан, ефикасан и ефективан начин.

Буџетски систем државе има три функције: финансијску, политичку и економско-социјалну. Прву буџетску функцију реализује законодавна власт – парламент, доношењем закона којим се регулишу обим и границе јавних потреба – потребни расходи за финансирање државних функција и других потреба јавног сектора, као и средства за њихово покривање - прикупљање и распоред државних прихода (порези и доприноси). Другу буџетску функцију, политичку, такође реализује парламентарна власт, јер на основу устава и закона стиче непосредну контролу над делатношћу извршилаца буџета – субјектима јавног сектора. Управо је развој политичке функције буџета, у оквиру буџетског права, створио претпоставке за успостављање, формирање и развој посебне правне дисциплине – право државне ревизије јавног сектора. У савременој упоредној уставности парламент врши надзор над извршењем буџета преко врховне и независне ревизорске институције. Ова институција врши спољни надзор над трошењем буџетских средстава од стране извршне и управне власти, наступа у име свих пореских обвезника. Врховна ревизорска институција тај надзор реализује обављањем своје основне надлежности – вршењем државне ревизије над субјектима у јавном сектору.

¹ Дејан Поповић, *Пореско право*, Београд 2013, стр. 14.

Да закључимо: са развојем права јавних финансија, из његовог ширег предмета издваја се посебна и ужа материја о државној ревизији и врховној ревизорској институцији, која представља предмет посебне правне дисциплине под називом “право државне ревизије јавног сектора”; значи, право државне ревизије јавног сектора настаје, формира се и развија из права јавних финансија; предмет ове правне дисциплине још непосредније произлази из буџетског права; право државне ревизије јавног сектора по свом предмету представља ужу правну дисциплину у односу на буџетско право, а кад је реч о његовом значају, оно је не мање значајно од буџетског права.

Предмет права државне ревизије јавног сектора чине два основна правна института: државна ревизија, њена својства, врсте и начин вршења; и врховна ревизорска институција, њен статус, унутрашња организација, послови и задаци, органи, државни ревизори, персонал и др. Наспрам законске (екстерне, комерцијалне) ревизије као слободне професије стоји државна ревизија као професија. Она се по својој правној природи разликује од законске ревизије, која се врши над привредноправним субјектима у приватном сектору економије. Још се назива и јавна ревизија или ревизија јавног сектора, а са правног аспекта у себи прожима искључиво елементе јавног права – уставног, финансијског, буџетског, рачуноводственог, пореског, управног и других грана права. Државну ревизију врши врховна ревизорска институција, као највиши орган државне ревизије, која је по правилу основана посебним законом. Она је независна и самостална организација, под надзором је парламентарне власти, којој је једино и одговорна. Ова институција врши ревизију јавних средстава у једној земљи над субјектима који су директни или индиректни корисници тих средстава. Врховна ревизорска институција државну ревизију врши као државну и јавну функцију. Да би државна ревизија могла да остварује своју мисију, нужно је да ова институција: 1) има статус независног, самосталног и врховног органа државне ревизије; 2) да је успостављена на основу устава и/или закона; 3) да је под надзором парламентарне власти, којој и одговара за свој рад; 4) да има професионалне и стручне кадрове који су са њом у радном односу; 5) да примењује националне и/или међународне стандарде ревизије за јавни сектор и др.

Место права државне ревизије јавног сектора у правном систему једне државе одређено је, првенствено, његовом општом природом и својствима, а затим и његовим односом са другим правним гранама тог истог система. Право државне ревизије јавног сектора је део националног правног система. Као део тог система, оно је условљено друштвеним системом конкретне државе. Та условљеност и веза су политичке, економске, финансијске и правно-техничке природе.

У контексту поделе области права на јавно и приватно, право државне ревизије јавног сектора улази у области јавног права, а елементи јавног права огледају се и у доле наведеним карактеристикама. Прво, норме којима се регулишу државна ревизија и врховна ревизорска институција су доминантно императивне природе, а само незнатно диспозитивне. Друго, јавноправне норме којима се регулише положај врховне ревизорске институције и државна ревизија имају јачу правну позицију у односу на субјекте ревизије. Треће, норме којима се регулишу врховна ревизорска институција и државна ревизија су по својој природи алтернативно-дисјунктивне, јер остављају могућност овој институцији правно омеђену слободу бирања оптималног пута при задовољавању јавног интереса². Реч је о постојању одређеног степена дискреционог овлашћења врховне ревизорске институције у вршењу државне ревизије, у границама устава и закона.

У контексту области материјалног и процесног права, у праву државне ревизије јавног сектора садржане су норме материјалног и процесног права, с тим да превагу имају норме материјалног права. А у контексту поделе на области унутрашњег и међународног права, треба констатовати да се право државне ревизије јавног сектора класификује у област унутрашњег права.

Право државне ревизије јавног сектора има за последицу да се само један део његових правних правила налази заокружен у прописима којима се регулише ова материја непосредно – устав, закони и подзаконски акти. Други део тих правила налази се у унутрашњој регулативи врховне ревизорске институције. Трећи део правила налази се у аутономној регулативи међународних и националних³ професионалних удружења врховних ревизорских институција. Четврти део његових правила, који је по свом обиму значајан, налази се у правним нормама које задиру у различите области права (јавног, материјалног, процесног, унутрашњег) и гране права – уставно, финансијско, пореско, буџетско, управно, и других грана права.

ИЗВОРИ ПРАВА ЗА ДРЖАВНУ РЕВИЗИЈУ И ВРХОВНУ РЕВИЗОРСКУ ИНСТИТУЦИЈУ

У упоредном и домаћем праву постоји неколико нивоа регулисања државне ревизије и врховне ревизорске институције. У појединим земљама

² Детаљније видети: Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд 2012, стр. 90.

³ У појединим земљама дошло је до формирања посебних професионалних удружења за јавни сектор. Прву овакву струковну организацију образовала је Велика Британија, али постоје и у другим земљама. Богољуб Виторовић, *Ревизија јавних расхода у светској теорији и пракси и потреба за њеним увођењем у СР Југославији*, Рачуноводство, Београд, бр. 7-8/1998, стр. 50.

ови правни институти су предмет регулисања највишег правног и политичког акта – устава. Затим, они су по правилу предмет посебног законског уређења, али се на њих примењују и други закони. Даље, они су предмет ближег регулисања и у подзаконским актима. На крају, државна ревизија и врховне ревизорске институције имају и сопствену професионалну регулативу.

На примеру права Србије, Устав Републике Србије је основни извор права за Државну ревизорску институцију (ДРИ)⁴, док су државна ревизија и ДРИ ближе уређени посебним Законом о државној ревизорској институцији⁵. Државна ревизорска институција у поступку вршења државне ревизије примењује и друге законе, нпр. Закон о буџетском систему⁶, Закон о буџету Републике Србије за 2015. годину⁷, Закон о јавном дугу⁸, Закон о контроли државне помоћи⁹, Закон о локалној самоуправи¹⁰, Закон о финансирању локалне самоуправе¹¹, Закон о јавним набавкама¹², Закон о јавним предузећима¹³, као и друге позаконске акте, нпр. Уредбу о буџетском рачуноводству¹⁴, укључујући правилнике и друге опште акте. Уколико се у вршењу државне ревизије од стране ДРИ појави питање које није уређено основним законом, предвиђена је сходна примена одговарајућих одредаба Закона о општем управном поступку¹⁵.

⁴ Устав Републике Србије („Сл.гласник РС“, бр. 98/2006 и 113/2006), чл. 96.

⁵ Закон о Државној ревизорској институцији, „Сл. гласник РС“, бр. 101/2005, 54/2007 и 36/2010. Овим законом су уређена следећа питања: оснивање и пословање, правни положај, послови и задаци, унутрашња организација, начин рада, друга питања од значаја за рад ове институције, као и права и обавезе субјеката ревизије (чл. 1).

⁶ Закон о буџетском систему, „Службени гласник РС“, бр. [54/2009](#), [73/2010](#), [101/2010](#), [101/2011](#), [93/2012](#), [62/2013](#), [63/2013](#) и [108/2013](#), 142/2014, 68/2015-други закон и 103/2015.

⁷ Закон о буџету Републике Србије за 2015. годину, „Службени гласник РС“, бр. 142/2014 и 94/2015.

⁸ Закон о јавном дугу, "Сл. гласник РС", бр. 61/2005, 107/2009, 78/2011 и 68/2015.

⁹ Закон о контроли државне помоћи, „Службени гласник РС“, бр. 51/2009.

¹⁰ Закон о локалној самоуправи, „Службени гласник РС“, бр. 127/2007 и 83/2014-други закон.

¹¹ Закон о финансирању локалне самоуправе, „Сл. гласнику РС“, бр. [62/2006](#), [47/2011](#) (погледај и [чл. 10](#)) и [93/2012](#) (погледај и [чл. 12.](#) и [13](#)). Види: [Усклађене највише износе - 99/2013-3](#). Видети: [Усклађене највише износе - 125/2014-9](#). Видети: [Усклађене највише износе - 95/2015](#).

¹² Закон о јавним набавкама, „Службени гласник РС“, бр. 124/2012, 14/2015. и 68/2015.

¹³ Закон о јавним предузећима, „Службени гласник РС“, бр. 15/2016.

¹⁴ Уредба о буџетском рачуноводству, „Службени гласник РС“, бр. 125/2003 и 12/2006.

¹⁵ Видети: Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 7. и Закон о општем управном поступку, који је објављен у „Службени гласник РС“, бр. 18/2016 од 1.3.2016. године, ступио је на снагу 9.3.2016, а примењиваће се од 1.6.2017. године, изузев одредаба чл. 9,

Државна ревизорска институција је законом овлашћена да доноси подзаконске акте којима се ближе уређују поједина питања из њене надлежности, и то: Пословник Државне ревизорске институције¹⁶, Одлуку о Стратешком плану Државне ревизорске институције за период 2011-2015. године¹⁷, Правилник о програму и начину полагања испита за стицање звања државни ревизор и овлашћени државни ревизор¹⁸ и др.

Осим напред поменутих општих правних аката, на државну ревизију се примењује и тзв. професионална регулатива. У праву Србије од професионалне регулативе треба поменути: Одлуку о усвајању превода Међународних стандарда врховних ревизорских институција¹⁹ и Етички кодекс за државне ревизоре и друге запослене у Државној ревизорској институцији²⁰. На међународном плану од професионалне регулативе од значаја су: Међународни рачуноводствени стандарди за јавни сектор; Међународни стандарди ревизије; Лимска декларација о смерницама и правилима ревизије усвојена на IX конгресу (1977) Међународна организација врховних ревизорских институција (*International Organisation of Supreme Audit Institutions – INTOSAI*); Мексичка декларација о независности врховних ревизорских институција донета на XIX конгресу INTOSAI (2007); Пракса сагласна међународним стандардима Института интерних ревизора (IIA); Етички кодекс за ревизоре јавног сектора који је донео INTOSAI (1998) у Монтевидеу; Етички кодекс интерних ревизора који је развио и усвојио Институт интерне ревизије у САД (1968) и др.

ИСТОРИЈСКИ ПРИСТУП ДРЖАВНОЈ РЕВИЗОРСКОЈ ИНСТИТУЦИЈИ

Да би у историјском контексту могли да размотримо настанак Државне ревизорске институције у праву Србије, нужно је да констатујемо да је она прешла свој пут настанка, успостављања и развој од Главне контроле (1835) до Државне ревизорске институције (2005), у трајању од непуна два века. Како би изнету хипотезу незнатно илустровали, морамо да

103. и 207. овог закона које почињу да се примењују истеком 90 дана од дана ступања на снагу овог закона.

¹⁶ Пословник Државне ревизорске институције, „Службени гласник РС“, бр. 9/2009.

¹⁷ Одлука о Стратешком плану Државне ревизорске институције за период 2011-2015. године, „Службени гласник РС“, бр. 100/2011.

¹⁸ Правилник о програму и начину полагања испита за стицање звања државни ревизор и овлашћени државни ревизор, „Службени гласник РС“, бр. 102/2010 и 147/2014.

¹⁹ Одлука о усвајању превода Међународних стандарда врховних ревизорских институција, „Сл. гласник РС“, бр. 77/2015.

²⁰ Етички кодекс за државне ревизоре и друге запослене у Државној ревизорској институцији, „Сл. гласник РС“, бр. 44/12009.

пођемо од одређене периодизације, и то: период до Другог светског рата, период после Другог светског рата и период успостављања врховне ревизорске институције у правном систему Србије.

Први период се везује за успостављање и развој Главне контроле. Прве одредбе о контроли јавних расхода налазиле су се у првом Уставу Кнежевине Србије од 2. фебруара 1835. године (тзв. Сретењски устав), у посебном X поглављу („О финансији /азнадарству/“) ²¹. Полазећи од правних извора и одабране литературе, треба указати на прве и почетне облике Главне контроле, њено извлачење и „ослобађање“ из окриља извршне власти, стицање статуса уставне категорије, посебног законског регулисања ²², њеног ширења и распрострања на целокупни простор новоуспостављене Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (1918), односно Краљевине Југославије (1929). У Краљевини СХС Главна контрола била је уређена тадашњим Уставом (1921) ²³ и посебним Законом о Главној контроли (1922) ²⁴, на основу којег је успостављена главна финансијска контрола.

Други период смо означили као период после Другог светског рата. У околностима успостављеног новог друштвено-економског уређења, надзор (контролу) над трошењем буџетских средстава у тадашњој Југославији вршила је посебна Служба за буџетску инспекцију и ревизију у саставу министарства финансија (на савезном и републичком нивоу). Затим је на краћи рок успостављена Контролна рачунска комисија, на основу Закона о Контролно-рачунској комисији (1945) ²⁵, при тадашњем председништву Министарског савета, са законом одређеним надлежностима. Њено образовање са истим задацима било је предвиђено и у федералним јединицама, под законом одређеним условима. Комисија је организационо била несамосталан орган Министарског савета као органа извршне власти. Треба запазити да она није била аналогна тадашњем „рачунском суду“ у

²¹ Одредба чл. 107. Устава Књажевства Србије (1835) гласи: “Књаз и државни Совјет поставиће главну рачунцијницу, која ће прегледати све рачуне финансије и мотрити да се народни новци не троше на друге потребе, разве на оне, које су скупштином народном одобрене”. Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835-1941), Београд, 1988, стр. 38.

²² Први Закон о уређењу Главне контроле донет је 1892. године, на основу Устава од 1888. године, а био је неколико пута предмет измена и допуна (1893, 1894. и 1897). Закон о уређењу Главне контроле са Правилима за извршење овог закона, Београд 1897.

²³ Устав за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца од 1921. године, чл. 118, у Устави и владе 1835-1941, стр. 225-226.

²⁴ Закон о Главној контроли од 30. маја 1922 године, са изменама и допунама од 7. јануара и 10. октобра 1929. године и 17. октобра 1930. године, са Правилником о раду месних контрола и комесара за ванредне прегледе, Београд 1930.

²⁵ Закон о Контролно-рачунској комисији, „Сл. лист ДФЈ“, бр. 21/1945. Овај закон је донет од стране привремених органа власти, од тадашњег Председништва АВНОЈ-а.

западним државама, јер је била орган егzekутиве. Комисија је успостављена на месту бивше Главне контроле Краљевине Југославије и била је њен својеврсни правни следбеник²⁶. Са успостављањем и изградњом новог друштвено-економског, политичког и правног система у Демократској Федеративној Југославији, односно ФНР Југославији, односно СФР Југославији, на основама друштвене својине и самоуправљања, успостављена је Служба друштвеног књиговодства, која је на крају XX века прерасла у Службу за платни промет. У околностима успостављеног новог друштвено-економског уређења, надзор над трошењем буџетских средстава у бившој Југославији најпре је вршен преко посебне Службе за буџетску инспекцију, а нешто касније и преко контролне функције некадашње Службе друштвеног књиговодства (СДК)²⁷ и касније Службе за платни промет (1992)²⁸. Ова служба била је основана посебним законом, на темељима Устава СР Југославије²⁹, као сложен пословни, технички и организациони систем. Она је настала трансформацијом СДК (република Србије и Црне Горе), представљала је правног следбеника СДК, обављала је платни промет на целој територији СР Југославије, преко својих бројних организационих јединица. Осим Службе платног промета (СПП), у тадашње организаторе и извршиоце послова унутрашњег платног промета у Југославији улазили су још Народна банка Југославије, пословне банке и друге финансијске организације и предузећа ПТТ саобраћаја. СПП Југославије била је “специфична, независна и добро организована друштвено-државна служба”³⁰, која је вршила сва унутрашња (динарска) плаћања, преко једнообразних инструмената – образаца платног промета, чији је облик, садржину и начин коришћења прописивао генерални директор ове службе.

²⁶ Законом о Контролно-рачунској комисији, између осталог, било је предвиђено: “Службеници бивше Главне контроле стављају се на расположење Министарству финансија, које ће преузети и њену архиву и инвентор”. Закон о Контролно-рачунској комисији, чл. 10.

²⁷ Видети: Закон о друштвеном књиговодству, „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 43/1959, “Сл. лист ФНРЈ”, бр. 30/1962 и “Сл. лист СФРЈ”, бр. 12/1965; Закон о Служби друштвеног књиговодства, “Сл. лист СФРЈ”, бр. 23/1967, 54/1967, 15/1968, 50/1968, 55/1968, 32/1970, 50/1971 и 54/1971; Закон о друштвеном књиговодству, “Сл. лист СФРЈ”, бр. 5/1972, 23/1972, 33/1972, 39/1972, 55/1972, 63/1972, 71/1972 и 65/1975; Закон о Служби друштвеног књиговодства, “Сл. лист СФРЈ”, бр. 2/1977, 22/1978, 35/1980, 43/1983 и 41/1983; Закон о Служби друштвеног књиговодства, “Сл. лист СФРЈ”, бр. 70/1983, 16/86, 72/86, 74/87, 37/88, 61/88, 57/89, 79/90, 84/90 и 20/91.

²⁸ Закон о платном промету, “Сл. лист СРЈ”, бр. 53/1992, 6/1993, 16/1993, 31/1993, 32/1994, 61/1995, 34/1997, 44/1999 и 53/2001.

²⁹ Устав Савезне Републике Југославије („Сл. лист СРЈ“, бр. 1/1992), чл. 77. став 2.

³⁰ Михаило Ковачевић, Радован Бркљач и др., *Служба за платни промет као основни носилац платног промета*, Билансирање и пословне финансије, Београд, бр. 1/1995, стр. 5.

Платни промет са иностранством (укључујући уношење и изношење домаће и стране валуте преко границе) остваривао се преко овлашћених банака и налазио се под посебном контролом³¹.

Након укључивања платног промета у Народну банку Југославије, на основу Закона о платном промету (1998), централној банци је дато овлашћење да обавља законом утврђене послове платног промета преко специјализоване организације у свом саставу – Завода за обрачун и плаћања (ЗОП)³². Новоуспостављени ЗОП није имао овлашћења да врши ревизију јавних средстава по службеној дужности. Таква ситуација је потрајала све до поновног успостављања државне ревизије у државама насталим на простору бивше Југославије, укључујући и Србију.

Трећи период се тиче краја XX и почетка XXI века, када су на посторима бивше СФР Југославије настале нове државе и у њиховим правним системима успостављене врховне ревизорске институције под различитим називима. У праву Србије је по први пут на основу новодонетог посебног закона (2005) и устава (2006) успостављена Државна ревизорска институција.

УСТАВНИ И ЗАКОНОДАВНИ ПРИСТУП ДРЖАВНОЈ РЕВИЗОРСКОЈ ИНСТИТУЦИЈИ

У праву Србије Државна ревизорска институција (ДРИ) је начелно уређена Уставом Републике Србије, у одељку о јавним финансијама. Њен уставни статус је изграђен на неколико принципа, и то: 1) највиши је државни орган; 2) врши државну ревизију; 3) врши ревизију корисника јавних средстава у Србији; 4) самостална је; 5) подлеже надзору Народне скупштине; 6) одговорна је Народној скупштини; 7) предмет је законског

³¹ Видети: Закон о платном промету (“Сл. лист СРЈ“, бр. 53/1992, 6/1993, 16/1993, 31/1993, 32/1994, 61/1995, 34/1997, 44/1999 и 53/2001); Закон о платном промету („Сл. лист СРЈ“, бр. 24/1998, 74/1999, 28/2000, 73/2000 и 71/2001); Закон о платном промету („Службени лист СРЈ“, бр. [3/2002](#), [5/2003](#) и „Службени гласник РС“, бр. [43/2004](#), [62/2006](#), [111/2009](#) - РС, други закон и [31/2011](#) (погледај и [чл. 13-15](#)) - закон је престао да важи 1.10.2015, осим одредаба чл. 2, чл. 47. до 49, чл. 50. став 1. тачка б) и ст. 2. и 3, чл. 51. став 1. тач. 18) и 19) и став 2. и чл. 57. став 3, с тим да одредбе чл. 2. важе и даље искључиво ради примене наведених одредаба које не престају да важе 1.10.2015); Закона о платним услугама („Службени гласник РС“, бр. 139/2014) закон је ступио на снагу 26.12.2014, а примењује се од 1.10.2015, осим одредаба чл. 192. до 213, члана 217. и чл. 218. став 1. тачка 11) овог закона, које ће се примењивати од дана приступања Републике Србије Европској унији.

³² Закон о платном промету („Сл. лист СРЈ“, бр. 24/1998, 74/1999, 28/2000, 73/2000 и 71/2001), чл. 5.

регулисања³³. У будућим уставним изменама ДРИ треба учинити, првенствено, независном, уз задржавање њене самосталности. И у другим правним системима је питање статуса врховне ревизорске институције предмет уставног (нпр. у Словенији³⁴) и законског регулисања.

Подизањем ДРИ на уставноправни ранг створени су правни темељи за њену независност и самосталност у раду, а значај њеног уставног регулисања је вишеструк.

ДРИ врши посебну и на целовит начин изворну и уставну државну власт у области државне ревизије јавних средстава Републике Србије, на основу и у складу са посебним законом. Њена ауторитативна овлашћења у својству државног органа су неодвојива од њене делатности коју обавља и чине њену суштину. ДРИ контролише извршавање свих буџета на територији Републике Србије - републичког, аутономних покрајина, градских и општинских. Народна скупштина разматра предлог завршног рачуна буџета по прибављеном мишљењу ДРИ³⁵.

Законом о министарствима Републике Србије одређено је да министарство финансија обавља послове државне управе који се односе, између осталог, на: републички буџет; утврђивање консолидованог биланса јавних прихода и јавних расхода; буџетску контролу свих средстава буџета Републике Србије, територијалне аутономије и локалне самоуправе и организација обавезног социјалног осигурања и јавних предузећа; хармонизацију и координацију финансијског управљања и контроле и интерне ревизије у јавном сектору³⁶. Такође, наведеним законом је предвиђено да се њиме образују министарства и посебне организације и утврђује њихов делокруг, а да се посебне организације могу образовати и њихов делокруг се може утврдити посебним законом. Наведеним законом је регулисано десет посебних организација, али се не помиње и не уређује ДРИ. И Законом о државној управи Републике Србије предвиђено је да се за обављање стручних послова образују посебне организације (органи државне управе), када је тако одређено законом³⁷.

³³ Устав Републике Србије, чл. 96.

³⁴ Ustav Republike Slovenije („Uradni list RS“, št. 33/91-И, 42/97, 66/2000, 24/03 и 69/04), чл. 150-151.

³⁵ Устав Републике Србије, чл. 92. ст. 3-4.

³⁶ Закон о министарствима („Сл. гласник РС“, бр. 44/2014, 14/2015, 54/2015. и 96/2015-други закон), чл. 3.

³⁷ Закон о државној управи, „Сл. гласник РС“, бр. [20/92](#), [6/93](#) - Одлука УС РС, [48/93](#), [53/93](#) - други закон, [67/93](#) - други закон, [48/94](#) - други закон, [49/99](#) - други закон, [79/2005](#) - други закон (дана 24.9.2005. године, закон престао да важи изузев одредаба чл. 22-37. и члана 92.), [101/2005](#) - други закон и [87/2011](#) - други закон (дана 29.11.2011. године, престале су да важе одредбе чл. 34-37) и [36/2015](#) - други закон (дана 29.4.2016. године, престају да важе одредбе чл. 22-33. и чл. 92), чл. 1. ст. 3-4.

ДРИ је предмет детаљнијег регулисања у посебном Закону о државној ревизорској институцији (2005) и ближег одређивања њеног статуса. Тим законом је одређено да је ДРИ највиши државни орган ревизије јавних средстава у Србији, уједно самосталан и независан државан орган. Она има својство правног лица, а за обављање послова из своје надлежности одговорна је Народној скупштини. У односу на уставне поставке, законодавац је успоставио за ДРИ још нека начела, и то: 1) самосталан је и независан државни орган; 2) има својство правног лица; 3) осим што је самостална, она је и независна организација; 4) акти којима врши своју надлежност ревизије не могу бити предмет оспоравања пред судовима и другим државним органима и др. У будућим законским измена у Србији, законодавац треба првенствено да потенцира независност ДРИ, а онда и њену самосталност.

ДРИ нема сопствена овлашћења, административна и кривично-правна, у погледу санкционисања субјеката ревизије у поступку предузимања правних мера исправљања незаконитих аката. Међутим, ДРИ има овлашћења да директно издаје налог субјектима ревизије за поступање, у случају када се у спровођењу поступка ревизије примети озбиљније кршење прописа. ДРИ о томе непосредно извештава Народну скупштину и јавност, а надлежне органе позива да санкционишу актере који су директно умешани у предметни случај. ДРИ, уколико основано посумња да је од стране ревидираног субјекта учињен прекршај или кривично дело, предлаже надлежном органу покретање прекршајног поступка, тј. подноси кривичну пријаву.

И у другим истраживаним законодавствима је питање статуса врховне ревизорске институције предмет законског регулисања. У свим законодавствима се истиче да ова институција има својство правног лица. У појединим законодавствима наглашава се да је она највиши ревизијски орган за контролу државних рачуна, буџета и целокупне јавне потрошње, као и да је у односу на друге државне органе самосталан и независан државни орган³⁸. У другим законодавствима истиче се да је реч о највишој ревизорској институцији која је самостална и независна у свом раду, а над којом управља главни државни ревизор³⁹. У праву Македоније се само истиче да је Државни завод за ревизију државни орган Републике Македоније, независан у свом раду и врши послове државне ревизије⁴⁰. У праву Републике Српске налази се за потребно да се истакне да се Главна

³⁸ Закон о računskom sodišču („Uradni list RS“, št. 11/2001 i 109/2012-neslužbeni prečišćeni tekst), čl. 1. st. 1-2.

³⁹ Закон о Državnom uredu za reviziju („Narodne novine“, br. 80/2011), čl. 2.

⁴⁰ Закон за државна ревизија („Службен весник на РМ“, бр. 66/2010, 145/2010, 12/2014 и 43/2014, 154/2015, 192/2015 и 27/2016), чл.3.

служба за ревизију уписује у судски регистар код надлежног регистрационог суда⁴¹.

УПРАВНОПРАВНИ ПРИСТУП ДРЖАВНОЈ РЕВИЗОРСКОЈ ИНСТИТУЦИЈИ

Државна ревизорска институција је уставом оквалификована као „највиши државни орган ревизије јавних средстава у Републици Србији“⁴². Одмах треба нагласити да је она највиши државни орган искључиво у контексту вршења државне ревизије над јавним средствима Србије. На основу уставних овлашћења, ДРИ је предмет посебног законског регулисања, али не и Закона о министарствима и Закона о државној управи. Одатле, у најширем смислу, ДРИ као највиши државни орган улази у организацију јавне власти Републике Србије, са незнатним својствима државног органа а са много више својстава државне посебне организације. Међутим, у ужем смислу, ДРИ спада и у недржавну управу Републике Србије због одређених својстава и карактеристика, и то не по основу територијалне децентрализације (органи управе територијалне аутономије и локалне самоуправе), већ по основу функционалне децентрализације (јавне агенције)⁴².

Које су основне карактеристике ДРИ као државног органа? Прво, ДРИ као највиши државни орган функционално обавља државну ревизију јавних средстава у Србији⁴³. Друго, док државни органи по правилу немају својство правног лица, ДРИ је на основу посебног закона додељен правни субјективитет. Треће, државни органи се финансирају из државног буџета, као што се и средства за рад ДРИ обезбеђују у буџету Србије, у оквиру посебног буџетског раздела⁴⁴. Четврто, док су државни органи самостални али не и независни, дотле је ДРИ самосталан и независан државни орган. Пето, за разлику од других државних органа, који могу бити у саставу самосталних органа управе, ДРИ је самостални државни орган изван састава других самосталних државних органа. ДРИ не припада некој широј управноорганизационој целини, самостална је и није под надзором неког другог органа управе, већ подлеже искључивом надзору Народне скупштине, којој је и одговорна. Шесто, полазећи од начина формирања државних органа управе, могуће је говорити о реалном, територијалном и персоналном

⁴¹ Закон о ревизији јавног сектора Републике Српске („Сл. гласник Републике Српске“, бр. 98/2005 и 20/2014), чл. 5. став 2.

⁴² Детаљније видети: Зоран Томић, *Опште управно право*, стр. 143-145.

⁴³ Видети: Устав Републике Србије, чл. 96. став 1. и Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 3. став 1.

⁴⁴ Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 51. став 1.

приступу⁴⁵. На основу одредаба устава и посебног закона, ДРИ је као државни орган основана на реалном приступу, у комбинацији са територијалним, јер се пошло од врсте и садржине послова које она обавља – државна ревизија корисника јавних средстава, а територијално је успостављена на ниво државе (Републике) као јединствена организација. Она је основана за одређену област друштвене стварности – јавне финансије, још ближе за ревизију јавних средстава Србије. Реч је о функционалном принципу у оквиру реалног приступа. Седмо, ДРИ може се оквалификовати као централизовани државни орган и посебна организација, која претежно обавља послове на једном месту, иако може образовати организационе јединице изван седишта и без својства правног лица. ДРИ је централни орган који обавља послове и задатке на целој територији државе. Осмо, ДРИ је колегијални орган, јер је правно одлучујућа воља не појединца већ једног тела, групе лица односно колегијалног органа. Одлуке се доносе на седници, од њеног највишег органа управљања (савет) и гласањем. Девето, ДРИ има и карактеристике посебне организације, јер за разлику од државних органа управе, за њу није опредељујуће обављање ауторитативних послова из делокруга јавне управе. Она је основана првенствено за обављање стручних послова у области јавних финансија - вршење државне ревизије над корисницима јавних средстава Србије. Организације које врше управно-стручне послове у оквиру државне управе, називају се посебним организацијама, јер се оснивају за „обављање стучних послова од значаја за остваривање права и дужности Републике и других послова одређених законом и другим прописима“, а „могу обављати и поједине послове државне управе одређене законом“⁴⁶. Реч је о стручним и са њима повезаним извршним пословима чија природа захтева већу самосталност од оне коју има орган у саставу државних органа управе. Над посебним (управним) организацијама непосредни надзор врши Влада, осим када је у погледу неке од посебних организација законом предвиђен министарски надзор. Међутим, надзор над ДРИ врши Народна скупштина, а не Влада. Десето, рад државних органа управе у Србији подлеже надзору Владе, а Народна скупштина надзире њихов рад преко вршења надзора над Владом и члановима Владе. Међутим, рад ДРИ подлеже непосредном и искључивом надзору Народне скупштине. Једанаесто, на основу посебног закона - Закона о Државној ревизорској институцији, појединим лицима запосленим у овој институцији признат је положај функционера, а одређени запослени уподобљени су са државним службеницима и намештеницима и имају положај који имају запослени у државним органима.

⁴⁵ Зоран Томић, *Опште управно право*, стр. 149.

⁴⁶ Видети: Устав Републике Србије, чл. 137. ст. 2-3. и Закон о државној управи, чл. 17. ст. 1-2.

Које су основне карактеристике ДРИ као недржавне управе? Прво, функционално децентрализовану управу у Србији чини већи број субјектата права, ималаца јавних овлашћења. Они нису део државног апарата, али, на основу посебног закона, обављају послове државне управе, тј. управну делатност, управни рад⁴⁷. Послови државне управе могу се законом поверити функционално децентрализованим организацијама (предузећима, установама, јавним агенцијама), другим организацијама, па и појединцима⁴⁸. На пример, Народна банка Србије, као централна банка, има засебан, уставни ранг и појачану самосталност⁴⁹. Или, Државна ревизорска институција, која има ранг највишег државног органа ревизије јавних средстава, самостална је и подлеже надзору Народне скупштине. ДРИ су посебним законом поверени послови ревизије јавних средстава, односно законом су јој додељена јавна овлашћења. Друго, ДРИ није самостални државни орган јавне управе, није део државне организационе структуре јавне (државне) управе, али јесте државни орган ревизије јавних средстава Србије. Она врши специјализовану, стручну и целовиту уставно-извршну државну власт у области државне ревизије јавних средстава Србије, у складу са Законом о Државној ревизорској институцији. За разлику од предузећа, установа и јавних агенција са повереним јавним овлашћењима, ауторитативна овлашћења ДРИ су неодвојива од њене укупне делатности, која чини њену суштину. Надлежности ДРИ нису неки поверени послови у облику додатка нечијој и некој неауторитативној делатности, јер је ДРИ самостална и независна у обављању послова и задатака утврђених уставом и посебним законом и за свој рад одговорна је Народној скупштини. ДРИ у обављању својих послова и задатака не прима и не тражи од државних органа и других лица било какава упутства и смернице. Основни циљ вршења државне ревизије над јавним средствима Републике Србије од стране ДРИ је ревизија финансијских извештаја јавноправних субјектата, односно њихово ревидирање у контексту ревизије правилности њиховог пословања и/или ревизије сврсисходности њиховог пословања. Треће, начела на којима ДРИ врши своје послове и задатке у највећој мери се поклапају са начелима на којима државни органи управе остварују свој делокруг послова. Та начела су следећа: самосталност и законитост, стручност, непристрасност и политичка неутралност, јавност рада, делотворност (економичност, ефикасност и ефективност), одговорност и др. Четврто, управни акти (решења) функционално децентрализованих недржавних организација јавне управе су коначни у управном поступку, тј. не могу се нападати жалбом у управном поступку, и као такви непосредно су подложни судској контроли, по

⁴⁷ Зоран Томић, *Опште управно право*, стр. 177.

⁴⁸ Видети: Зоран Томић, *Опште управно право*, стр. 155; Закон о државној управи, чл. 2.

⁴⁹ Устав Републике Србије, чл. 95. став 1.

поднетој тужби заинтересованог лица у управном спору. Међутим, супротно изнетим поставкама, законом је предвиђено да акти којима ДРИ врши своју надлежност ревизије „не могу бити предмет оспоравања пред судовима и другим државним органима“⁵⁰. Пето, предузећа, установе, јавне агенције и друге организације са овлашћењима вршилаца управно-јавних овлашћења у поступку њиховог вршења имају иста права и дужности као органи државне управе, с тим да Влада и органи државне управе и после поверавања послова државне управе задржавају одговорност за њихово извршавање. С друге стране, ДРИ је самостална и независна у обављању својих послова и задатака, јер над њеним пословањем надзор врши Народна скупштина, којој је и искључиво одговорна за свој рад.

ДРИ се може у појединим својим елементима, својствима и карактеристикама посебно поредити и са управним и јавним агенцијама⁵¹, као облицима функционално децентрализоване недржавне управе. *lex generalis* за јавне агенције у праву Србије је Закон о јавним агенцијама (2005)⁵², а постоје и посебни закони којим се уређују поједине од ових агенција. У правном систему Србије, у јавноправном (непрофитном) смислу, агенције се појављују у два основна облика: 1) као облик органа државне управе – управне (државне) агенције и 2) као стучна јавна тела изван структуре државне власти - јавне агенције. Управне агенције су у рангу посебних (управно-стручних) државних организација, а изузетно су и органи управе у саставу другог државног органа. Јавне агенције обављају одређене послове у општем интересу, док нарочит, независан положај међу њима имају тзв. регулаторна јавна тела⁵³.

ДРЖАВНА РЕВИЗОРСКА ИНСТИТУЦИЈА У КОНТЕКСТУ ПАРЛАМЕНТАРНЕ КОНТРОЛЕ

Полазећи од упоредног права, на примеру Велике Британије, може се констатовати да се целокупни систем финансијске контроле у овој земљи заснива на парламентарној контроли јавних расхода. У суштини, таква контрола не би била могућа без постојања професионалне ревизорске институције која врши ревизију финансијских извештаја јавне власти⁵⁴.

⁵⁰ Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 3. став 4.

⁵¹ Зоран Томић, *Управне и јавне агенције у Србији – Класификација и правни положај*, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/2008, стр. 413.

⁵² Закон о јавним агенцијама, „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005 и 81/2005-испр.

⁵³ Детаљније видети: Томић, *Управне и јавне агенције у Србији – Класификација и правни положај*, стр. 413-426.

⁵⁴ Александра Рабреновић, *Статус и функције националне ревизорске институције Велике Британије*, Страни правни живот, Београд, бр. 3/2007, стр. 116.

Такође, и у буџетском праву Србије рад и пословање ДРИ подлеже надзору парламента, односно Народне скупштине⁵⁵. Та контрола трошења буџетских средстава врши се преко надлежног скупштинског одбора - Одбора за финансије, републички буџет и контролу трошења јавних средстава (Одбор за финансије)⁵⁶ и ДРИ.

У праву Србије Народна скупштина врши следеће функције: представничку, законодавну, изборну и контролну⁵⁷. У контексту ДРИ, Народна скупштина врши све своје функције, са изузетком представничке. Између осталог, Народна скупштина доноси законе, буџет и завршни рачун. Као носилац уставотворне и законодавне власти, на предлог Владе, усваја буџет и завршни рачун Републике Србије. У остваривању изборне функције, бира и чланове савета ДРИ.

Народна скупштина има право и дужност да образује стална радна тела – одборе, а може образовати и привремена радна тела - анкетне одборе и комисије. Образовање одбора се врши ради разматрања предлога закона и других аката поднетих Народној скупштини, за сагледавање стања вођења политике од стране Владе, као и за праћење извршавања закона и других општих аката од стране Владе и других државних органа и тела. Одбор, у оквиру свог делокруга, прати рад Владе и других органа и тела, чији рад надзире Народна скупштина. Такође, одбор разматра извештаје органа, организација и тела, који се на основу закона подносе Народној скупштини. Састав, делокруг и начин рада одбора ближе се утврђује њеним пословником. Од поступака за доношење аката и других поступака у Народној скупштини, у контексту нашег предмета истраживања, од посебног су значаја следећи: поступак за доношење закона; поступак за доношење буџета Републике Србије и завршног рачуна; поступци за избор и престанак функције; поступак за вршење надзора над радом државних органа, организација тела и др. Народна скупштина разматра извештаје које јој достављају државни органи, организације и тела, а начин остваривања односа Народне скупштине и других државних органа, организација и тела уређује се њеним пословником.

На основу Пословника Народне скупштине, Одбор за финансије разматра предлог закона и другог општег акта и друга питања⁵⁸. Такође, овај

⁵⁵ Устав Републике Србије, чл. 96. став 1.

⁵⁶ Пословник Народне скупштине („Сл. гласник РС“, бр. 52/2010, 13/2011 и 20/2012-пречишћени текст), чл. 46. ст. 1. тач. 8.

⁵⁷ Закон о Народној скупштини („Сл. гласник РС“, бр. 9/2010), чл. 7.

⁵⁸ Одбор за финансије разматра предлог закона и другог општег акта и друга питања из области: 1) система финансирања државних функција, пореза, такса и других јавних прихода; 2) републичког буџета и финансијских планова организација обавезног социјалног осигурања; 3) завршног рачуна буџета, завршних рачуна финансијских

одбор: 1) разматра извештај Државне ревизорске институције, о чему подноси извештај са ставовима и препорукама Народној скупштини; 2) контролише примену републичког буџета и пратећих финансијских планова у смислу законитости, сврсисходности и ефикасности трошења јавних средстава, о чему подноси извештај са предлогом мера Народној скупштини⁵⁹.

Извештаје који ДРИ подноси Народној скупштини, њен председник доставља народним посланицима и Одбору за финансије. Одбор има дужност да разматра извештај на првој наредној седници. На седницу Одбора позива се представник ДРИ чији се извештај разматра. Након разматрања извештаја и по закључењу расправе, Одбор подноси извештај Народној скупштини, с предлогом закључка, односно препоруке. У предлогу закључка, односно препоруке Одбор може да предложи Народној скупштини: 1) да прихвати извештај ДРИ, када сматра да је извештај у формалном и суштинском смислу целовит и да је ДРИ поступала у складу са законом; 2) да обавезе Владу и друге државне органе на предузимање одговарајућих мера и активности из њихове надлежности; 3) да затражи допуну извештаја ДРИ; 4) да предузме одговарајуће друге мере у складу са законом⁶⁰. За доношење пуноважне одлуке Одбора потребна је већина гласова народних посланика на седници на којој је присутна већина народних посланика⁶¹.

НЕЗАВИСНОСТ И САМОСТАЛНОСТ ДРЖАВНЕ РЕВИЗОРСКЕ ИНСТИТУЦИЈЕ

Врховне ревизорске институције у упоредном праву располажу организационом, функционалном, персоналном и финансијском независношћу и самосталношћу. Међутим, треба запазити да апсолутне независности и самосталности нема, је су ове институције део јавне власти једне државе.

планова организација обавезног социјалног осигурања и ревизије завршних рачуна; 4) зајмова, гаранција и игара на срећу; 5) јавног дуга и финансијске имовине Републике Србије; 6) јавних набавки; 7) кредитно-монетарног, банкарског, девизног и царинског система; 8) осигурања имовине и лица; 9) имовинско-правних односа и експропријације; 10) плаћања и платног промета, хартија од вредности и тржишта капитала; 11) спречавања прања новца и борбе против корупције; 12) рачуноводства и ревизије; 13) као и друга питања из области финансија.

⁵⁹ Пословник Народне скупштине, чл. 55.

⁶⁰ Пословник Народне скупштине, чл. 237.

⁶¹ Пословник Народне скупштине, чл. 239.

Још у предговору Лимске декларације се истиче колики је значај независности врховних ревизорских институција у свету, јер „њихова независност наставља бити тема о којој се испочетка расправља у оквирима асоцијације INTOSAI“⁶². Међутим, ова декларација се не задовољава само постизањем формалне независности на међународном плану, већ захтева да она има упориште у националном законодавству. Због тога морају постојати квалитативни делотворни институти и механизми правне сигурности, који се могу пронаћи само у националним демократијама заснованим на начелу владавине закона. Одатле су, владавина права и демократија стубови на којима се заснивају правила Лимске декларације, али и независност врховних ревизорских институција⁶³. И у преамбули ове декларације се констатује да је неопходно да свака земља има врховну ревизорску институцију чија је независност загарантована законом, ради уредног и ефикасног коришћења јавних средстава као есенцијалног предуслова за правилно управљање јавним финансијама и доношење ефикасних одлука од надлежних власти⁶⁴. Националне врховне ревизорске институције могу да постигну своје постављене циљеве на објективан и ефикасан начин, само ако су независне од субјекта ревизије (ревидираног субјекта), с једне стране, и заштићене од спољњег утицаја, с друге стране. У погледу независности врховне ревизорске институције, треба још једном нагласити да апсолутне независности нема, јер се и Лимском декларацијом предвиђа да су врховне ревизорске институције саставни део државне управе. Због тога се само условно може говорити о њиховој независности, и то само у домену њихове организације, функционисања и финансирања, потребних за остваривање њихових задатака. Иначе, како се налаже Лимском декларацијом, независност државне ревизорске институције требала би да буде гарантована уставом једне земље, а да се преко законских одредаба и судских одлука

⁶² Међународна организација врховних ревизорских институција (*International Organisation of Supreme Audit Institutions – INTOSAI*) је основана на Првом конгресу у Хавани (Куба), 1953. године. У погледу њене правне природе, она је струковна (професионална) независна, невладина, аутономна и неполитичка организација са својством правног лица. Основана је ради размене идеја и праксе између врховних ревизорских институција националних држава. Њено седиште је у Бечу.

Члан INTOSAI може постати национална врховна ревизорска институција чија је држава чланица Уједињених нација и која испуњава услове предвиђене њеним статутом и другим општим актима. У првој половини 2016. године, INTOSAI има 192 пуноправна члана, наднационални Европски ревизорски суд и 5 придружених чланица. Видети: Интернет, <http://www.intosai.org/news.html>

⁶³ Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts, Foreword. Videti: Internet, <http://www1.worldbank.org/publicsector/pe/befa05/LimaDeclaration.pdf>

⁶⁴ Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts, Preamble, al. 1-2.

обезбеди њено поштовање⁶⁵. Независност врховне ревизорске институције превасходно ће зависити од независности њених органа (функционера), ревизора и персонала, који не смеју бити под утицајем субјеката ревизије и од истих зависити⁶⁶. Односи врховне ревизорске институције и парламента заснивају се на њеној независности, која се на националном плану обезбеђује уставом и законом. Такође, нужно је да се овим институцијама обезбеди висок степен иницијативе и аутономности, чак и кад оне делују као представници парламентарне власти и државну ревизију врше на основу њених инструкција. У зависности од правног система и његових особености сваке конкретне земље, треба настојати да однос између парламента и врховне ревизорске институције буде постављен начелно уставом⁶⁷. У разматрању односа врховне ревизорске институције и владе и државне управе, Декларацијом је констатовано да „врховна ревизорска институција врши ревизију активности владе, с тим да јој влада није подтињена“. Конкретно, влада је у потпуности и искључиво одговорна за сопствено деловање и пропусте, јер се не може ослободити одговорности позивањем на налазе из извршене државне ревизије, нити на експертско мишљење врховне ревизорске институције⁶⁸.

И у Мексичкој декларацији о независности врховних ревизорских институција даје се посебан значај њиховој независности, коју је INTOSAI донео на свом XIX конгресу у Мексику (2007)⁶⁹. Како произлази из назива ове декларације, акценат је стављен на независност врховних ревизорских институција у свету. Полазећи од преамбуле Мексичке декларације, нужно је констатовати да је она пошла од релевантних одредаба о независности врховних ревизорских институција из Лимске декларације⁷⁰. У општим одредбама ове декларације се наглашава да је на националном плану потребно да врховна ревизорска институција прихвати осам кључних принципа, који произлазе из Лимске декларације и одлука усвојених на XVII конгресу INTOSAI (одржан у Сеулу, Кореја), као основне предуслове за добро функционисање државне ревизије јавног сектора. Успостављањем Мексичком декларацијом осам принципа поново се реafirмишу одредбе о независности врховних ревизорских институција из Лимске декларације, исте се формулишу ближе и са више прецизности, уз настојање и инсистирање на њихову применљивости у пракси.

⁶⁵ Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts, Section Five (1-3).

⁶⁶ Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts, Section Six (1-3).

⁶⁷ Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts, Section Eight.

⁶⁸ Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts, Section Nine.

⁶⁹ Mexico Declaration on SAI Independence. Videti: Internet, http://www.issai.org/media/12922/issai_10_e.pdf

⁷⁰ Mexico Declaration on SAI Independence, Preamble.

У Мексичкој декларацији се инсистира на постојање у националним правним системима одговарајућег и делујућег уставног и/или законског оквира и стварној (*de facto*) примени у пракси. Такође, захтева се постојање легислативе којом ће се детаљно регулисати независност врховне ревизорске институције⁷¹.

Треба констатовати да се и у националним правима, најпре, уставом одређује положај врховних ревизорских институција као независних и/или самосталних, а затим се та независност ближе уређује законом. Тако, нпр. Уставом Републике Словеније је одређено да је „рачуноводствени суд у свом раду независан и везан уставом и законом“⁷², а Уставом Републике Хрватске одређује се да је Државни уред за ревизију „самосталан и независан у свом раду“⁷³. У Уставу Републике Србије се истиче да је ДРИ „самостална“⁷⁴, а у Закону о Државној ревизорској институцији да је она „самосталан и независан државни орган“. Треба запазити да хрватски и словеначки уставотворац самосталност и независност врховне ревизорске институције везују за њихов рад, а српски законодавац за државни орган. И уставотворац Црне Горе уређује да је ДРИ „самосталан врховни орган државне ревизије“⁷⁵, а њену самосталност везује за врховни (државни) орган. У праву БиХ је законом предвиђено да је национална ревизорска институција независна и не подлеже управљању и контроли било којег другог лица или институције у обављању дужности и спровођењу надлежности државне ревизије јавног сектора, осим ако законом није одређено другачије⁷⁶.

У праву Србије ДРИ је самосталан и независан државни орган. Та самосталност и независност се првенствено огледа у односу на извршну и политичку власт. Као орган државне управе, ДРИ је дужна да сарађује са другим органима, сагласно уставу и Закону о државној ревизорској институцији. За разлику од других органа државне управе, над којима надзор над њиховим радом врши влада, надзор над ДРИ врши искључиво Народна скупштина. Односи ДРИ са другим државним органима заснивају се на правима и дужностима утврђеним уставом и законом.

Треба запазити да се у праву Србије, али и у неким другим правним системима, најпре потенцира самосталност, а затим и независност врховне

⁷¹ Mexico Declaration on SAI Independence, Principle 1.

⁷² Устав Републике Словеније, чл. 151. став 3.

⁷³ Устав Републике Хрватске – преčišћени текст („Нароне новине“, бр. 56/1990, 135/1997, 8/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010 и 5/2014), чл. 54. став 1.

⁷⁴ Устав Републике Србије, чл. 96. став 1.

⁷⁵ Устав Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр. 1/2007), чл. 144. став 1.

⁷⁶ Закон о ревизији институција Босне и Херцеговине („Сл. гласник БиХ“, бр. 12/2006), чл. 4.

ревизорске институције. Наспрам оваквих уставних и законских решења, у Лимској и Мексичкој декларацији се инсистира на независности.

Осим у односу на државну управу, независност и самосталност врховне ревизорске институције простире се и у односу на субјекте ревизије. Ова институција не сме да узима учешће у управљању или пословању ревидираног субјекта, али може по одређеним питањима да успостави сарадњу, нпр. пружајући му техничку помоћ или стављајући на располагање одређена сопствена искуства. Такође, у остваривању своје надлежности саветовања ревидираног субјекта, она може давати савете или препоруке субјекту ревизије, нпр. у области унапређења финансијског менаџмента.

Сарадња врховне ревизорске институције са високошколским установама, професионалним међународним организацијама и стручним и научним организацијама не представља нарушавање њене независности и самосталности.

Организациона независност – ДРИ у праву Србије је организационо самостална и независна, јер представља посебну законом успостављену организацију, са својством правног лица. Правни субјективитет ДРИ претпоставља њене елементе индивидуализације: назив под којим се појављује у правном промету, послове и задатке које обавља и којима реализује своју надлежност и седиште. ДРИ је највиши државни орган ревизије јавних средстава, посебна врста организације, самостална и независна, са својством правног лица, чија циљна функција није лукративна већ остваривање јавног (општег) интереса - вршење државне ревизије над директним и индиректним корисницима буџета у Србији.

ДРИ је са законом уређеном јединственом самосталном и независном организацијом, с тим да је остављена законска могућност да она образује организационе јединице, али без правног субјективитета.

Организациона независност спречава да субјект који је предмет ревизије врши утицај на унутрашњу структуру или професионалну каријеру људи који су запослени у ДРИ. Не сме се оставити могућност да због неповољног ревизорског извештаја водећи кадар ДРИ трпи одређене последице или у крајњу руку, буде смењен⁷⁷.

ДРИ доноси подзаконске акте и друге акте којима самостално уређује своју организацију и начин рада, утврђује ставове и мишљења и даје друге облике јавних саопштења о примени закона⁷⁸.

Функционална независност – Националне ревизорске институције јачају своју функционалну (оперативну) независност уколико државну ревизију врше „у складу с програмом којег саме донесу“, с тим да то не

⁷⁷ Миодраг Радојевић, *Независна (регулаторна) тела и институције у Србији*, Српска политичка мисао, Београд, бр. 4/2010, стр. 65.

⁷⁸ Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 5.

утиче на право појединих субјекта ревизије јавног сектора да захтевају специфичне ревизије⁷⁹.

У Мексичкој декларацији се захтева од држава да обезбеде за своје врховне ревизорске институције довољно широк мандат и пуну слободу у остваривању њихових функција. Такође, врховне ревизорске институције нису овлашћене да ревидирају успостављене владине политике или политике других јавних тела, већ се оне морају искључиво ограничити на ревизију њиховог спровођења. Од овог правила постоји и један изузетак: врховним ревизорским институцијама се допушта ревидирање поменутих политика само ако се то од њих захтева законом. Затим, врховне ревизорске институције су, иако независне, увек у границама устава и закона, јер су дужне да поштују законе које је донела законодавна власт, ако се на њих односе. Међутим, оне не подлежу усмеравању или мешању законодавне или извршне власти у: 1) избору предмета ревизије; 2) планирању, програмирању, спровођењу, извештавању и праћењу резултата извршених ревизија; 3) организовању и управљању својим радом и пословање; 4) примени својих одлука у случају кад примена санкција представља део њиховог мандата. На крају, врховне ревизорске институције треба да имају пуну слободу у извршавању својих дужности, сарађивати с владама и јавним телима која настоје да унапреде коришћење и управљање јавним средствима⁸⁰.

Успостављена функционална независност треба да обезбеди максималну аутономију за врховну ревизорску институцију у прављењу нацрта ревизорског програма, као и да је, што је још важније, заштити од тога да јој било који орган извршне власти забрани да спроведе одређене ревизије⁸¹. У праву Велике Британије функционална независност врховне ревизорске институције, односно генералног контролора и ревизора обезбеђена је на основу Закона о националној ревизији (1983), који му даје потпуно дискреционо право у вршењу функција везаних за израду студија о економичности, ефикасности и ефективности трошења финансијских средстава⁸². У појединим државама чланицама Европске уније (нпр. Аустрија, Немачка, Италија, Холандија, Португалија), њихове националне ревизорске институције врше ревизију субјеката јавног сектора на предлог парламентарне власти, а друге сарађују са парламентом још у фази

⁷⁹ Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts, Section Thirteen (1).

⁸⁰ Mexico Declaration on SAI Independence, Principle 3.

⁸¹ Миодраг Радојевић, *Независна (регулаторна) тела и институције у Србији*, стр. 65.

⁸² Александра Рабреновић, *Статус и функције националне ревизорске институције Велике Британије*, стр. 118.

састављања ревизорских планова, односно програма (нпр. Велика Британија, Ирска, Шведска)⁸³.

ДРИ у праву Србије је функционално самостална и независна, јер јој је дато право да самостално одређује обим и структуру ревизије, у домену који је одређен Законом. Народна скупштина и други органи власти немају утицаја на одређивање врсте и обима ревизије, нити могу оспоравати акте којима ДРИ одређује своју надлежност⁸⁴. ДРИ је функционално независна, јер су њене надлежности, тј. послови и задаци одређени посебним законом. Законом о државној ревизорској институцији, по принципу еnumerације, утврђени су послови које она обавља у оквиру своје надлежности, уз могућност обављања и других послова одређених другим законом. Такође, ДРИ доноси пословник којим ближе уређује организацију и начин рада, а може та питања уредити и другим унутрашњим актима. Само кад се у извршавању ревизорске надлежности ДРИ појави питање, које није уређено Законом о државној ревизорској институцији, у том случају долази до сходне примене одговарајућих одредаба Закона о општем управном поступку.

Функционална независност врховне ревизорске институције не мора да искључи потребну и корисну сарадњу са извршном влашћу у одређеним питањима, нпр. пословни односи, кадрови, управљање имовином или заједничким јавним набавкама. Међутим, извршна власт не би смела да има надлежности за доношење одлука које би могле довести у питање независност ове институције у извршавању њених надлежности⁸⁵.

Персонална независност - У Мексичкој декларацији се захтева од држава, најпре, да својим врховним ревизорским институцијама обезбеде независност руководиоца и члановима органа (за институције колегијалног типа), укључујући и сигурност њихових позиција и имунитет који се тиче нормалног вршења и испуњавања њихових дужности. Друго, потребно је да се одговарајућим законима специфицирају услови за именовање, поновно именовање, запошљавање, разрешење дужности и пензионисање руководиоца врховних ревизорских институција и чланова органа ових институција колегијалног модела⁸⁶.

ДРИ у праву Србије, али и у правима других земаља у окружењу, персонално је самостална и независна, јер има своје органе (председника, потпредседника и савет), врховне државне ревизоре, државне ревизоре,

⁸³ Александар Петковић, *Положај и задаци државне ревизије*, Рачуноводство, Београд, бр. 3-4/2006, стр. 80.

⁸⁴ Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 3. став 4.

⁸⁵ Вера Леко, *Основне методолошке поставке државне ревизије јавних средстава*, у *Врховна државна ревизија јавних средстава* (уред. Вера Леко), Београд, 2008., стр. 529.

⁸⁶ Mexico Declaration on SAI Independence, Principle 2.

стручне службе (ревизорске службе), секретара, персонал (запослене) и пратеће службе.

У погледу персоналне независности, у правима земаља у окружењу, нпр. у Хрватској, главном државном ревизору је додељен имунитет, а по престанку дужности има право на пензију као и заступници парламента⁸⁷. У праву БиХ ревизори нису одговорни за дела или пропусте у току обављања својих дужности, с тим да се овим изузимањем од одговорности не штити ревизор који је током своје службе затечен у вршењу кривичног дела. Штавише, врховна ревизорска институција ће свом персоналну, против кога је покренут судски поступак за дела или пропусте учињене током вршења својих дужности, накнадити све судске трошкове, али само под условом да је лице ослобођено кривице⁸⁸.

Финансијска независност - Лимском декларацијом се гарантује врховним ревизорским институцијама обезбеђење довољно финансијских средстава на нивоу државе, како би оне несметано извршиле своје надлежности. Штавише, уколико је потребно, на националном плану им се мора омогућити да се директно обрате за потребна финансијска средства државном органу који одлучује о буџету. Издвојена средства под одвојеном ставком буџета врховне ревизорске институције имају право да користе онако како оне сматрају за сходно⁸⁹.

Осми принцип Мексичке декларације тиче се и финансијске аутономије и расположивости финансијских средстава. Његовом садржином се захтева да врховним ревизорским институцијама стоје на располагању неопходни и разумни финансијски ресурси, како извршна власт не би имала контролу или усмеравајући приступ над истим. У искључивој је власти врховних ревизорских институција да управљају сопственим буџетом и да га на одговарајући начин распоређују. Парламентарна власт или неко њено радно тело (одбор, комисија) одговорни су за обезбеђење финансијских средстава за испуњавање мандата врховне ревизорске институције на националном плану. Штавише, сматра се да националне власти треба да обезбеде својим врховним ревизорским институцијама да се директно обрате законодавној власти, под условом да су им обезбеђена финансијска средства недовољна за извршење њихових послова и задатака⁹⁰.

И у Међународним стандардима и препорукама INTOSAI предвиђа се да успешно унапређење јавне одговорности захтева од националних

⁸⁷ Закон о Државном уреду за ревизију, чл. 8. ст. 5-6.

⁸⁸ Закон о ревизији институција Босне и Херцеговине, чл. 7.

⁸⁹ Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts, Section Seven (1-3).

⁹⁰ Mexico Declaration on SAI Independence, Principle 8.

ревизорских институција да имају довољно средстава за свој рад, чиме им се омогућује да испуне своју одговорност на разуман начин⁹¹.

У упоредном праву се од врховних ревизорских институција захтева да имају потребну и неопходну финансијску самосталност, како би могле несметано да извршавају своје надлежности, без успостављања зависног односа према државној управи, односно влади. Због овако успостављене концепције на ниво међународних професионалних организација и у националним правима, нужно је да парламент, а не извршна власт, буде институција која ће одлучивати о буџету врховне ревизорске институције. Значи, да би ова институција остварила своју финансијску независност, она мора да сачини нацрте свог буџета, уз законску или фактичку могућност да га непосредно поднесе парламенту или неком његовом радном телу, или да га достави влади и, уз њену дужност, да га у неизмењеној верзији уврсти у нацрт државног буџета.

На пример, у праву Велике Британије финансијска независност врховне ревизорске институције, односно генералног контролора и ревизора обезбеђена је на основу Закона о националној ревизији (1983), формирањем посебне комисије за јавне рачуне, која даје сагласност на предлог буџета националне ревизорске институције и поставља одговорно лице за припрему финансијских извештаја, као и независног ревизора који врши ревизију датих финансијских извештаја⁹². Овај принцип се примењује и у другим чланицама Европске уније, уз непосредно подношење нацрта буџета парламенту (нпр. Шпанија) или њиховим радним телима (нпр. Белгија, Данска, Велика Британија). У Финској буџет врховне ревизорске институције чини саставни део националног буџета и разматра се заједно са државним буџетом. У другим чланицама Уније, њихове владе имају право да прегледају предложени буџет врховне ревизорске институције пре изношења његовог нацрта парламенту на даљи поступак⁹³.

У појединим чланицама Уније (Француска, Аустрија, Немачка, Италија, Холандија, Грчка, Ирска), њихове владе могу имати утицаја на финансијску независност њихових врховних ревизорских институција. Тај утицај се огледа, углавном, у изнијансирано различитим формама, али увек истим крајњим ефектима. На пример, у Француској буџет врховне ревизорске институције чини саставни део буџета министарства финансија, па се и саставља у сарадњи са овим министарством. У Аустрији врховна ревизорска институција подноси свој нацрт буџета извршној власти, а у

⁹¹ Code of Ethics and Auditing Standards, Basic Principles in Government Auditing, Videti: Internet, http://www.aud.gov.hk/pdf_e/intcode.pdf, p. 50.

⁹² Александра Рабреновић, *Статус и функције националне ревизорске институције Велике Британије*, стр. 118.

⁹³ Александар Петковић, *Положај и задаци државне ревизије*, стр. 79.

даљем спровођењу поступка институција и министарство финансија настоје да постигну компромис у погледу висине потребних средстава за рад институције. За случај да се парламентарна власт не сагласи са предложеним нацртом буџета, председник врховне ревизорске институције на седници радног тела износи аргументе да предложени нацрт буџета буде прихваћен у изворном облику. У Немачкој врховна ревизорска институција израђује свој буџет и о њему расправља са министарством финансија⁹⁴.

Каква је ситуација са финансијском независношћу врховних ревизорских институција у истраживаним правима? На пример, ДРИ у праву Србије је финансијски самостална и независна, јер се средства за њен рад обезбеђују у буџету Србије, у оквиру посебног буџетског раздела. Савет ДРИ утврђује предлог њеног финансијског плана и доставља га Одбор за финансије, републички буџет и контролу трошења јавних средстава као надлежном радном телу Народне скупштине. По добијеној траженој сагласности на предлог финансијског плана, ДРИ је дужна да исти достави на даљи поступак министарству финансија, које је надлежно за послове буџета.

Финансијска независност треба да обезбеди да ДРИ добије сву финансијску подршку која јој је потребна да може несметано да ради, што значи да треба да буде организована тако да средства може да тражи директно од Народне скупштине. Ни министар финансија, ни влада не смеју да имају могућност да врше утицај на ревизорски програм преко доделе финансијских средстава⁹⁵. Народна скупштина мора бити тај орган који ће обезбедити финансијску независност ДРИ и заштити је од било каквог негативног утицаја владе. Због тога, или је реч о непрецизној или сувишној и непотребној законској одредби да ДРИ „влада обезбеђује пословни простор, опрему и средства неопходна за рад“⁹⁶. Ако је законодавац путем ове одредбе имао у виду почетна средства у поступку оснивања ДРИ, онда је она морала да буде другачије формулисана и морала је да се нађе у прелазним завршним одредбама закона.

У истраживаним земљама у окружењу дато је право парламенту да ревизију завршног рачуна врховне ревизорске институције повери друштву за ревизију, сагласно закону којим се уређује ревизија. У праву БиХ, парламентарно тело има обавезу да именује независну ревизорску кућу или петочлану комисију за ревизију, чији чланови морају бити стручњаци из

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Курт Григер, *Услови за успешну ревизију: избегавање преклапања задужења између контролних органа, сарадња са Народном скупштином*, у “Корупција, власт, држава” ИИИ део (Приредила Верица Бараћ), Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије, Београд 2011, стр. 41.

⁹⁶ Закон о државној ревизорској институцији, чл. 51. став 4.

области ревизије и рачуноводства, ради ревизије годишњих финансијских извештаја врховне ревизорске институције. Такође, парламентарно тело има дужност да формира посебну трочлану комисију, са одговарајућим искуством, која ће прегледати завршни извештај врховне ревизорске институције. Овој трочлавној комисији је стављено у дужност да парламентарном телу достави извештај о својим налазима с коментаром, пре него што парламентарно тело одобри буџет институције⁹⁷. У праву Републике Српске постоји законска обавеза да се одобрена а неутрошена средства врховне ревизорске институције пренесу у наредну годину и наменски се искористе за развој и унапређење њеног рада⁹⁸.

Македонски законодавац је у циљу јачања финансијске независности националне врховне ревизорске институције истакао да се средства ове институције утврђују у оквиру утврђених годишњих лимита, сагласно њеној утврђеној фискалној стратегији и представљају интегрални део буџета Македоније. Парламенту је ставио у дужност да посебно изгласа део намењен за врховну ревизорску институцију⁹⁹. У праву Црне Горе, на предлог сената врховне ревизорске институције, њен нацрт буџета утврђује надлежно тело парламента и доставља га на даљу надлежност влади. Међутим, уколико она у предложеном годишњем закону о буџету изврши измене из нацрта буџета институције, у том случају законодавац је обавезује да парламенту достави писано образложење¹⁰⁰.

У контексту финансијске независности врховне ревизорске институције у праву Хрватске, занимљиво је поменути законску одредбу којом се овој институцији даје могућност остваривања сопствених прихода обављањем ревизије националних и међународних средстава, као и учествовања у међународним пројектима и програмима. Ове приходе институција може користити искључиво наменски, за унапређење сопственог рада¹⁰¹.

Информациона независност - Поједини аутори препознају још једну врсту независности коју поседује врховна ревизорска институција – информациону независност. Ова врста независности омогућава овој институцији неометан приступ свим информацијама везаним за предмет ревизије, а испољава се кроз јавно обелодањивање и упознавање свих пореских обвезника, и јавности уопште, са свим важнијим налазима извршене државне ревизије. Један од закључака и препорука са

⁹⁷ Закон о ревизији институција Босне и Херцеговине, чл. 6. ст. 4-6.

⁹⁸ Закон о ревизији јавног сектора Републике Српске, чл. 25. став. 3.

⁹⁹ Закон за државна ревизија Македоније, чл. 12. ст. 3-4.

¹⁰⁰ Закон о Државној ревизорској институцији ("Сл. лист РЦГ", бр. 28/2004, 27/2006, 78/2006 и "Сл. лист ЦГ", бр. 17/2007, 73/2010, 40/2011 и 31/2014), чл. 51.

¹⁰¹ Закон о Државном уреду за ревизију, чл. 3. ст. 3-4.

конференције Београдски дани транспарентности 2007, био је: “ДРИ мора имати несметан приступ свим информацијама у вези са јавним финансијама”¹⁰².

* * *

У праву Србије правни положај ДРИ начелно је уређен Уставом Републике Србије (2006), а детаљније у Закону о државној ревизорској институцији (2005). Њен уставни и законски статус је одређен кроз неколико принципа, и то: највиши је државни орган; врши државну ревизију; врши ревизију корисника јавних средстава у Републици Србији; организација је са својством правног лица; независна је и самостална; подлеже надзору Народне скупштине; одговорна је Народној скупштини; предмет је законског регулисања; акти којима врши своју надлежност ревизије не могу бити предмет оспоравања пред судовима и другим државним органима и др.

Подизањем ДРИ на уставноправни ранг створени су правни темељи за њену независност и самосталност у раду, а значај њеног уставног регулисања је вишеструк. ДРИ је предмет детаљнијег регулисања у посебном Закону о државној ревизорској институцији (2005) и ближег одређивања њеног статуса.

ДРИ нема сопствена овлашћења, административна и кривично-правна, у погледу санкционисања субјеката ревизије у поступку предузимања правних мера исправљања незаконитих аката. Међутим, ДРИ има овлашћења да директно издаје налог субјектима ревизије за поступање, у случају када се у спровођењу поступка ревизије примети озбиљније кршење прописа. ДРИ о томе непосредно извештава Народну скупштину и јавност, а надлежне органе позива да санкционишу актере који су директно умешани у предметни случај. ДРИ, уколико основано посмуња да је од стране ревидираног субјекта учињен прекршај или кривично дело, предлаже надлежном органу покретање прекршајног поступка, тј. подноси кривичну пријаву.

Полазећи од решења у Лимској декларацији, прво, независност ДРИ може се постићи на објективан и ефикасан начин само ако је независна од субјекта ревизије и заштићена од спољњег утицаја. Друго, иако ДРИ не може бити апсолутно независна, јер је део државне власти (државних органа), она ће имати функционалну и организациону независност потребну за остваривање својих задатака. Треће, ДРИ ће бити обезбеђено довољно финансијских средстава која ће јој омогућити извршавање њених задатака.

¹⁰² *Корупција, власт, држава IIIИ део* (Приредила Верица Бараћ), Савет за борбу против корупције Владе Републике Србије, Београд 2011, стр. 13.

Колики је значај независности врховних ревизорских институција за остваривање њихових задатака може се сагледати и кроз усвајање, објављивање и дистрибуирање Мексичке декларације о независности врховних ревизорских институција, на основу које су врховне ревизорске институције, чланице INTOSAI, прихватиле осам кључних принципа који произлазе из Лимске декларације и одлука усвојених на XVII конгресу INTOSAI, као основне предуслове за добро функционисање ревизије јавног сектора.

Ljubiša Dabić, LL.D
Full Professor

LEGAL STATUS OF THE STATE AUDIT INSTITUTION
(In the law of the state audit of the public sector of the Republic of Serbia)

Summary

This exposition starts from the premise that the supreme audit institution and the state audit represents elementary case of a specific legal discipline called „the law of a state audit of the public sector“. This discipline is originated, formed and developed from the law of public finance, more directly from the budget law. The Law of a state audit of the public sector in its case represents a narrow legal discipline in relation to the budget law, and when it comes to its importance, it is no less important than the budget law.

The author evaluates several issues that are of importance to the legal position of the State Audit Institution, including: sources of law; the historical context of its origin; its constitutional, legislative and of administrative/legal status (in the context of evaluation of its basic characteristics as a public authority, as well as non-state administration, administrative and public agency); the exercise of parliamentary control over its conduct and operations; its independence and self-reliance - organizational, functional, personal, financial and informational.

Under Serbian Law, State Audit Institution (SAI) is generally regulated by the Constitution of the Republic of Serbia (2006), in the section on public finances. Its constitutional status was assessed by several principles, including: it's the highest state authority; it performs state audit; conducts the audit of the users of the public funds in Serbia; it is self-reliant; is subject to supervision by the National Assembly; is responsible to the National Assembly; is subject to legal regulations. Raising the SAI on constitutional level has enabled the creation of the legal framework for its independence and autonomy, and the importance of its constitutional regulation is multifaceted. SAI is subject to detailed regulation in the special Law on State Audit Institution (2005) and closer determination of its status. SAI does not have its own authority, administrative and legal, in terms of sanctioning audited entities in the process of taking legal measures to correct illegal acts. However, SAI has the authority to directly issue an order to auditees to act, when in the implementation of the audit procedure serious violations of regulations are noticed. In relation to above mentioned, SAI reports directly to the National Assembly and to the public, and calls on the competent authorities to sanction the actors who are directly involved in the case in question.

Др Драган Батавељић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
Академик проф. др Митар Лутовац
Универзитет Унион "Никола Тесла"
Факултет за посао и индустријски менаџмент Београд

НЕПОШТОВАЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА НА КРАЈУ XX И НА ПОЧЕТКУ XXI ВЕКА

Апстракт:

Аутори у раду указују на перманентно, боље рећи, свакодневно кршење људских права и слобода. Оно је посебно изражено у времену у коме живимо. Постоји изузетно велика неуједначеност у технолошком развоју, животном стандарду, култури, нивоу образовања и друго. Најбољи пример за то је чињеница да данас само 5% светске популације држи 95% светског богатства. Ова страховита разлика недвосмислено утиче и на остваривање зајемчених права. Страховита трка за профитом и покушај очувања капитализма по сваку цену, довели су до моралног пада већине светске популације, честог угрожавања људских права, неодговорности учинилаца тешких кривичних дела, због њихове заштите од стране великих и моћних држава, које стоје иза њих. Облици угрожавања и непоштовања ових права су различити, али државе и њихове владе морају учинити све да њихова друштва направе крупан корак напред у заштити слобода и права човека и грађанина. Оправдања за неангажовање и неактивност појединих држава у том погледу, не сме да буде. Оне су, најчешће, уставом обавезане да се посвете заштити својих грађана, у било које време и на било ком месту.

Кључне речи: *људска права и слободe, демократија, Србија, Европска унија, међународна заједница, држава, друштвене вредности, владавина права*

Увод

Значај људских и грађанских права се огледа, пре свега, у томе што се њима утврђује правни положај појединца према органима власти, па се, отуда, може рећи да она представљају границу коју демократска државна власт не сме да прекорачи, тј. брану од апсолутне и неодговорне власти, која није ограничена. Управо, због тога, уставни као највиши општи правни акти, гарантују људска и грађанска права, која су, у свом првобитном и основном значењу, била инструмент ограничавања државне власти (једну област

Проф. др Драган Батавељић, Академик проф. др Митар Лутовац

резервисану за сваког појединца у који држава не сме да интервенише). Уколико држава тежи да интервенише у сваком домену живота, ако не допушта своје ограничавање, онда се за такву државу каже да је тоталитарна. Иако је позната чињеница да држава и власт представљају "нужно зло", да морају да постоје (бар у времену у коме живимо), они морају бити ограничени и контролисани, с обзиром да, од када је века и света, постоји стална опасност да се власт преобрати у своју супротност, тј. да они који је врше, злоупотребе своја овлашћења. Свакако, на овом месту треба указати на чињеницу да у политичкој и правној филозофији разликујемо две основне концепције о слободама и правима човека и грађанина: 1) тзв. теорију о природним правима¹ (природно-правна концепција људских слобода, по којој човек добија своја права рођењем) и 2) позитивистичку концепцију (по којој човек добија слободу путем права и путем државе), док се основно обележје уставне концепције ових слобода и права састоји у томе да она имају уставну вредност и да се остварују на основу самог устава, с тим што је начин њиховог остваривања у надлежности одређених закона.

Највећи број савремених устава зајемчује људска и мањинска права, која су предвиђена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Оно што је врло значајно, јесте чињеница да таква људска права и слободе имају и премоћ, у случају конфликта над свим законским одредбама и осталим актима јавних институција, а у те међународне споразуме и инструменте, спадају: 1) Универзална декларација о људским правима (усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација - А/RES/217, 10. децембра 1948. у палати Шајо у Паризу); 2) Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода и протоколи исте (донета у Риму 4. новембра 1950. године, а ступила на снагу 3. септембра 1953. године); 3) Међународни пакт о грађанским и политичким правима и протоколи истог (усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање, Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200 А(XXI) од 16. децембра 1966. године, а ступио на снагу 23. марта 1976. године)²; 4) Оквирна конвенција Савета Европе о заштити националних мањина (усвојена 1994. године, а ступила на снагу 1. фебруара 1998. године); 5) Конвенција о елиминисању свих облика расне дискриминације (усвојена и отворена за

¹ О овој теорији видети шире у следећим делима: Ђорђевић, Ј., *Уставно право*, Београд, 1972; Русо, Ж.Ж., *Друштвени уговор*, Београд, 1949; Лок, Џ., *Две расправе о грађанској влади*, НИП "Младост", 1978; Стјуарт Мил, Џ., *О слободи*, Филип Вишњић, Београд, 1972; Ласки, Х., *Слобода у модерној држави*, Радничка штампа, Београд, 1985.

² Уз Пакт су усвојена и два протокола, и то: 1) Опциони протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који је ступио на снагу 23. марта 1976. године и 2) Други опциони протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који је ступио на снагу 11. јула 1991. године

потписивање и ратификацију од стране Генералне скупштине Резолуцијом 2106 А (XX) од 21. децембра 1965. године, а ступила на снагу 4. јануара 1969. године); 6) Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, позната као CEDAW конвенција (усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација 18. децембра 1979. године); 7) Конвенција о правима детета (усвојена 20. новембра 1989. године на Генералној скупштини УН, а на снагу ступила 1990. године); 8) Конвенција против мучења и других окрутних, нечовечних и понижавајућих поступака или казни (усвојена 1984. године, а ступила на снагу 1987. године).

1. Класификација права и слобода човека и грађанина

Када је реч о подели људских права, указаћемо на чињеницу да се она може извршити према различитим критеријумима, тако да се ова права могу сврстати у веома различите групе, што често може створити и одређену недоумицу око тога која је класификација најбоља и на основу које се могу разумети значај и суштина слобода и права човека и грађанина. Имајући све то у виду, напомињемо да, данас, постоји једна савремена, најчешће коришћена класификација, коју прави највећи број професора уставног права, приликом писања уџбеника, тако да деле људска и грађанска права на: а) лична; б) политичка; в) економска; г) социјална; д) културна; њ) нова и посебна.

Гарантовање *личних права и слобода* је значајно због тога што се, на тај начин, сваком човеку обезбеђује његова приватна личност, а основни циљ ових права се састоји у обезбеђивању могућности појединцу да се формира као личност у друштвеном систему. Наведена права и слободе су најнепосредније везана за достојанство човека, телесни и морални интегритет личности и њену приватност, па као таква, представљају неопходну претпоставку за уживање свих осталих људских права и слобода (најпре, политичких, а затим, знатно касније, и економско-социјалних права). У лична права и слободе спадају: 1) право на личну слободу и безбедност; 2) право на живот; 3) неповредивост интегритета (физичког и психичког); 4) право на склапање брака, заснивање породице и рађање деце; 5) неповредивост стана; 6) неповредивост тајне писама и других средстава општења; 7) право на заштиту података о личности; 8) слобода кретања и настањивања; 9) слобода мисли, савести и вероисповести; 10) слобода изражавања националне припадности и 11) права детета.

Веома значајна група права, која се тичу развоја и поштовања личности сваког човека, јесу уставом гарантована *политичка права и слободе* и оне омогућавају грађанима учешће у политичком и јавном животу, као и утицање на образовање државне воље. Због тога се ова категорија основних права човека још назива правима учествовања или правима политичке партиципације. Но, док су лична права, по правилу, пасивна (штите интегритет личности), политичка права су активна (омогућавају активирање грађана), а заједно, ове

две групе представљају тзв. прву генерацију слобода и права. Политичка права и слободе представљају, уствари, различите облике учешћа појединца у јавном животу земље и, отуда, спадају у групу права појединца на демократију. То су: 1) бирачко право; 2) слобода штампе и других видова јавног обавештавања, тј. слобода медија; 3) слобода јавног изражавања мишљења и опредељења; 4) слобода удруживања, тј. слобода политичког, синдикалног и другог удруживања и деловања; 5) слобода збора и јавног окупљања; 6) слобода говора и јавног иступања; 7) право на јавну критику и 8) право на петицију.

Другу генерацију слобода и права представљају **економска права и слободе**, с обзиром да су настала после личних и политичких слобода и права. Основни циљ ове друге групе јесте заштита економске сигурности човека и његовог достојанства у друштву, а њихово уставно признавање (конституционализација) уследило је тек после Првог светског рата. На њихово прихватање и гарантовање уставима, као највишим општим правним актима, утицало је, пре свега, промењено схватање о задацима и улози државе³, тако да је, између два светска рата, дошло до појаве и ширења нових економско-социјалних права и слобода у све већем броју устава. Отуда је, данас, доста тешко срести неки устав, који у корпусу својих права не садржи, бар нека или сва, права из ове групе. У наведену групу економских права спадају: 1) право својине; 2) право наслеђивања; 3) слобода предузетништва; 4) право на рад; 5) слобода рада; 6) право на ограничено радно време; 7) право на заштиту на раду; 8) право на осигурање (обезбеђење); 9) право на штрајк. Титулари прва три права могу да буду сви грађани, док су титулари преосталих шест права само запослени.

Сама идеја **социјалних права и слобода** је новијег датума, тако да је до њиховог уставног гарантовања дошло тек после Првог светског рата, доношењем Вајмарског устава из 1919. године, а њима се, обезбеђује стандард живота у једном друштву. Ова права и слободе су последица нове улоге државе, ради потребе да се привредно слабији заштите од привредно јачих и, као таква, обухватају бројна овлашћења грађанина према држави у којој живи, која му омогућавају живот достојан човека, с једне стране, као и обавезе и задатке, које држава мора да изврши ради обезбеђивања одговарајућег социјалног статуса појединца у друштву, с друге стране. На Светској конференцији о људским правима, коју су организовале Уједињене нације 1993. године, заузето је становиште да су сва људска права: 1) универзална; 2) недељива; 3) међусобно зависна и 4) повезана. Најприхватљивија подела социјалних права је на: 1) право на здравствену заштиту, тј. право на здравље; 2) право на здраву животну

³ На конституционализацију економско-социјалних права и слобода утицао је и преображај права својине, а у овом погледу, посебан значај има Вајмарски устав из 1919. године.

средину, тј. еколошко право; 3) право на социјалну заштиту и 4) право на заштиту мајке, детета и породице.

Заједно са економским и социјалним правима, **културна права и слободе** се односе на задовољавање потреба битних за људску егзистенцију и за постизање животних услова, који људима могу да омогуће уживање грађанских и политичких права. Само образован човек може да користи бројна и различита људска права и да буде у позицији да обезбеди пристојну егзистенцију, како за себе, тако и за своју породицу. Основни међународни уговор који регулише културна права јесте Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, док је то на регионалном нивоу Европска социјална повеља. Овом категоријом права и слобода обухвата се скуп индивидуалних права, која су уставом гарантована и призната међународним документима о људским правима, појединцима у области културе. Ту спадају: 1) право на образовање; 2) слобода научног и уметничког стварања и 3) аутономија универзитета.

Наведена класификација људских права може да се сматра општеприхваћеном (са малим одступањима код појединих аутора), што се може констатовати увидом у њихове уџбенике уставног права. Међутим, веома је интересантна група **нових и посебних права и слобода**, коју овој традиционалној класификацији, додају у свом уџбенику, академик Рајко Кузмановић и проф. др Миле Дмичић. Наиме, за ова права и слободе се може рећи да се, због својих одређених карактеристика, могу сврстати у неку од претходних група права и слобода (лична, политичка, економска, социјална или културна). Међутим, чињеница је да велики број устава не регулише својим одредбама ова права и слободе или ако их уређује, онда се то односи само на неке од њих. Тако, у ову групу права могу да се сврстају: 1) права и слободе етничких група и националних мањина; 2) права и слободе странаца и лица без држављанства; 3) права у области управљања и 4) еколошка права.

Коначно, када говоримо о слободама и правима, треба рећи да је природна последица уживања сваког од њих, одређени комплекс **уставних дужности (обавеза) човека и грађанина**. Зато, уставни систем сваке државе садржи, поред људских права и слобода, истовремено, мањи или већи број основних дужности грађана, без којих нема ни слободне, демократске политичке заједнице. То значи да једно без другог не иде и да човек не може да буде само носилац одређених слобода и права, него и одређених дужности и одговорности. С обзиром да је за сваког појединца битно, не само стварање, него и остваривање прокламованих права, без утврђивања дужности и одговорности грађана, нема ни слободне, демократске политичке заједнице, у којој се ова права могу остварити. Међутим, када је реч о аутократским системима, по правилу, права припадају само носиоцима политичке власти (владајућој класи), а дужности само потчињенима, тако да ту не постоји демократска уставност. Данас су такви аутократски системи реткост, тако да суштинска повезаност права и дужности човека, представља основ једне

друштвене солидарности и међузависности новог типа, која се испољава у испуњавању дужности и одговорности свакога према свима и свих према свакоме. Отуда се, као природан и логичан закључак, намеће констатација да је најопштија дужност човека и грађанина, уствари, дужност да се поштују слободе и права других.

2. Заштита људских права и слобода

Да би се слободе и права човека и грађанина могле несметано остваривати, потребно је да се обезбеди одговарајућа заштита, па отуда, уставни национални земаља утврђују два основна вида ове заштите. То су: а) заштита у унутрашњем праву и б) међународно-правна заштита (заштита пред међународним институцијама). Зато, постоји читав низ инструмената у виду правних принципа, институционалних гаранција и поступака, који чине један механизам, чији је основни циљ заштита ових слобода и права од могућих угрожавања повреда, злоупотреба, укидања или ограничења (без основа).

Најзначајнији елементи овог механизма су: а) судска заштита уставом зајемчених слобода и права (најважнији вид њихове заштите у унутрашњем праву); б) уставно-судска заштита слобода и права (остварује се као посредна, тј. индиректна заштита и састоји се у нормативној контроли, тј. оцени уставности законских аката, као и у решавању других уставних спорова); в) право сваког грађанина на жалбу или друго правно средство (може се изјавити против одлуке о неком његовом праву или интересу, који су засновани на закону); г) право сваког на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, другим државним или било којим органима и организацијама; д) решавање о правима и обавезама свих лица (како физичких, тако и правних), на основу закона и њ) право свакога да захтева накнаду штете (уколико је иста причињена незаконитим или неправилним радом службеног лица, државног органа или организације у вршењу јавних овлашћења).

2.1. Судска заштита људских права

Гаранција *судске заштите слобода и права* човека и грађанина представља њихову примарну и основну заштиту пред судовима и, отуда, има највећи значај за остваривање принципа правне државе. Управо, због тога, сваки устав треба да гарантује сваком појединцу право на судску заштиту у случају да му је повређено или ускраћено неко људско право или основна слобода (одговарајућу улогу у пружању ове заштите имају и други делови правосудног система - тужилаштво и адвокатура). Без објективног суђења и независног судства нема ни владавине права, ни правне државе, па се отуда, већ на први поглед, може видети колики је значај судске власти у обезбеђивању уставности и законитости.

2.2. Уставно-судска заштита људских права

Када је реч о заштити слобода и права човека и грађанина, треба рећи да поред судске заштите, разликујемо и **уставно-судску заштиту**, чији је задатак да врши надзор над остваривањем ових права. Уставни суд, као најзначајнија институција овог надзора и заштите, представља самосталан и независан државни орган, који штити људска права и слободе и није у оквиру редовног правосуђа. Он пружа ову заштиту на два начина (облика), и то: 1) посредним, тј. индиректним путем (апстрактном оценом уставности); 2) непосредним путем (одлучивањем о уставним жалбама, тј. непосредним одлучивањем уставног суда о заштити права и слобода). Приликом оцењивања ове заштите, предност се даје непосредној уставно-судској заштити⁴, па отуда, највећи број савремених устава у свету прихвата право грађана на обраћање уставном суду, у циљу заштите својих слобода и права.

Овде треба нагласити да већи број европских држава предвиђа уставно-судску заштиту слобода и права, као специјализовани облик њихове заштите, који се остварује преко уставних судова. Такође, веома је битно нагласити да се ови судови налазе ван редовног правосудног система⁵, као и да "уставна жалба" и "жалба уставном суду", недвосмислено, имају своје значајно место у систему заштите слобода и права човека и грађанина.

2.3. Омбудсман и адвокатура у систему правне заштите

Поред наведених облика заштите људских права (судска и уставно-судска заштита), разликујемо и институцију **омбудсмана**, који је инокосни орган и кога бира парламент. Његово најзначајније овлашћење се састоји у контролисању законитости и целисходности рада управе, па се он, отуда, разликује од судске и уставно-судске заштите људских права, које се остварују као суверено вршење власти, док се за заштиту људских права од стране омбудсмана то не може рећи (ова заштита се не остварује у сувереним државним формама). Сама институција омбудсмана (заштитник грађана, народни адвокат) је реч шведског порекла и налази своје корене у скандинавској институцији *justitiae ombudsman*, тј. парламентарног повереника за заштиту права грађана пред државном управом и телима, која имају јавна овлашћења.

⁴ О овоме видети шире: Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000. и Стојановић, Д., *Уставно судство и заштита права и слобода човека и грађанина*, Правни живот 12/1995, стр. 185.

⁵ Уставни судови су посебне судске институције са наглашеним политичким карактером, чији је најважнији задатак да гарантују и очувају својство супериорности устава, као највишег општег правног акта.

Институција **адвокатуре** има, такође, веома значајну улогу у систему правне заштите. Она представља део правосуђа и, због свог значаја у систему правне заштите, најчешће се предвиђа уставна регулатива адвокатуре, која је сасвим начелна, док је законодавна разрада адвокатуре доста развијена и односи се на статусна питања и положај адвоката. Адвокатура се може дефинисати као независна и самостална професионална делатност пружања правне помоћи у остваривању и заштити уставом утврђених слобода и права и других законом утврђених права и интереса домаћих и страних физичких и правних лица. Наравно, треба нагласити да, за разлику од омбудсмана као државног органа (који своје услуге не наплаћује), адвокат као приватник, за свој рад наплаћује одговарајућу накнаду према адвокатској тарифи.

2.4. Европски систем заштите људских права

Такође, морамо да укажемо и на савремени, веома развијени и доста актуелни, **европски систем заштите људских права**, који представља најразвијенији механизам заштите људских права, а успостављен је Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, 4. новембра 1950. године у Риму.

Суду у Стразбуру апелацијом могу да се обрете појединци, групе или невладине организације, којима су прекршена нека од основних права и који своје право не могу да остваре пред домаћим правосудним и управним органима. Право на подношење апелације не односи се само на домаће држављане, већ оно припада свакоме (странцу, лицу без држављанства) ко је под јурисдикцијом државе-чланице и ко укаже да му је право ускраћено. Подносилац апелације може да буде овлашћени адвокат, а као пуномоћник жртве може да се појави и неваљина организација и да је заступа пред Судом. Право појављивања пред Судом имају и синдикати, верске заједнице, приватне асоцијације или професионална удружења, у име својих чланова, под условом да имају овлашћење да заступају своје чланство.

Пред Европским судом тужена може да буде само држава, јер нису прихватљиве апелације поднете против појединаца или невладиних организација. Пре обраћања Европском суду, странка мора да *исцрпи сва правна средства и процедуре* који јој стоје на располагању у домаћем законодавству. Пресуде Европског суда за људска права су недвосмислене и не остављају обавезаној држави чланице, готово никакав слободан простор за изигравање одлука или за њихово неизвршење.

3. Облици угрожавања људских права

Последњу деценију XX и почетак XXI века, на безбедносном плану, обележило је бујање асиметричних ризика и претњи. У Стратегији националне

безбедности Републике Србије у првом поглављу под називом "Безбедносно окружење", поред регионалних и локалних сукоба, као чиниоци угрожавања стабилности појединих земаља и читавих региона, а такође и глобалне безбедности, идентификовани су: 1) етнички и верски екстремизам; 2) тероризам; 3) организовани криминал; 4) пролиферација оружја за масовно уништење; 5) илегалне миграције; 6) климатске промене и 7) дефицит енергетских ресурса.

Када је реч о Републици Србији и њеним грађанима, указаћемо на чињеницу непоштовања бројних права загарантованих самим Уставом, као највишим општим правним актом. Наравно, сва ова права предвиђена Универзалном декларацијом и Европском конвенцијом за заштиту људских права. Ту мислимо, пре свега, на **неприкосновеност живота (право на живот)**, као елементарно право човека, које се налази у самом центру система заштите људских права, па је ово право гарантовано и међународним документима о правима човека, где је, на пример, у Међународном пакту о грађанским и политичким правима⁶, означено као "урођено право сваког људског бића на живот"⁷. Ово право је "природно, трајно, непроменљиво и неотуђиво" и нико нема право да располаже животом другог, тј. "да га може узети кад хоће и како хоће"⁸. Према томе, *неприкосновеност живота* штити право на живот сваког човека, од његовог рођења, па све до смрти.

Право човека на поштовање његовог живота се, отуда, налази у самом средишту система заштите људских права, јер је неприкосновеност живота елементарно право човека које се признаје у свим уставима, где је означено као право које се стиче самим рођењем људског бића. Зато се оно налази, најчешће, на самом почетку дела устава који говори о људским и грађанским правима, а гарантовано је и свим међународним документима о правима човека и, због тога, нико не може бити самовољно лишен живота. Међутим, треба указати на чињеницу да право на живот није увек апсолутно право (иако уставни говоре о неприкосновености живота), јер у многим земљама света, још увек, постоји могућност предвиђања и изрицања смртне казне, која уствари представља негацију права на живот. Код нас је ово право апсолутно, јер је укинута смртна казна, што значи да је, данас, људски живот

⁶ Овај Пакт је донет 16. децембра 1966. године, а ступио је на снагу 23. марта 1976. године.

⁷ Неки уставни не помињу изричито ово право, али га претпостављају, било гарантовањем неповредивости телесног интегритета, било безусловном заштитом живота, тј. апсолутном забраном смртне казне.

⁸ О овоме видети шире: Кузмановић, Р., Дмичић, М., *Уставно право*, Висока школа унутрашњих послова у Бањој Луци, Бања Лука, 2002, стр. 130.

у Србији неприкосновен⁹, а Уставом прописано право на живот, укључује и забрану клонирања људских бића.

Веома важну категорију права (она су новијег датума) представљају еколошка права, која су се појавила као уставна категорија релативно касно, јер се заштити ових права приступило тек 1972. године, када је била одржана Конференција Уједињених нација о животној средини у Стокхолму. Ова Конференција је подстакла динамичан развој међународног еколошког права, тако да се наведена Стокхолмска конференција може сматрати почетком савремене заштите животне околине, чему је допринела и Трећа министарска конференција под називом "Животна средина за Европу", одржана у Софији 1995. године. Свакако, изузетно значајну улогу у настанку и еволуцији еколошког права, заузима Архуска конвенција, која је усвојена 1998. године, а ступила на снагу 2001. године.

Еколошка права спадају у групу права треће генерације и ту се, пре свега, могу навести *право на здрав живот* и *право на здраву животну средину*. Отуда, екологија постаје све више део еколошког права, које обавезује међународну заједницу да се залаже за одрживи, тј. друштвено одговоран и усклађен развој, заснован на еколошким принципима. Међутим, за спровођење норми еколошког права, неопходно је усвајање одговарајуће еколошке политике, тј. организоване друштвене активности, којом се посредством државе и других организација усмерава однос друштва према природи, а све у циљу заштите и унапређења животне средине. Отуда, као значајни актери или, боље рећи, субјекти остваривања еколошког права, могу се навести државе, међународне владине и невладине организације, привредни субјекти, грађани и остали.

Право заштите животне средине је природно и неотуђиво право, својствено човеку и осталим живим бићима. Ово право је везано за живот, здравље и интегритет човека, за његов биолошки и духовни опстанак. Право на здрав живот и право на здраву животну средину, представљају битну компоненту уставног права, као и других права, која се односе на заштиту животне околине¹⁰. Међутим, треба рећи да право на здраву животну средину представља и обавезу, а не само општу уставну гарантацију.

⁹ У једном периоду је постојао раскорак између уставних решења предвиђених Уставом Републике Србије из 1990. године и Устава СР Југославије из 1992. године (републичким Уставом је било предвиђено да се, изузетно и само за најтеже облике тешких кривичних дела, могла прописати и изрећи смртна казна, док је савезним Уставом било предвиђено да се смртна казна није могла изрећи за кривична дела која су била прописана савезним законом).

¹⁰ О овоме видети шире: Батавељић, Д., Зоранић, Ј., *Правни аспекти еколошке безбедности*, у: Зборник радова "Ризици и еко-безбедност у постмодерном амбијенту", Државни универзитет у Новом Пазару, Нови Пазар, 2010, стр. 374.

Људска и мањинска права представљају основне вредности сваке цивилизације и сваког народа, како раније, тако и данас. Њихово поштовање је, отуда, било и остало темељ организације свих друштава, па се за људска и мањинска права може рећи да су постала саставни део људског рода и вредности, које свако људско биће мора да поштује и да их сматра неодвојивим делом свог личног идентитета. Због тога је Република Србија, до сада, уложила много напора у регулисању ове области, мада је, нажалост, велика непознаница о томе да је Србија, по питању наведене заштите људских и мањинских права, испред многих држава чланица ЕУ. Наиме, наша држава је у области законске заштите ових права, на високом месту у Европи (иако то многи, данас, оповргавају). Међутим, има много примера у пракси (на терену) да постоје бројне препреке у обезбеђивању адекватне и одговарајуће, правовремене заштите. Неке од тих препрека су финансијске природе, а друге последица бирократске структуре и спорости државног апарата, али увек треба имати на уму да било које потешкоће техничке природе, не могу и не смеју да буду извор или изговор за непоштовање људских и мањинских права, а још мање за њихово ограничавање или укидање.

Оно што посебно треба нагласити за Републику Србију, јесте чињеница да се последњих неколико година доста урадило на заштити од свих облика дискриминације и превенцији од различитих облика насиља (пре свега, у породици, на радном месту, школи и слично). Посебно су значајни напори државе да се максимално испоштују мањинска права и да бројне етничке групе које живе на простору наше земље остваре своја права, која припадају сваком грађанину Републике Србије. Зато је веома битно, у самом старту, елиминисати поделу на "права већине" и "права мањине", тј. "наша" и "њихова" права. Ако се тако посматра остваривање права у нашој земљи, онда се долази до проблема постојања "ничијих права" јер треба схватити да људска права поседује, подједнако, свако људско биће, без обзира на разлике у полу, боји коже, религији, старости, раси, образовању, имовинском и здравственом стању и слично. Човек та права стиче самим рођењем, тако да му нико и никада иста не може одузети. Једнакост и слобода морају да буду обезбеђени за све, јер у супротном нема, ни правде, ни слободе, ни демократије. Свако друштво мора да се темељи на поштовању зајемчених слобода и права човека и грађанина. Данас је ситуација доста сложена с обзиром да постоје бројне тзв. "рањиве групе", које веома често истичу да су њихова права угрожена и да се не остварују у оном степену у коме је то предвиђено за друге друштвене групе (на пример, ту спадају деца, жене, старији, болесни, инвалиди, Роми, LGBT особе и други).

Веома је значајно нагласити чињеницу да сиромаштво једног друштва, тешка економска ситуација државе или крупни финансијски проблеми, ни и ком случају не смеју бити оправдање за непоштовање туђих

права, јер држава и влада имају одговорност за цело друштво и, с тога, морају да посвете пажњу угроженим групама. Влада сваке државе мора да има одговарајуће програме и политику превазилажења стања у коме се не поштују или недовољно поштују загарантована људска права. Све државе немају стандард Европске уније, али морају томе да теже, да траже помоћ у сваком погледу (посебно у вези са поштовањем људских права и слобода), а Унија мора да буде спремна да у сваком тренутку помогне.

Међутим, оно што забрињава јесте веома изражено насиље у породици, које треба спречити по сваку цену, а први и, можда, најважнији корак у том правцу јесте доношење Закона о заштити од насиља у породици, који би требало да буде усвојен на јесен 2016. године и који ће омогућити хитно иселење насилника из породичног дома, без обзира да ли је он власник стана или куће. Овај Закон ће, свакако, обезбедити бољу заштиту жртава од насиља, па је његов Преднацрт већ на јавној расправи. Основни циљ доношења наведеног акта јесте удаљење насилника из куће, па ће, ради свестране помоћи жртви, у основним јавним тужилаштвима бити уведена специјална одељења против насиља у породици (у већим градовима ће то бити права одељења, а у мањим ће постојати тужиоци који ће се бавити овим проблемом)¹¹.

Чињеница је да се, данас, можда више него икада раније, не поштују људска и мањинска права гарантована највишим општим правним актима. Тако, на пример, због страха учинених у Првом и Другом светском рату, ратних злочина и геноцида, кршења људских права и уништавања милиона живота, 1949. године су потписане, на Међународној конференцији одржаној у Женеви, четири женевске конвенције за заштиту жртава рата. Међутим, сведоци смо да се ове конвенције не поштују, што је посебно било изражено у ратовима вођеним на просторима бивше СФР Југославије (Словенија, Хрватска, Босна и Херцеговина), као и приликом бомбардовања СР Југославије из 1999. године. Наиме, у овим сукобима учињено је много повреда људских права, које се могу сматрати ратним злочинима и геноцидним понашањем, посебно према ратним заробљеницима (нечовечно поступање) и цивилном становништву (бомбардовање школа, болница, тргова, мостова, саобраћајница, превозних средстава пуних недужних људи, вађење људских органа, злостављање, мучење и слично). Што је још горе, веома мали број учинилаца ових стравичних дела је одговарао, а суд основан за њихово гоњење и процесуирање је имао различите критеријуме и

¹¹ Оно што је веома опасно, јесте чињеница да подаци о породичном насиљу (као друштвеној девијацији) и прецизне анализе – не постоје. Недвосмислено је да такво насиље ескалира у кризним временима, а с обзиром да живимо у ери светске економске кризе, реално је очекивати да ће проћи још много времена док се не стане на пут оваквим девијантним појавама.

примењивао селективну правду, зависно од тога који је окривљени у питању и којем народу припада.

Имајући у виду да у свету постоји савремена економска криза, велике силе се нису никада устручавале, а тако ће вероватно остати у будућности, да изазивају, провоцирају и, чак, директно организују одређене сукобе у неким земљама. Пример за то су земље Северне Африке, када су избили протести у арапском свету (тзв. "Арапско пролеће"), претежно у земљама Блиског Истока и Северне Африке децембра 2010. године (Тунис, Египат, Алжир, Либија). Овакви нереди су избили и у другим земљама овог подручја, као што су Бахреин, Јемен, Јордан, Оман, Ирак, Џибути, Мароко, Саудијска Арабија и други. Наравно, треба знати да сва ова насиља нису била случајна и да су била подржана од стране великих сила, што је директно угрожавање суверенитета независних и самосталних држава (удаљених неколико хиљада километара од највећих инспиратора ових сукоба) и непоштовање основних права грађана ових земаља. Најновији талас миграната из Сирије, Ирака, Авганистана, Либије и других земаља, који месецима уназад траје, с једне стране угрожава бројна права и слободе грађана земаља у које они иду и желе да се настане, а с друге стране постоје бројни примери свакодневног кршења права миграната, па чак и наношење смртоносних повреда, употреба ватреног оружја и страдање на десетине, па и стотине људи и деце из мигрантских колона.

Непоштовање и гажење основних људских права било је веома изражено за време НАТО бомбардовања СР Југославије 1999. године. Ова акција извршена је противно свим правилима међународног права, без одлуке Савета безбедности, саркастично названа "Милосрдни анђео". Том приликом је извршено бомбардовање копнених циљева уз употребу недозвољених борбених средстава, муниције, касетних бомби, бојних отрова, осиромашеног уранијума и слично. Последице свега тога трају и дан-данас. Овом недозвољеном и противправном акцијом, згажена су сва права и слободе грађана, на којима почива свака, па и наша држава – згажено је право на живот, право на здравље и здраву животну средину, право на информисаност и објективно извештавање и друго. Оно што посебно тешко пада, јесте чињеница да нико од налогодаваца или директних извршилаца није одговарао за своја недела!?

Dragan Bataveljić, LLD
Full Professor
Milan Lutovac, LLD
Academic, Full Professor

DISRESPECT FOR HUMAN RIGHTS AT THE END OF XX AND BEGINNING OF XXI CENTURY

Summary

The authors indicate to permanent, daily violations of human rights and freedoms. It happens every day, and it is particularly pronounced in the time in which we live. There is a very large disparity in technological development, standard of living, culture, education level etc. The best example of this is the fact that today only 5% of the world's population have 95% of the world's wealth. These tremendous differences undoubtedly affect the exercise of the guaranteed rights. The inclement pursuit of profit and attempt to preserve at all costs of capitalism, have led to moral decline of most of the world's population, the frequent human rights violations, the lack of responsibility of the perpetrators of serious crimes, due to their protection by the big and powerful country behind them. Forms of threats and violations of those rights are different, but the states and their governments must do everything to make their societies make a major step forward in protecting the rights and freedoms of man and citizen. The justification for disengagement and inactivity of individual states in this regard should not be. They are most often constitutionally bound to devote themselves to the protection of its citizens, at any time and at any place.

Др Борче Давитковски

Редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ у Скопљу

Др Ана Павловска-Данева

Редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ у Скопљу

Др Ивана Шумановска-Спасовска

Доцент Правног факултета „Јустинијан Први“ у Скопљу

Др Елена Давитковска

Доцент на Економског Институту при УКИМ

ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА ЗАГАРАНТОВАНИХ УСТАВОМ У УПРАВНО - СУДСКОМ ПРОЦЕСУ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ

Анстракт:

Управно судски надзор као спољашни облик контроле управних аката издатих од стране органа државне управе и органа који имају надлежности одлучивања на поједине управне ствари, од посебног су значаја за заштиту права и интереса грађана од незаконитог понашања управних органа у конкретним управним предметима, ради обезбеђивања формалних и материјалних законитости управних аката.

Ужи предмет истраживања овог рада је анализа управно-судског процеса који се води пред Управним судом у Републици Македонији, који је покренут ради заштите слобода и права грађана када се сматрају да су иста повређена коначним појединачним актом, или ако су права и слободе гарантоване Уставом прекршене деловањем службеног лица у државној управи, односно одговорног лица у предузећу, установи или другој организацији или заједници, који у супротности са законом и који директно спречава или ограничава појединца, организације или заједнице, остваривање слободе или права, али све то под једним условом да није обезбеђена друга правна заштита против оспорене одлуке или радње. Стога овим радом, првенствено би смо дали одговор на питања која се односе на значај људских права и слобода, који су разлози да овакве врсте аката и радњи могу бити предмет управно судске контроле, колико се често у пракси одвија поступак одлучивања о оваквим захтевима, какве су последице органа који је учинио повреду, начин на који се спроводи поступак одлучивања по захтеву за заштиту слобода и права повређених појединачним актом или дејством, као и овлашћења суда или судског савета који одлучује о таквим захтевима.

Проф. др Борче Давитковски, проф. др Ана Павловска-Данева, доц. др Ивана Шумановска-Спасовска, доц. др Елена Давитковска

Предмет овог истраживања је још значајнији ако се узме у обзир чињеница да је заштита права и слободе човека загарантована међународним правним актима и највишим општим актом државе - Уставом. Стога, да би смо дали адекватан одговор на постављена питања у раду ће бити размотрени улога и значај Универзалне декларације о људским правима и Европске конвенције за заштиту људских права и слобода. Посебно, да ли се и на који начин долази до имплементације европских принципа и стандарда у управном спору у Републици Македонији и дали заиста управно-судска заштита доводи до реалне гаранције за заштиту права и правних интереса појединца и правних лица од управних аката.

Кључне речи: *управно-судски поступак, Управни суд, људска права и слобода, коначни управни акт, управно деловање.*

1. Уводне напомене о управном судству у Републици Македонији

Постојање посебног управног судства се оправдава испуњавањем два основна циља којим оно остварује својим функционисањем. Први циљ се састоји у обезбеђивању управно-судске заштите права и правних интереса физичких и правних лица када су она повређена појединачним управним актом. Други циљ се састоји у значају управног судства као чувара законитости, гаранта заштите формалне и материјалне законитости појединачних аката донетих од стране државних органа, органа државне управе и других органа који имају јавна овлашћења да одлучују у конкретним управним пословима. Физичка и правна лица приликом остваривања својих права и обавеза имају непосредан контакт са органима управе, при чему настаје одређени управно-правни однос који се на ауторитативан начин решава доношењем конкретног акта. Реч је о бројним правима признатих материјалним прописима, као што су на пример издавање одобрења о градњи, признавање права на пензију, признавање социјалних права, добијање других дозвола, лиценци сл. Тиме се подразумева да се грађани свакодневно суочавају са органима који су део јавне администрације и најчешће остваривање њихових права и интереса зависи од акта који ће донети орган. Отуда, са једне стране, да би се спречило арбитражно поступање органа, а са друге, да се да гаранција странкама у остваривању начела законитости у односу на решења која доносе ови органи, уведен је управни спор. Управни спор у ствари представља једну врсту спољашње судске контроле над коначним управним актима, који се води у посебном управно-судском поступку предвиђеном сагласно Закону о управним споровима, и пред посебним управним судовима, Управном суду и Вишем управном суду. Имајући у виду значај ове судске контроле посебан предмет интересовања у овом раду је начин остваривања заштите, односно

овлашћења суда када одлучује у управним споровима, а посебно када се ради о уставно загарантованим правима и слободама грађана.

2. Развој управног судства у Републици Македонији

Развој управног судства у Републици Македонији можемо пратити у току три временска периода, и то, од осамостаљења РМ 1991. године до 2006., од 2006. до 2010. године, и од 2010. године до данас. Основна карактеристика првог периода је да више од једне деценије од осамостаљења РМ није постојао посебни закон о управним споровима, већ се примењивао Закон о управним споровима из 1977. године, усаглашен са принципима новог друштвеног уређења заснованог на деоби власти, тржишној економији и политичком плурализму. Као надлежни орган за поступање у овом периоду је био Врховни суд РМ као највиши суд из опште надлежности (два управна одељења). Република Македонија је у овом периоду примењивала модел мешовите концепције управно-судске заштите за коју је био карактеристичан посебни закон као елемент европско-континенталног система, а надлежност је на редовном судству као карактеристике англосаксонског модела. Други период карактерише значајан заокрет у управно-судском поступку из разлога што је донет нови Закон о управним споровима 2006. године којим се етаблирао Управни суд као посебан суд надлежан за решавање управних спорова, а предмет одлучивања је значајно проширен. Овим законом Република Македонија се уврстила у земље са европско-континенталним системом и по обележју посебног судства и по посебном управно-судском поступку.

Тако се, најпре Законом о судовима из 2006. године¹, а потом и Законом о управним споровима из 2006.године², извршено је оснивање још једног суда који ће бити надлежан за решавање управних спорова, а то је Управни суд. На тај начин и путем ових законских решења утврђена је месна и стварна надлежност Управног суда као специјализованог суда за решавање управних спорова. Међутим, треба напоменути да Управни суд и даље одлучује као суд у оквирима судске власти, и поред тога што постоје компаративна решења где су управни судови део извршне власти, као на пример у Француској. На овај начин, Република Македонија је у целости прихватила европско-континентални концепт за организацију управног судства, испуњавајући критеријум посебног судства и посебног управно-судског поступка. У овом контексту је и мишљење Копрића, према којем, „специјализација у судству је важна претпоставка за квалитетно управно

¹ Члан 22 Закона о судовима, Сл. весник Републике Македоније, бр.58/06 од 11.05.2006. године

² Члан 4 Закона о управним споровима, Сл. весник Републике Македонија, бр. 62/2006

судство и судску контролу над управом “.³Осим специјализације, као добитак од увођења посебног управног судства рачунало се и повећање ефикасности у односу на управне предмете и растерећење Врховног управног суда Републике Македоније од предмета који су се односили на управне спорове.

Следећа новина у организацији управног судства у Републици Македонији извршена је 2010. године доношењем Закона о изменама и допунама Закона о управним споровима, којим се управно- судски поступак од једностепеног претворио у двостепени.⁴ Оно што посебно желимо да истакнемо је да и поред трогодишњег постојања и рада овог суда, поступак о његовом одлучивању није детаљно уређен Законом о управним споровима, односно за већи број процедуралних питања упућује се на примену Закона о парничном поступку. То значи директно мешање две сасвим различите области и поступка и претварање суда у парнични суд. Зато предлагемо да ово законско решење треба да претрпи одговарајуће измене и да се допуни сасвим новим одредбама којима ће бити регулисан целокупни поступак и правила по којима ће овај суд одлучивати. Као други недостатак оваквог законског решења је и отварање могућности да и тужени орган може оспоравати одлуке Управног суда, као и одуговлачење заштите права и интереса странки.⁵ Наиме, неуобичајено је да се и самом управном органу, као доносиоцу управног акта даје могућност да буде жалилац у другостепеном управно-судском поступку, чиме се доводи у питање суштина вођења управног спора.

Све ово указује на то да у РМ тек треба да следе одређене реформе у управно-судском поступку, које, пре свега, треба да буду у правцу утврђивања основних принципа поступка, уређивања другостепеног

³ Koprić, Ivan, Upravno sudovanje u svjetlu prilagodbe standardima EU-a, reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 62. i Borković ukazuje na prednosti sustava posebnih upravnih sudova posebno ističući stvaralačku ulogu koju su upravni sudovi odigrali u razvoju upravnog prava, što posebno vrijedi za francuski Državni savjet i austrijski Upravni sud. Borković, Upravno pravo, op. cit., str. 489. Pored sustava posebnih upravnih sudova koji korijene vuče iz Francuske, pa se tako još naziva i tzv. francuski sustav, a zastupljen je u najvećem broju zemalja Europe (Austrija, Belgija, Bugarska, Češka, Finska, Francuska, Grčka, Italija, Letonija, Luksemburg, Nizozemska, Njemačka, Poljska, Portugal, Rumunjska, Španjolska, Švedska itd.), postoji i tzv. sustav redovitih sudova, koji je povijesno vezan uz Ujedinjeno Kraljevstvo, odakle se prenio na Australiju, Cipar, Estoniju, Dansku, Indiju, Irsku, Izrael, Kanadu, Maltu, Norvešku, Novi Zeland, Sjedinjene Države i sl.), преузето од D. Ђерџа, Управни спор у Хрватској: садашње стање и правци реформе Зб. Прав. фак. Свеuč. риж. (1991) в. 29, бр. 1/2008.

⁴ Закон о измени и допуњавању закона о управним споровима, Службен весник РМ, бр. 150 од 18.11.2010 године

⁵ Ибид. стр.632-635.

поступка и поступка после ванредних правних средстава, као и института одлучивања у пуној јурисдикцији и утврђивање фактичког стања од стране суда и начела јавне расправе и суђења у разумном року. Део ових новина у РМ треба спровести и због чињенице што она претендује за улазак у ЕУ, а услов за то је и испуњавање бројних европских принципа и стандарда који се односе на сам управно-правни поступак. Наиме, сагласно истраживањима SIGMA земље кандидати морају:

- Да имају административне системе који су способни за транспортовање, имплементацију и примену акита (acquis) на начин којим ће бити постигнути дефинисани резултати.
- Да се испуне критеријуми који се траже за чланство у ЕУ, а које је усвојио Савет Европске уније, тј. критеријуми из Копенхагена и Мадрида.
- Да мере напредак ка членству у ЕУ у смислу њихових „административних и судских капацитета да примењују прописе ЕУ – acquis.⁶

3. Управни спор за заштиту слобода и права гарантованих Уставом

3.1. Правни оквир за заштиту слобода и права гарантованих Уставом

Питање гарантовања слобода и права грађана посебно се актуелизује увођењем правне државе и начела владавине права. То је у ствари једна од основних вредности савремених демократских друштава, која су призната и гарантована бројним међународним правним актима, али и уставом и законима националних држава.⁷ „Људска права су реална препрека самовољним моћницима и она представљају препреку апсолутној, неодговорној и неограниченој власти. Држава и власт су нужно зло, па их због тога треба што више ограничити. Наиме, они који је врше склони су да је и злоупотребе. То је у ствари доктрина либерализма из које произилази и позната француска Декларација о правима човека и грађана из 1789.године.“⁸ Основни принципи чијом се применом штите људска права су: уставност и

⁶ Francisco Cardona, Integrisanje nacionalnih administracija u Evropski administrativni prostor, SIGMA, Konferencija o reformama javne uprave i evropskih integracija, Budva, Crna Gora, 26-27 mart, 2009, str.2;

⁷ Национални систем о заштити човекових права (НСЗЧП) представља скуп закона, политика и институција који раде на заштити човекових права, или у једној широј дефиницији то се може представити као инфраструктура човекових права у рамкама једног друштва.

⁸ D. Bataveljic, Slobode i prava coveka i gradanina., Zbonik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2011, str.23-47

законитост, независност судов, злоупотребе слобода и права човека и грађана су противустварна и кажњива, људска права не могу се ограничити или суспендовати, судска заштита људских права, свакоме се гарантује право на жалбу или друго правно средство против одлука којима се решава о његовим правима или на основу закона заснованог интересу, право на накнаду штете због незаконитог или неправилног рада органа државне власти.⁹

Са гледишта заштите људских слобода и права од посебне важности је Универзална декларација о људским правима из 1948. године усвојене од стране УН-а, као и Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, чијом је ратификацијом 1997.године постала део унутрашњег правног поретка Републике Македоније. Као надлежна институција за одлучивање о жалбама поднетих од појединаца због кршења одредаба конвенције од стране националних држава, је Европски суд о људским правима. Стандарди о људским правима су гарантовани и Међународним пактом о грађанским и политичким правима који је усвојен на Генералној скупштини УН 1966.године, а ступио је на снагу 1976. године. У првом протоколу Пакта о грађанским и политичким правима даје се овлашћење Комитету за људска права да разгледа представке појединаца против држава потписница Протокола, у којима се тврди да је држава прекршила права гарантована Пактом.¹⁰ Затим је донет и пакт о економским, социјалним и културним правима.

У РМ основне слободе и права човека и грађанина гарантоване су Уставом Републике Македоније, законима и ратификованим међународним уговорима. Сагласно члану 8 Устава РМ она су утврђена као једна од темељних вредности правног поретка.¹¹ Док је чланом 50 Устава РМ предвиђена правна заштита у случају повреде основних права и слобода. Наиме, сагласно члану 50 став 2 предвиђено је да „ сваки грађанин се може позвати на заштиту слобода и права утврђених Уставом пред судовима и пред Уставним судом Републике Македоније у поступку заснованим на приоритет и хитност, а сагласно ставу 2 Устава гарантује се судска заштита законитости појединачних аката државне управе и других институција које врше јавна овлашћења.“¹² Тиме се подразумева да се о заштити слобода и

⁹ D . Bataveljic, Slobode i prava coveka i gradanima., Zbonik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2011, str.23-47

¹⁰ Megunarodni standardi ljudskih prava i organa, Prirucnik za pravedno suđenje, Fond za humanitarno pravo, 2003, str.14

¹¹ Члан 8, Устав Републике Македоније, Сл.весник Р.Македоније бр.52 од 22.11.1992 године

¹² Члан 50, Устав Републике Македоније, Сл.весник Р.Македоније бр.52 од 22.11.1992 године

права брину грађански, кривични, управни и Уставни суд Републике Македоније, и то у посебном законски прописаном поступку. На пр. Закон о парничном поступку, Закон о кривичном поступку, Закон о управним споровима и у поступку предвиђеним Пословником о раду Уставног суда Републике Македоније.

У односу заштите пред Уставним судом навели би смо члан 110 Устава РМ сагласно којим се даје ограничена надлежност Уставном суду само за заштиту слобода и права која се односе на слободу уверења, савести, мишљења и јавног изражавања мисли, политичког удруживања и деловања и забране дискриминације грађана на основу пола, расе, верске, националне, социјалне и политичке припадности.¹³ Консеквентан уставном решењу је и став 1 члана 5 Закона о судовима, сагласно којем судови штите слободу и права човека и грађанина и права других правних субјеката, уколико то према Уставу није у надлежности Уставног суда Републике Македоније. Уједно и сагласно ставу 2 регулисано је се грађанима и другим правним субјектима гарантује судска заштита у односу на законитост појединачних аката органа државне управе или организације и других органа који врше јавна овлашћења.¹⁴

3.2. Управно-судска заштита слобода и права гарантованих Уставом

Управно-судска заштита слобода и права гарантованих Уставом регулисана је сагласно Закону о управним споровима. Наиме, осми део закона носи наслов „Посебне одредбе“ и уређује поступак одлучивања по захтеву за заштиту слобода и права гарантованих Уставом, уколико су слободу и права повређени коначним појединачним актом, а није обезбеђена друга судска заштита, онда одлучује суд надлежан за управне спорове, у сагласности са овим законом.¹⁵ Оно на шта желимо да укажемо је да се осим за повреду учињеној коначним актом, управно-судски поступак дозвољава и у случају када су слободу и права гарантовани Уставом повређени деловањем службеног лица у органу државне управе, односно одговорног лица у предузећу, установи или другој организацији или заједници, којим се супротно закону непосредно спречава или ограничава појединац, организација или заједница у остваривању слобода и права, али под условом да није обезбеђена друга судска заштита.¹⁶ Из наведеног законског решења уочава се да повреда људских права и слобода може бити учињена на два

¹³ Члан 110, Устав Република Македоније, Сл.весник Р.Македоније бр.52 од 22.11.1992 године

¹⁴ Члан 5, Закона о судовима, Сл. весник Р. Македоније бр.58/06 од 11.05.2006 године

¹⁵ Члан 55 Закона о управним споровима, Сл.весник Р.Македоније, бр.62/2006.

¹⁶ Члан 56 Закона о управним споровима, Сл.весник Р.Македоније, бр.62/2006.

начина и то: појединачним управним актом или деловањем овлаштеног службеног лица. Морамо напоменути да у овом случају није реч о вођењу класичног управног спора и због тога је поступак о одлучивању управног суда када добије предлог за вођење управног спора због повреда права и слобода уређен посебним делом Закона о управним споровима. Рачунамо да је један од разлога да ово питање буде део предмета одлучивања у управно-судском поступку због тога што је повреда извршена појединачним управним актом, у супротном ако је повреда извршена управним прописом онда би се судска заштита остваривала пред Уставним судом Републике Македоније. Ово представља посебну врсту управног спора, зато што су члану 2 ЗУС, у коме је наведена позитивна енумерација и у којој се наводи предмет управног спора и због којег може да се води управни спор, а то је да Управни спор „одлучује о законитости појединачних аката, о избору, именовану и разрешењу носиоца јавних функција, ако је то одређено законом, као и о актима именовања, назначења и разрешења руководећих државних службеника, ако није другачије одређено законом, одлучује о спору који ће произаћи спровођењем и извршавањем одредаба концесијских договора, договору о јавним набавкама који су од јавног интереса и о сваком договору у коме је једна од страна државни орган, организација са јавним овлашћењима, јавно предузеће, општине и град Скопље, скљученог због јавног интереса или у вршењу јавне службе, одлучује против појединачних аката органа државне управе, Владе, других државних органа, општина и града Скопља, организација утврђених законом, и правних и других лица у вршењу јавних овлашћења (носиоци јавних овлашћења), када о решавању у другом степену по таквом акту није обезбеђена друга правна заштита, одлучује о сукобу надлежности између органа Републике, општина и града Скопља, између општина и града Скопља, и о споровима насталим због сукоба надлежности између општина и града Скопља и носиоцима јавних овлашћења, ако је то предвиђено законом, уколико Уставом или законима није предвиђена другачија судска заштита.”¹⁷ Такође, у управном спору се може тражити заштита у случају ћутања администрације, као и када се тражи надокнада штете. Све ово указује на то да у спору у коме се одлучује о повреди права и слобода гарантованих Уставом представља посебну врсту управног спора и зато је поступак о одлучивању по предлогу уређена посебним делом закона.

¹⁷ Члан 2 Закона о управним споровима, Сл.весник Р.Македоније, бр.62/2006

Имајући у виду наведено, можемо извући и основне услове који се морају испунити да би се магао поднети предлог о заштити пред Управним судом, а они су:¹⁸

1) ако се ради о повреди слобода и права појединачним актом:

А) да се ради о повреди права и слобода гарантованих Уставом РМ,

Б) да су права и слободе повређени појединачним управним актом,

и

В) да против таквог акта није обезбеђена друга судска заштита.

За први услов од значаја је да се утврди да ли се ради о праву гарантованом уставом или се ради о законски гарантованом праву. Ако се ради о законски гарантованом праву онда се води управни спор о заштити законитости.¹⁹ У односу на други услов, реч је о вођењу спора против коначног управног акта.²⁰ Дискутабилан остаје трећи услов који обавезује суд да почне да одлучује по предлогу да се утврди да ли против оспореног акта није обезбеђена друга врста судске заштите, као што је пример са радним споровима, где се судска заштита против коначног акта Агенције о администрацији остварује пред грађанским судовима. Друго питање које отвара дилему је да ли се члан 9 у коме је наведена негативна енумерација, а то су акти против којих није дозвољена управно-судска заштита, односи и на овај случај вођења управног спора.²¹ О овом питању у теорији постоје различита схватања у односу на то да ли се против појединачних аката Председника и Скупштине којима је повређено уставом гарантовано право треба обезбедити и судска заштита.

2) У односу на покретање предлога о заштити слобода и права повређених деловањем службеног лица, као основни услови рачунају се:

А) да се ради о повреди права и слобода гарантованих Уставом РМ,

Б) да је повреда права и слобода гарантованих Уставом РМ учињена деловањем службеног лица у органу државне управе, односно одговорног лица у предузећу, установи или другој организацији или заједници, којим је супротно закону непосредно ограничено или спречено остваривање слобода

¹⁸ Види и у: С. Голијанин, Судска заштита уставних слобода и права повређених појединачним актима или радњама, Зборник радова, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2011, стр.395-407

¹⁹ Ibid., стр.395-407

²⁰ Конкретније види у: Н. Гризо, С.Гелевски, Б.Давитковски, А.Павловска-Данева, Административно право, Скопје, 2011

²¹ Управни спор се не може повести : 1) против аката донесених у радњама у којима је судска заштита обезбеђена ван управног спора и 2) радњама за које на основу уставних овлаштења директно одлучује Скупштина и претседник Републике Македоније, осим за одлуке о именовану и разрешењу.

или права појединцу, организацији или заједници, али под условом да није обезбеђена друга судска заштита,

В) да је реч о незаконитом деловању службеног лица,

Г) да се деловањем непосредно спречава или ограничава уставно право или слобода појединцу,

Д) да против таквог деловања није обезбеђена друга судска заштита.

Поступак почиње подношењем „предлога за заштиту слобода и права“ или „предлога за заштиту због незаконског деловања“. О предлогу није прописана посебна форма, али оно што подносилац треба да наведе је: место и време када је незаконито деловање учињено, орган, организацију, односно заједницу, или службено лице које то учинило, доказе о томе, као и захтев да се одстрани препрека или ограничење за вршење права и обавеза.²² Исто тако, предлог се може поднети и док то деловање траје, а не само када је завршено. По предлогу одлучује савет састављен од тројице судија. При томе, предлог се најпре доставља за одговор органу, односно одговорном лицу, у зависности од тога ко је извршио деловање. Управни суд поступа по предлогу хитно и на начин којим, поштујући основна начела поступка, обезбеђује ефикасну заштиту права и интереса грађана и организација, односно заједница. У току одлучивања суд има два овлашћења, и то, или да одбије предлог, или да га уважи. У односу на одбацивање предлога примењује се члан из Закона о управним споровима који се односи на одбацивање тужбе за покретање управног спора, и то: уколико је поднет од неовлашћеног лица, ако није правовремено поднет, и акт који се оспорава не представља коначни управни акт, ради се о *res iudicata, non bis in idem* односно начела да се не одлучује два пута о правоснажно решеном послу, да право жалбе није било искоришћено и није обезбеђена друга судска заштита.

Суд ће одбити предлог уколико је исти неоснован и оспореним актом није извршена повреда основних слобода и права грађанина гарантованих Уставом. Уколико суд одлучи да је предлог основан, он уважава предлог и доноси решење којим ће забранити даље деловање. У самом решењу суд наводи и шта је друго потребно да би се успоставило законско стање, остављајући рок за извршење и одређује санкције у случају неизвршења решења.

Против решења је дозвољена жалба Врховном суду Републике Македоније, која се подноси у року од три дана од дана доставе решења. Жалба нема суспензивно дејство, што значи да не одлаже извршење решења, али суд може да, на предлог, одложи извршење уколико према околностима

²² Члан 57 Закона о управним споровима, Сл.весник Р.Македоније, бр.62/2006

случаја нађе да је то потребно.²³ Ова законска одредба у пракси изазива одређене недоследности о чему говоре и доле наведене одлуке суда, у којима се уочава да је код свих правна поука различита, па се против једног решења дозвољава жалба Врховном суду РМ у року од три дана, у другом се дозвољава жалба у року од 15 дана Врховном суду РМ, а у трећој се дозвољава жалба у року од 15 дана Вишем управном суду. Уколико се узме у обзир законско решење из измена и допуна ЗУС из 2010.године, којима право жалбе постаје правило у управно-судском поступку и по жалби одлучује Виши управни суд, мислимо да и против решења Управног суда којим се одлучује о повреди права и слобода грађана треба поднети жалбу и да о њој одлучује Виши управни суд.

Када је у питању уређење самог поступка у односу одлучивања по предлогу, наш став је да он није довољно добро уређен, и да у будућности треба да буде детаљније регулисан. Пре свега, подношење и садржај предлога, ток поступка, права и обавезе странака, као и правна средства против одлуке Управног суда. Ово из разлога, што се може видети и из статистичких података и из примера да одлуке суда, када одлучују о оваквој врсти управног спора, постоји неуједначени приступ о томе да ли се ради о предлогу или тужби, да ли се он покреће у року од 3 или 15 дана, да ли по жалби одлучује Врховни суд РМ или Виши управни суд и сл.²⁴

Позитивна критика овог законског решења је што у члану 64 се наводи обавезност извршења одлуке суда, тј. решење које гласи „због обезбеђења и извршења решења суда, према околностима конкретног случаја, одмах ће предузети све што је потребно, а о решењу може и да обавести функционера органа који врши надзор, јавног тужиоца и друге органе, да би и они могли да предузму мере утврђене од стране суда.“. Уколико решење не буде извршено у одређеном року суд ће извршити решење непосредно, или преко другог суда или органа. Такође, због извршења решења, суд може да достави захтев надлежном органу да одстрани са дужности одговорно лице, а по потреби може и против одговорног лица, ако оно у одређеном року не изврши решење, да изрекне новчану казну до 10.000 денара, као и да одреди и друге мере у сагласности са правилима извршног поступка. Ово подразумева да у поступку за заштиту слободе и права пред Уставним судом, законом се предвиђају конкретне мере о непоступању или неизвршавању судске одлуке што је један од принципа о судском поступку наведеном у Европској конвенцији о заштити људских слобода и права. Наиме, ефективно извршавање обавезујуће судске одлуке је основни елемент владавине права. Неопходно је да се обезбеди

²³ Члан 60, Закона о управним споровима, Сл.весник Р.Македоније, бр.62/2006 године

²⁴ Види пресуде: УСПИ.бр.12/2015, УСПИ.бр.«1»/«2015», УСПИ.бр.«9»/«2015»

поверење јавности у ауторитет судства. Судска независност и право на праведно суђење (члан 6 ЕКЧП) се доводе у питање уколико се одлука не изврши.²⁵

У односу на спровођење судских одлука од стране управних органа, сагласно међународним документима предвиђене су три опште одредбе и то:

„Земље чланице треба да обезбеде да управни органи спроводе судске одлуке у разумном року. Са циљем постизања потпуног ефекта одлука, они треба да предузимају све потребне мере превиђене законом. У случају неспровођења судске одлуке од стране управног органа, треба предвидети адекватни поступак којим ће се тражити спровођење и извршење одлуке, посебно наплатом казни.

Земље чланице треба да обезбеде да управни органи буду одговорни уколико одбију или занемаре извршење судских одлука. Јавне власти одговорне за извршење судских одлука подлежу дисциплинској одговорности, грађанској или кривичној, уколико не изврше одлуке“.²⁶

Сагласно Препоруци Комитета министара при Савету Европе, државама чланицама се препоручује да обезбеде ефикасно и економично извршење судских одлука, односно судских или других судских и вансудских извршних наслова, да предузимају све мере за које рачунају да су неопходне за прогресивно спровођење „Водећих принципа извршавања“.²⁷ Део тих принципа је да би имали делотворно спровођење или извршење судских одлука, поступак извршења треба да садржи: дефинисање извршења и да исто има законски оквир, у коме ће бити утврђено овлашћење, права и одговорност странака у поступку и трећих лица; државе треба да успоставе механизме којима ће спречити злоупотребу поступка извршења са било које стране. Поступак извршења не треба да се одлаже осим у изузетним предвиђеним случајевима.

Имајући у виду наведено, сматрамо да, и поред тога што се у овом делу Закона о управним споровима предвиђају одређене мере обезбеђења извршења одлуке суда, ипак исте мере треба да буду допуњене и другим механизмима којима ће ојачати гаранцију да ће одлука бити извршена у законском року. Треба предвидети за све врсте одлука Управног суда.

²⁵ Међународни документи о независном и ефикасном судству, МИШЉЕЊА (13-16) Советодавног савета европских судија при Савету Европе са референтним документима и праксе Европског суд о људским правима, Скопје, ОБСЕ, 2014, стр.20.

²⁶ Међународни документи о независном и ефикасном судству, МИШЉЕЊА (13-16) Советодавног савета европских судија при Савету Европе са референтним документима и праксе Европског суд о људским правима, Скопје, ОБСЕ, 2014, стр.41.

²⁷ Preporuka Rec (2003) 17 Komiteta ministara državama članicama o izvršnom postupku (usvojena od strane Komiteta ministara 9.9.2003. godine na 851. sastanku zamjenika ministara), преузето са http://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=3331

3.3. Емпиријски подаци о вођењу управног спора у случају повреде слобода и права загарантованих Уставом РМ

У табели 1. дат је приказ броја примљених предмета у Управном суду за период од 2013, 2014. и 2015. године који се односе на заштиту слобода и права грађана загарантованих Уставом РМ, који су у суду заведени под назнаком УСПИ. Евидентно је, да се од података који се односе на вид одлуке коју је суд донео у 2013. години може се видети да је суд одбио седам предмета, од укупно тринаест, за три предмета зауставио поступак, а да је одбацио један од предмета. 2014. године суд је евидентирао укупно петанаест предмета под назнаком УСПИ, од којих је за 13 предмета одлучио да се предлог одбије, један предлог је одбачен, а за један је поступак заустављен. 2015. године примљено је 12 предлога за заштиту права и слободе, од којих је у 2 случаја поступак заустављен, један од предлога је одбачен, а да је код два предмета поступак заустављен.

Датум пријема	Број предмета	Датум верификације	Вид одлуке	Датум пријема жалбе
07.02.2013	УСПИ-1/13	28.02.2013	одбијање тужбе	
21.02.2013	УСПИ-2/13	28.03.2013	одбачено	10.04.2013
25.02.2013	УСПИ-3/13	15.11.2013	одбијање тужбе	
06.03.2013	УСПИ-4/13	09.04.2013	одбијање тужбе	27.05.2015
13.04.2013	УСПИ-5/13	03.06.2013	одбијање тужбе	01.04.2014
02.05.2013	УСПИ-6/13	14.06.2013	заустављање	
02.05.2013	УСПИ-7/13	14.06.2013	заустављање	
02.05.2013	УСПИ-8/13	14.06.2013	заустављање	
26.06.2013	УСПИ-9/13	06.11.2013	одбачено	
29.07.2013	УСПИ-10/13	15.11.2013	одбачено	25.02.2014
20.08.2013	УСПИ-11/13	04.11.2013	одбијање тужбе	14.03.2013
31.10.2013	УСПИ-12/13	23.05.2013	одбијање тужбе	
31.12.2013	УСПИ-13/13	03.06.2013	одбијање тужбе	

Табела 1. Извор о раду Управног суда и интервју са судијом Управног суда

Датум пријема	Број предмета	Датум верификације	Вид одлуке	Датум пријема жалбе
03.02.2014	УСПИ-1/14	20.02.2014	одбачено	08.04.2014
04.02.2014	УСПИ-2/14	02.04.2014	одбијање тужбе	09.09.2014
05.02.2014	УСПИ-3/14	26.02.2014	заустављање	
03.03.2014	УСПИ-4/14	10.11.2014	одбијање тужбе	20.01.2015
01.04.2014	УСПИ-5/14	02.06.2014	одбијање тужбе	04.08.2014
12.05.2014	УСПИ-6/14	25.12.2014	одбијање тужбе	
26.05.2014	УСПИ-7/14	17.07.2014	одбачено	05.08.2014
05.06.2014	УСПИ-8/14	17.07.2014	одбачено	04.08.2014
27.06.2014	УСПИ-9/14	10.11.2014	одбијање тужбе	
04.07.2014	УСПИ-10/14	17.07.2014	одбијање тужбе	
10.07.2014	УСПИ-11/14	14.11.2014	одбијање тужбе	21.01.2015
14.07.2014	УСПИ-12/14	17.07.2014	одбијање тужбе	07.08.2014
01.08.2014	УСПИ-13/14	16.10.2014	одбијање тужбе	20.11.2014
11.11.2014	УСПИ-14/14	28.07.2015	одбијање тужбе	26.11.2016
16.12.2014	УСПИ-15/14	12.02.2015	одбијање тужбе	

Табела 2. Извор о раду Управног суда и интервју са судијом Управног суд

Датум пријема	Број предмета	Датум верификације	Вид одлуке	Датум пријема жалбе
12.01.2015	УСПИ-1/15	02.03.2015	одбачено	25.06.2015
13.01.2015	УСПИ-2/15	18.09.2015	одбијање тужбе	13.10.2015
03.03.2015	УСПИ-3/15	29.04.2015	одбијање тужбе	
10.03.2015	УСПИ-4/15	26.03.2015	одбијање тужбе	
07.05.2015	УСПИ-5/15	21.01.2016	одбијање	11.02.2016

			тужбе	
24.06.2015	УСПИ-6/15	03.02.2016	одбијање тужбе	
10.07.2015	УСПИ-7/15	02.10.2015	одбијање тужбе	
24.07.2015	УСПИ-8/15	29.07.2015	одбијање тужбе	
24.07.2015	УСПИ-9/15	28.09.2015	заустављање	
29.09.2015	УСПИ-10/15	06.11.2015	одбијање тужбе	24.11.2015
26.10.2015	УСПИ-11/15	17.12.2015	одбијање тужбе	26.01.2016
06.11.2015	УСПИ-12/15	15.02.2016	одбијање тужбе	22.02.2016

Табела 3. Извор о раду Управног суда и интервју са судијом Управног суда

	2015	2014	2013
Уписник о заштити основних права и слобода	12	15	13
УКУПНО	12	15	13

Оно што је евидентно из анализе података добијених из рада Управног суда при одлучивању по предлогу о заштити права и слобода да је број ових предмета незнатан. Друго, ни у једном случају предлог није уважен. Напротив, донета је одбијајућа одлука. Отуда, поставља се питање, који су то узроци оваквом чињеничном стању? Односно, да ли су странке довољно упознате и информисане о могућностима коришћења ове правне заштите? Уједно и то: да ли постоје прецизно наведени случајеви када Управни суд може уважити предлог о заштити права.

4. Усаглашавање управно-судског поступка у Републици Македонији са принципима из члана 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода

Као што је већ наведено у горе наведеном раду, ЕКЧП представља један од значајнијих аката којим се гарантују људска права и слободе, али се наводе и основни принципи који се односе на ефикасну, ефективну и независну судску заштиту. Тако да, сагласно члановима:

„Члан 8. Свако има право да га национални судови ефикасно заштите од кршења основних права признатих уставом и законима.

Члан 10. Свако има потпуно и једнако право на праведно и јавно суђење пред независним и непристрасним судом, при одређивању његових

права и обавеза у нормалним условима без обзира на било какву кривичну оптужбу подигнуту против њега.

Члан 22. Свако, као члан друштва, има право на социјалну сигурност и има право да остварује своја економска, социјална и културна права, недељива од његовог достојанства и слободног развоја његове личности, и то преко националних напора и међународне сарадње у сагласности са поретком и потенцијалима сваке државе.

Члан 6. Право на праведно суђење 1. Свако, при опредељењу његових грађанских права и обавеза, или када је кривично гоњен, има право на праведно и јавно суђење у разумном року, пред независним и непристрасним трибуналом законом основаним.

Члан 13 Право на ефективан лек. Свако, чија су права и слободе опредељене Конвенцијом провређене имаће ефективан лек пред домаћим органима, без обзира на то што је повреда била учињена од стране лица која су вршила службену дужност.²⁸

Протоколом бр.11 из 1994 године предвиђено је формирање јединственог суда који ће поступати у односу на апликације о повреди људских права утврђених Европском конвенцијом за заштиту људских права. Уствари, наведеним протоколом напуштено је функционисање Европске комисије за људска права и овлашћен је Европски суд да буде тело које ће, искључиво, поступати на основу за апликације држава и појединаца, да решава о њиховом одобрењу и да мериторно одлучује о истим

Члан 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода гласи: „Право на праведни судски поступак-

1. Свако има право да праведно и јавно, у разумном року, пред независним и непристрасним законом успостављеним судом буду разгледана и утврђена његова грађанска права и обавезе, или основаност било каквих кривичних тужби против њега. Пресуда се изриче јавно, а новинари и публика могу да буду искључени за време целог или дела поступка у интересу морала, јавног реда и националне безбедности у једном демократском друштву, када то налажу интереси малолетника, или заштита приватног живота сптрана у спору, или када суд сматра да је то неопходно зато што би, у посебним околностима, публицитет могао да налаже штету интересима правде.

Иста ова одредба предвиђена је и чланом 47 Повеље о основним правима у Европској унији, сагласно да свако има право на праведно и јавно

²⁸ http://www.pravda.gov.mk/oglas/strazbur/Konvencija_za_covekovi_prava.pdf

саслушање у разумном року од стране претходно законски установљеног независног и непристрасног суда.²⁹

У раду се позивамо на примену овог члана у управно-судском поступку зато што исти члан важи с краја XX века и односи се, не само на грађанске поступке, већ и на управне спорове. Али његова правна теорија, у току последњих неколико година, дефинише став према којем се чланом 6 регулишу много више других видова спорова између појединца и државе него што се може поретпоставити његовим првобитним ставом. Ту су, на пример, предмети у вези са јавном контролом над земљиштем, давање дозвола, надокнада за незаконско деловање власти, право на социјално осигурање и социјалну помоћ, који су сада, такође, обухваћени правом на праведно суђење.³⁰

У односу на питање да ли члан 6 Конвенције предвиђа да поступак треба да буде и усмени и да ли суд (мисли се на Управни суд) треба сам да утврђује чињенично стање, у пракси Европске комисије за људска права и Европски суд за људска права прихваћено је тумачење да суд који одлучује о „грађанским правима и обавезама мора да има овлашћење да самостално утврђује чињенично стање, односно да самостално изводи и оцењује доказе. Другим речима, мора да буде суд који одлучује потпуном јурисдикцијом.“ У контексту овога наводимо и начело правичности, о коме се према пракси Европске комисије и Европског суда, сматра да правични поступак сам по себи тражи, између осталог, да буде усмени и контрадикторан.³¹

У односу на начело јавности у судском поступку које је, сагласно Конвенцији, обавезно у управно-судском поступку и овај принцип није довољно и детаљно разрађен. Наиме, у Републици Македонији, сагласно члану 30 Закона о управним споровима, предвиђено је да „о управним споровима суд, по правилу, решава на затвореној седници.“ Суд ће одржати јавну усмену расправу: -због сложености предмета у управном спору, ради бољег разјашњења стања ствари, када утврђује чињенично стање, када изводи доказе и у случајевима утврђеним чланом 22 овог Закона.³²

²⁹ Повеља о основним правима у Европској унији, преузето од : http://eeas.europa.eu/delegations/the_former_yugoslav_republic_of_macedonia/documents/more_info/publications/charteroffundamentalrights_mk.pdf

³⁰ D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights, 2014, str.184*

³¹ Vidi presudu *Fredin v. Sweden*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A., Vol. 283., 1994, превземено од D. Ђерџа, *Управни спор у Хрватској: садашње стање и правци reforme* 14 *Zb. Prav. fak. Sveuč. rij.* (1991) v. 29, br. 1/2008.

³² Чл. 22 Закона о управним споровима, Сл.весник Републике Македоније, бр. 62/2006, ако другостепени орган у року од 60 дана или у краћем року одређеног посебним прописом није донео решење по жалби странке против првостепеног решења, а није га донео ни у року од седам дана по поновљеном захтеву, странка може повести управни

Република Хрватска је ово питање решила на тај начин што је у најновији закон о управним споровима из 2014. године увела начело јавности као основно начело у управно-судском поступку које гласи: „У управном спору суд одлучује на основу усмене, непосредне и јавне расправе.“³³ Искључак су једино четири законом наведена случаја када суд не мора да одржи расправу и то: ако је тужени у целости признао тужбени захтев, о предмету о којем се решава на основу правоснажне пресуде донете у огледном поступку, ако суд утврди да конкретна одлука или деловање садрже недостатке који спречавају оцену њихове законитости, или, ако су чињенице неспорне, а да странке, изричито, не траже одржавање расправе.³⁴

Имајући у виду наведено сматрамо да управно судство у РМ треба подвргнути одређеним реформама помоћу којим би се извршило усаглашавање управно-судског поступка са европским стандардима, али исто тако и са новим ЗОУП који је РМ донела у јулу 2015. године, а почеће да се примењује од јула 2016. године. Наиме, новине у Закону о управним споровима треба, пре свега, да обухвате неколико института као што су повећање обима, односно предмета контроле Управног суда, да усмена расправа постане правило управно-судског поступка, под условом да је суду поднета тужба којом се оспорава законитост акта само у односу на погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање од стране туженог органа, односно доносиоца управног акта. У овом смеру треба да се омогући суду да он сам може да утврђује чињенично стање, односно да изводи чињенице и доказе. У односу на суђење у разумном року сматрамо да овај институт треба да се предвиди законом за управне спорове, одредбом која ће странкама гарантовати праведно и навремено одлучивање. Али, такође треба да се предвиде одређени фактори са којим ће моћи да се утиче при опредељењу на то да ли ће се један предмет сматрати сложеним или једноставнијим да би могло да се утиче на судије да одлуке доносе у разумном року. Питање које се односи на обавезу судских одлука такође заслужује посебну пажњу јер за странку није циљ да се само донесе судска одлука већ да се омогући њено извршавање. Отуда сматрамо да овај део закона треба да се допуни одређеним одредбама којим ће се повећати овлашћења суда у погледу

спор као да је жалба одбијена (2) На начин прописан у ставу 1 овог члана може да поступи странка и када по њеном захтеву није донео решење првостепени орган против чијег акта нема места жалби. (3) Ако првостепени орган против чијег акта има места за жалбу у року од 60 дана или у краћем року одређеним посебним прописом није донео решење по захтеву, странка има право својим захтевом да се обрати другостепеном органу. Против решења другостепеног органа странка може повести управни спор, под условима из става 1 овог члана и ако овај орган није донео решење.

³³ Члан 7 Закона о управним споровима, НН 20/10, 143/2012, 152/2014

³⁴ Члан 7 Закона о управним споровима, НН 20/10, 143/2012, 152/2014

пружања могућности изрицања одговарајућих санкција органима управе који неће извршити одлуку у, законом, предвиђеном року. И на крају, у односу на жалбу као редовног правног лека у управно-судском поступку сагласно законском решењу из 2010. године, остајемо при ставу да иста треба да се примењује рестриктивно. Односно, уколико је Управни су донео одлуку на основу чињеничног стања које је сам утврдио, свако другачије тумачење од овог, или примена овог правног средства, сматрамо да би довело до одуговлачења управно-судског поступка, а самим тим и до удаљавања странке од благовременог остваривања својих права и негативног одраза на суђење у разумном року.³⁵

Циљ гаранције „разумни рок“, који се примењује за кривичне и некривичне предмете, је да се заштите странке у судском поступку од великих процедуралних одлагања.³⁶ Као што је изјавио суд у случају *N v France* гаранција подвлачи важност за спровођење правде без одлагања, али истовремено може да угрози њезину ефикасност и кредибилност³⁷. При томе, разумна дужина поступка зависи од конкретних околности случаја, односно нема апсолутно временско ограничење.³⁸

Као факторе који утичу и који могу да буду узети у обзир при утврђивању разумног рока за одлучивање у управно-судском поступку могли бисмо да наведемо и сложеност предмета, радње које треба да предузму странке и суд у поступку, да ли ће се одлучивати у спору пуне јурисдикције, или у спору законитости, да ли ће се одлука доносити на основу претходно спроведене усмене расправе или не, да ли ће се одлучивати на основу чињеничног стања утврђеног у управном поступку, или ће суд одлучити да сам то утврди и сл.

Сагласно Препоруци Комитета министара при Савету Европе, препоручује се државама- чланицама да обезбеде ефикасно и економично извршавање судских одлука, односно судских или других судских и вансудских извршних наслова, да предузму све мере за које сматрају да су

³⁵ Borce Davitkovski, Ana Pavlovska Daneva, Ivana Shumanovska Spasovska: [Consistent Application of Article 6 of the European Convention on Human Rights in Administrative Judicial Procedure in the Republic of Macedonia - Reality or Fiction?](#), Iustinianus Primus Law Review № 12 - volume VII - Winter 2015.

³⁶ *Stogmuller v Austria* A 9 para. 40 (1969), преузето од D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights, 2014, str.234*

³⁷ A 162-A para 58 (1989)., преузето од D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights, 2014, str.234*

³⁸ *Konig v FRG* A 27 para 99 (1978)., преузето од D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights, 2014, str.234*

неопходе при прогресивном спровођењу. „Водећих принципа извршавања“³⁹. Део тих принципа, да би имали делотворно спровођење или извршавање судских одлука, поступка извршавања треба: да садрже дефиницију извршавања и да иста има законски оквир, у којем ће бити утврђена овлашћења, права и одговорности странака у поступку и трећих лица. Државе треба да успоставе механизме којим ће се спречити злоупотреба поступка извршавања са било које стране. Поступак извршавања не треба да се одлаже, осим у изузетним случајевима који су законом предвиђени.⁴⁰

У вези са елементом функционисања важна карактеристика трибунала је то што исти мора да буде компетентан да доноси правно-обавезујуће одлуке. Овлашћење да даје препоруке или да саветује није довољно.⁴¹

Обавеза пресуда управних судова је *conditio sine qua non* – управно-судске заштите. Да би судска пресуда могла да постигне свој циљ – заштита субјективних права странке, као и заштиту објективно законитости, неопходно је да се обезбеди могућност њеног спровођења.⁴²

Ефикасно извршавање обавезујуће судске одлуке је основни елемент владавине права. Неопходно је да се обезбеди поверење јавности у ауторитет судства. Судска независност и право на праведно суђење (члан 6 ЕКЧП) доводе се у питање уколико се одлука не изврши.⁴³

³⁹ Preporuka Rec (2003) 17 Komiteta ministara državama članicama o izvršnom postupku (usvojena od strane Komiteta ministara 9.9.2003. godine na 851. sastanku zamjenika ministara), преузето од http://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=3331

⁴⁰ Preporuka Rec (2003) 17 Komiteta ministara državama članicama o izvršnom postupku (usvojena od strane Komiteta ministara 9.9.2003. godine na 851. sastanku zamjenika ministara), преузето од http://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=3331

⁴¹ *Bentham v Netherlands* A 97 (1985), *Vo slu-ajot Van de Hurk v Netherlands* A 288 para 45 (1994), члан 6 је био прекршен зато што је влада била законом овлашћена да не изврши одређену судску одлуку, чак иако такво овлашћење није никада искоришћено, преузето од⁴¹ D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2014, str.184, Str.244.

⁴² doc. dr. sc. Marko Šikić: *Obveznost i izvršenje odluka donesenih u upravnom sporu* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 2/2012., str. 411.-424.

⁴³ Међународни документи о независном и ефикасном судству, (13-16) Саветодавног савета европских судија при Савету Европе са референтним документима и праксом Европског суда о људским правима, Скопље, 2014, стр.20.

ЗАКЉУЧАК

У овом раду дат је осврт на питања која се односе на појам управног спора, на предмет управно-судске заштите, као и на поступак остваривања правне заштите права и слободе повређених појединачним управним актом или деловањем овлашћеног службеног лица.

Оно што може да се констатује у односу на правни оквир којим се уређује управни спор у РМ је то да Закон о управним споровима из 2006. године представља, заиста, један квалитетан, коректан и реформски пропис у области управног судства којим је у Републици Македонији направљена права институционална реформа етаблирајући Управни суд као посебан чије су основне карактеристике рада специјализација, компетентност, квалитет и ефикасност у остваривању управно-судске заштите права и обавеза физичких и правних лица, односно, остваривање контроле законитости коначних управних аката.

У односу на заштиту права и слобода грађана несумњива је чињеница да иста надмашује националне границе о чему сведоче бројна међународна документа. Постоји солидан правни оквир којим се уређују основне слободе и права, као и правна средства која странке могу да користе уколико дође до њихове повреде. Једино недостају механизми који би обезбедили њихову ефективнију заштиту.

На основу емпиријских података о раду Управног суда у РМ, који се односе на случајеве када је суд одлучивао по предлогу о заштити основних права и слобода грађана загарантованих Уставом, можемо да закључимо да овај институт нема ни широку, а ни практичну примену у Управном судству РМ. Односно, не постоји ниједан пример којим може да се констатује да је извршена повреда права и слобода како би изгледало остваривање те правне заштите. Но, исто тако постоје и многе правне празнине у уређењу поступака, који се односе на предлог за покретање поступка и овлашћења суда, као и на правна средства.

У односу на усаглашавање управног судства у РМ са европским принципима о судском поступку чини се да је неопходно да се предузму одговарајући кораци за савлађивање неусаглашености нашег законодавства са чланом 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. Из тих разлога, при новим изменама, најпре треба да се изврши дефинисање основних принципа на којима се заснива управно-судски поступак, а затим да се прецизно изврши допуна одређених одредаба у Закону о управним споровима, пре свега оних који се односе на усмену расправу, на спор пуне јурисдикције, прецизирање случаја у којима треба сам суд да утврђује чињенично стање, поступак по жалби и извршавање судских одлука.

*Проф. др Борче Давитковски, проф. др Ана Павловска-Данева, доц. др Ивана
Шумановска-Спасовска, доц. др Елена Давитковска*

Др Милан Петровић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Милош Прица
Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

УПРАВНИ УГОВОР КАО ПРОБЛЕМ ПРАВНЕ НАУКЕ И ПОЗИТИВНОГ ПРАВА: УПРАВНИ АКТ, УГОВОР, УПРАВНИ УГОВОР¹

Анстракт:

Најпре се утврђује разлика између јавног и приватног права, јер је управни уговор институт јавног права. Овај чланак образлаже да је најисправније утемељење те разлике на разлици између јавног и приватног интереса. Даље се утврђује разлика између уговора и управног акта који се доноси на захтев странке. Та разлика постоји, али законодавац може тај управни акт да преквалификује у управни уговор, и то је онда управни уговор у формалном смислу. Управни уговор у материјалном смислу постоји када је барем један од уговорних циљева јавни интерес. (Истиче се и разлика између уговора и „договора“ те уговора и „збирног акта“.) Коаутори свој текст окончавају критичким примедбама на решења о управним уговорима Закона о општем управном поступку (ЗУП) од 29. фебруара 2016. године.

Кључне речи: *јавно и приватно право; управни уговори у материјалном и у формалном смислу; Нови Закон о општем управном поступку (ЗУП).*

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

До појма управног уговора као главног предмета нашег интересовања дуг је пут, јер је неопходно одговорити на извесна претходна питања. Наиме, потребно је повући границу између њега и управног акта, с једне стране, и уговора грађанскога (приватнога) права, с друге. Али, поврх свега, треба утврдити појам јавног и приватног права, јер управни уговор је уговор јавног права, јавноправни уговор. О том појму постоји мноштво

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

схватања. Изложићемо зато само оно које сматрамо најисправнијим, уз најнеопходније образложење.

Појмимо од теорије „субјекције“ (или „субјекта“). Ту теорију прихвата и србијански Закон о управним споровима од 29. децембра 2009. (ЗУС) када у чл. 5. одређује појам управне ствари: „Управна ствар, у смислу овога закона, јесте појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произлази потреба да се будуће понашање странке **ауторитативно** (подвукли коаутори) правно одреди.“ Лаза М. Костић² „ауторитативност“, као срж теорије субјекције, одређује на следећи начин: „*Управни орган их (управне акте, коаутори) доноси ауторитативно. За разлику од двостраних аката где се управни орган споразумева са интересентима о њиховој садржини, управни акт је једностран; сам управни орган одлучује шта ће акт садржавати и ту садржину он намеће заинтересованима, често и против њихове воље... Из тога појма излази још једанпут да је у питању акт власти, да се њиме задире у правну сферу појединца.*“ (Подвучено у изворнику). У нас се често говори да управни орган наступа према странци с „јачом вољом“, што је превод латинске речи „imperium“. То значи да је тај орган овлашћен не само да странци наређује, већ и да те наредбе, по потреби, може и да оделотвори употребом физичке принуде (принуднога извршења). Само, такве могућности наређивања и принуђивања нема када се ради о управним актима који се доносе по захтеву странке (чл. 116. ранијег Закона о општем управном поступку (ЗУП) Републике Србије). Полазећи управо од те немогућности, Диги³ је оправдавао напуштање разлике између „аката власти“ и „аката пословања“ у јудикатури францускога Државног савета. При свему томе, у оба случаја субјекција постоји! И сам Диги⁴ каже да је ефицијентни узрок како једностраних тако и уговорних аката „објективно право“. Дакле, и управни орган и странка, било да је управни орган наредбодавац, било да само решава о захтеву странке, потчињени су вишој власти законодавца. Додајмо да је класична немачка теорија јавнога права⁵ сматрала да се право у материјалном смислу састоји у захватима у слободу и својину. То ће рећи и јавно и приватно. Одавде се види да је теорија „субјекције“, с једне стране, преуска и, с друге стране, преширока; преуска, јер јавно право ставља у границе потчињавања, а преширока, јер допушта да се под њу подведе, *mutatis mutandis*, како јавно тако и приватно право.

²Л.М. Костић, Административно право Краљевине Југославије, II, Геца Кон а.д. 1936, 49.

³L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, 3-e éd., Paris: E. de Boccard, 1927, 694.

⁴Ibid, 697.

⁵D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmässigkeitsprinzips*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, 143.

Морамо се зато приклонити најстаријем учењу, које критеријум разлике између јавног и приватног права види у разлици између **јавног** (општег, државног) и **приватног** (појединачног) интереса. То гледиште среће се још у римском праву. Тако у Јустинијановим Институцијама стоји (Lib. 1, tit. 1, § 4): „*Студије права имају два предмета, јавно и приватно право. Јавно право посматра управљање Римском државом. Приватно право тиче се интереса сваког. Разматраћемо дакле приватно право, које је састављено од три дела, пошто има извор у правилима природнога права, међународнога права и грађанскога права.*“ Ово учење стекло је назив „теорија интереса“ или „теорија циља“.

Овде је од битнога значаја приметити да **сваки** правни институт штити како јавни тако и приватни интерес. Ово се лепо види и из појма субјективног јавног права појединца, како га износи Георг Јелинек⁶: „*Само, субјективно право појединца у области јавнога права искључиво се састоји у способности да се правне норме ставе у покрет у индивидуалноме интересу.*“ Према томе, у јавно право спадају правни институти чија је **главна сврха** остваривање јавног интереса, док у приватно право спадају они правни институти чија је **главна сврха** остваривање приватног интереса. Овоме се учењу може приговорити да је неодређено. Но, та неодређеност постоји само при апстрактном гледању ствари. Када се правно питање сагледава **конкретно**, дакле у његовој целини, онда се размерно лако може утврдити да ли у дотичној правној ситуацији преовладава јавни или приватни интерес. То је случај и са другим релативно неодређеним правним појмовима, као што је „поштење и савесност“, „злоупотреба права“, „добри обичаји (благонаравље)“, „јавни поредак“ и т. сл.

УПРАВНИ АКТ, УГОВОР, УПРАВНИ УГОВОР

У Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији) сразмерно мало се писало о управним уговорима.⁷ Јер, ни тадашње србијанско право није их познавало као самосталну правну установу. Штавише, Грађански законик Краљевине Србије од 1844. прописивао је у § 19: „*У призрењу приватних права сви су пред законом и судом равни. Што је за једнога право мора и за другога право бити. И права самога Књаза и Правитељства, која у овом закону извор и опредељење имају, хоће се по овом Законику судити.*“ Сходно томе, наш основни закон грађанскога друштва не познаје разлику између приватноправних и јавноправних

⁶ G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Neudruck der Ausgabe von 1905, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1919, 51.

⁷ Д.Ђ. Денковић, Добра управа (избор текстова, редакција и предговор Р. Марковић), Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, 184.

уговора, за њега је сваки уговор само уговор напросто. Такав став није нимало необичан. Чак и у земљама чија права разликују грађанскоправне и управноправне уговоре, јављају се јавноправни теоретичари од великог формата који ту разлику не само што оспоравају, него указују на недостатке и опасности које она носи са собом, рецимо Диги⁸ у Француској, Ђакомети⁹ у Швајцарској, Форстхоф¹⁰ у СР Немачкој. Ипак, и старо србијанско право је знало да уговори између државе и појединца и уговори између појединаца могу да произведу интересна померања толико различита да о њима право мора да води рачуна. Тако се поравнање у спору између државе и приватних лица могло извршити само с пристанком Државног савета.¹¹ Тај се пристанак тражио пошто су се странке већ споразумеле, али пре него што је, према § 145. грађанског судског поступка, потписан протокол, јер Државни савет је имао да испита, на основу списка поступка, каква би корист одатле могла проићи по државне интересе.

У доба партијске диктатуре (када је србијански Грађански законик био укинут) и постсоцијализма порасло је занимање за управни уговор, поглавито због јачања утицаја државе и јавних служби, али и због страних утицаја. Тако је часопис „Правни живот“, бр. 11-12/1993, том 2, објавио више рефератских чланака посвећених управним уговорима, чији су аутори (по редоследу објављивања): Д. Кавран, В. В. Водинелић, З. Томић, С. Лилић, Д. Миловановић, С. Поповић, Д. Радиновић, К. Романић, О. Даниловић, Б. Чолић, М. Влатковић и П. Димитријевић. Напоменимо да се делови појединих од тих чланака подударају, што указује на одсуство претходне сарадње између коаутора. Но, још 1970. објавио је један од наших водећих административиста, Драгаш Денковић, обиман чланак „Управни уговори и облигациони односи радних организација која врше јавна овлашћења“. Тај чланак, који одаје изврснога познаваоца не само управнога, већ и облигационога права, поново је постхумно објављен у збирци његових чланака.¹² Једина замерка која се може упутити овоме тексту је пренаглашавање францускога права, а занемаривање немачкога (које се углавном представља из „друге руке“) и швајцарскога (кога у чланку и нема). Међутим, по духу, нашем правном схватању ближе је немачко и швајцарско управно уговорно право, јер се ради о законским правима, која се уз то наслањају на грађанско право као „*lex generalis*“, док је француско управно

⁸ L. Duguit, op. cit. 700.

⁹ Z. Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates), I, Zürich: Polygraphischer Verlag A.G, 1960, 441.

¹⁰ E. Fotschhoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973, 275.

¹¹ К. Кумануди, Административно право, 2. изд., Београд: Књижара Геце Кона, 1921, 56.

¹² Д. Ђ. Денковић, op. cit. 164.

уговорно право првенствено творевина јудикатуре врховнога управног суда, Државног савета; та јудикатура супротставља се „општем праву“, што ће рећи Грађанскоме законику (Code Civil, Code Napoléon), давањем управи извесних повластица које потпуно нарушавају принцип једнакости саговорача. Проблематична је и ширина извесних квалификација. Тако Државни савет и уговоре о јавним набавкама цени као управне уговоре, док они по немачком и швајцарском праву представљају приватноправне уговоре.¹³ Та Денковићева прејака наклоност према француском управном праву имала је зацело дубље осећајне корене. Приређивач дотичне збирке, Ратко Марковић, у речи унапред („место предговора“) вели: „Читам поново писма која ми је писао. Најчешће из Крупња, али и из Париза, Вероне, Сао Паула. У сваком од њих по неколико речи о књигама које је купио, а нешто из њих већ и прочитао. Кад је реч о француским правним књигама, био је њихов познавалац без премца. Бољи, можда, од многих професора правних факултета у Француској.“ Године 2014. појавила се у Београду омања публикација Д. Миленковића „Управни уговори – теорија, законодавство, пракса –“. Но, највећа корисност од тога списка састоји се у навођењу свих дотле објављених радова о управним уговорима на српском језику. Аутор излаже мноштво информација које се тичу управних уговора у домаћем и страним правима, али управо га то онемогућује да приступи – мукотрпној – правно-научној анализи и тумачењу. А без **егзегезе** законских текстова и пресуда нема правне науке. Напокон, део књиге Милана Петровића у сарадњи са Милошем Прицом, „Посебно управно право са међународним управним правом“ (3. изд., Ниш 2014, 193-260), у нас је до сада најновији текст о управним уговорима, који их квалификује као део „управнога облигационог права“ и сагледава кроз поређење француског и немачког управног уговорног права.

За разумевање управнога уговора потребно је одредити и појам управнога акта који се доноси по захтеву странке. Неки старији класици теорије јавнога права сматрали су и те управне акте уговорима, разуме се управним уговорима, на пример Лабанд¹⁴ и Јелинек¹⁵, који те уговоре назива уговорима о потчињавају, субјекционим уговорима. Такође је, до Првог светског рата, Суд Царства (Reichsgericht), тада највиши немачки суд, у више наврата признавао да је чиновнички однос уговором засновани однос о служби. Многи старији и новији правни писци стоје, напротив, на становишту да је и управни акт који се доноси по захтеву странке, такође

¹³F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1912, 174; Z. Giacometti, op. cit. 135.

¹⁴P. Laband, Des Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, 5. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, 447.

¹⁵G. Jellinek, op. cit. 179, 209.

једностран управни акт, код кога је захтев странке његова нужна претпоставка; уколико тог захтева нема, онда би тај недостатак представљао повреду „форме“, која би повреда била у стању да дотични управни акт учини неважећим.¹⁶ Ово гледиште, (да се ради о једностраном управном акту), сматрамо исправним, али необразложеним у погледу његове разлике од управнога уговора. Уговор, наиме, настаје сагласношћу воља уговорних страна. Управни акт који се доноси по захтеву странке не настаје, насупрот, када су се управни орган и странка сагласили, већ када је управни орган, по правилу, издао и доставио решење странци. Када сагласности воља сауговорача нема, уговор уопште није настао. Када је управни орган донео решење које се доноси по захтеву странке, а таквога захтева нема, што ће рећи да није поднесен ни претходно ни накнадно, решење је, по чл. 257. нашега ранијег ЗУП-а, апсолутно ништаво, али оно ипак постоји, само не може никада постати правноснажно. Међутим, користећи своју практично неограничену моћ правне квалификације, законодавац може и управни акт који се доноси по захтеву странке, преобразити у управни уговор, тако што ће захтев странке квалификовати као понуду за закључење уговора, а доношење решења по том захтеву, као прихват понуде. Тада се налазимо у присуству **управнога уговора у формалноме смислу**.

Шта је пак **управни уговор у материјалном смислу**? Одговор на то питање није лак, јер постоје различити видови сагласности воља који су правни акти, али нису уговори у правом смислу речи. Најисправније се суштина уговора одређује у немачкој правној науци. Тако Биндинг¹⁷ каже: „Уговор је правни посао, који проиходи од два различита правна субјекта, који је усмерен ка истом циљу и који је заснован на радњама различите садржине које једна другу допуњују.“ Још је исправнија дефиниција Јелинекова јер указује не само на различитост уговорних садржина (предмета, чинидаба), него и на различитост уговорних циљева: „Уговор... је погодба више особа о извршењу и пријему чинидаба.“ Он је „сједињење воља у сврху задовољења супротстављених или барем несагласних интереса.“¹⁸ Ослањајући се на ово гледиште, с тим што уместо о интересима говори о „опредељујућим циљевима“, Диги¹⁹ закључује да класични појам француске науке грађанскога права, „каузу“, треба заменити појмом „опредељујућих циљева“. У прилог томе, он наводи низ пресуда француских судова, али и мишљења меродавних француских цивилиста свога доба, Демога (Demogue) и Бонказа (Bonnesse). Овај потоњи вели: „Кауза је конкретни циљ од

¹⁶ Л.М. Костић, *op. cit.*, 45.

¹⁷ К. Binding, *Die Gründung des Norddeutschen Bundes*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1889, 69.

¹⁸ G. Jellinek, *op. cit.*, 204.

¹⁹ L. Duguit, *op. cit.* 387.

*општег или приватног интереса који је опредељен извесним правним актом и којег посредством тог акта творци дотичнога акта настоје да постигну.*²⁰

Насупрот уговору стоји „договор“ (у немачкој правној терминологији: „Vereinbarung“) или „унија“ (union) како га назива Диги.²¹ Договор је такво сједињење воља договорника које има заједнички циљ и које може водити до настанка субјективних права и обавеза, али и не мора, нарочито онда када тежи стварању правних правила; договор је од туда важан извор међународнога права.²² Није с тога сасвим у праву Диги када каже да „унија“ води једино до настанка општих правних правила, објективних правних ситуација (правних статуса) или „аката-услова“, што ће рећи правних аката којима се објективна правна ситуација (правни статус) примењује на појединачан случај.²³ Сагласност воља усмерена ка заједничком циљу је и „збирни акт“. Но, за разлику од договора, он тежи да произведе правно дејство ван круга својих доносилаца; тако је споразум двају министарстава да заједнички донесу извешан правилник „договор“, а заједничко доношење тог правилника, „збирни акт“.²⁴

Управни уговор у материјалном смислу је уговор у правом смислу речи, дакле ни „договор“ ни „збирни акт“, што ће рећи таква сагласност воља где воље сауговорача имају различите предмете и теже различитим циљевима, с тим да је барем један од тих циљева опредељен **јавним интересом, те самим тим и јавним правом.**

Изворно, сваки државноправни акт је уједно јавноправни акт. Но, држава као правни субјект може, из разлога целисходности, да се у мање значајним стварима послужи техником приватнога права. Тада је њена суверена воља да се на уговор који закључује са извесним приватним лицем примењују искључиво одредбе приватног облигационог права. Тако, уместо да прибегне дуготрајном и скупом поступку експропријације, држава може, ради смештаја својих надлештава, да купи или узме у закуп. Држава такође може да неке од својих ствари прогласи за ствари „у промету“, те да их не штити у случају потребе казним и управним мерама, дакле мерама јавне власти, већ својинским и државинским тужбама грађанскога стварног права. Али, када су у питању значајни национални интереси, такво „бекство у приватно право“ не би смело да буде могуће. Како лепо примењује Јелинек²⁵,

²⁰ Нав. у: L. Duguit, op. cit. 396.

²¹ Duguit, op. cit. 409 илд.

²² Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, Unv. Nachdruck, Aalen: Scientia Antiquariat, 1958, 61, 63.

²³ L. Duguit, op. cit. 409.

²⁴ Triepel, op. cit. 59.

²⁵ G. Jellinek, op. cit. 234.

држава има двострук карактер: као „субјект државне власти“ и као „управитељ заједничког интереса“, и продужује: „Самообвезивање (самоограничење) је с тога, ближе посматрано, обвезивање државе као делатног, то јест право стварајућег и власт вршећег субјекта према држави као репрезентанту заједничког интереса. Због тога често постоји субјективни правни захтев за законско постојање државнога поретка, за придржавање појединих државних надлежности од стране за то одређених органа. То је држава као заступник заједничког интереса којој припада тај захтев према држави као моћи воље.“ Рецимо, приватизације које су у Србији вршене током 2000-их, не могу се квалификовати другачије до као јавноправни уговори, јер је њихов циљ био преображај целокупне националне економије и повлашћивање мултинационалних корпорација. Западни неолиберални империјализам стоји у служби великих приватних предузећа. Још пре деведесетак година, Визер је написао о предузећу: „јавна власт, која у многим видовима достиже јавну власт државе, а у многим је чак надилази“.²⁶

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ЗАКОНСКО УРЕЂИВАЊЕ УПРАВНИХ УГОВОРА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Основне одредбе о управним уговорима у нас, садржи нови Закон о општем управном поступку (ЗУП) од 29. фебруара 2016. године, с тим што он, изузев трију одредаба које немају везе са управним уговорима, почиње да се примењује од 1. јуна 2017. године. За управни уговор важе одредбе чланова 22-26. ЗУП-а.

Према чл. 22. ст. 1. овога закона, управни уговор је двострано обавезан писани акт који, када је то „**посебним законом одређено**“, закључују орган и странка и којим се ствара, мења или укида правна ситуација у управној ствари.

Са овим уским одређењем управног уговора, јер он може настати само ако је то предвиђено посебним законом, не можемо се сложити. Прво, законодавац који прописује управни уговор није везан одредбама ЗУП-а о управним уговорима, већ то може учинити и на другачији начин, како је већ поступио код уговора о концесији и уговора о јавним набавкама који су, дакако, управни уговори. Друго, ово уско одређење доводи до настанка двеју врста управних уговора, **управних уговора у материјалном смислу**, о којима је у овом тексту раније било речи, и **управних уговора у формалном**

²⁶F. Wieser, Das Gesetz der Macht, Wien: Verlag von J. Springer, 1926, 489.

смислу, о којима је такође било речи, које предвиђа ЗУП. Ова разлика добива посебан значај када се ради о правним лековима, о чему ће касније бити речи. Овде се поставља и питање да ли законске одредбе о уговорима које ЗУП има у виду морају бити принудне (императивне, когентне) или могу бити и диспозитивне, па ако су овакве, да ли се и на њих примењује ЗУП или не.

Управни уговор по ЗУП-у може бити измењен због промењених околности. Тако у његовом чл. 23. ст. 1. стоји да ако би, због околности које су настале после закључења уговора, а које се нису могле предвидети у време закључења уговора, испуњење обавезе за једну уговорну страну постало битно отежано, онда та уговорна страна може од другог саговорача захтевати да се уговор измени и прилагоди новонасталим околностима. Ово је примена клаузуле „*rebus sic stantibus*“, присутне и у општем облигационом праву. Но, ЗУП овде уводи неравноправност уговорних страна у корист органа, прописујући у ст. 2. истога члана да ће орган решењем одбити захтев странке ако нису испуњени услови за раскид уговора или ако би измена уговора изазвала штету по јавни интерес која би била већа од штете коју би претрпела странка. ЗУП не говори ништа о праву странке која је приморана да извршава уговор на накнаду штете коју трпи услед промењених околности. Сматрамо да се овде ради о случају суштински сличном експропријацији, те да би странка по том основу имала право на одштету која одговара обештећењу у случају експропријације. ЗУП у чл. 149. ст. 3. реч 1. признаје странци право на накнаду штете коју је претрпела услед неизвршавања уговора по органу, па сматрамо да би се та одредба могла аналогно применити и накнаду штете претрпљене услед промењених околности. Видећемо да и ЗУП изричито предвиђа аналогију као метод тумачења.

ЗУП уводи неравноправност и код раскида управног уговора, јер само органу признаје право на тај раскид.

У чл. 24. тај закон прописује да орган може раскинути управни уговор из одређених разлога: 1. ако изостане сагласност странке да се уговор измени због промењених околности; 2. ако странка не испуњава уговорне обавезе; 3. ако је то неопходно да би се отклонила тешка и непосредна опасност по живот и здравље људи и јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, а то не може успешно да се отклони другим средствима којима се мање дира у стечена права. Орган раскида управни уговор решењем у коме се изрично наводе и јасно образлажу разлози за раскид.

Странка, међутим, нема право да раскине уговор ако орган не испуњава своје уговорне обавезе, већ може да изјави приговор (чл. 25. ЗУП-а). Приговор се изјављује руководиоцу органа на чије се поступање односи,

који руководиоца решењем одлучује о приговору. Против тог решења странка може изјавити жалбу.

Видели смо да странка, по изричној одредби ЗУП-а, има право на накнаду штете коју је претрпела услед неизвршења управног уговора. Но, тај закон ништа не каже о праву странке на накнаду штете коју трпи ако је орган раскинуо уговор због наступања околности независних од њене воље. Наше је становиште да странка и овде има право на обештећење аналогном применом одредбе из чл. 184. ЗУП-а о укидању извршног решења, у вези са чл. 187. ст. 3. истога закона, где стоји: „Странка која трпи стварну штету услед укидања извршног решења ради отклањања тешке или непосредне опасности по живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, има право на накнаду претрпљене штете, осим накнаде за изгубљену добит.“

ЗУП изрично налаже у чл. 26. аналогну примену својих осталих одредаба на управне уговоре, као и супсидијарну примену одредаба законодавства о облигацијама на њих: „На управне уговоре сходно се примењују остале одредбе овог закона и супсидијарно одредбе закона којим се уређују облигациони односи.“ Према томе, Закон о облигационим односима је у односу на одредбе ЗУП-а о управним уговорима „*lex generalis*“ и има се примењивати на управне уговоре увек када то није у супротности са одговарајућим одредбама ЗУП-а. Мислимо да ово треба да значи да Закон о облигационим односима, као системско уређење уговорног права, представља и основ тумачења одредаба о управним уговорима. С тим у вези, задржали бисмо се само на питању ништавости управних уговора.

У чл. 22. ст. 2. ЗУП-а стоји: „Садржина управног уговора не сме бити противна јавном интересу нити правном интересу трећих лица.“ ЗУП, међутим, не наводи санкцију ове забрањујуће норме. Та санкција општег карактера налази се у чл. 103. ст. 1. Закона о облигационим односима, која одредба прописује да су ништави уговори који су противни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (благодонарављу). Свакако, противни су јавном интересу управни уговори који вређају јавни поредак или добре обичаје. Но, не би требало да буду ништави управни уговори који се противе принудним прописима, јер постоје такви прописи који не штите јавни интерес. Наиме, има мноштво принудних прописа, особито на равни локалне самоуправе, који често потичу још из доба једнопартијског режима, и који непотребно вређају приватне интересе, а не служе никаквом јавном интересу. Рецимо, општинским урбанистичким планом предвиђа се изградња извесне улице, која прелази преко приватних грађевинских земљишта, а извесно је да је изградња дотичне улице нецелисходна, а можда и немогућа. Управни уговор између општинске управе и заинтересованих власника или корисника грађевинских парцела којим би се пројектована улица одстранила из урбанистичког плана, био би сасвим оправдан, те самим тим, ако се

прихвати наше гледиште, и правоваљан. Приговор, да се не би смело допустити да управни уговори вређају начело законитости, не стоји, јер би управни уговор који вређа јавни поредак или добре обичаје (благонаравље) у сваком случају био ништав због повреде једне законитости вишег реда.

Још је стара немачка правна наука указивала на нераздвојивост јавног поретка и благонаравља. Тако Савињи, говорећи о законима који по себи имају повратно дејство, пише²⁷1840-их: *„Најбројнији и најважнији од тих закона имају строго позитивну и принудну природу..., јер њихови корени сежу ван чистог подручја права, и стоје у вези с разлозима и циљевима из области благонаравља, политике и националне економије. Али у природи таквих принудних закона лежи да своју моћ и делотворност морају да протегну даље него други закони, како је то већ горе истакнуто приликом разматрања локалнога сукоба закона.“* Овде је неизбежно указати и на Хегелову философију права и државе, у којој благонаравље (Sittlichkeit) стоји изнад апстрактнога права, а највиши ступањ благонаравља заузима држава.²⁸ После Другог светског рата, у западнонемачкој правној науци, под утицајем англо-америчког и француског права, појам добрих обичаја се сужава и своди на састојак јавног поретка. Тако Симитис²⁹ каже: *„Добре обичаје треба сматрати саставним делом јавнога поретка. Појам добрих обичаја требало би да искључиво служи судији за означавање моралних заповести које се имају поштовати у области полног и породичног живота.“* По истом писцу, јавни поредак је укупност *„општих правних начела, принципâ правног поретка“*.³⁰ Сматрамо да такво сужавање „добрих обичаја“ није исправно те да је у праву швајцарска правна наука, која оба појма у питању сматра нужно повезаним, али уједно и самосталним владоцима различитих правних подручја. Као представник те науке, Брођини пише: *„Исправније је гледиште да „благонаравље“ упућује на социјално-етичку оцену ваљаности сваке радње и сваке норме, док „јавни поредак“ ставља на прво место момент одржања друштва и државе.“*³¹

²⁷ F. von Savigny, C. Private International Law nad the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise of the Conflict of Laws, 2nd ed., 1880, 2nd printing, Clark, N. J. 2003: The Lawbook Exchange, Ltd. 1880/2003, 419, § 398.

²⁸ F.W.G. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Nach der Ausg. v. E. Gans herausg. v. H. Klenner, Berlin: Akademie-Verlag, 1981, 257.

²⁹ K. Simitis, Gute Sitten und ordre public, Marburg: N.G. Elwert Verlag, 1960, 197.

³⁰ Ibid, 173.

³¹ G. Brogini, Intertemporales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, I, Geschichte und Geltungsbereich, herausg. v. M. Gutzwiller, Basel/Stuttgart: Verlag von Helbing & Lichtenhahn, 1969, 445.

Пошто ЗУП предвиђа да је управни уговор „писани акт“, одсуство писмене форме би, по правилу, доводило до његове ништавости. То је став и немачкога права. Ипак, у изузетним случајевима, та санкција би требало да изостане ако би позивање на неваљаност уговора представљало тешку повреду начела поштења и савесности.³²

Но, како разумети став да управни уговор не сме бити противан „правном интересу трећих лица“. Ту формулацију, која се налази и у неким другим одредбама ЗУП-а, а наслеђена је и од ранијега истоименог закона, сматрамо несрећном. Јер, сваки интерес који није противан праву, јесте „правни интерес“. Немачки савезни Закон о управном поступку од 25. маја 1976. је на одговарајућем месту (§58. ст. 1) и бољи и јаснији. То место гласи: „Јавноправни уговор који задире у права трећег, почиње да производи правна дејства тек када се тај трећи с тим писмено сагласи.“ Дакле, „правни интерес“ треба тумачити као „субјективно право“, те би, следствено томе, управни уговор по ЗУП-у који задире у права трећих лица, био „условно неваљан“. Рецимо, предмет управнога уговора је изградња објекта који вређа суседову уговорну или законску службеност. Тај уговор био би по себи ништав, али би га суседова претходна или накнадна сагласност могла конвалидовати. У том смислу је и немачко право.³³

Видели смо да по ЗУП-у управа на правни положај свога саговорача делује решењима. Тиме је правна заштита која му се ставља на располагање вођење управног спора пред управним судом. То решење није најсрећније. Боље би било да надлежни за решавање спорова о управним уговорима буду, као и до сада, судови опште надлежности (и, евентуално, привредни судови). Јер, нагласимо, Закон о облигационим односима је „*lex generalis*“ и за управне уговоре, а његови најкомпетентнији применитељи јесу судови опште надлежности и привредни судови. Ово решење оправдано је и тиме, што ће надлежни за спорове о управним уговорима у материјалном смислу и даље бити судови опште надлежности и привредни судови. С тим у вези, реална је могућност да у погледу управних уговора настану две, а можда и три, различите јудикатуре. Ова могућност је утемељена у чињеници да пресуђивање спорова о уговорима по правилу захтева сложено одмеравање интереса странака у спору. Тог захтева, као свог свакодневног задатка, довољно су свесни само судови опште надлежности. Управни судови, а под њима подразумевамо и некадашња већа за управне спорове врховних суда,

³²О. F. Kopp/U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl., München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2000, 1252.

³³H.C. Ule/W.-H.Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Neymanns Verlag KG.), 1998, 775.

у решавању спорова о законитости управних аката више су поступали као управни органи трећег степена него као арбитри у сукобу подједнако релевантних интереса. Да ли је могуће да буду обоје?

Milan Petrović, LL.M

Full Professor

Miloš Prica, LL.M

Assistant

**ADMINISTRATIVE CONTRACT AS PROBLEM OF LEGAL SCIENCE
AND POSITIVE LAW: ADMINISTRATIVE ACT, CONTRACT,
ADMINISTRATIVE CONTRACT**

Summary

First, the difference between public law and private law is established, as administrative contract is an institute of public law. This article explains that the most correct foundation of this difference is the difference between public and private interests. Furthermore, the difference between a contract and an administrative act adopted at the request of a party is established. There is a difference, but the legislator can requalify such administrative act into an administrative contract and it is then an administrative contract in a formal sense. Administrative contract exists in a material sense when at least one of the contractual objectives is public interest. (The difference between a contract and an "agreement" is highlighted, as well as the one between a contract and a "complex administrative act".) The co-authors expose, in conclusion, a critical analysis of administrative contract regulations in the new Serbian Law on general administrative procedure.

Tina Pržeska

**Assistant Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”,
University “Ss. Cyril and Methodius”Skopje, Macedonia**

THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Abstract

The paper examines the protection of personal data in the Legal System of the Republic of Macedonia according to the provisions of the Law for Protection of Personal Data from 2005. The analysis of the standards and regulations relating to protection of personal data is focused on the scope of implementation of the Law, the principles for data processing, conditions for data processing and the rights of the data subject guaranteed by the Law. Relevant case law of the Administrative Court and High Administrative Court of the Republic of Macedonia, Directorate (national data protection authority) and the European Court of Human Rights is also analyzed. Furthermore the paper examines the degree of harmonization of Macedonian law with the EU regulation relating to personal data protection.

Key words: *data protection, data subject, personal information, data protection authority, personal rights, right to privacy.*

In the modern world the ability to access and distribute information is considered to be an integrate part of contemporary living. The free flow of information, enabled by the fast development of technology, is proven to be beneficial for social, economical, scientific and other development. The new technologies providing free exchange of information also provide the bases for exercise of human rights such as freedom of expression, freedom of information, freedom of artistic and scientific expression, freedom of press and etc. However, the free and easy access to vast pull of information may also be subject to abuse and contribute to infringement of individual rights such as the right to privacy. The most common way of infringement of the right to privacy is by using and distributing information pertaining to aspects of the professional and personal life of individuals, thus the necessity for creating a legal framework for protection of personal data.

Тина Пржеска

Right to privacy in the legal system of the Republic of Macedonia is guaranteed by article 25 of the Constitution¹ “*Every citizen is guaranteed the respect and protection of privacy of personal and family life, dignity and reputation*“. The Constitution also contains an explicit provision regarding personal data in article 18 paragraph 1 where it is stated that “*Security and confidentiality of personal data is guaranteed*“. There are also other rights guaranteed by the Constitution that complement the right to privacy and confidentiality of personal data such as confidentiality of letters and other forms of communication² and the guarantee for protection of the home³.

Although, the Constitution of the Republic of Macedonia guarantees the protection of personal data, providing effective protection demands further regulation by law. The first law regulating protection of personal data in the Republic of Macedonia was passed in 1994. It was the Law for Protection of the Personal Data⁴. Later on, the Macedonian Parliament ratified the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108, Strasbourg, 28.I.1981)⁵ and the Additional Protocol to the Convention⁶. In 2005 new legislation regulating protection of personal data was enforced with the Law for Protection of Personal Data⁷. Main objective of the new Law is to provide a higher degree of protection of personal data with accordance to the standards and legislation enforced in the European Union particularly the Convention 108 and the Directive 95/46/EC (Data Protection Directive)⁸.

1. Application of the Law for Protection of Personal Data

Protection of personal data, according to the Law for Protection of Personal Data, is closely linked to the protection of the right to privacy of individuals in the area of processing personal data (art. 1). In defining personal data the Law states that any information pertaining to an individual that is identified or may be identified (by specific data) is considered to be personal data and as such is protected by law. The Law also recognizes „*special category of*

¹ Official Gazette of the Republic of Macedonia, N° 52/92.

² Constitution of Republic of Macedonia, at. art. 17.

³ Id, art. 26.

⁴ Official Gazette of Republic of Macedonia, N° 12/94 and 4/2002.

⁵ Law for Ratification of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Official Gazette of the Republic of Macedonia, N° 7/2005.

⁶ Law for Ratification of the Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Official Gazette of the Republic of Macedonia, N° 103/2008.

⁷ Official Gazette of the Republic of Macedonia N° 7/05.

⁸ Official Journal L 281, 23/11/1995 P. 0031 – 0050.

personal data“ such as: data relating to the racial or ethnic origin, political, religious, philosophical and other convictions, membership in syndical organizations and data relating to health, genetic information, biometric data and information relating sexuality. Identification number of individuals (social security number) is also considered to be „*special category of personal data*“. With respect to the „*special category of personal data*“ the Law contains separate provisions regulating the conditions and manner of their processing that differ from the conditions for processing other personal data⁹.

In general, the Law for Protection of Personal Data applies to all forms of data processing, automatic or other¹⁰. However, there are some exceptions. When the personal data is being processed in interest of national security the controller is not obligated to inform or to ask authorization for data processing from the Directorate for personal data protection (Directorate)¹¹. In this case the rules for transfer of data in other countries and the provisions for distributing of personal data to users also do not apply¹². There are also exceptions when personal data is being processed for literary or artistic expression and professional journalism¹³. In such cases the controller is not obligated to inform the Directorate that personal

⁹ According to the separate provisions processing the special category of personal data is forbidden. By exception processing of such data may be permitted if: the data subject has given explicit consent (if giving consent is not excluded by law), the processing is for performance of right and duties of the controller in work relations, the processing is necessary for protection of crucial interest of the data subject or third party, the processing is done in the scope of activities of nonprofit organizations (it refers to personal data of member and other individuals that cooperate or perform other activities for the organizations), the personal data is published by the data subject, when processing of personal data is necessary for legal purposes or for protection of rights of the data subject before government bodies, for medical purposes and if the processing is done in public interest determined by law or with decision of the Directorate. Regarding the processing of identification number of individuals the law states that it is permitted only with consent of the data subject, for performance of rights and duties of the data subject or the controller and in other cases determined by law. In any case the controller is obligated to take precaution and to ensure that the identification number is not unnecessary visible, printed or accessed by third parties. The provisions relating to the special category of personal data also extend to data collected via video surveillance. See: art. 8, 9, 9-a, 9-b and 9-c, Law for Protection of Personal Data.

¹⁰ Law for Protection of Personal Data, at. art. 3,

¹¹ The Directory is organized as independent government body with the task to survey the implementation of the Law for Protection of Personal Information, to sanction violations and to perform consultative activities and other work. The directorate is founded by the Parliament of the Republic of Macedonia and it is financed by the budget of the Republic of Macedonia and other sources of income. For its work the Directorate is responsible before the Parliament. See: Law for Protection of Personal Data, at. art. 34 and 48.

¹² Id. at.art. 4.

¹³ The exception only applies if the data processing is done in public interest prevailing over the private interest of the data subject.

data is going to be processed, also consent of the data subject is not required for data processing. The controller is not obligated to inform the data subject prior to reviling personal data to third parties or to observe his or her right to be informed, right to access and right to object. The provisions of the Law are also not applicable when data is processed by individuals purely for personal activities and home life¹⁴.

For some types of personal data, such as data relating to criminal acts, criminal convictions and security measures, and personal data in court decisions the Law for Protection of Personal Data prescribes that the conditions and manner of processing are regulated with special laws that complement its provisions¹⁵. There are also other laws that contain particular provisions relating to personal data processing like the Law for Electronic Communications that regulates processing of personal data of users of communication services¹⁶, the Law for Medical Care contains provisions relating to processing and protection of personal data of patients¹⁷, the Law for Protection of Rights of Patients also contains provisions regulating personal right of patients (right of confidentiality, privacy and etc.)¹⁸, the Law for Biomedical Assisted Insemination regulates the protection of personal data of donors and recipients¹⁹, the Banks Law regulates personal data processing in banking²⁰, and other laws.

¹⁴ Regarding this exception it is important to point out that the processing of personal data doesn't fall under the provisions of the Law as long as the data processing remains private. But if the person collecting the personal data later chooses to make such data public, then the provisions of the law will be applicable. The European Court of Justice in the Bodil Lindqvist Case (C-101/01) ruled that the Data Protection Directive does apply when personal data is published on the Internet. Considering that the Macedonian Law for Data Protection is drafted to be in accordance to the Data Protection Directive it is conceivable that the same logic should be applied when deciding if the data processing extends beyond personal activities and home life.

¹⁵ Law for Protection of Personal Data, at. art. 7 and 7-a. The Law for National Criminal and Intelligence Database (Official Gazette of Republic of Macedonia, N^o 120/09) regulates data processing in the National Criminal and Intelligence Database, use of the data and cooperation with foreign subjects. Data protection in court proceedings is regulated by the Law for Management and Distribution of Court Cases in the Courts (Official Gazette of Republic of Macedonia, N^o 171/10).

¹⁶ Law for Electronic Communications, Official Gazette of Republic of Macedonia, N^o 13/05, at. art. 130, and 167.

¹⁷ Law for Medical Care, Official Gazette of Republic of Macedonia, N^o 43/12, at. art. 39, 154 and 226-a.

¹⁸ Law for Protection of Rights of Patients, Official Gazette of Republic of Macedonia, N^o 82/08, at. art. 25, 26, 33, 34, 38, 60 and 62.

¹⁹ Law for Biomedical Assisted Insemination, Official Gazette of Republic of Macedonia, N^o 37/08, at. art. 17, 46, 50 and 57,.

²⁰ Banks Law, Official Gazette of Republic of Macedonia, N^o 67/07, at. art. 10, 111 and 112.

With respect to territorial application of the Law for Protection of Personal Data, it is clear that the provisions are applicable to controllers registered in the Republic of Macedonia or have registered representatives in the Republic of Macedonia. However, the application is extended to the subsidiaries of the controllers in foreign countries, as well as embassies and consulates of the Republic of Macedonia. The Law is also applicable to controllers not registered in the Republic of Macedonia if the equipment for data processing is kept in Republic of Macedonia (with the exception of equipment used solely for transfer of data)²¹. The extended application of the provisions of the Law is intended to prevent controllers from circumventing the rules either by opening subsidiaries abroad or by registering abroad while they process the data on Macedonian territory.

2. Principles for Processing of Personal Data

The Law for Protection of Personal Data in article 5 sets forth the principles for data processing. According to this article data processing should be fair and lawful, the collection of data should be specific, clear and for purposes determined by law, the data must be adequate, relevant and restricted to the scope of the purpose for processing, the data must be accurate, complete and up to date, the data could be kept in form that provides identification of the data subject until completion of the purpose for processing²².

The principle of fair and lawful data processing underlines two aspects of data processing. First the data processing must be fair. The Law doesn't specify what will constitute fair data processing. It is considered that data processing is fair as long as the processing is lawful and data subject is informed in full with the reason and manner of collecting and processing of personal data²³. Concurrently, if the data processing is unlawful or the data subject is misinformed, then the data processing is unfair. The second aspect of this principle is that data processing must be with accordance to the law. To that effect, any data collecting and processing that is contrary to the law brings on criminal and civil liability for the

²¹ Law for Protection of Personal Data, at. art. 3 and 7-b.

²² The same principles for data processing are found both in Convention 108 (art.5) and the Data Protection Directive (art. 6).

²³See: Лукас Гудерман, Зоран Пандев, *Коментар на Законот за заштита на личните податоци*, Дирекција за заштита на личните податоци (ed), Скопје 2010, p. 25. Some authors note that EU countries have different approach to this issue. In some legal systems there are defined requirements for fair and lawful data processing, and in other it is left to the data protection authorities. Douwe Korff, *Data Protection Laws in the European Union*, Richard Hagle (ed), Federation of European Direct and Interactive Marketing and The Direct Marketing Association 2005, p. 37-38.

controller²⁴. With respect to the legality of data collecting and data processing the findings of the Directorate differ from the finding of the Administrative Court of Republic of Macedonia (Administrative Court) in case U.br. 4849/2009 from 23.06.2011. In this case the Court found that there is no violation of article 5 of the Law for Protection of Personal Data on part of the lawyer who had collected and processed personal data (linked to car accident) with intent to offer legal services to the data subject. The Administrative Court argued that the lawyer is not liable for violation of article 5 because the collected and processed data was not used or abused and was revealed only to the data subject in the offer for legal services. The Directorate on the other hand found that there is violation of article 5 and article 6 (processing personal data without consent of the data subject) because the lawyer had no legal base to collect and process personal data without the knowledge or consent of the data subject. However, the decision of the Court takes president over the decision of the Directorate, because the Administrative Court is authorized to resolve disputes between natural or juridical persons and the government bodies such as the Directorate²⁵.

According to the second principle, the collection of data should be specific, clear and for purposes determined by law (purpose limited). The controller is obligated to collect and process personal data for pre-determined purposes that will be made known to the data subject. There is liability for the controller or a third party if during the data processing the pre-determined

²⁴ Regarding the lawful data processing the European Court of Human Rights (ECHR) takes into account three requirements: to be in accordance with the law, for legitimate aim and necessary in democratic society. Taking this requirements as guidelines the ECHR in case *Rotary v Romania* (Application no. 28341/95) found that “*domestic law rules providing that information affecting national security may be gathered, recorded and archived in secret files do not afford a sufficient degree of foreseeability*”. Further the ECHR concludes that “*holding and use by the RIS of information on the applicant's private life were therefore not “in accordance with the law”, so that Article 8 was violated*”. Regarding the “*legitimate aim*” the ECHR found that “*in respect of national security as in respect of other purposes, there has to be at least a reasonable and genuine link between the aim invoked and the measures interfering with private life for the aim to be regarded as legitimate*”. As to the third requirement the ECHR concludes that “*it would have rendered it unnecessary to determine whether the measure in question was necessary in a democratic society, because that test depends on the existence of a legitimate aim*”. The ECHR also notes that “*States do not enjoy unlimited discretion to subject individuals to secret surveillance or a system of secret files... national security must be balanced against the seriousness of the interference with an applicant's right to respect for his or her private life*”.

²⁵ The decision of the Administrative Court is final. Still it raises the question if it is legal for layers of other subjects to collect and process data without the knowledge or consent of the data subject if the data is disclosed only to that subject but for purposes of conducting business, especially in light of the fact that the Law prohibits use of personal data for marketing without the explicit consent of the data subject (art. 13-a).

purposes have been exceeded without consent on part of the data subject. In case UZ.br.1241/2013 from 19.03.2014 the High Administrative Court of the Republic of Macedonia (High Administrative Court) found that there is violation of article 5 of the Law for Protection on Personal Data on part of the photographer who sold a photo of a person (data subject) to a third party without the knowledge or consent of the data subject, and the photo was later used for making souvenirs and postcards. Although it is not precisely stated in the decision, it is obvious that the action of the photographer and the third party have exceeded the purpose for data processing known to the data subject.

The third principle sets the requirements for data collecting. The requirements are for the data to be adequate, relevant and restricted to the scope of the set purpose for processing²⁶. These requirements aim to prevent the invasion of privacy of the data subject by excessive collecting of personal data. Therefore, the controller is liable if in the course of collecting the personal data fails to meet these requirements. The Administrative Court in case U.br. 922/2013 from 24.10.2013 found that there is a breach of this principle on part of the bank that collected personal data of clients by scanning their identification cards. The bank argued that the collection of personal data of clients contained in identification cards is with accordance to the legal obligation set in article 10 of the Law for Prevention of Money Laundering and Other Incomes from Criminal Acts and Financing of Terrorism (Official Gazette of Republic of Macedonia N0 4/2008). According to the stated article the bank is obligated to confirm the identity of a client from a valid identification card, and it is obligated to keep copy of the identification card. The High Administrative Court found that the bank has exceeded the purpose for data processing determined by law since the Law only required for copy of the identification card to be obtained and not for the document (identification card) to be scanned.

The forth principle relates to quality of personal data that is collected. The data must be accurate, complete and up to date. Accuracy of personal data may be very important for the controller and also for the data subject. Inaccurate or false data may lead to loss of rights or damages for the controller or the data subject (For example if the Real Estate Cadastre registers rights using inaccurate personal data, then the registration may be contested). The need for complete and up to date personal data depends on the purpose for data processing, and the controller is responsible for the quality of the personal data. However, in some cases updating

²⁶ Data processing for statistic, scientific or historical research doesn't fall under restriction for data to be used solely for pre-determined purposes, but only if protection measures are undertaken such as making the data anonymous. Relating to this type of data processing the Law states that the right to privacy, personal and family life of the data subject must be respected.

personal data is not necessary or even prohibited by law if the purpose for data processing is to document facts or events.

The fifth principle indicates that storing personal data is time limited. The data may be kept in form that provides identification of the data subject until completion of the purpose for processing. Upon the completion of the data processing the controller is obligated to delete the personal data or to make the data anonymous so that is no longer personal data²⁷.

3. Conditions for Processing of Personal Data

Before processing personal data on part of the controller two conditions must be met: the controller needs to acquire consent from the data subject and the controller is obligated to inform the Directorate for the data processing.

Consent of the data subject is the most important condition in regard of personal data processing²⁸. The Law defines consent as “*free and explicit will of the data subject consenting to processing of personal data for pre-determined purposes*”²⁹. The Law also states that the burden of proof regarding the existence of the consent falls on the controller.

The Data Protection Directive, similar to Macedonian Law, contains specifics about the quality of the consent and states that the consent must be voluntary, specific, informed (art. 2h) and unambiguous. Given consent is considered voluntary if the data subject is in position to exercise a real choice free from deception, coercion, intimidation and fear from significant negative consequences³⁰. Informed consent is determined case to case, however it is considered that the data subject may give informed consent only if he or she is provided with the necessary information in a clear and understandable way before making his or her decision³¹. The consent also needs to be specific meaning it has to refer to the pre-determined purposes for processing of personal data. According to the Data Protection Directive the consent must also be unambiguous. This doesn't mean that the consent may only be given in explicit form (orally or in writing). It is considered that the consent may be given in non-explicit way, if by the circumstances it can be determined that the data subject consents to processing of personal data (with the exception of consent for processing of special category

²⁷ Data are considered anonymous if all identifying elements are eliminated. See: Handbook on European Data Protection Law, European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, 2014, p. 44, available at FRA website at: fra.europa.eu.

²⁸ Law for Protection of Personal Data, at. art. 6.

²⁹ Id. at. art. 2(9).

³⁰ See: Working Party (2011), Opinion 15/2011 on the notion of consent, WP 187, Brussels, 13 July 2011, p. 12. See also: Handbook on European Data Protection Law, op. c., p. 57.

³¹ See: Handbook on European Data Protection Law, p. 59.

of personal data that must be expressed explicitly)³². However, inactivity of data subject can't be construed as non-explicit consent³³.

In Macedonian law the definition of consent excludes the possibility for non-explicit consent. This coincides with the opinion of the High Administrative Court expressed in case number UZ br. 1075/2012 from 08.11.2012 where it is concluded that leaving the identification card at a registration desk doesn't mean that the data subject has given consent for processing of personal data contained in the card. The issue of specific consent was addressed in case number UZ 731/2012 from 24.02.2012 of the High Administrative Court. The High Administrative Court found that processing personal data by the Social services is in breach of article 6 (1) of the Law for Protection of Personal Data because the data subject has given consent to the social service officers to inspect his home in order to determine his living conditions and income, but has not consented for additional information to be acquired by interviewing his neighbors.

Consent of the data subject is not required for processing of personal data if it is done: for performance of a contract where the data subject is a contract party or prior to conclusion of a contract upon request of the data subject, for compliance with legal obligations of the controller, for protection of the life and vital interests of the data subject, for performance of activities in public interest or in the exercise of official authority vested in the controller or in a third party to whom the data are disclosed and for perusing legitimate interests of the controller, third party or person to whom the data is disclosed insofar that the right and liberties of the data subject do not prevail over such interests.

When the personal data is processed for performance of a contract between the controller and the data subject explicit consent is not required, this extends to the time before the conclusion of the contract since the data processing may be necessary in order for the contract to be drafted.

Compliance with legal obligations of the controller also excludes the need for consent in regard of data processing. It refers to mandatory obligations determined by law.

The consent for processing of personal data is not required in exigent circumstances when the life or the vital interests of the data subject are in danger. For example the doctor doesn't need consent for collecting personal data like the patient name and address when the patient is admitted in the emergency room unresponsive.

When personal data is processed for performance of activities in public interest or in the exercise of official authority vested in the controller or in a third party to whom the data are disclosed consent of data subject is also not required.

³² Ibid, p. 56.

³³ Ibid.

Government bodies, institutions and other legal entities perform activities in public interest and act in official authority that usually involves processing of personal data. The consent of the data subject isn't necessary in such situations as long as the public interest, authorizations and the need for processing of personal data had been determined by law. The same applies to individuals that have public authorizations like notary publics, lawyers or executors and etc.

Processing personal data without consent of the data subject for perusing legitimate interests of the controller, third party or person to whom the data is disclosed is a general provision based on the principle for balancing of interest. In situations when the legitimate interests of the controller, the third party or other person in possession of personal data collide with the rights and liberties of the data subject a fair balance must be achieved. When deciding on the fair balance it is considered that certain issues must be taken into account such as the nature of the rights of the data subject that will be affected, the negative consequences for both sides (like damages), the importance and availability of the personal data in question and etc³⁴.

The second condition for data processing is observing the duty of the controller to inform the Directorate for processing of personal data. The information act needs to contain specific information regarding the: collection of personal data, information about the controller, purpose for data processing, legal bases for processing, information about the data subjects, time limit for processing, distribution in foreign countries and description of the protection measures³⁵. Every change in the information must also be reported in 30 days. Upon receiving the confirmation letter the controller may start the processing of personal data. The controller's obligation to inform is excluded when the personal data are part of public collections, the personal data refers to group of employees at the controller not larger than ten persons or the processing of personal data refers to member of political, philosophical, religious and syndical organizations³⁶.

When processing involves the special category of personal data (in cases when processing is permitted) the mere information on part of the controller is not sufficient. In this case the controller is obligated to obtain a permit for data processing from the Directorate unless the processing is determined by law³⁷. Upon request of the controller the Directorate renders a decision regarding the permit for processing of special category of personal data³⁸. The decision of the Directorate may be subject to lawsuit before the Administrative Court³⁹.

³⁴ See: Лукас Гудерман, Зоран Пандев, *op. cit.*, p. 37.

³⁵ Law for Protection of Personal Information, *at. art.* 27.

³⁶ *Id. et. art.* 28.

³⁷ *Id. et. art.* 29.

³⁸ *Id. at. art.* 29-a (1).

³⁹ *Id. at. art.* 29-a(2).

4. Rights of the Data Subject

The rights of the data subject are guaranteed by the Law for Protection of Personal Data. According to the provisions of the law the data subject has right to be informed about the data processing, right to access and right to object. The same rights are found in the Data protection Directive⁴⁰.

Right of information of the data subject refers to situations when the personal data is collected by the controller from the data subject⁴¹. The data subject in such occasions is entitled to the information pertaining to the identity of the controller and its legal representative in the Republic of Macedonia, the purpose of data processing, the users or categories of user of the personal data, the obligatory and non obligatory questions in the questioner, the consequences from withholding data and to be made aware of the right to access and the right to object. By exception, the controller is not obligated to observe the right to information of the data subject if the information is already known to the data subject.

Right to access is guaranteed for the data subject when the personal information hadn't been collected directly from the data subject⁴². The controller is obligated to inform the data subject about the identity of controller and its legal representative, purpose for data processing, categories of data subject to processing, users and categories of users of personal data and to be made aware of the right to access and the right to object. The duty to inform is a positive obligation of the controller, meaning that the controller needs to provide the information on personal initiative as soon as the collecting of the data has started. If the personal data are used by a third party the duty needs to be observed the moment the data is revealed for the first time. There are several exclusions relating to the controller's duty to inform. Controller is not due to inform the data subject for the data processing if: the subject is already aware of that fact, the data are processed for historical, scientific or statistical purposes, the notification is not possible without extreme effort and expenses and if the collection of personal data is determined by law.

The right to access also includes the prerogative of the data subject to demand information from the controller whether his or her personal data are processed, the purposes and legal base for processing, users and categories of users of the personal data, the type of personal data, the source and the logic for automated processing⁴³. The controller is obligated to respond in 15 days upon receiving the request for access. However, the law protects the controller from

⁴⁰ Data Protection Directive, at. art. 10, 12 and 14.

⁴¹ Law for Protection of Personal Data, at. art. 10.

⁴² Id. at. art. 11.

⁴³ Id. at. art. 12.

frequent access requests. If the controller has responded to the request for access on part of the data subject, the controller is not obligated to respond to a new request for access when there are no changes in the personal data, unless six months have passed since the last request for access. When the personal data are used strictly for scientific and statistical purposes the controller is also not obligated to respond to the access request of the data subject.

Regarding the effective realization of the right to access the European Court of Human Rights in several decisions has reinforced the importance of having impartial decision making body where the right to access is disputed⁴⁴. According to Macedonian law the data subject has the right to file complaint before the Directorate in all cases when rights guaranteed by the Law for Protection of Personal Information have been disputed⁴⁵.

The right to object is considered complementary to the right to be informed and the right to access, since the last two are preconditions for the right to object. This means that the data subject won't be able to realize the right to object if he or she is not informed or granted access with respect to the personal data processing. Right to access includes authority for the data subject to demand for personal data to be supplemented, changed and erased or to demand for the data processing to be stopped if the respected data are inaccurate, incomplete, not updated or the processing is contrary to the law⁴⁶. The data subject also has the authority to stop the data processing if the data is processed without his or her consent for performance of activities in public interest or in the exercise of official authority vested in the controller or in a third party to whom the data are disclosed and for perusing legitimate interests of the controller, third party or person to whom the data is disclosed⁴⁷.

Although the Law guarantees certain rights to the data subject, all rights may be suspended in case when the exercise of such rights may endanger the fulfillment of the obligations of the controller determined by law, especially referring to national security, prosecution of crimes, infringement of professional ethics, protection of vital economical and financial interest of the state or the European union and for the protection of rights and liberties of the data subject and other individuals⁴⁸.

⁴⁴ See: ECtHR, *Leander v. Sweden*, application no. 9248/81, judgment of 26 March 1987. ECtHR, *Gaskin v. the United Kingdom*, application no. 10454/83, judgment of 7 July 1989. ECtHR, *Odièvre v. France*, application no. 42326/98, judgment of 13 February 2003.

⁴⁵ Law for Protection of Personal Information, at. art. 18. Liability for damages for infringement of the right of the data subject is also recognized. See: art. 21.

⁴⁶ The controller may supplement, change or delete the incomplete, inaccurate and un-updated data on personal initiative, and then inform the data subject. Id. at. art. 14.

⁴⁷ Id. at. art. 13.

⁴⁸ Id. at. art. 15.

The provisions of the Law for Protection of Personal Data pertaining to principles and conditions for data processing, as well as the provision pertaining to the rights of the data subject coincide with EU regulations (Convention 108 and Data Protection Directive). However, in order for the provision of the Law to take full effect, efforts need to be made for educating professionals in the area of data protection, and raising the awareness of the public about the importance of data protection as integrate part of right to privacy. Soon enough, Macedonian legislator will face the challenges emerging from the Reform of EU data protection rules put forward in January 2012 and resulted with the adoption of Regulation (EU) 2016/679 and the Directive (EU) 2016/680. The Regulation will enter into force on 24 of May 2016, and it shall apply from 25 of May 2018. The Directive entered into force on 5 of May 2016. The EU Member States have to transpose it into national law by 6 of May 2018⁴⁹.

Conclusion

Right to privacy and the protection of personal data are guaranteed by the Constitution of the Republic of Macedonia as well as other complementary rights such as confidentiality of letters and other forms of communication and the protection of the home. Besides the constitutional guarantees, protection of personal data in Macedonian legal system is also regulated by law. The first law regulating the protection of personal data was passed in 1994.

Protection of personal data was re-enforced in 2005 with the new Law for Protection of Personal Data. Main objective of the new Law is to provide a higher degree of protection of personal data with accordance to the standards and legislation enforced in the European Union particularly the Convention 108 and the Directive 95/46/EC (Data Protection Directive).

According to the Law for Protection of Personal Data, protection of personal data is closely linked to the protection of the right to privacy. The Law considers any information pertaining to an individual that is identified or may be identified (by specific data) to be personal data and as such is protected by law. The rules set forth in the Law apply to all forms of data processing (automatic or other) with exception of data processing for national security reasons, for literary or artistic expression and professional journalism. For some types of personal data special regulations are also enforced.

The Law for Protection of Personal Data sets forth the principles for data processing as follows: data processing should be fair and lawful, the collection of data should be specific, clear and for purposes determined by law, the data must be adequate, relevant and restricted to the scope of the purpose for processing, the

⁴⁹ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm

data must be accurate, complete and up to date, the data could be kept in form that provides identification of the data subject until completion of the purpose for processing.

Processing personal data on part of the controller is under two conditions: the controller needs to acquire consent from the data subject and the controller is obligated to inform the Directorate for the data processing. Free, explicit and specific consent of the data subject is crucial condition in personal data processing. Consent is not required only in cases determined by law. The second condition for data processing is observing the duty of the controller to inform the Directorate for processing of personal data. Upon receiving the confirmation letter the controller may start the processing. When processing involves the special category of personal data (if permitted) the controller is obligated to obtain a permit for data processing from the Directorate (unless the processing is determined by law).

The rights of the data subject guaranteed by the Law for Protection of Personal Data are: the right to be informed, right to access and right to object. The same rights are found in the Data protection Directive.

*Др Тина Пржеска
Доцент Правног факултета "Јустинијан Први",
Универзитет Свети Кирило и Методије, Скопје, Република Македонија*

ЗАШТИТА ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

Анстракт:

У раду се разматра заштита података о личности у правном систему Републике Македоније у складу са одредбама Закона о заштити података о личности из 2005 године. Анализа стандарда и правила који се односе на заштиту података о личности је фокусирана на обим примене Закона, принципе за обраду података, услове за обраду података и права носиоца података гарантована законом. Такође, у раду се анализира судска пракса Управног суда и Вишег управног суда Републике Македоније, одлуке Дирекције за заштиту података о личности и судска пракса Европског суда за људска права. Поред тога, рад испитује усклађеност македонског закона са прописима ЕУ који се односи на заштиту података о личности.

Кључне речи: *заштита података, носилац података, подаци о личности, орган за заштиту података, лична права, право на приватност.*

Закључак

Право на приватност и заштиту података о личности су гарантована Уставом Републике Македоније, као и других комплементарних права, као што је тајност писама и других облика комуникације и заштиту дома. Поред уставних гаранција, заштита личних података у македонском правном систему је такође регулисана законом. Први закон који регулише заштиту личних података је усвојен 1994. године.

Новине у односу на заштиту личних података спроведене су 2005. године са новим Законом о заштити личних података. Главни циљ новог закона је да обезбеди већи степен заштите личних података у складу са стандардима и прописима који важе у Европској унији, нарочито Конвенција 108 и Директива 95/46 / ЕС (Директива о заштити података).

Према Закону о заштити личних података, заштита личних података је уско повезана са заштитом права на приватност. Закон сматра да било какве информације које се односе на појединца који је идентификован или може бити идентификован су лични подаци заштићени законом. Правила у Закону важе за све облике обраде података (аутоматско или друго) са изузетком обраде података из разлога националне безбедности, за

књижевног или уметничког изражавања и професионалног новинарства. За неке врсте личних података посебни закони се такође примењују.

Закон за заштиту личних података утврђује принципе за обраду података на следећи начин: обрада података треба да буде фер и законита, прикупљање података треба да буде конкретно, јасно и за намене утврђене законом, подаци морају бити адекватни, релевантни и ограничени у оквиру намене за обраду, подаци морају бити тачни, потпуни и ажурни, лични подаци могу се чувати на начин који омогућава идентификацију носиоца података до окончања потребе за обраду.

Контролор може обрађивати личне податке ако: прибави сагласност носиоца података и обавести Дирекцију за обраду података. Добровољна, експлицитна и специфична сагласност носиоца података је кључни услов за обраду личних података. Сагласност није потребна само у случајевима утврђеним законом. Други услов за обраду података је дужност контролора да обавести Дирекцију за обраду личних података. Након добијања потврде писма контролор може почети обраду. Када обрада укључује посебну категорију личних података (уколико је дозвољена) контролор је дужан да прибави дозволу за обраду података из Дирекције (осим ако је обрада утврђена са законом).

Права субјекта података гарантована Законом о заштити личних података су: право да буде информисан, право на приступ и право на приговор. Иста права се налазе у Директиви о заштити података (Директива 95/46/ЕС).

Проф. др Радоје Брковић,
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*
Александар Антић
Сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Крагујевцу**

ЗАШТИТА ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ЗАПОСЛЕНИХ

Апстракт:

Аутори у раду врше анализу заштите права на приватност запослених. Ово право радника је данас због напретка информационих и комуникационих технологија у великој мери угрожено. На почетку, аутори врше осврт на личне податке запослених и њихову заштиту. У Србији заштита личних података је извршена посебним законом. Међутим, ово не смањује ризик од њихове злоупотребе од стране послодавца. Право на приватност запослених је угрожено и због развоја друштвених мрежа. Бројни запослени, као и тражиоци посла, на њима објављују информације, које могу бити предмет злоупотребе послодавца. Ове информације, послодавац само изузетно може користити у циљу покретања дисциплинског поступка због повреде радне обавезе или радне дисциплине, или као разлог за престанак радног односа. Такође, надзор послодавца над средствима за комуникацију запослених, може се вршити само уз испуњене одређених услова, који су у недостатку позитивноправних прописа, одређени посредством праксе Европског суда за људска права и правне теорије. Предмет надзора, могу бити само средства за комуникацију која се користе у службене сврхе.

Кључне речи: *заштита права на приватност запослених, право на приватност, лични подаци запослених, друштвене мреже, надзор запослених, одговорност запослених.*

УВОД

Технолошки развој произвео је бројне научне, информационе и комуникационе промене које су се рефлектовале на друштвене, па између осталих, и на радне односе. Рад и радни односи данас су суочени са бројним изазовима на које је тек делимично одговорено.

* rbrkovic@jura.kg.ac.rs

** aantic@jura.kg.ac.rs

Проф. др Радоје Брковић, Александар Антић

Радно право као право неједнакости, чине радни односи између послодавца као фактички и економски јаче стране и запосленог, који је у овом правном односу подређени и слабији субјект. Несумњиво је да је субординација један од најзначајнијих елемената радног односа. Граница после које подређеност запосленог налозима послодавца прераста у потпуну зависност од његове воље и заповести, по многима је данас пређена, а за то су у многоме су заслужне модерне информационе и комуникационе технологије.

Чињеница је да у радном односу постоји сукоб између интереса послодавца и запосленог. Који интерес ће бити претежнији у конкретном случају, зависи од значаја права на коме он почива.

Интереси запослених произилазе из њихових права. Они су брана апсолутној власти послодавца над њима и њиховим животом. Право на приватност је једно од најзначајнијих. Под одређеним условима, ово право запослених може бити ограничено. Ограничења су оправдана, уколико је неопходно заштити значајније интересе послодавца или утврдити повреду радне обавезе или радне дисциплине.

Србија, уз извесне изузетке, не поседује позитивноправне прописе, који се могу применити, ради утврђивања када и под којим условима право на приватност може бити ограничено. У њиховом недостатку значајна је пракса Европског суда за људска права и ставови правне теорије.

Ограничење права на приватност запослених, од стране послодавца, мора бити изузетак, а не правило. У супротном, запослени би били у апсолутној подређености према послодавцу и нестала би граница између њиховог приватног живота и живота који је везан за рад и радни процес. Иако се често заштита права на приватност препознаје као мера којом се грађани штите од поступања јавних власти, значајан сегмент ове заштите припада и заштити од самовоље послодаваца.

1. ЗАШТИТА ЛИЧНИХ ПОДАТАКА ЗАПОСЛЕНИХ

Новине у радном процесу везане за развитак и све веће коришћење информационих и комуникационих технологија стварају мноштво могућности, али и простора за злоупотребу. Лични подаци запослених и тражиоца посла нужно се налазе код послодавца. Питање је шта ће он са њима радити, тј. да ли ће их користити у интересу запослених или на њихову штету.

Лични подаци запослених и тражиоца посла, којима располаже послодавац су бројни и разноврсни. Они се крећу од имена и презимена, старосне доби, јединственог матичног броја, броја личне карте и других докумената, места рођења, места пребивалишта, стручне спреме, брачног статуса...

Како у Србији на страни запослених постоје бројни проблеми који су егзистенцијалне природе, питања везана за заштиту њихове приватности су често у другом плану.¹ Међутим, она имају подједнаки значај, као питања везана за очување егзистенције запослених и њихове породице.²

Проблематици заштите личних података запослених и тражиоца посла у Закону о раду³ посвећено је неколико одредби које су апстрактног карактера, при чему се неке од њих односе непосредно, а неке посредно на претходно неведени заштитни објект.

Посредно се заштита личних података врши чл. 18 Закона о раду којим се забрањује непосредна и посредна дискриминације по било ком основу и чл. 26 којим се прописује, које податке може захтевати послодавац од тражиоца посла. Послодавац од лица које тражи запослење не може тражити достављање података који нису од непосредног значаја за његово радно ангажовање (брачни статус, вероисповест, националност..). Посебне обавезе у овом погледу имају запослени у кадровској служби који морају водити рачуна да се прикупљају само они лични подаци значајни за радни однос и да се они на било који начин не чине доступним јавности без сагласности запосленог.⁴

Заштити личних података непосредно је посвећен једино чл. 84. Закона о раду. Запослени има право увида у документе који садрже личне податке који се чувају код послодавца и право да захтева брисање података који нису од непосредног значаја за послове које обавља, као и исправљање нетачних података. Лични подаци који се односе на запосленог не могу да буду доступни трећем лицу, осим у случајевима и под условима утврђеним законом или ако је то потребно ради доказивања права и обавеза из радног односа или у вези са радом. Такође, личне податке запослених може да прикупља, обрађује, користи и доставља трећим лицима само запослени овлашћен од стране директора. Једна општа забрана злоупотребе личних

¹ Р. Ристановић, *Достојанствен рад у Републици Србији: постављање једнакости и солидарности у средиште евроинтеграција*, Center for Democracy Foundation-Olof Palme International Center-Solidar, Београд, 2011

² Бројни су примери у нашој земљи везани за грађанскоправну, прекршајноправну и кривичноправну одговорност појединаца, због радњи које нису непосредно предузимали нити у њима учествовали. У име одређених појединаца радње које су касније биле основ њихове одговорности предузимала су лица која су извршила „крађу“ њиховог идентитета. Користећи пре свега, јединствени матични број и број личне карте жртве, ови „крадљивци“ склапају противправне уговоре, врше преваре у привреди, оснивају привредна друштва преко којих „перу“ новац и врше бројне друге злоупотребе за које не одговарају они, већ жртве „крађе идентитета.“

³ Закон о раду, "Сл. гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014.

⁴ J. Mair, *Privacy, employees and human resources: a case report*, Health Information Management Journal, Vol 40 No 1, 2011, стр. 40.

података запослених је установљена претходно истакнутим чланом. Такође, запослени морају имати могућност да својим активним приступом спрече злоупотребе својих личних података пре обраћања неком јавноправном телу које се бави њиховом заштитом.⁵ Претходно наведени члан Закона о раду, између осталог, управо то омогућава запосленом.

Заштити личних података у Републици Србији посвећен је посебан закон. То је Закон о заштити података о личности⁶. Због постојања посебног закона, оправдано је апстрактно и сведено регулисање овог питања Законом о раду.

Податак о личности је свака информација која се односи на физичко лице, без обзира на облик у коме је изражена и на носач информације (папир, трака, филм, електронски медиј и сл.), по чијем налогу, у чије име, односно за чији рачун је информација похрањена, датум настанка информације, место похрањивања информације, начин сазнавања информације (непосредно, путем слушања, гледања и сл, односно посредно, путем увида у документ у којем је информација садржана и сл.), или без обзира на друго својство информације.⁷ Дефиниција податка о личности је широко постављена како би се предупредила ситуација у којој одређена информација не би могла да се обухвати претходно наведеном дефиницијом.

Да би подаци о личности могли да се обрађују, између осталог, нужен је и пристанак лица на које се они односе.⁸ У односу на претходно наведено правило, ипак постоје и одређени изузеци. Они су оправдани јавним интересом који је у конкретном случају претежнији у одосу на приватни.⁹ Такође, лице које врши обраду података о личности, мора субјект на који се подаци односе, да обавести о своме идентитету, сврси прикупљања података, начину коришћења података, правном основу за обраду, као и о правима која му стоје на располагању у случају да је обрада неоснована и незаконита.¹⁰

Подаци који се односе на националну припадност, расу, пол, језик, вероисповест, припадност политичкој странци, синдикално чланство, здравствено стање, примање социјалне помоћи, жртву насиља, осуду за

⁵J. Karlen, *Privacy: Expectations and Employment*, Business Management Dynamics, Vol.3, No.10, Apr 2014, стр. 34.

⁶ Закон о заштити података о личности, "Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012.

⁷ Закон о заштити података о личности, "Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012, чл. 3, став 1, тачка 1.

⁸ Закон о заштити података о личности, "Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012, чл. 8, став 1, тачка 1.

⁹ Ови изузеци наведени су у чл. 12, 12а и 13, Закона о заштити података о личности, "Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012.

¹⁰ Закон о заштити података о личности, "Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012, чл. 15.

кривично дело и сексуални живот могу се обрађивати на основу слободно датог пристанка лица, осим када законом није дозвољена обрада ни уз пристанак.¹¹ Пристанак се даје у писменом облику, уз навођење нарочито осетљивог податка који се обрађује, сврхе обраде и начина његовог коришћења. Изузетно, подаци који се односе на припадност политичкој странци, здравствено стање и примање социјалне помоћи, могу се обрађивати без пристанка лица, само ако је то законом прописано.¹²

Лице чији су лични подаци предмет обраде има право на обавештења о обради, увид у податке који су били предмет обраде, копију података који су били обрађивани и под одређеним условима на исправку и брисање обрађених личних података.¹³

Поред претходно наведених закона од значаја за заштиту личних података запослених је и Закон о евиденцијама у области рада.¹⁴ Посебно је значајан чл. 5 Закона о евиденцијама у области рада, јер су у њему садржани подаци који чине евиденцију о запосленим лиима.

Подаци о личности запослених и лица која траже запослење су осетљиви подаци чије неодговарајуће прикупљање и коришћење може произвести бројне негативне и штетне последице субјекту чији се лични подаци обрађују. Послодавац може прикупљати и обрађивати само оне податке који су од непосредног значаја за радно ангажовање тражиоца посла (било у форми радног односа или у неком флексибилном облику рада). Запослени су у обавези да у *доброј вери* обавесте послодавца о свим релеватним подацима који су од значаја за посао који обављају.¹⁵ Исту обавезу имају и лица која конкуришу за одређени посао. Запослени мора унапред бити обавештен о намери послодавца да прикупља и обрађује личне податке о њему, пре започињања обраде података, у противном је реч о недозвољеној обради личних података.¹⁶

¹¹ Напоменули бисмо да послодавац на основу чл. 207. Закона о раду може потпуно несметано и законито доћи у посед података о томе који запослени је члан синдиката и којег синдиката, јер је у обавези да на основу писане изјаве запосленом одбије износ од зараде на име синдикалне чланарине и да је уплати на одговарајући рачун синдиката.

¹² Закон о заштити података о личности, "Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012, чл. 16 и 17.

¹³ Закон о заштити података о личности, "Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012, чл. 19-22.

¹⁴ Закон о евиденцијама у области рада, "Сл. лист СРЈ", бр. 46/96 и "Сл. гласник РС", бр. 101/2005 - др. закон и 36/2009 - др. закон.

¹⁵ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013, стр. 504.

¹⁶ С. Павловић, *Заштита личних података запослених у области радних односа*, Радно и социјално право, бр. 2/2013, стр. 231.

Послодавац мора поштовати начело транспарентности при обради и сакупљању личних података запослених и тражиоца посла. Оно подразумева обавезу послодавца да конкретно лице обавести о подацима које о њему поседује, да му омогући увид и измену његових личних података, да прибави његову сагласност у законом одређеним случајевима и да прикупљене и обрађене личне податке користи само на начин и у сврху коју је навео запосленом или тражиоцу посла.

2. ДРУШТВЕНЕ МРЕЖЕ И ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ ЗАПОСЛЕНИХ

Ноторна је чињеница да су друштвене мреже у великој мери утицале на данашње друштво и произвеле бројне позитивне и негативне последице. Због интезитета и обима утицаја ове технолошке и комуникационе иновације на заједницу, очигледан је и логичан и њен утицај на радне односе.

Однос послодавца према друштвеним мрежама креће се најчешће у оквиру две крајности. Послодавци или забрањују коришћење друштвених мрежа запосленима током и након радног времена, или инсистирају на коришћењу друштвених мрежа у циљу промоције своје фирме и својих производа, односно услуга.¹⁷ Дакле несумљиво је да данас послодавци, за разлику од неких ранијих времена, немају неутралан став према друштвеним мрежама и профилима својих запослених на њима.

Информације које запослени, као и лица која траже запослење, често несвесно нуде послодавцима су драгоцене. Она омогућавају формирање слике о личности потенцијалног кандидата за радно ангажовање, односно запосленог. Последњих година при конкурсима за запослење све је приметније коришћење друштвених мрежа од стране служби за људске ресурсе, не за комуникацију са кандидатима за посао или за оглашавање слободних радних места, већ за анализу профила на друштвеним мрежама кандидата за конкретно радно место.¹⁸ Поставља се питање, када у претходно наведеним ситуацијама долази до задирања у личну сферу запосленог, тј. када се крши његово право на приватност?

С обзиром да су подаци на профилима на друштвеним мрежама доступни најчешће већем броју лица, логично је закључити да они не чине приватне податке запослених, односно тражиоца посла. Сходно томе, не може се остати на становишту да они не смеју и не могу утицати на формирање утиска послодавца о кандидату за радно ангажовање, односно запосленом лицу. Изјаве запослених на друштвеним мрежама, као и њихови

¹⁷ В. Билбија, *Право на рад и право на интернет*, Радно и социјално право, бр. 1/2011, стр. 85.

¹⁸ J. Mello, *Social media, Employee Privacy and Concerted Activity: Brave New World or Big Brother?*, Labor Law Journal, Fall 2012, Vol. 63 Issue 3, стр. 168.

профили, утичу на формирање слике у јавности о запосленом али и о његовом послодавцу. Свакако да ће бити упитно позитивно мишљење јавности о квалитету једне образовне установе уколико њени запослени на својим профилима константно објављују слике из ноћног провода непримерене садржине.¹⁹

Међутим, послодавац при анализи профила на друштвеним мрежама кандидата за запослење и запослених, не сме злоупотребити неке од информација до којих је дошао у posed. У већини правних система постоје одређена ограничења у погледу података који послодавцу не могу бити одређујући при заснивању радног односа (као што су брачно стање, трудноћа, здравствено стање, чланство у синдикату, политичка опредељеност, сексуална оријентација...).²⁰ Дакле, чак и онда када до тих података послодавац дође увидом у профиле запослених исте не може користити при избору најбољег кандидата за конкретно радно место. Свакако, не смемо пренебегнути чињеницу, да је ово правило често декларативне природе и да на избор кандидата од стране послодавца утичу и оне информације које нису од примарног значаја за обављање послова на неком радном месту, као и оне које се на основу позитивноправних прописа не смеју узимати у обзир при радном ангажовању неког лица. Сходно томе, можемо закључити да је приватност тражиоца посла услед тога доведена у питање, иако у њеном ограничењу често велики допринос имају и сами кандидати тиме што информације из свога приватног живота чине опште доступним.²¹

Профили запослених на друштвеним мрежама, често имају утицај на њихов радноправни статус. Информације које они објављују на њима могу бити основ за дисциплинску одговорност. При заснивању радног односа послодавци као један од разлога за дисциплинску одговорност предвиђају и коришћење интернета на радном месту у приватне сврхе (између осталог и за друштвене мреже), као и нарушавање угледа послодавца од стране запосленог изношењем непримерених информација у јавност.

Бројна истраживања указују на негативне ефекте потпуне забране коришћења интернета на радном месту у приватне сврхе. Умерено посећивање интернет страница, па између осталих и профила на друштвеним

¹⁹ P. Sánchez Abril, A. Levin, A. Del Riego, *Blurred Boundaries: Social Media Privacy and the Twenty-First-Century Employee*, American Business Law Journal, Volume 49, Issue 1, 63–124, Spring 2012, стр. 68.

²⁰ Они су у Србији посредно наведени чл. 26 Закона о раду, којим је предвиђено које податке послодавац не може тражити од кандидата за радно ангажовање.

²¹ S. Park, *Employee Internet Privacy: A Proposed Act that Balances Legitimate Employer Rights and Employee Privacy*, American Business Law Journal, Volume 51, Issue 4, 779–841, Winter 2014, стр. 784.

мрежама, које нису директно повезане са пословима које врши запослени, смањују стрес на послу, повећава продуктивност запосленог и ствара позитивно радно окружење.²² Такође, коришћење интернета на претходно наведени начин, може бити једна од више краткотрајних пауза од напорних и захтевних пословних задатака, које служе као "издувни вентил" запосленима.²³

Упркос несумљивим позитивним ефектима које умерено коришћење интернета у приватне сврхе може имати по запосленог током радног времена, уколико је оно предвиђено као повреда радне обавезе интерним актима послодавца, а на основу чл. 179. став 2. тачка 5. Закона о раду, може бити основ за дисциплинску одговорност и престанак радног односа запосленог.²⁴

Послодавац користећи се својим овлашћењем на основу члана 179. став 3. тачка 8. Закона о раду, може забранити запосленом и објављивање одређених информација, као и мултимедијалног садржаја, (као повреду радне дисциплине) путем профила на друштвеним мрежама. Најчешће се запосленом забрањује објављивање садржаја путем друштвених мрежа, који могу угрозити углед послодавца и запосленог. У овом случају се може говорити о ограничењу слободе говора запосленима, јер су јавно иступање запослених на овај начин и слобода говора директно повезани.²⁵ Такође, претходно наведена забрана послодавца, представља и задирање у право на приватност запослених.

Након завршетка радног времена, надзор послодавца над запосленим се окончава. Осим у изузетним случајевима (изношење информација о извршеном кривичном делу или неком другом кажњивом делу, објављивање погрдних коментара и изјава, објављивање ласцивних фотографија и мултимедијалног садржаја...) и у појединим специфичним делатностима (државни службеници, образовни радници, директори...), информације и садржаји на друштвеним мрежама везане за приватни живот запослених, не би требало да имају негативне последице по њихов радноправни положај. Право на поштовање приватног живота може бити ограничено на радном

²² S. Ernest Chang, A. Yenching Liu, S. Lin, *Exploring privacy and trust for employee monitoring*, Industrial Management & Data Systems, Vol. 115 Iss 1, 2015, стр. 98.

²³ *Stress prevention at work checkpoints: Practical improvements for stress prevention in the workplace*, Geneva, International Labour Office, 2012, стр. 70.

²⁴ Чак и онда када коришћење интернета није предвиђено као повреда радне обавезе експлицитно у општим актима послодавца, запослени може дисциплински одговорати, или му послодавац може отказати радни однос, позивањем на одредбу чл. 179. став 2. тачка 3. Закона о раду (због нецелисходног и неодговорног коришћења средстава рада).

²⁵ P. Kim, *Electronic Privacy and Employee Speech*, Chicago-Kent Law Review, Vol. 87 (2012), Iss. 3 (2012), стр. 904.

месту и у радно време, а изван радног места и радног времена послодавчева (управљачка, нормативна и дисциплинска) власт, у начелу, не допире до запосленог и сфере његове аутономије, која се означава термином „приватни живот“.²⁶

Међутим, не може се искључити могућност послодавца да увидом у податке објављене на друштвеним мрежама, од стране својих запослених, утврди повреду радне обавезе или радне дисциплине.²⁷ Под овим подразумевамо информације везане за радно место и радно време. Тако, послодавац на овај начин може утврдити да је дошло до злоупотребе права на боловање, да се средства за рад користе на неодговарајући начин, да се не користи опрема за заштиту на раду, или да је извршена нека друга повреда радне обавезе или радне дисциплине.

Дакле, послодавац само изузетно може користити информације које запослени износе на својим профилима на друштвеним мрежама. Коришћење ових информација од стране послодавца, представља сукоб његовог приватног интереса са правом на приватност запослених. Сходно томе, овај интерес сме превагнути само у изузетним ситуацијама.²⁸

3. НАДЗОР ПОСЛОДАВЦА И ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ ЗАПОСЛЕНИХ

Послодавац је увек настојао да користећи своја овлашћења врши надзор над радним процесом и запосленима, сматрајући да ће на тај начин повећати продуктивност и ефикасност, као и свој профит. Надзор постаје посебно појачан, а послодавцима олакшан, развојем информационих и комуникационих технологија. Предмет надзора су рачунари, *e-mail*, комуникација, кретање запослених.. Средства која се користе су рановрсна и бројна. Међу њима су најзначајнија она која служе за снимање и праћење запослених, као и разни програми за анализу и проверу комуникације остварене путем неког медија (телефон, инернет, усмена комуникација...). Обим надзора је толики да се у Сједињеним Америчким Државама говори о

²⁶ Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 486.

²⁷ Подаци који се објављују на профилима на друштвеним мрежама често могу бити изузетно непогодни по лице на које се односе. Власник профила износећи информације о свом личном, пословном и породичном животу може себе изложити бројним негативним последицама, од којих су оне радноправне природе, најблаже. Више у Н. Томић, Д. Петровић, *Друштвено умрежавање и заштита приватности корисника интернета*, XXVII Симпозијум о новим технологијама у поштанском и телекомуникационом саобраћају – PosTel, 2009, Београд, стр. 98-102.

²⁸ M. Crain, P. Kim, *A Holistic approach to teaching Work Law*, St. Louis University Law Journal, Fall 2013, Vol. 58 Issue 1, стр. 17.

нестанку права на приватност запослених, при чему сва средства за надзор, која се користе у овој држави након одређеног времена почињу да се примењују и у европским земљама.²⁹

Видео надзор и надзор комуникације су и даље најзначајнија средства надзора која се користе прилоком контроле запослених. Основ за вршење надзора, посредством претходно наведених као и осталих средстава, је заштита интереса послодавца. Ради заштите послодавачевих интереса, онда када су они важни за заједницу, дозвољено је ограничити права запослених, па изећу осталих и право на приватност, али послодавац не сме грубо нарушити равнотежу која постоји између његових интереса и права запослених.³⁰ Дакле, послодавац надзорна овлашћења мора користити изузетно и умерено јер је његов интерес супростављен грађанским правима запослених, па између осталих и праву на приватност.

Видео надзор запослених користи се ради остварења два циља. Први се односи на радни процес, тј. извршење радних обавеза и радну дисциплину запослених. Запослени се надзиру током обављања својих радних обавеза у оквиру радног времена. На тај начин послодавац утврђује да ли извршавају своје радне обавезе и поштују радну дисциплину. Други се не односи непосредно на рад и радни процес. Под њим подразумевамо праћење понашања запослених и утврђивање релевантних чињеница при наступању одређених догађаја (крађа у просторијама послодавца, повреда на раду, сукоб између запослених...)³¹.

Послодавац може вршити видео надзор над запосленима. Међутим, обавезан је да о томе обавести запослене. Самим надзирањем он ограничава њихову приватност. Ограничење права на приватност, условљено је претходним обавештењем запослених о истом.³² Иако у Србији не постоји

²⁹ L. Determann, R. Sprague, *Intrusive Monitoring Employee Privacy Expectations Are Reasonable in Europe, Destroyed in United States*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 26, Iss. 1, 2011, стр. 981. Средства надзора се стално проширују и усавшавају. У Сједињеним Америчким Државама тренутно се користи програм који након што се инсталира у рачунаре запослених прати временски период током којег је поглед запослених уперен у рачунар и извештај о истом шаље послодавцу или другом лицу које он одреди. Види више: <http://www.balkaninsight.com/sr/article/poslodavac-veliki-brat-digitalnog-doba>

³⁰ Љ. Ковачевић, *Радноправна заштита грађанских права и слобода на месту рада-Продор демократских вредности у свет рада или компензација за већу несигурност запослења?*, Теме, г. XXXVII, бр. 4, стр. 1592.

³¹ И. Жарковић, *Мере електронског надзора запослених и право на приватност на радном месту*, Наука, безбедност, полиција, 2015, вол. 20, бр. 3, стр. 168.

³² Европски суд за људска права установио је критеријум „разумног очекивања приватности“. Између осталих овај критеријум наводи се и у пресуди Халфорд (*Halford*) против Велике Британије. Он подразумева да запослени у ситуацији када не зна да је

посебан закон који уређује материју надзора или видео назора, сматрамо да је обавештење неопходно, како не би наступио основ за грађанскоправну³³ или кривичноправну³⁴ одговорност послодавца. Такође, видео надзор послодавца мора бити ограничен на јавне просторије и просторије које су у непосредној вези са радним процесом. Он не сме надzirати приватне просторије запослених (тоалети, спаваонице, купатила, кабинети...). Изузетно, може надzirати заједничке просторије свих запослених (кантина, собе за дружење и одмор), уколико је неопходно заштити његов или општи интерес (нпр. откривање починиоца кривичног дела или лица које константно оштећује намештај).

Видео надзор запослених би требао да буде временски ограничен, као и чување снимљеног материјала. Континуирано надгледање активности запослених, као и трајно чување снимљеног материјала, поред тога што угрожава приватност запослених, угрожава и њихово здравље услед стреса који се јавља због константног надгледања од стране послодавца.³⁵ Уједно је доведен у питање и достојанствен и пристојан рад запослених. Међутим велика незапосленост помера параметре пристојног и достојанственог рада, свдећи их на „ма какав рад“, што свакако доводи до кршења многих људских права запослених, па између осталих и права на приватност.³⁶

Надзор комуникације запослених је једно од најзначајнијих питања посматрано из перспективе заштите права на приватност. Послодавац контролом комуникације коју запослени врше посредством, телефона, електронске поште, профила на друштвеним мрежама или неког другог средства, улази у личну сферу радника. Надзор средстава за комуникације расте сваке године, пошто поред контроле извршења радних задатака и

надзиран не може дисциплински одговорати због повреде радне обавезе или радне дисциплине. Види више: Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013, стр. 519 и 520.

³³ Недозвољеним снимањем запосленом послодавац може нанети штету како нематеријалну тако и материјалну. Запослени, не знајући да је под надзором, може изнети одређени информације које не морају нужно бити везане за рад код послодавца или послодавца (нпр. лични и породични живот, имовинско стање, односи у друштву...), а које њему могу нанети имовинску или неимовинску штету. Види више: Б. Радић, *Грађанско-правна заштита права из радног односа у Републици Српској*, Радно и социјално право, бр. 1/2015, стр. 167-186.

³⁴ Ова врста одговорности је регулисана чл. 143. (недозвољено прислушкивање и снимање) и 144. (недозвољено фотографисање) Кривичног законика Републике Србије "Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

³⁵ Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 526.

³⁶ Љ. Ковачевић, *Људска права на раду у савременом развоју*, Радно и социјално право, бр. 1/2013, стр. 113.

поштовања радне дисциплине, послодавци посредством овог средства контроле, могу имати информације о навикама и понашању запослених, њиховој ефикасности, ефективности и времену које им је неопходно за извршење појединих радних задатака, а што може довести до угрожавања права на приватност.³⁷ Најзначајније питање које се поставља у претходно наведеној ситуацији је, да ли послодавац сме надzirати комуникацију својих запослених? Иако се Европском Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода³⁸ гарантује право свакога на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке, надзор комуникације запослених од стране послодавца се не може *a priori* одбацивати.

Сматрамо да послодавац може надzirати комуникацију запослених уколико се испуне услови који су претходно наведени у случају видео надзора, тј. уколико је запослени обавештен о контроли комуникације, ако се она односи само на средства везана за радно место и радни процес (службени телефон, службени *e-mail*, службени профил на друштвеним мрежама...) и под условом да се она одвија током радног времена. Међутим, сходно пресуди Европског суда за људска права у случају Барбулеску (*Bărbulescu*) против Румуније од 12.01.2016. године, послодавац може извршити надзор службених средстава за комуникацију запослених без претходне најаве, уколико сматра да исте користе, између осталог и за приватну преписку, под условом да је претходно наведена радња предвиђена као повреда радне обавезе или радне дисциплине.³⁹

³⁷ J. Snyder, *E-mail Privacy In The Workplace - A Boundary Regulation Perspective*, Journal of Business Communication, Volume 47, Number 3, July 2010, стр. 268.

³⁸ Европска Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, "Службени лист СЦГ" - Међународни уговори, бр. 9/2003, чл. 8.

³⁹ Од 1. августа 2004. до 6. августа 2007. године господин Барбулеску (*Bărbulescu*) је био запослен у приватној компанији као инжењер задужен за продају. На захтев послодавца отворио је налог на *Yahoo Messenger*-у ради комуникације са клијентима. 13. јула 2007. године послодавац је обавестио подносиоца представке да је његова комуникација преко налога отвореног на *Yahoo Messenger*-у била под надзором од 5 до 13 јула 2007. године и да је исти користио у приватне сврхе, а што је супротно интерним прописима. Господин Барбулеску је одговорио да је налог користио искључиво за пословну кореспонденцију... Након анализе порука које је запослени размењивао са његовог налога на *Yahoo Messenger*-у, послодавац је утврдио да је у посматраном периоду, између осталог, запослени исти користио за комуникацију са братом и својом вереницом.... 1. августа 2007. године послодавац је отказао уговор о раду подносиоцу представке господину Барбулеску због кршења интерних прописа о радној дисциплини у којима, се између осталог наводи и следеће: "Строго је забрањено запосленима кршење прописа о радној дисциплини у оквиру компаније и њених просторија, а посебно ... да користе компјутере, фотокопир машине, телефоне, телекс и телефакс уређаје за личне потребе." У том контексту, Европски суд за људска права је донео одлуку да су национални судови правилно оценили чињеницу да је послодавац приступио налогу запосленог на

ЗАКЉУЧАК

Бројни изазови које са собом носе модерне информационе и комуникационе технологије, извршили су утицај и на радне односе. Субјект који је у негативном смислу њима више погођен, је запослени. Технолошки развој је послодавцу олакшао пословање. Омогућио му је већу аутоматизацију радног процеса, лакшу контролу запослених, смањење трошкова и повећање профита.

Сви претходно наведени позитивни аспекти напредовања информационих и комуникационих технологија, често се негативно одражавају на радноправни положај запослених. Због њих, долази до смањења запослености, зарада, погоршања фактичког положаја запослених на радном месту и до ограничења и угрожавања њихових права.

Право на приватност запослених, је данас у великој мери угрожено. Пре свега, због обима личних података које послодавац поседује о запосленом, постоји ризик од њихове злоупотребе и угрожавања личног и породичног живота радника. Србија је ову област уредила посебним законом, што је похвално. Такође независне институције које се баве заштитом личних података свих грађана, па између осталих и запослених, дају добре резултате на пољу заштите у пракси, тако да је овај сегмент права на приватност најмање проблематичан.

Надзор послодавца над средствима за комуникацију и профилима на друштвеним мрежама, ствара знатно више спорних питања и проблема у пракси.

Друштвене мреже су неминовност савременог живота. Информације које запослени, или тражиоци посла, објављују на њима су често од непроценљиве вредности за послодавца. Међутим, они могу бити и предмет злоупотребе. Послодавац на основу информација каје је прибавио путем профила запослених на друштвеним мрежама, само изузетно може у негативном смеру променити радноправни положај запосленог или му отказати радни однос.

Yahoo Messenger-у у уверењу да је садржао поруке пословне природе и да су информације садржане на њему у вези са професионалним активностима подносиоца представке, а што је у почетку тврдио и сам подносилац представке, и да је поступио у оквиру својих законом предвиђених дисциплинских надлежности. Сходно претходно наведеном, Европски суд за људска права је подржао становиште националних судова да је такав приступ био легитиман и због тога је утврдио да није дошло до повреде чл. 8. (право на поштовање приватног и породичног живота) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. *Европски суд за људска права, Case of Bărbulescu v. Romania, Application no. 61496/08, од 12.01. 2016. године.*

Што се тиче надзора над средствима за комуникацију, ова врста контроле послодавца, није уређена посебним прописом у Србији. Стога, при одређивању њеног поља примене, од значаја су пракса Европског суда за људска права и правна теорија. Послодавац може само изузетно и у случају постојања оправданих разлога вршити надзор средстава за комуникацију, и то оних која се користе у службене сврхе. У супротном би извршио повреду права на приватност запослених.

Дакле, послодавац ради заштите својих интереса, прао на приватност запослених може ограничити само изузетно и уз испуњење одређених услова. У супротном, уместо ограничења наступила би повреда права на приватност запослених и апсолутна власт послодавца над животима радника.

Radoje Brkovic, LLD
Full Professor
Aleksandar Antić, LLM
Teaching Associate

PROTECTION OF THE RIGHT TO PRIVACY OF EMPLOYEES

Summary

The authors carried out an analysis of the protection of privacy rights of employees. This right of workers today due to the advancement of information and communication technology greatly threatened. At the beginning, the authors carried out a review on the personal data of employees and their protection. In Serbia, protection of personal data is carried out by a special law. However, this does not reduce the risk of their abuse by the employer. The right to privacy of employees is at risk and the development of social networks. Many employees and job seekers, publish information on them, which may be subject to employer abuse. This information, the employer only exceptionally be used to initiate disciplinary responsibility for violation of duties or working discipline, or as a reason for termination of employment. Also, the employer control over the means of communication employed, may only be filled with certain conditions, which in the absence of positive regulations, some through the European Court of Human Rights and Legal Theory. The subject of control can only be a means of communication to be used for official purposes.

Др Горан Обрадовић
Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ОСНОВНЕ ОДЛИКЕ РАДНОПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ПОКРАЈИНСКИХ И ЛОКАЛНИХ СЛУЖБЕНИКА

Апстракт:

Реформа система државне управе у Републици Србији започета је 2005. године, усвајањем Закона о државним службеницима. Његовим ступањем на снагу, радноправни положај државних службеника (у одређеној мери и намештеника) престао је да се уређује Законом о радним односима у државним органима. У том тренутку, међутим, остало је нерешено питање запослених у органима аутономних покрајина и локалних самоуправа. На њих није било могуће применити норме Закона о државним службеницима (зато што то нису), нити је донет посебан пропис којим би се уредио њихов радноправни статус. Као прелазно решење, на радне односе у органима аутономних покрајина и локалних самоуправа сходно су се и даље примењивале одредбе Закона о радним односима у државним органима. То „прелазно решење“ окончано је тек фебруара 2016. године, доношењем Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе. У раду се анализирају најзначајније новине које је тај закон донео, упоређујући их са решењима из Закона о државним службеницима и Закона о раду.

Кључне речи: *радни однос, службеници, намештеници.*

1. Правни оквир

Закон о радним односима у државним органима¹ Републике Србије усвојен је 1991. године. Од почетка примене, њиме је регулисан радноправни положај великог броја лица, у различитим секторима. Осим права, обавеза и одговорности из радног односа запослених у министарствима и посебним организацијама, обухватао је и запослене у судовима, јавним тужилаштвима, јавном правобранилаштву, органима за прекршаје и у Народне скупштине, председника Републике, Владе и Уставног суда који се примају у радни однос одлуком функционера који руководе органима или службама. Њиме су уређивана и одређена права председника Републике и одређена права, обавезе и одговорности лица која бира Народна скупштина и лица која

¹ „Сл. гласник РС“, бр. 48/91...23/2013.

поставља Влада, односно други надлежни орган. Осим на ова лица, Закон о радним односима у државним органима уређивао је, као *lex specialis* и радне односе запослених у установама јавних служби, на основу упућујуће норме Закона о јавним службама.²

Ступањем на снагу Закона о државним службеницима³, 01. јула 2006. године, у великом мери је сужен круг лица чији се радноправни статус уређивао Законом о радним односима у државним органима. Прелазним и завршним одредбама Закона о државним службеницима⁴ прописано је да се даном његовог ступања на снагу на радне односе у државним органима престаје да примењује Закон о радним односима у државним органима. Истовремено, укинута је и упућујућа норма Закона о јавним службама⁵, тако да се од ступања на снагу Закона о државним службеницима и на запослене у установама јавних служби примењују општи прописи о раду, тј. Закон о раду.⁶

С обзиром да су запослени у органима аутономних покрајина и локалних самоуправа остали изван домашаја Закона о државним службеницима, с обзиром да они то и нису, остало је отворено питање прописа којим би се регулисао њихов радноправни положај. Примена општег прописа о раду на њих не би била одговарајућа с обзиром да се, с обзиром на врсту послова које обављају, разликују од запослених у општем режиму радних односа. Стога је, као прелазно решење, настављена примена Закона о радним односима у државним органима на запослене у органима аутономних покрајина и локалних самоуправа, до доношења посебног прописа.⁷ То је учињено тек недавно, усвајањем Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе.⁸ Његова пуна примена почеће 01. децембра 2016. године, што Закон о радним односима у државним органима чини најдугочечијим нашим прописом из области радних односа у новије време. У међувремену, на основу Устава Републике Србије, 2009. године донет је Закон о утврђивању надлежности АП Војводине⁹. Иако Устав и Закон о утврђивању надлежности АП Војводине истој нису поверени послови државне управе који се односе на систем радних односа и запошљавања у органима и службама које она оснива, Статутом АП

² „Сл. гласник РС“, бр. 42/91...83/2014. Упућујућа норма била је садржана у његовом чл. 23.

³ „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005...99/2014.

⁴ Чл. 190, ст. 1.

⁵ Чл. 190, ст. 2, т. 1.

⁶ „Сл. гласник РС“, бр. 24/2005; 61/2005; 54/2009, 32/2013 и 75/2004.

⁷ На основу чл. 189. Закона о државним службеницима

⁸ Закон је усвојен 03. марта 2016. године и објављен у „Сл. гласнику РС“ бр. 21/2016.

⁹ „Сл. гласник РС“ бр. 99/2009.

Војводине прописано је да се покрајинском скупштинском одлуком уређују права, дужности и положај изабраних, именованих, постављених и запослених лица у органима и организацијама АП Војводине. На основу тих овлашћења, Скупштина АП Војводине је 2009. године донела Покрајинску скупштинску одлуку о покрајинским службеницима¹⁰, којом је уређен систем службеничког односа у покрајинским органима.¹¹

2. Запослени у органима аутономних покрајина и јединицама локалне самоуправе

2.1. Појам запослених у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе

Специфичности, тј. разлике у радним односима запослених у органима државне управе, покрајинама и органима локалне самоуправе у основи се заснивају на надлежностима и делокругу рада републичких, покрајинских и локалних органа управе, а само донекле и на разликама у њиховим функцијама.¹²

Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе уводи три категорије запослених у органима аутономних покрајина и јединицама локалне самоуправе. То су: функционери, службеници и намештеници. Функционер је изабрано, именовано, односно постављено лице (осим службеника на положају) у органима аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, односно у органима градске општине, као и у службама и организацијама које они оснивају према посебном пропису. Службеник је запослено лице које професионално обавља стручне послове из надлежности аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе или са њима повезаних општих правних послова, информатичких, материјално - финансијских, рачуноводствених и административних послова. Следећи приступ из Закона о државним службеницима, и покрајински и локални службеници се разврставају на службенике на положају и службенике на извршилачким радним местима. За разлику од службеника, намештеници су лица која заснивају радни однос ради обављања пратећих, помоћно-техничких послова у аутономној покрајини и јединици локалне самоуправе.

¹⁰ „Сл. лист АП Војводине“, бр. 9/2009 и бр. 9/2011.

¹¹ З. Лончар, *Правни положај покрајинских службеника*, Радно и социјално право, бр. 1/2012.

¹² Више о томе у: Н. Тинтић, *Радно и социјално право, књига прва: радни односи (I)*, Народне новине, Загреб, 1969, стр. 573-575.

Појмовно разграничење функционера од службеника било је неопходно с обзиром да се службеником не могу сматрати изабрана лица, нпр. одборници, јер им недостаје својство сталности и професионалности, а регрутују се изборним процесом, а не на основу стручних и професионалних квалификација.¹³

2.2. Послодавац функционера, службеника и намештеника

Функцију послодавца врше различити субјекти, у зависности од службеника који је у питању. Када су у питању покрајински функционери, права и дужности у име послодавца за њих врши скупштина аутономне покрајне (односно радно тело утврђено статутом или актом скупштине којим се утврђује надлежност, састав и организација радних тела скупштине) или извршни орган аутономне покрајине, односно стручна служба извршног органа утврђене покрајинским прописом. Права и дужности у име послодавца за функционере у јединицама локалне самоуправе врши скупштина града, општине или градске општине, односно радно тело скупштине које је утврђено статутом или актом скупштине којим се уређује надлежност, састав и организација радних тела скупштине.

Права и дужности послодавца за службенике на положају у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе врши орган аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе надлежан за постављење службеника на положају. За остале службенике (осим оних на положају), као и за намештенике у аутономним покрајинама, права и дужности у име послодавца врши руководилац органа, службе или организације аутономне покрајине.¹⁴ Права и дужности послодавца за службенике и намештенике у јединицама локалне самоуправе врши начелник градске или општинске управе ако је управа образована као јединствен орган. У супротном, та права и дужности врши начелник управе за поједине области или начелник управе градске општине, односно руководилац који руководи стручном службом или посебном организацијом која је основана за обављање послова управе.

По питању права и обавеза из радног односа запослених у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе постоји битна разлика, у зависности да ли се ради о службеницима и функционерима или о намештеницима. Тако, права и обавезе службеника и функционера у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе примарно се

¹³ М. Влатковић, Р. Брковић, Б. Урдаревић, *Службеничко право*, Досије, Београд, 2013, стр. 115.

¹⁴ То су, у смислу чл. 1 Закона, стручне службе и посебне организације које су основане за обављање послова управе.

примењује Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе. Тек уколико неко питање није уређено тим прописом, примењују се општи прописи о раду (превасходно Закон о раду) и посебан колективни уговор за јединице локалне самоуправе и колективни уговор код послодавца. Када су у питању права и обавезе из радног односа намештеника, примењују се општи прописи о раду и наведени колективни уговори, уколико Законом није другачије одређено.

3. Права и дужности локалних и покрајинских службеника

Локални и покрајински службеник има право на напредовање у служби стицањем вишег звања и вишег платног разреда. Осим тога, они су дужни и да се стручно усавшавају, према потребама послодавца.

Дужности службеника су побројане, и то су: дужност професионалног поступања, извршавање налога, дужност прихватања премештаја, дужност привременог рада на пословима који нису у опису радног места, привремени рад на нижем радном месу, обавеза чувања тајних података, поштовање радног времена, дужност обавештавања о сумњи постојања корупције, као и дужност рада у радној групи.

Слично као и код државних службеника, покрајинским и локалним службеницима потребна је дозвола за додатни рад, под условом да тај рад није забрањен посебним законом или другим прописом, ако не ствара могућност сукоба интереса или не утиче на непристрасност рада службеника. Покрајинским и локалним службеницима забрањено је оснивање привредних друштава, предузећа и јавних служби, а службеник не може бити директор, заменик или помоћник директора привредног друштва и предузећа. Члан управног одбора, надзорног одбора или другог органа управљања привредног друштва и предузећа службеник може бити и једино ако га бира, именује или поставља Влада, други државни орган, орган аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе, односно градске општине, надлежан за именовање, постављење или избор.

4. Радна места покрајинских и локалних службеника

Следећи принципе Закона о државним службеницима, и Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе службеничка места разврстава у две категорије, у зависности од сложености послова. Радна места су положаји и извршилачка радна места, а ближи критеријуми за разврставање радних места и мерила за опис радних места службеника уређује Влада посебном уредбом.

4.1. Положаји

Положаји су радна места на коме службеник има овлашћења и одговорности у вези са руковођењем и усклађивањем органа, службе или организације аутономне покрајине, градске, општинске или управе градске општине. Законом су утврђени само положаји у Аутономној покрајини Војводини, док о местима у Аутономној покрајини Косово и Метохија не говори.

Постављење и разрешење на положај у органима и службама аутономне покрајине врши надлежни орган аутономне покрајине, док градско (или општинско) веће поставља и разрешава начелника управе и заменика начелника управе. Службеника на положају у управи градске општине поставља и разрешава орган утврђен прописима града.

За рад на положају у аутономној покрајини може бити постављено лице које има стечено високо образовање из одговарајуће научне области у односу на делокруг рада органа, службе или организације.¹⁵

До престанка рада на положају може доћи из следећих разлога: 1) протеклом времена на које је постављен; 2) подношењем писмене оставке; 3) ступањем на функцију у државном органу, органу аутономне покрајине или органу јединице локалне самоуправе; 4) укидањем јединице локалне самоуправе, односно градске општине; 5) укидањем органа управе, односно секретаријата Градске управе града Београда; 6) укидањем покрајинског органа, службе или организације; 7) даном навршења 65 година живота ако има најмање 15 година стажа осигурања; 8) ако му радни однос престане његовим писменим отказом; 9) разрешењем;¹⁶ 10) укидањем положаја.

¹⁵ На основним академским студијама у обиму од најмање 240 ESP бодова, мастер академским студијама, мастер струковним студијама, специјалистичким академским студијама, односно на основним студијама у трајању од најмање четири године или специјалистичким студијама на факултету, положен државни стручни испит и најмање пет година радног искуства у струци. Законом су прописани и услови за начелника управе, која је образована као јединствени орган, као и за начелника управе за поједине области.

¹⁶ Службеник се разрешава са положаја у случају да му радни однос престане због: 1) правноснажне пресуде на безусловну казну затвора од најмање шест месеци-даном правноснажности пресуде; 2) коначног решења којим му је изречена дисциплинска казна престанка радног односа; 3) коначног решења којим му је одређена оцена „не задовољава“ на ведновању и оцењивању; 4) спровођење иницијативе за разрешење на основу мере јавног објављивања препорука за разрешење коју изрекне Агенција за борбу против корупције; 5) дугих разлога предвиђених општим прописима о раду којима се уређује престанак радног односа независно од воље запосленог и воље послодавца. Осим из ових разлога, службеник се разрешава и ако: 1) орган јединице локалне самоуправе надлежан за његово постављење на положај прихвати јавну препоруку за

4.2. Извршилачка радна места

Извршилачка радна места су сва радна места која нису положаји, укључујући и радна места руководиоца унутрашњих организационих јединица. Непосредни руководилац је службеник који руководи унутрашњом организационом јединицом у којој је систематизовано радно место, а радна места и њихово разврставање по звањима уређују се Правилником. Извршилачка радна места су: самостални саветник, саветник, млађи саветник, сарадник, млађи сарадник, виши референт, референт и млађи референт.

5. Заснивање радног односа

У аутономној покрајини и јединици локалне самоуправе радни однос се заснива, по правилу, на неодређено време. Изузетно, радни однос се може засновати и на одређено време, и то: 1) ради замене одсутног запосленог до његовог повратка; 2) због привременог повећања обима посла, који постојећи број запослених не може да изврши, најдуже до шест месеци у току једне календарске године; 3) на радним местима у кабинету изабраног лица ау органу аутономне покрајине, док траје дужност изабраног лица; 4) на радним местима у кабинету градоначелника града Београда, председника Скупштине града Београда, док траје дужност тих лица; 5) на радним местима у кабинету градоначелника, председника општине или председника градске општине, док траје дужност тих изабраних лица (помоћници градоначелника, односно председника општине као и друга лица која заснивају радни однос на радним местима у кабинету); 6) ради учешћа или реализацији одређеног пројекта, најдуже до завршетка пројекта; 7) ради обуке приправника, за време трајања приправничког стажа.

6. Дисциплинска одговорност покрајинских и локалних службеника

6.1. Повреде радне дисциплине

Законом о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе ближе је уређена дисциплинска одговорност

разређење градског, односно општинског заштитника права грађана; 2) два пута, без обзира на редослед оцена, решењем буде одређена оцена „не задовољава“

покрајинских и локалних службеника.¹⁷ Као и остали прописи који садрже норме о дисциплинској одговорности, и овде је наглашено да кривична и прекршајна одговорност не искључују дисциплинску одговорност службеника, ако та радња представља истовремено и повреду дужности из радног односа.

Слично као и у Закону о државним службеницима, и овде су дисциплинска дела унапред разврстана на лакша и тежа. Предвиђено је укупно пет лакших¹⁸ и двадесет тежих повреда радне дужности.¹⁹

¹⁷ Одговорност функционера спроводи се у поступку разрешења, док се питања дисциплинске одговорности покрајинских и локалних намештеника примењује општи пропис о раду, тј. Закон о раду.

¹⁸ То су: 1) кашњење на посао три или више пута, у периоду од два узастопна месеца или шест дана у периоду од дванаест узастопних месеци, односно неоправдано одсуствовање у току радног времена или ранији одлазак са посла у истим временским оквирима; 2) несавесно чување службених списа или података супротно прописима који регулишу ову област; 3) неправдан изостанак с рада један радни дан; 4) неоправдано необавештавање непосредно претпостављеног о разлозима спречености за долазак на рад у року од 24 сата од настанка разлога и 5) повреда кодекса понашања службеника који није обухваћен неком од повреда дужности из радног односа предвиђених Законом о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе или неким посебним законом.

¹⁹ Теже повреде радне дужности су: 1) незвршавање или несавесно, неблагоприятно или непотпуно извршавање послова или налога претпостављеног; 2) незаконит рад, односно незаконита израда службене документације, нетачна или на други начин неправилна обрада исте или пропуштање радњи за које је службеник овлашћен, чиме је дошло до одговорности послодавца или настанка штете; 3) злоупотреба права из радног односа-неистинито приказивање личних својстава или околности које представљају основ за коришћење права из радног односа; 4) повреда начела непристрасности или политичке неутралности или изражавање и заступање политичких уверења на раду; 5) одавање података који према посебним прописима представљају тајне податке; 6) злоупотреба обавештавања о сумњи у постојање корупције; 7) примање поклона у вези са вршењем послова супротно одредаба овог закона, примање услуге или користи за себе или друго лице или коришћење рада ради утицања на остваривање сопствених права или права лица повезаних са службеником или намештеником; 8) додатни рад који није у складу са условима одређеним законом; 9) преузимање дужности директора, заменика или помоћника директора у правном лицу или повреда ограничења чланства у органима правног лица одређеног законом; 10) оснивање привредног друштва, јавне службе или бављење предузетништвом; 11) непреношење управљачких права у привредном субјекту на друго лице, недостављање података руководиоцу о лицу на које су пренета управљачка права или недостављање руководиоцу доказа о преносу управљачких права; 12) непријављивање интереса који службеник или с њиме повезано лице може имати у вези са одлуком органа у чијем доношењу учествује; 13) незаконито располагање средствима, као и несавестан однос према средствима којима службеник, односно намештеник рукује; 14) повреда права других службеника и намештеника; 15) недолично, насилничко или увредљиво понашање према странкама или сарадницима; 16) долазак на рад у алкохолисаном стању или под утицајем других опојних средстава, односно

6.2. Дисциплински органи, поступак и дисциплинске санкције

6.2.1. Првостепени дисциплински органи

О дисциплинској одговорности покрајинских и локалних службеника у првом степену одлучују различити органи, у зависности о ком се службенику ради.

Првостепени дисциплински орган за службенике у аутономној покрајини је, како је горе наведено, аутономна покрајина. У њено име права и дужности врши руководилац органа, службе или организације аутономне покрајине. За службенике на положају у аутономној покрајини, права и дужности послодавца врши орган надлежан за постављење.

Када се ради о службеницима у јединицама локалне самоуправе, права и дужности у име послодавца врши начелник градске или општинске управе ако је управа образована као јединствен орган. У противном, права и дужности послодавца врши начелник управе за поједине области или начелник управе градске општине или руководилац који руководи службом или организацијом (стручне службе и посебне организације основане за обављање послова управе). Као и у покрајинама, права и дужности послодавца у односу на службенике на положају у јединицама локалне самоуправе врши орган јединице локалне самоуправе надлежан за постављење службеника на положају.

Послодавац, односно лице које врши права и дужности послодавца, води дисциплински поступак, одлучује о дисциплинској одговорности и изриче дисциплинске мере. Послодавац може овлаћење за вођење дисциплинског поступка и одлучивање о дисциплинској одговорности да пренесе на комисију од три члана. Законом је прописан и састав комисије, и то тако да један члан комисије мора имати стечено високо образовање из научне области правне науке на основним академским студијама у обиму од најамње 240 ЕСП бодова, на мастер академским студијама, мастер струковним студијама, специјалистичким академским студијама, односно на основним студијама у трајању од најамње четири године или специјалистичким студијама на факултету. Један члан комисије мора бити овлашћени представник репрезентативног синдиката.

Ово, међутим, важи само ако се ради о дисциплинском поступку против службеника (покрајинског или локалног) на извршилачком радном

уживање алкохола или других опојних средстава у току радног времена; 17) ометање странака у остваривању права и интереса; 18) неоправдани изостанак с рада најамње два узастопна радна дана; 19) одбијање прописаног лекарског прегледа; 20) два пута поновљена лакша повреда дужности утврђена коначним решењем којим је изречена дисциплинска мера, у периоду од две године.

месту или о дисциплинском поступку против службеника на положају за лакшу повреду радне дужности. Ако је покренут дисциплински поступак против службеника на положају због теже повреде радне дужности, послодавац је дужан да образује комисију која ће у његово име да води дисциплински поступак. Дакле, лице које врши права и дужности послодавца може само покренути дисциплински поступак против службеника на положају за тежу повреду радне дужности, али овлашћење за вођење дисциплинског поступка и одлучивање о дисциплинској одговорности је на дисциплинској комисији.

6.2.2. Другостепени дисциплински орган

У дисциплинском поступку против покрајинских и локалних службеника другостепени дисциплински орган појављује се само када су у питању службеници на извршилачким радним местима.

Као и код службеника на положају републичког ранга, ни овде не постоји двостепеност у поступку у коме се одлучује о дисциплинској одговорности службеника на положају. Тачније, не постоји двостепеност у случају да је покрајинском или локалном службенику на положају изречена дисциплинска мера, већ се може покренути управни спор.

Службеник (покрајински или локални) има право жалбе на решење којим се одлучује о његовим правима и дужностима. Изузетак чине случајеви када је могућност улагања жалбе искључена.²⁰ Другостепени орган у дисциплинском поступку против службеника на извршилачком радном месту је жалбена комисија. У јединици локалне самоуправе, жалбена комисија, сходно Закону, је колегијални орган који у другом степену одлучује о жалбама службеника. У аутономној покрајини, оснивање, организација и начин рада жалбене комисије уређује се посебним прописом.

Жалбену комисију јединце локалне самоуправе образује Веће јединице локалне самоуправе, а оне се могу образовати за две или више јединица локалне самоуправе. Осим тога, и градске општине могу споразумом образовати заједничку жалбену комисију. Жалбена комисија одлучује о жалбама службеника на решења којима се одлучује о њиховим правима и дужностима, као и о жалбама учесника интерног и јавног конкурса. У решења којима се одлучује о правима и дужностима службеника спадају и решења у дисциплинском поступку.

Жалбене комисије састављене су од три члана и самосталне су у свом раду. Одлучују већином гласова од укупног броја чланова (два). Од три

²⁰ У случају изрицања дисциплинске мере против службеника на положају. Могућност изјављивања жалбе предвиђена је чл. 25 Закона.

члана жалбене комисије, два морају бити дипломирани правници (у односу на једног члана код дисциплинске комисије која одлучује у првом степену). Осим тога, неопходно је да сви чланови имају најмање пет година радног искуства у струци. Председник и чланови жалбене комисије именују се на период од пет година и могу бити поново именовани.

С обзиром да се председник и чланови жалбене комисије именују на период од пет година, свима престаје дужност протеком времена на који су именовани. Осим тога, дужност им престаје подношењем писмене оставке, испуњењем услова за старосну пензију²¹, као и разрешењем. Уколико неком члану жалбене комисије престане дужност пре времена на које је именован, именоване се нови, до окончања мандата жалбене комисије.

Председник и чланови жалбене комисије могу бити изузети и разрешени.

До изузећа ће доћи у појединачном жалбеном поступку, уколико постоји лични интерес који би председник или члан жалбене комисије или с њиме повезано лице имао у вези са одлуком у чијем доношењу учествује.

Решење о изузећу члана жалбене комисије доноси председник комисије, док о изузећу председника комисије одлуку доноси Веће. На одлуку о изузећу жалба није допуштена, већ је само могуће вођење управног спора. Осим ових разлога за изузеће, председник и чланови жалбене комисије могу бити изузети и уколико постоје разлози везани за закон којим се уређује општи управни поступак.²²

²¹ До престанка дужности довешће, свакако, и одлазак у инвалидску пензију.

²² Законом о општем управном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 18/2016), утврђени су разлози за изузеће овлашћеног службеног лица. То су: 1) ако је у поступку странка, сведок, вештак или законски заступник или пуномоћник странке; 2) ако је са странком, законским заступником или пуномоћником странке сродник у правој линији, а у побочној линији до четвртог степена закључно, супружник или ванбрачни партнер или сродник по тазбини до другог степена закључно (и у случају да је брачна заједница престала); 3) ако је са странком у односу старатеља, усвојитеља, усвојеника или хранитеља; 4) ако је са законским заступником или пуномоћником странке у односу усвојитеља или усвојеника; 5) ако је учествовао у првостепеном поступку; 6) ако остварује накнаду или друга примања од странке или је ангажовано у управном одбору, надзорном одбору или радном или стручном телу странке; 7) ако исход поступка може да му донесе директну корист или штету; ако постоје друге чињенице које доводе у сумњу његову непристрасност. У случају сазнања да постоји неки од разлога за изузеће, овлашћено службено лице заостаје са поступком и о разлогу за изузеће одма одавештава лице или орган који одлучују о изузећу. Уколико се ради о разлозима за изузеће који се описију као друге чињенице које доводе у сумњу непристрасност службеника, његова је дужност да само обавести лице или орган који одлучују о изузећу. Изузеће овлашћеног службеног лица може захтевати и странка, која мора навести и чињенице на којима заснива захтев. У том случају, овлашћено службено лице дужно је да се понаша као да је само сазнало да постоји разлог за изузеће.

Разлози за разрешење из жалбене комисије су: несавесно вршење дужности или осуда на казну затвора од најмање шест месеци или за кажњиво дело које члана комисије (укључујући и председника) чини недостојним дужности у жалбеној комисији. Осим ових разлога, председник жалбене комисије разрешава се те дужности ако је несавесно или неуспешно врши.

Решење о разрешењу је коначно. Против њега није могуће уложити жалбу, већ је само могуће покретање управног спора.

6.3. Дисциплински поступак

6.3.1 Првостепени дисциплински поступак

Дисциплински поступак против покрајинског и локалног службеника покреће се, како је наведено, писменим закључком. Поступак покреће послодавац (тј. орган или лице које врши права и дужности послодавца), на сопствену иницијативу илки на предлог непосредног руководиоца. Осим тога, сваки службеник који сазна за учињену повреду радне дужности од стране другог службеника, може да поднесе иницијативу за покретање дисциплинског поступка. Иако законом та могућност није изричито предвиђена, сматрамо да не постоје сметње да и грађани могу да дају такву иницијативу. На закључак о покретању дисциплинског поступка жалба није допуштена.

Поступка води послодавац (орган или лице које врши права и дужности послодавца), одлучује о дисциплинској одговорности и изриче мере за повреду радне дужности. Када се ради о дисциплинском поступку против службеника на положају, поступак покреће и води орган надлежан за његово постављење.

Образовање дисциплинске комисије предвиђено је као могућност у случају да се против службеника води дисциплински поступак за лакшу повреду радне дужности. Уколико се ради о поступку због теже повреде радне дужности, образовање дисциплинске комисије је обавеза. Другим речима, одлука о дисциплинској одговорности и изрицање дисциплинске мере за тежу повреду радне дужности у искључивој је надлежности дисциплинске комисије.

Током дисциплинског поступка одржава се усмена расправа. На њој службеник има право да изложи своју одбрану, сам или преко заступника. Одбрану може да достави и у писменом облику.

Службеник мора бити позван да присуствује расправи, а позивање се врши сходно правилима општег управног поступка. То значи да се расправа не може одржати ако службеник на њу није уредно позван. Могућност одржавања расправе без присуства службеника постоји само у случају да је

он на њу уредно позван, да се није одазвао позиву, а да за одржавање расправе без његовог присуства постоје оправдани разлози. Шта све спада у „оправдане разлоге“ закон посебно не набраја, већ се то процењује од случаја до случаја. У такав разлог свакако би спадало, на пример, наступање застарелости дисциплинског гоњења. Примена одредаба општег управног поступка предвиђена је за сва питања везана за дисциплински поступак која нису уређена Законом о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе.

По окончању расправе у дисциплинском поступку против службеника приступа се, најпре, одлучивању о одговорности за дисциплинско дело. Уколико није, доноси се одлука ослобађајућа одлука. Осим ње, могуће је и доношење одлуке о обустави поступка (наступање застарелости, смрт лица против кога се поступак води, престанак радног односа).

У случају да је утврђена одговорност службеника за извршену повреду радне дужности, приступа се избору и одмеравању дисциплинске казне, при чему се мора водити рачуна о степену одговорности, тежини последице повреде радне дужности и субјективним и објективним околностима под којима је повреда извршена. Као и у осталим казним поступцима, и у дисциплинском поступку важи правило о строжем кажњавању повратника. Повратником се, у смислу дисциплинског права, сматра лице чија ранија казна за дисциплинско дело није брисана из одговарајуће евиденције коју води послодавац. У смислу Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, повратником ће се сматрати лице чија ранија казна није брисана из кадровске евиденције у року од две године за лакше и у року од четири године од изречене мере за теже повреде радне дужности.

6.3.2. Другостепени дисциплински поступак

Код дисциплинске одговорности покрајинских и локалних службеника другостепеност је предвиђена само у случају службеника на извршилачким радним местима.

Другостепени дисциплински поступак покреће се улагањем жалбе. Законом је право службеника на жалбу предвиђено у случају доношења сваког решења којим се одлучује о његовим правима и дужностима.²³ Изетак од права на жалбу чине случајеви у којима је право на жалбу изричито

²³ Чл. 25, ст. 1 Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе.

искључено. Један од тих случајева је и одлука о дисциплинској одговорности службеника на положају.

Жалба се може изјавити у року од осам дана, а рок тече од дана достављања решења. Жалба не одлаже извршење решења.

6.4. Дисциплинске санкције

Дисциплинске санкције за непоштовање радне дисциплине од стране покрајинских и локалних службеника у највећој се мери наслањају на решења из прописа о радноправном положају државних службеника (Закон о државним службеницима). Дисциплинске санкције су различите, у зависности од тога да ли се ради о лакшој или тежој повреди радне дужности.

За лакше повреде радне дужности предвиђена је само једна дисциплинска санкција: новчана казна до 20% од основне плате исплаћене за месец у коме је новчана казна изречена. Висина казне утврђена је у највећем износу и једнократно.

У случају теже повреде радне дужности, распон казни је већи. То су: 1) новчана казна од 20% до 30% основне плате, исплаћене за месец у коме је новчана казна изречена, у трајању до шест месеци; 2) одређивање непосредно нижег платног разреда; 3) забрана напредовања од четири године; 4) премештај на радно место у непосредно ниже звање уз задржавање платног разреда чији је редни број истоветан редном броју платног разреда у коме се налази радно место с кога је премештен; 5) престанак радног односа.

Новчана казна извршава се административним путем, а у случају изрицања казне престанка радног односа то је датум коначности решења којим је дисциплинска казна изречена.

У случају да је службенику изречена новчана казна престанка радног односа, исти престаје даном коначности решења о изрицању дисциплинске казне.

7. Рокови застарелости

Закон предвиђа две врсте рокова застарелости. То су: рок за покретање дисциплинског поступка и рок за његово вођење и окончање. У случају лакших повреда дужности, дисциплински поступак се може покренути у року од једне године од извршене повреде, док је за теже повреде дужности рок две године. Вођење дисциплинског поступка застарева протеком рока од једне године од покретања поступка (за лакше повреде), односно протеком рока од две године од покретања (за теже повреде).

У случају да дисциплински поступак није могуће поикренути ли водити због одсуства државног службеника, за време поступка контроле законитости управног акта којим је одлучено о дисциплинској мери, као и у другим оправданим случајевима, рокови застарелости не теку.

8. Удаљење са рада

У односу на општи пропис о раду (Закон о раду), не предвиђа се посебно случај обавезног удаљења са рада, везан за притвор. На основу општих одредаба Закона о раду, исти ће се применити и у случају притвора службеника или намештеника у органима аутономних покрајина или локалних самоуправа.

До факултативног удаљења службеника може доћу у два случаја: 1) ако је против њега покренут кривични поступак због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом и 2) ако је покренут дисциплински поступак због теже повреде дужности. У оба случаја, удаљење може да траје све до окончања кривичног, односно дисциплинског поступка, а може бити и укинута, по службеној дужности или на предлог службеника. До укидања одлуке о удаљењу може доћи уколико престану разлози због којих је уведено, тј. ако присуство службеника на раду више не би штетило интересу послодавца или не би ометало вођење дисциплинског поступка.

Одлуку о удаљењу службеника на извршилачком радном месту доноси послодавац или дисциплинска комисија (у зависности од тога ко води дисциплински поступак), док решење о удаљењу службеника на положају доноси орган надлежан за његово постављење.

На решење о удаљењу може се изјавити жалба, у року од пет дана од дана пријема решења и не задржава извршење. Жалба се улаже жалбеној комисији, која је дужна да одлучи по жалби у даљем року од пет дана. Уколико се ради о удаљењу службеника на положају, не постоји могућност улагања жалбе, већ се може покренути управни спор.

9. Закључна разматрања

Доношењем Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе учињен је значајан помак у правцу професионализације положаја покрајинских и локалних службеника. Очигледно наслањање на решења садржана у Закону о државним службеницима узрокована су значајном сличношћу њихових положаја. Праћењем примене прописа биће могуће утврдити да ли су преношења решења која се односе на државне службенике на покрајинске и локалне службенике у потпуности одговарајућа, или је потребно преузимати одређења решења из општег режима радних односа.

Goran Obradović, LL.D
Associate Professor

THE BASIC CHARACTERISTICS OF THE LEGAL EMPLOYMENT STATUS OF PROVINCIAL AND LOCAL OFFICIALS

Summary

The reform of the system of state administration in the Republic of Serbia began in 2005 with the adoption of the Law on Civil Servants. As it came into effect, the employment status of civil servants (and also state employees to some extent) stopped being regulated by the Law on Labour Relations in State Administration. At that moment, however, the question of those employed in the administration of autonomous provinces and local self-governments remained unresolved. It was not possible to apply the norms of the Law on Civil Servants to them (not being civil servants themselves), nor was a separate regulation enacted to regulate their legal employment status. As a transitional solution, the provisions of the Law on Labour Relations in State Administration were still applied to the labour relations in the administration of autonomous provinces and local self-governments. This “transitional solution” was ended only in February of 2016 with the enactment of the Law on Employees in Autonomous Provinces and Local Self-government Units. The most important novelties brought about by that law are analysed in the paper, comparing them to the solutions from the Law on Civil Servants and the Labour Law.

Др Весна Симовић-Звицер
Доцент Правног факултета Универзитета Црне Горе

ПРИМЈЕНА НАЧЕЛА ТРИПАРТИЗМА У КРЕИРАЊУ РАДНО-ПРАВНИХ ПРОПИСА У ЦРНОЈ ГОРИ

УВОД

Трипартизам, као једно од основних начела радног права подразумијева учешће социјалних партнера (владе, синдиката и удружења послодаваца) у креирању прописа којима се уређују односи на раду и по основу рада. Успостављање овог начела подразумијева постојање одговарајућих економско-социјалних и политичко-правних претпоставки, односно постојање политичког плурализма и плурализма синдикалних организација, на свим нивоима организовања.

Трипартизам у Црној Гори своју примјену налази како у регулисању индивидуалних, тако и колективних права запослених. Осим тога, трипартизам је упостављен и као принцип институционалног организовања и одлучивања у односима који се тичу права из рада и по основу рада. У том смислу, посебан значај имају социјални савјети који се оснивају на националном и на локалним нивоима.

У раду су анализирани улога, састав и надлежности социјалног савјета – на нивоу државе и на локалном нивоу. У том смислу, указано је и на одређене правне и институционалне недостатке у функционисању социјалних савјета и дати су предлози за њихово унапређење.

Кључне ријечи: *трипартизам, социјални савјет, секретаријат, чланство, мишљења, препоруке.*

I Правни и институционални оквир

1) Надлежност и улога социјалних савјета

Социјални савјет, као консултативно тијело, предвиђен је Уставом Црне Горе, који у члану 65 предвиђа да се социјални положај запослених усклађује у Социјалном савјету. Питања која се тичу састава, дјелокруга и начин рада, финансирање, нивои на којима се оснива и друга питања од значаја за рад Социјалног савјета уређена су посебним законом. У смислу члана 2 Закона о социјалном савјету, оснивање Социјалног савјета има за

циљ успостављање и развој социјалног дијалога, и то у погледу слједећих питања:

- питања која су од значаја за остваривање економског и социјалног положаја запослених и послодаваца и услова њиховог живота и рада,
- развој културе дијалога,
- подстицање на мирно рјешавање индивидуалних и колективних радних спорова и
- других питања која произилазе из међународних докумената, а односе се на економски и социјални положај запослених и послодаваца.

Имајући у виду да Закон о социјалном савјету за циљ успостављања овог тијела предвиђа не само развој, него и успостављање социјалног дијалога, као и чињеницу да је овај закон усвојен 2008. године, може се поставити питање: да ли је социјални дијалог у Црној Гори постојао прије 2008. године? Но, имајући у виду да колективни уговори у Црној Гори егзистирају више од 20 година, те да се њима кроз социјални дијалог уређују управо питања која се тичу економског и социјалног положаја запослених, намеће се закључак да рјешење у члану 2 Закона о социјалном савјету није адекватно, те да циљ оснивања социјалних савјета не би могао да буде успостављање, већ само развој социјалног дијалога.

Када су у питању нивои на којима се оснивају социјални савјети, у закону су садржана различита рјешења у односу на Социјални савјет на нивоу државе и локалне социјалне савјете. Наиме, законом је предвиђено да се Социјални савјет оснива за територију Црне Горе, те да се може основати и за подручје општина. Дакле, у смислу Закона о социјалном савјету, оснивање социјалног савјета на нивоу државе је предвиђено као обавезно, док је постојање социјалних савјета на локалном нивоу предвиђено само као могућност. При томе, не конкретизује се који би то критеријуми требали постојати да би се процијенила оправданост постојања (или непостојања) социјалних савјета на локалном нивоу. Осим тога, законом је предвиђена могућност формирања заједничког социјалног савјета - за подручје двије или више општина, при чему се такође не прецизирају критеријуми, тј. услови под којима се може формирати заједнички социјални савјет. До сада су регистрована два локална социјална савјета: Социјални савјет за општину Бијело Поље, који је регистрован 2008. године и Социјални савјет за општину Беране, који је регистрован 2009. године. Ови социјални савјети формиран су као трипартитна тијела, која чине по пет представника локалне самоуправе, репрезентативних синдиката и удружења послодаваца.

Дјелокруг рада социјалног савјета предвиђен је Законом о социјалном савјету, што подразумева да социјални савјет разматра и заузима ставове о питањима: развоја и унапрјеђивања колективног преговарања, утицаја економске политике и мјера за њено спровођење на социјални развој и стабилност политике запошљавања, зарада и цијена; конкуренције и

продуктивности; приватизације и других питања структурног прилагођавања; заштите радне и животне средине, образовања и професионалне обуке; здравствене и социјалне заштите и сигурности; демографска кретања и друга питања значајна за остваривање и унапређивање економске и социјалне политике .

Из оваквог законског рјешења се може закључити да социјални савјет у оквиру свог дјелокруга рада разматра одређена питања и о њима заузима ставове, из чега произилази да социјални савјет не може доносити одлуке које имају обавезујући карактер према субјектима на које су усмјерени: Влади, министарству и сл. Треба напоменути да се наведеним питањима баве како социјални савјет који је формиран на националном нивоу, тако и локални социјални савјети, тако да се њихов ђелокруг рада у овом дијелу преклапа. Ипак, када је у питању Социјални савјет на нивоу државе, закон предвиђа, да осим неведених питања, овај савјет разматра и даје мишљења о нацртима и предлозима закона и других прописа од значаја за економски и социјални положај запослених и послодаваца и разматра годишњи извјештај о раду инспекције рада. Када су у питању мишљења о нацртима и предлозима прописа, мишљење Савјет доставља надлежном министарству које је припремило закон, односно други пропис, које је дужно да у року од 30 дана од дана достављања мишљења, обавијести Савјет о ставовима које је заузело поводом мишљења Савјета. Уколико се деси ситуација да надлежно министарство и Савјет не постигну сагласност у вези мишљења на поједини пропис, Савјет своје мишљење може доставити Влади. Дакле, у конкретной ситуацији, Савјет доставља само мишљење о предметном пропису који је био предмет разматрања, не дајући никакву препоруку у погледу рјешавања питања око којих није имао усаглашен став са ресорним министарством.

Овакво законско рјешење није адекватно, из два разлога:

- Први разлог је што закон не предвиђа обавезу да ресорно министарство затражи мишљење од Социјалног савјета на прописе којима се уређују економска и социјална питања запослених, већ само обавезу да се у року од 30 дана од добијеног мишљења од стране Савјета о истом изјасни. То значи да се може десити ситуација да неки пропис за који је заинтересован Социјални савјет буде усвојен и без његовог учешћа, уколико сам Социјални савјет не дође до информације да је у припреми, обзиром да законска обавеза министарства да га обавијести о припреми прописа не постоји. Треба напоменути да се овакаве ситуације у пракси нијесу дешавале када су у питању прописи који су у надлежности Министарства рада и социјалног старања – што је резултат чињенице да је министар рада у исто вријеме био и пресједник Социјалног савјета. Међутим, такве ситуације су се дешавале у погледу прописа који су у надлежности других министарстава.

- Други разлог је што Социјални савјет само даје мишљење у погледу прописа које је разматрао – дакле, не и предлоге на који начин би предметна

материја требала бити уређена, што у значајној мјери ограничава улогу Социјалног савјета и његову могућност да директно утиче на креирање политика које се тичу економског и социјалног положаја запослених и послодаваца.

Осим дјелокруга рада који је одређен Законом о социјалном савјету, нека овлашћења Социјалног савјета предвиђена су и другим актима. Тако, Закон о раду предвиђа значајну улогу Социјалног савјета у поступку утврђивања минималне зараде. Наиме, Закон о раду у члану 80, став 3 предвиђа да износ минималне зараде утврђује Влада Црне Горе, на предлог Социјалног савјета Црне Горе, на полугодишњем нивоу .

Социјални савјет је од 2008. године (од када је основан) укључен у поступак доношења Одлуке о утврђивању квота за радне дозволе, кроз давање мишљења на предлог одлуке, у складу са Уредбом за утврђивање радних дозвола. У радној групи за израду ове уредбе били су укључени и представници Уније послодаваца Црне Горе. У досадашњем периоду, Социјални савјет је давао позитивна мишљења на предлог одлуке. Осим тога, на иницијативу Социјалног савјета, а у складу са Акционим планом за сузбијање рада на црно (који је рађен у сарадњи са ILO), 2010. године је формирано Координационо тијело за сузбијање сиве економије које су чинили представници социјалних партнера, надлежних инспекцијских органа, Министарства рада и социјалог старања и Министарства финансија, која се периодично састајала и разматрала појединачне проблеме у сузбијању „рада на црно“ али и бавила се питањима иницирања измјена и допуна или доношења нових закона како би се сузбио непријављени рад и исплата зарада „на руке“. Социјални Савјет се бавио питањима која се тичу социјалног положаја материјално угроженог становништва у Црној Гори, а у вези са повећањем цијене електричне енергије, енергената и у вези са тим је 2011. године упутио иницијативу Влади да настави са субвенционирањем трошкова за електричну енергију за социјално угрожена домаћинства. Закључци достављени Влади и Влада је наставила са програмом субвенционирања.

Социјални савјет има значајну улогу и приликом избора чланова Управног одбора и директора Агенције за мирно рјешавање радних спорова. Према Одлуци о оснивању Агенције за мирно рјешавање радних спорова , Социјални савјет је даје предлог за именовање чланова Управног одбора и предлог за именовање директора Агенције за мирно рјешавање радних спорова.

Недостаци постојећег законодавног оквира којим се регулише рад Социјалног савјета огледају се у томе што нигдје није експлицитно наведено да је социјални савјет независан у раду. Наиме, и Уставом и Законом о социјалном савјету се само предвиђа да је Социјални савјет трипартитно тијело, које чине представници синдиката, послодаваца и

Владе. Ипак, може се закључити да је Социјални савјет независан у раду, обзиром да самостално располаже својим буџетом. Такође, независан је и у погледу одређивања тема које ће расправљати. Наиме, у припреми сваке сједнице Социјалног савјета, одржава се сједница Предсједништва. На сједници Предсједништва се утвђује предлог дневног реда на предлог социјалних партера. На самој сједници Савјета, чланови Савјета се изјашњавају да ли прихватају предложени дневни ред. На сједници Савјета, сваки члан Савјета има право да предложи допуне или измјене дневног реда.

Значајна мањкавост закона је и у томе што нигдје није предвиђена обавеза сарадње националног и локалних савјета, па самим тим нема ни услова за координацију њиховог рада, а сарадња у пракси постојала је само у фази оснивања локалних социјалних савјета – када им је национални социјални савјет пружао логистичку подршку.

1) Секретаријат Социјалног савјета

Закон о социјалном савјету у члану 17 предвиђа да организационе и административно техничке послове за Савјет обавља Секретаријат Савјета. Секретаријатом руководи и за његов рад одговара секретар Савјета. Секретара Савјета, на основу јавног конкурса, а на предлог Предсједништва Савјета, бира Савјет, на период од четири године.

О правима, обавезама и одговорностима запослених у Секретаријату одлучује секретар. На права, обавезе и одговорности секретара и других запослених у Секретаријату примјењују се општи прописи о раду. Акт о унутрашњој организацији и систематизацији радних мјеста, према закону, Секретаријата доноси Предсједништво Савјета. Међутим, овај акт још увијек није усвојен, тако да се тренутно у радном односу се налази само Секретар, док рачуноводствене послове обавља лице које је запошљено у Министарству рада и социјалног старања, уз накнаду за рад, а по налогу Предсједника Социјалног савјета и надзор Секретара Социјалног савјета.

Дакле, секретаријат Савјета – иако је предвиђен законом, у пракси не постоји. Због тога би у наредном периоду било неопходно обезбиједити услове за његово успостављање. То поред доношења акта о систематизацији и спровођења процедуре за заснивање радног односа са лицима која би била запослена у секретаријату, нужно подразумева и обезбјеђивање просторних и техничких услова који су потребни за рад секретаријата.

Средства за рад савјета који је организован на нивоу државе обезбјеђују се у буџету Црне Горе, односно у буџету општине – за савјете који се оснивају на локалном нивоу. Социјални савјет који је основан на националном нивоу је посебна потрошачка јединица у Буџету Црне Горе.

Чланови Савјета имају праву на накнаду за рад и надокнаду путних трошкова (за оне чланове Савјета чије мјесто становања није у Подгорици).

Када су у питању социјални савјети на локалном нивоу, у закону се само предвиђа могућност њиховог оснивања. Као што је већ напоменуто, локални социјални савјети се финансирају из буџета локалних самоуправа, с тим што немају карактер самосталне буџетске јединице. Средства која им се опредјељују предвиђена су за финансирање административних трошкова (материјала за рад). Чланови локалних социјалних савјета немају накнаду за рад, већ само право на накнаду путних трошкова.

Треба напоменути да социјални савјети на локалном нивоу немају организован секретаријат, нити је та обавеза предвиђена Законом о социјалном савјету. Административне послове за потребе савјета који су организовани на локалном нивоу обавља секретар савјета.

На основу наведеног, може се закључити да у Црној Гори нијесу развијени социјални савјети на локалном нивоу. Од укупно 22 општине (колико их има у Црној Гори), социјални савјету су регистровани само у двије. Међутим, ефекти њиховог рада у протеклом периоду нијесу били задовољавајући. Да би се обезбиједило ефикасније дјеловање социјалних савјета на локалном нивоу, у будућности би требало за то створити неопходне законске и финансијске претпоставке. Наиме, умјесто могућности да се формирају на локалном нивоу (како је сада предвиђено у закону), потребно је дефинисати обавезу њиховог постојања. Осим тога, потребно је у закону прецизније дефинисати дјелокруг рада ових савјета, да не би долазило до преклапања са дјелокругом рада социјалног савјета који је основан на нивоу државе. Такође, неопходно је обезбиједити обавезне изворе финансирања локалних савјета, не само за материјалне трошкове (као сто је то сада случај), већ и за финансирање пројеката, услуга које су локалним савјетима потребне за функционисање (нпр. услуге преводјења, консултантске услуге и сл) и друго, као и накнада за рад члановима социјалног савјета. Такође, као и на националном нивоу, потребно је обезбиједити административно-техничке и финансијске услове за успостављање секретаријата социјалног савјета на локалном нивоу.

Када је у питању комуникација између социјалног савјета на државном нивоу и социјалних савјета на локалном нивоу, потребно је законом дефинисати њихов однос, обавезу размјене информација (нпр. кроз достављање извјештаја о раду локалних националних савјета), сарадњу и координацију у погледу активности савјета на националном и локалном нивоу.

II Учешће Социјалног савјета у процесу доношења одлука

Социјални савјет, према важеће законодавном оквиру, даје мишљења о нацртима и предлозима закона и других прописа од значаја за економски и социјални положај запослених и послодаваца. На основу оваквог рјешења произилази да Социјални савјет може бити укључен у двије фазе у поступку доношења прописа. Прва фаза је прије упућивања текста прописа у процедуру према Влади - када се текст налази у форми нацрта. У овој фази Социјални савјет може утицати на измјену рјешења која су садржана у нацрту документа. Друга фаза је када је текст документа прихваћен од стране Владе И добио форму предлога – са којим Влада иде у процедуре усвајања у Парламенту. При томе, законом, као ни Пословником о раду Владе није предвиђено у којим случајевима ће се текст прописа Социјалном савјету достављати у форми нацрта, а у којим случајевима у форми предлога – што упућује на закључак да је на ресорном министарству да се определијели у којој фази ће документ бити достављен Социјалном савјету. Овакво рјешење има низ недостатака, јер се у пракси може десити да неки документ буде достављен Социјалном савјету онда када он више – својим мишљењем не може утицати на његову измјену, осим у поступку пред Парламентом – и то индиректно, преко посланичких клубова.

Због свега наведеног требало би измијенити постојећа рјешења у Закону о социјалном савјету, као и у Пословнику о раду Владе и предвидјети обавезу свих миистарстава која припремају прописе који се односе на економска и социјална права запослених – прије упућивања тог документа према Влади да затраже мишљење Социјалног савјета. Такође, Влада би својим пословником о раду требала предвидјети рјешење да ће се о нацртима докумената који се баве економским и социјалним правима запослених, који су јој достављени на усвајање расправљати уколико су добили позитивно мишљење Социјалног савјета. Такође, Пословником о раду Владе требало би предвидјети обавезу за ресорна министарства да све радне групе које се баве регулисањем економских и социјалних права запослених буду трипартитног састава, те да буду формиране уз консултовање Социјалног савјета.

Оваква улога Социјалног савјета подразумијевала би и учесталије сједнице, па би у том дијелу требало предвидјети измјене Пословника о раду Социјалног савјета и предвидјети да се редовне сједнице одржавају најмање једном мјесечно, а по потреби и чешће.

Важећим пословником о раду уређен је начин рада и одлучивања Социјалног савјета. Према члану 11 пословника о раду, Социјални савјет доноси одлуке већином гласова присутних чланова (као присутни члан третира се и члан савјета који је послао свој предлог у писаној форми – члна 7, став 4 Пословника). У случају усвајања одлука, ставова, мишљења,

иницијатива и препорука, предсједник Савјета има обавезу да исте одмах формулише, њихову садржину издиктира записничару и наведе којим институцијама, комисијама или органима се исте достављају. Дакле, пословником није уређено шта се дешава ако неки акт савјета не буде усвојен консензусом свих чланова Социјалног савјета. Уколико нека одлука, мишљење, предлог или сл. добије већину гласова чланова Социјалног савјета она се упућује надлежном министарству, односно Влади. Међутим, у пракси таква одлука или мишљење имају мању "тежину" у односу на ситуације када су донијети консензусом свих чланова.

Након достављања мишљења министарству или Влади, као што је већ неведено, законом је предвиђена обавеза ресорног министарства да се о мишљењу савјета на текст закона изјасни у року од 30 дана од добијања мишљења. Уколико се ради о предлогу закона који је упућен у процедуре пред Парламентом, законом у овом дијелу није уређена улога Социјалног савјета. Ипак, представници Социјалног савјета могу учествовати у раду скупштинских одбора, на основу поднијетог захтјева, када се расправља о питањима која су из дјелокруг рада савјета, било као представници социјалног савјета или као представници социјалног партнера чије интересе заступају.

Када је у питању сарадња између секретаријата и чланова Социјалног савјета, она је уређена Законом о социјалном савјету, који у члану 17 предвиђа да секретаријат обавља административно-техничке послове. Осим тога, Статутом Социјалног савјета у члану 23 је предвиђено да секретар Социјалног савјета, осим тога и координира комуникацију између предсједника, потпредсједника, чланова Савјета, секција и других радних тијела Савјета.

Закон о социјалном савјету у члану 8, став 2 предвиђа да социјални савјет може, у свом раду, ангажовати и стручњаке из земље и иностранства, као и представнике домаћих или страних институција и организација цивилног сектора који немају право одлучивања у савјету. Та сарадња је у досадашњем раду долазила до изражаја у ситуацијама када је Социјални савјет требао да заузме став, мишљење или да препоруку у погледу питања за која је требало да обезбиједи експертску подршку. У овим ситуацијама Социјални савјет је имао праксу да позове представнике ових институција да присуствују сједницама, без права гласа. Такође, та сарадња је постојала и кроз укључивање представника научних и образовних институција у радне групе кој формирао Социјални савјет, као и кроз њихово учешће у раду секција Социјалног савјета .

III Чланство у социјалном савјету

Законом о социјалном савјету предвиђени су број и структура чланава само за национални социјални савјет, док је остављено да се број и структура чланова локалних социјалних савјета уреде на локалном нивоу, одлукама о оснивању тих савјета.

Социјални савјет који је основан на нивоу државе, у складу са чланом 13 Закона о социјалном савјету има 33 члана, од којих по једнак број представника имају сва три социјална партнера. Тако, Савјет чине: 11 представника Владе, 11 представника репрезентативне организације синдиката Црне Горе и 11 представника репрезентативног удружења послодаваца у Црној Гори. Законом је предвиђено да уколико постоји више репрезентативних организација синдиката и послодаваца број представника који по закону припада том социјалном партнеру дијели се бројем репрезентативних организација синдиката и послодаваца, тако да имају једнак број представника. Са друге стране, ако није могуће утврдити исти број представника синдиката, већи број припада репрезентативној организацији синдиката која је бројнија. Обзиром да у Црној Гори од 2010. године на националном нивоу постоје два репрезентативна синдиката, који у Социјалном савјету имају укупно 11 чланова, а како је у пракси тешко утврдити који од њих је "бројнији", у досадашњем раду Социјалног савјета ова два синдиката су на основу интерног договора одређивала број чланова у Социјалном савјету. Тако, сваки од ова два синдиката делегира по пет чланова, а шести члан се одређује по принципу "ротације" – на начин сто га именује један, па други синдикат – на период од двије године.

Учешће репрезентативних синдиката у социјалном савјету предвиђено је и Законом о репрезентативности синдиката, који у члану 5 предвиђа да је једно од права синдиката коме је утврђена репрезентативност учешће у Социјалном савјету и другим трипартитним и мултипартитвним тијелима на одговарајућем нивоу.

Када је у питању статус чланова социјалног савјета, треба напоменути да сваки члан Социјалног савјета појединачно гласа, тако да сходно важећем законодавном оквиру, не постоји обавеза представника једног социјалног партнера да једнообразно гласају. Међутим, у пракси – представници Владе углавном имају јединствен став у погледу предмета расправе пред Савјетом. Слична је ситуација и са представницима Уније послодаваца. Међутим, нешто је другачија ситуација са представницима синдиката, као трећег социјалног партнера. Ово из разлога што су у Социјалном савјету

представнике имају два синдиката која су репрезентативна на нивоу државе: Унија слободних синдиката и Савез синдиката Црне Горе¹.

Један од недостатака у погледу чланства у Социјалном савјету јесте недовољна заступљеност жена у укупном броју чланова савјета. Тако, у Социјалном савјету који је организован на нивоу државе у првом сазиву од укупног броја чланова (33) само су четири биле жене, што је представљало 12.1% од укупног броја чланова; у другом сазиву Социјалног савјета од укупног броја чланова жена је било укупно пет, или 15,1%, док у посљедњем сазиву (из 2015. године) жена има осам, или 24,2%.

IV ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Социјални савјет има у дјелокругу рада широк спектар питања којима се бави, а која се могу сврстати у четири групе, и то:

1. питања која се тичу политике запошљавања; остваривања како индивидуалних, тако и колективних права из радног односа; питања која се тичу остваривања права по основу рада (социјално осигурање);
2. питања која се тичу статуса послодаваца на тржишту капитала;
3. питања која се тичу заштите животне средине;
4. питања која се тичу демографских кретања.

О наведеним питањима социјални савјет заузима ставове, из чега произилази да не може доносити одлуке које имају обавезујући карактер према субјектима на које су упућени- Влади, министарствима и сл. Дакле, социјални савјет првенствено има савјетодавну улогу, а у неким ситуацијама се може појавити као иницијатор у рјешавању проблема који се тичу економског и социјалног положаја запослених.

Значајан недостатак законодавног оквира који се односи на социјални савјет је што није јасно дефинисана обавеза министарстава да затраже мишљење од Социјалног савјета на прописе којима се уређују економска и

¹ Примјер ситуације у којој Социјални савјет није имао консензус јесте мишљење поводом измјена Закона о раду из 2011, када су представници Владе и Уније послодаваца дали позитивно мишљење на предложени текст, док су представници синдиката имали негативно мишљење у погледу појединих рјешења у закону. Ипак, у највећем броју случајева социјални савјет је доносио одлуке консензусом, посебно када су у питању мишљења на предложене текстове закона, као што су: Закон о репрезентативности; Закон о потврђивању измијењене Европске социјалне повеље; Закон о социјалном савјету; Закон о инспекцији рада; Закон о заштити и здрављу на раду; Закон о странцима, Закон о запошљавању и остваривању права по основу незапослености, Закон о родној равноправности.

социјална питања запослених, већ само постоји обавеза да се у року од 30 дана од добијеног мишљења од стране Савјета о истом изјасни. Из тог разлога, у досадашњем раду Социјалног савјета, мишљења на текстове наведених прописа тражена су углавном у ситуацијама када је предлагач прописа Министарство рада и социјалног старања, док за неке прописе који су од изузетног значаја социјални савјет није био укључен приликом њиховог разматрања на задовољавајући начин. Примјер за то је Закон о измјенама и допунама Закона о здравственој заштити, чији предлагач је било Министарство здравља, поводом којег је у оквиру Социјалног савјета вођена расправа само у погледу одредби које се тичу забране допунског рада у здравственим установама.

Надаље, законски оквир који уређује дјелокруг рада социјалног савјета не прецизира у којој фази социјални савјет треба да буде укључен у поступку доношења прописа којима се уређују економска и социјална питања. Социјални савјет, према томе може бити укључен када је пропис у фази нацрта или у фази предлога. Поставља се питање: да ли је сврсисходно укључивање социјалног савјета поводом прописа који су усвојени у форми предлога од стране Владе? Ово из разлога у овом случају мишљење социјалног савјета не може имати никакав утицај према Влади, а законом није предвиђена могућност да социјални савјет своје мишљење поводом предложеног закона доставља скупштини (нити да скупштина има обавезу да тражи такво мишљење). Осим тога, социјални савјет у досадашњем раду није учествовао на радним тијелима Скупштине на којима се разматрају питања економског и социјалног карактера, али су учешће имали социјални партнери на основу сопствене иницијативе, као представници чланова које окупљају.

Позитиван примјер утицаја одлука које доноси социјални савјет на националном нивоу је приликом утврђивања минималне зараде. Наиме према Закону о раду, минималну зараду у ЦГ утврђује Влада, на предлог Социјалног савјета. Иако се у конкретном случају ради о предлогу а не о одлуци која би имала обавезујући карактер, Влада је у протеклом периоду (од 2008. године) минималну зараду утврђивала у износу који је предложио Социјални савјет.

Социјални савјет је, осим давања мишљења на предлоге закона, стратегија и других прописа имао значајну улогу поводом обезбјеђивања социјалног мира у условима економске кризе. То потврђује чињеница да је на иницијативу Социјалног савјета урађен и потписан Меморандум о социјалном партнерству у околностима дјеловања глобалне економске кризе, који су 2009. године потписали репрезентативни социјални партнери на нивоу државе и Влада.

Недостатак постојећег правног оквира који уређује формирање, улога и однос социјалног савјета на нивоу државе и на локалном нивоу су сљедећи:

- није предвиђена обавеза формирања локалних социјалних савјета, већ је њихово постојање предвиђено као могућност. Посљедица таквог законског рјешења је чињеница да од 2008. године (од када је усвојен Закон о социјалном савјету) у Црној Гори су формирана само два савјета на локалном нивоу;

- нијесу јасно разграничене надлежности националног и локалних социјалних савјета, тако да у великом броју случајева долази до њиховог "преклапања";

- не постоји јасно дефинисана обавеза, као ни механизми за координација у раду, као ни за размјену информација између националног и локалних социјалних савјета.

Због свега наведеног, у циљу обезбјеђивања ефикаснијег и дјелотворнијег рада социјалног савјета на нивоу државе и локалних социјалних савјета, требало би обезбиједити сљедеће:

- У закону експлицитно навести да је социјални савјет независан у свом раду;

- Дефинисати обавезу ресорних министарстава да у погледу аката којима се уређују економско- социјална питања затражи мишљење социјалног савјета на нивоу државе прије него та акта добију форму предлога. Исту обавезу треба предвидјети за локалне самоуправе, када су у питању акта која се доносе на локално нивоу.

- Предвидјети обавезу формирања социјалних савјета на локалном нивоу, с тим што за неке мање општине, које су географски близу треба прецизирати услове за формирање заједничког социјалног савјета;

- Јасно дефинисати надлежности социјалног савјета на нивоу државе и локалних социјалних савјета, а у циљу координације рада ових савјета потребно је предвидјети обавезу извјештавања о раду локалних социјалних савјета. Ови извјештаји би се подносили социјалном савјету који је формиран на нивоу државе, најмање једном годишње.

- Обезбиједити услове за финансијску независност локалних социјалних савјета (по моделу који је предвиђен за социјални савјет на нивоу државе), као и одговарајуће просторне и техничке услове за рад;

- Спровести предвиђене процедуре за успостављање секретаријата социјалног савјета који је формиран на нивоу државе, као и обезбиједити одговарајуће техничке и просторне услове. Такође, потребно је размотрити могућности за формирање секретаријата локалних социјалних савјета;

- Предвидјети механизме сарадње између Социјалног савјета и парламента, односно локалних савјета и скупштине општине;

- Јачање експертских капацитета у стручним службама социјалних партнера (који нијесу на изборним функцијама);

- У циљу обезбјеђивања ефикаснијег и дјелотворнијег рада социјалног савјета, потребно је Пословником о раду предвидјети обавезу

одржавања редовних сједница савјета, најмање једном мјесечно. Такође, потребно је прецизирати начин доношења одлука, као и питање квалификоване већине приликом одлучивања (гласања) о питањима која су од посебног економско-социјално значаја.

Vesna Simović Zvicer, LL.D
Assistant Professor

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF TRIPARTISM IN THE CREATION OF LABOR LAW REGULATIONS IN MONTENEGRO

Summary

Tripartism, as one of the basic principles of labor law includes the participation of the social partners (government, trade unions and employers' associations) in the creation of regulations governing the relationships at work and on the basis of work. The establishment of this principle implies the existence of appropriate economic, social and political-legal requirements, or the existence of political pluralism and pluralism of trade union organizations at all levels.

Tripartism in Montenegro, its application is that the regulation of individual and collective rights of employees. In addition, tripartism was set up in other, and as a principle of institutional organization and decision-making in relations concerning labor rights and employment benefits. In this regard, special significance are social councils to be established at national and local levels.

This paper analyzes the role, composition and competencies and Social Council - at the state and local level. In this respect, points to the specific legal and institutional shortcomings in the functioning of social advice and give suggestions for their improvement.

Др Дејан Мирковић
Доцент Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

МЕЂУНАРОДНО ПРАВО, ЉУДСКА ПРАВА И УНИВЕРЗАЛНА НАДЛЕЖНОСТ

Апстракт:

Универзална надлежност међународног правосуђа се често претвара у селективну правду или у правно неограничену злоупотребу овлашћења. Теоретичари који су се залагали за универзалну надлежност попут Антонио Касеза првог председника МКСЈ, занемарили су важност тих догађаја. Пракса ССМП је показала да је и поред прокламоване универзалне надлежности и „моралне“ обавезе да се суди за Први светски рат, у пракси постојало много препрека таквим намерама, првенствено политичке природе. Зато ССМП није судио Вилхему II иако је у Версајском уговору наведено да је он прекршио моралне и правне норме. Исто се може тврдити и за суђења јапанским генералима и политичарима после Другог светског рата. Током 90-тих година прошлог века, упркос залагањима теоретичара за универзалну надлежност, у случају Банковић из 2001. Европски суд за људска права је фактички ограничио важност општих људских права. Са друге стране Патриотски акт у САД је допустио неовлашћено прислушкивање у САД и иностранству и тако омогућио неограничену универзалну надлежност за америчко правосуђе, законе и органе. Ови примери показују да се питање универзалне надлежности и њене примене мора разматрати у контексту политичких интереса у истој мери као и у оквиру међународног права. У супротном, теорија о универзалној надлежност може лако постати параван за селективну надлежност или за правно неограничену злоупотребу надлежности.

Кључне речи: *Универзална надлежност, Касезе, међународно право, случај Банковић, Патриотски акт*

1. Антонио Касезе, универзална надлежност и случај Банковић пред Европским судом за људска права

Да ли је међународно право изгубило свој значај крајем XX и XXI века? Да ли политика силе и државни разлог (*raison d' état*) у његовом најогољенијем виду, имају првенство над међународним уговорима, обичајима и правосуђем? Да ли је старо међународно право (чији је оснивач

био Хуго Гроцијус) изгубило свој значај? Куда иде међународно право и може ли се примењивати универзална надлежност у целом свету, као што то захтева Антонио Касезе, први председник МКСЈ и познати експерт за међународно право са универзитета у Фиренци.

Општепознати догађаји у последње две деценије указују да је међународно право изгубило свој значај, посебно на простору бивше Југославије за време грађанског рата у бившим југословенским републикама, ваздушног рата НАТО против СРЈ из 1999. Године, као и проглашења независности Косова 2008. године. Бројне међународне конвенције, начела и обичаји су прекршени (на штету Србије) током ових догађаја. Нажалост, међународно правна доктрина и међународни кривични судови су пратили овај негативни тренд, не само Међународни кривични суд за бившу Југославију (МКСЈ) ¹ већ и Међународни суд правде (МСП) и Европски суд за људска права. Такав рад међународних судова је поколебао чак и оне правнике у Србији који су сматрали да након престанка Хладног рата постоје међународне институције који нису под политичким утицајем.

Међународно правосуђе је управо у случајевима који су били повезани са Србијом показао да примењује такозвано адвокатско или селективно право (то квази-право је још Достојевски описивао као селективно оправдање кршења правних норми). ² Које су карактеристике овог новог међународног права? У теорији оно заступа универзалну док у пракси прихвата селективну надлежност.

Најпознатији представник ове доктрине је професор међународног права и међународни судија Антонио Касезе, који сматра да је од 90-тих доминатно „ново“ међународно право. Приоритет тог међународног права више није сувереност државе већ права човека. ³ због чега Касезе сматра да међународним судовима треба дати универзалну надлежност. За њега су људска права постала *bonum commune humanitatis* или добро целог човечанства, скуп вредности од великог значаја за све људе, док је суверенитет држава од другоразредног значаја. Прецизније, он сматра да дипломатско право и суверенитет држава морају да уступе пред људским правима (Два века раније је и Робеспјер „бич револуције“ сматрао да треба

¹ О самом раду МКСЈ или Хашког трибунала види Шкулић М, „Један поглед на Хашки трибунал и његово место у историји“, објављено у зборнику радова који приредио Ђирић Ј „Хашки трибунал између права и политике“, Институт за упоредно право, Београд, 2013. стр. 56–120. Проф. др Шкулић критикује флоскулу о еволутивно развоју међународног кривичног права од Нирнберга до Хага. О самом раду МКСЈ и подизању оптужница Del Ponte С. „La Caccia“ Feltrinelli, Milano, 2008. стр.187

² Види Достојевски Ф, „Дневник“ Том II, Москва 1998, стр 88

³ Касезе А, " Међународно кривично право“, Београдски центар за људска права, Београд, 2005. стр. 533

повезати кривичне санкције са доктрином универзалности људских права).⁴ Касезе критикује нефикасност старог међународног права. Међународне санкције које одобрава СБ ОУН су недовољне да се спрече „зверства“ или „заборав“ ратних злочина, сматра италијански правник. Зато се он позива на случај Ајнхман као пример које показује да је неопходна универзална надлежност у међународном кривичном праву⁵ (колико је то адекватно поређење са савременим догађајима посебно је питање). Поред тога, Касезе сматра да међународна заједница не треба више бити синоним за УН као што се сматрало у старом међународном праву (на пример, у Југославији и Србији је такво изједначавање заступао професор Стеван Ђорђевић)⁶ Она се мора развијати у проширивању надлежности држава и судова за све међународне злочине „без обзира где су извршени и без обзира на држављанство“⁷ и, као користан пример, наводи пресуду немачког Савезног суда у случају Соколовић из 2001. године

Ова правно- теоријска конструкција би имала смисла када би универзалана надлежност била прихваћена од стране свих држава. Проблем настаје када ту универзалну надлежност треба применити у пракси. Онда се поставља питање, на које државе се односи универзална надлежност? На пример, Европски суд за људска права је у случају Лозиду против Турске из 1996 пресудио да је Турска одговорна за дешавања на Северном Кипру јер тамо има ефективну контролу и оружане снаге. У том случају се може прихватити универзална јурисдикција Европског суда за људска права чак и на територији једне непризнате творевине као што је Северни Кипар. Са друге стране, у случају Банковић и други (родитељи погинулих у бомбардовању РТС, против Белгије и осталих НАТО држава уговорница Европске конвенције о људским правима) из 2001. године Европски суд за људска права је донео супротну пресуду. Она ограничава универзалну надлежност Европске конвенције о људским правима (ЕК) и Европског суда за људска права (иако је Србија много више у Европи него што је то Северни Кипар). Према пресуди Европског суда за људска права, државе које су учествовале у бомбардовању РТС (мисли се на европске државе јер САД и Канада нису потписнице Европске конвенције о људским правима) нису биле одговорне за кршење међународног хуманитарног права (пре свега у односу на члан 2 ЕК који гарантује право на живот и члан 10 који гарантује

⁴ Јовановић С. " Вођи Француске револуције " Издавачака књижарница Геце Кона, Београд, 1932,стр 313.

⁵ Касезе А.“ Међународно кривично право“, Београдски центар за људска права, Београд, 2005. стр.8

⁶ Ђорђевић С.“ Увод у међународно право„Службени гласник, Београд, 2007. стр.77

⁷ Касезе А.“ Међународно кривично право“, Београдски центар за људска права, Београд, 2005. стр.533

право на слободу изражавања). Оне наводно нису имале ефективну контролу над територијом Београда укључујући и ваздух који је према међународном јавном праву део сувернитета једне државе.⁸ Таква претпоставка о ваздушном простору као делу сувернитета је потврђена и у пресуди Међународног суда правде у случају Никарагва. Међутим, у пресуди у случају Банковић се прећуткује да се сам појам сувернитета дефинише као највиша власт или сила, о чему је писао Слободан Јовановић још пре једног века истичући да је сувереност највиша сила.⁹ У априлу 1999. године највишу власт на небу изнад Београда је имао само НАТО. Европски суд за људска права је у случају Банковић, у суштини, дошао до *contradictio in adjecto*. Прецизније, из пресуде се може закључити да или НАТО државе нису имале ефективну контролу над својим пилотима и авионима који су бомбардовали РТС, или нису имале контролу над „ваздушним простором“ изнад Београда. Да би оправдали овакав *contradictio in adjecto* судије су тврдиле и да ЕК има регионалну јурисдикцију иако су у случају Лозиду против Турске ту јурисдикцију прошириле на непризнату творевину Северни Кипар. Такође, због оваквих конструкција су прихваћене, у суштини, тврдње тужених држава да грађани СРЈ нису имали право на члан 2 и члан 10 који гарантује право на слободу изражавања (дакле то нису универзална људска права већ регионална према њиховом тумачењу) и да би осуђујућа пресуда угрозила даље акције НАТО, као и да је за кршење права на живот надлежан искључиво МКСЈ на простору бивше СФРЈ.

Дакле, теза Касеза по којој је неопходно успоставити универзалну кривичну одговорност на основу људских права у целом свету наилази на велике препреке у пракси. Да једна група најразвијених држава није спремна да примењује ту универзалну надлежност када се ради о њима, показује пресуда Европског суда за људска права у случају Банковић. Из тога произилази да старо међународно право које се заснивало на сувернитету држава и подељеној надлежности између држава и међународних организација (унутрашњег и међународног права) још увек постоји за одређене државе, упркос тезама Касеза о универзалној надлежности и људским правима која се примењују без изузетка. Тачније, државе се још увек не одричу сувернитета зарад виших моралних циљева у савременом свету.

Такође, процес признања независности Косова показује да „старо“ међународно право није изгубило свој значај, као што то тврди Касезе. Доктрина која проглашава приоритет и универзалност људских права није била довољна (и чињеница да је преко 100 држава признало независност

⁸ Крећа М. „Међународно јавно право „Правни факултет, Београд, 2012. стр.413.

⁹ Јовановић С., „О суверености“, Градина, Ниш, 1996. стр.51.

Косова) да независност буде апсолутна. Прецизније, да би и формално било независно, Косово мора испунити још један услов, односно чланство у УН, које није могуће без признања Србије (пример Бангладеша и Пакистана из 1974. то јасно показује). Зато се може тврдити да „старо“ међународно право (или начела, обичаји и институције УН) још увек имају одређени значај у међународним односима.

Из тога произилази да Касезе није био у праву када је прогласио да старо међународно право не постоји и да га треба заменити универзалном јурисдикацијом.

2. Игњатијев *raison d' état* или модерно међународно правосуђе као француски Конвент

Људска права нису једино оправдање за безусловну примену универзалне јурисдикације. Постоји и старија теорија односно, теорија државног разлога. Још је Робеспјер тврдио да Луј XVI мора бити погубљен не само због људских права, већ и због државног разлога (или заштите младе француске револуције која је била угрожена од спољашњих и унутрашњих непријатеља). Зато је суђење краљу било само формалност (усталом није му чак ни судио суд, већ скупштина/Конвент). Велики српски правник, Слободан Јовановић је тврдио да је такво резонување у суштини " тиранско" јер „кад год је владалац хтео уклонити с пута људе који нису имали судски доказане кривице, он је наводио државне разлоге, који су му допуштали све, јер их је он тумачио како је хтео ".¹⁰

Заступници нових теорија у међународном јавном праву (или они који негирају постојање старог међународног јавног права) редовно омаложавају значај правних начела, уговора и обичаја и СБ УН управо зарад државног разлога. У том црно- белом дискурсу иза којег стоји намерно неразумевање сложености међународног јавног права (или адвокатско оправдавање кршења истог) износи се тврдња да су само равнотежа снага или државни разлог(*raison d' état*) битни у модерним међународним односима. Сходно томе, међународни судови, попут МСП и Европског суда, треба да служе као инструменти политичких сила (или као француски Конвент у рукама Робеспјера). У том смислу, бивши амерички државни секретар и професор на Харварду Хенри Кисинџер се отворено диви кардиналу Ришељеу који је први на француском тлу инсистирао на доминацији државног разлога : „Доктрина државног разлог подразумева да добробит државе оправдава сва средства што се користе за његово остварење... У свету који је инагуришао Ришеље, државе више нису биле

¹⁰ Исто, стр 349

ограничене покушајима да се придржавају моралног кодекса....Јачи су тежили да доминирају, а слабији да се одупру“.¹¹ Међутим, чак ни Ришеље не одбацује потпуно морал јер каже да је „Владавина Божја начело по којем се управља државом“ (и не захтева примену силе ради преобраћења протестаната).¹²

Модерни заговорници универзалне надлежности у међународном праву ослањају и на још старије идеје од Ришељеових. Прецизније, на познату доктрину Николе Макијавелија (Италијан је уз кардинала Ришељеа вероватно најпознатији заступник теорије државног разлога) . Макијавели је још популарнији на Западу од Ришељеа када треба оправдати неограничену или селективну употребу силе у међународним односима (апсурд је свакако у томе да се се у XXI век улази са идејама старим преко 500 година). Данашњи заступници тезе да је сила јача од права и да је све дозвољено у међудржавним односима ако то захтева државни разлог, узимају Макијавелијево дело као нескривени узор у својим радовима. На пример, познати професор са Харварда и експерт за људска права Мајкл Игњатијев, објавио је 2013. године текст под насловом „Макијавелији је био у праву“.¹³ Игњатијев поводом 500 година од објављивања Макијавелијево књиге „Владалац“ тврди да је та књига, иако „аморална“, веома актуелна. Игњатијев сматра да прави државник мора да „ризикује своју душу“, он мора

¹¹ Х Кисинџер.“ Дипломатија“ књига 1, Верзал прес, Београд, 1999. стр. 49, за Кисинџера је државни разлог и и остварење националног интереса и рвнотежа снага.

¹² Ришеље државни разлог илаже у Политичком тестаменту, то је у суштини збирка савета француском краљу. Он пише да је владару водич античка филозофија и здрав разум. Општи интерес јер изнад појединчног. Ипак, казне су боље и од награда. јер онима који су против јавног интереса не треба показивати милост али и то треба радити са мером, Види Штале Ф, Дијамел О, Пизлије Е, „Енциклопедисјки речник политичке филозофије“ књига II, Издавачка књижарица Зорана Стојановића, Нови Сад, 1993, стр 851–858

¹³ <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2013/12/machiavelli-was-right/354672/> У њему овај „познати борац за људска права“ (директор центра за људска права при Универзитету Харвард) оправдава телевизијско убиство без суђења извршено над терористом Осамом бин Ладеном у Пакистану (јер циљ оправдава средства парафразиран он Макијавелија). Такође, Игњатијев уопште не обраћа пажњу на чињеницу да је убиство извршено над човеком који је био ненаоружан и окружен породицом, да није покушано привођење ради суђења пред америчким или међународним трибуналом. Он чак тврди да су Барак Обама и Хилари Клинтон наводно преузели политички ризик јер су уживо и пред камерама пратили пренос вансудску егзекуцију једног човека. Шта би се десило да егзекуција није успела, пита се патетично Игњатијев (као да је ненаоружани Бин Ладен имао икакве шансе да било шта учини?). Он ову средњовековну егзекуцију без суда и оптужнице назива „Макијавелистичким моментом“.(наравно, не пада му на памет да напише да се суђење морало бити избегнуто јер би некадашњи амерички миљеник и терориста био незгодан сведок/оптужени).

да ради лоше ствари ради „вишег“ добра. Затим прави вербалну аналогију са Сартровим „прљавим рукама“ (иако је то неприкладно када се имају у виду левичарски ставови овог француског филозофа)¹⁴ На тај начин брани своју конструкцију да нема разлике између кривичног дела тешког разбојништва карактеристичног за улице Њу Џерзија и кршења међународних правила.¹⁵

Игњатијев, као ватрени заговорник НАТО рата против СРЈ 1999. и Ирака 2003. године (тврдио је да Багдад поседује средства за масовно уништење) и сличних кршења међународног права, критикује америчког председника Обаму јер није лансирао крстареће ракете на Сирију. Зато Игњатијев упућује прекор Обама да није прави „макијавелиста“.¹⁶ Када се узме у обзир да је Игњатијев познато (и често цитирано) име у западној

¹⁴ Још једно нетачно поређење, довољно је погледати Сартр Ж. П. „Шта је књижевност“, 1984. Нолит, Београд, стр 107.

¹⁵ Макијавелија упоређује са ни мање ни више него са Тонијем Сопраном, измишљеним криминалцем италијанског порекла који делује на простору Њу Џерзија. (ово поређење иначе показује интелектуални ниво модерне западне елите и жалосне резултате негативне кадровске селекције). Након „излета“ у Њу Џерзи, Игњатијев помиње и државног разлога о који разматра Макијавели али не уме (или не жели) да дефинише разлику између државног разлога и обичног злочина Ипак, када се пажљиво прочита Макијавелијево најпознатије дело „Владалац“ јасно се да чак ни он не негира значај права у међуљудским и међународним односима. Напротив, неке његова идеје му служе на част (а постмодерним тумачима нових међународних односа на срамоту). Макијавели је је тврдио да су добри закони подједнако важни као и јака сила Види Макијавели Н. „Владалац“ Јавор издаваштво, Београд, 2012. стр. 53. Овакви ставови без сумње одступају од матрице по којој је је Макијавели заступник тезе о сили као једином релевантном фактору у међународним односима).

Тачније, ако је само сила битна у међународним односима, као што то тврди Игњатијев, онда ова монографија нема никакву практичну вредност. Ако само сила одређује међународне и међудржавне односе онда проучавање рада Међународног суда правде и посебно његовог односа према Србији нема већу вредност од читања спортских страна у дневним новинама .

¹⁶ So if we return to the Situation Room and to the decisions presidents make there, Machiavelli's *The Prince* tells us the question is not whether one human being should have the right to make such terrifying determinations. The essence of power, even in a democracy, is to use violence to protect the republic. It matters to the very soul of a republic, however, that the violence used in its defense never be gratuitous. His is not an ethic that values action for its own sake. Machiavelli praises restraint when it serves the republic. It may even be advisable, for example, for the president to stay the order to dispatch cruise missiles to Syria if he cannot discern a clear target or a defensible strategic objective. What he refuses to praise is people who value their conscience and their soul more than the interests of the state. What he will not pardon is public displays of indecision. We should not choose leaders who agonize, worrying about the moral hazards of the power they exercise in the people's name. We should choose leaders who sleep soundly after taking ultimate risks with their own virtue. They are doing what must be done. *The Prince's* question about the current president would be: Is he Machiavellian enough?

стручној јавности у области међународних односа, постаје јасније из каквог контекста долазе судије МСП или Европског суда за људска права (које су судиле у случају Банковић) јер, као што је је написао познати српски правник Милан Бартош: „Судије су мање или више везане за одређена идеолошка схватања, друштвено порекло, политичке ставове, правне системе итд, што се може одразити и на начин и садржину њиховог тумачења“.¹⁷ Зато се може приметити да селективну надлежност која се показала у случају када су тужене биле западне државе пред Европским судом за људска права (Банковић) прати и истовремено залагање за апосолутну универзалну надлежност, уз оправдање да се ради о државном разлогу. На тај начин се долази до једнострано усмерене универзалне надлежности која важи само за одређену групу држава и доминације државног разлога када се ради о другој групи држава.

3. Посредна сумња као основ новог међународног правосуђа и неограничене универзална надлежности након 2001. године

У новом међународном праву поред државног разлога и људских права и универзалне надлежности, често се користи и појам самоодбране као оправдање за кршење уговора и обичаја. На пример, у САД је уобичајено да се државни разлог поистовећује са самодобраном (онда се на основу тога дефинише непријатељ). Тако је Џорџ Буш након 2001. године тврдио да је Ирак повезан са нападима на Њујорк и да има оружје за масовно уништење (и да ће га употребити против САД), а исту тврдњу је и у СБ УН поновио његов државни секретар Колин Пауел. На основу оваквог широког дефинисања самоодбране се крши међународно право али и правила судског поступка. Сходно томе, слободно судијско уверење замењује доказе. Од 2001. године се у том контексту посебном Наредбом од 13. 11. у САД установљавању војне комисије које суде заробљеницима (по узору на војне комисије из 1942). Они немају праву на жалбу, немају право на бирање адвоката, поступак је сакривен од очију јавности. Изводе се и тајни докази а за заробљенике не важе Женевске конвенције (Касезе признаје у својој књизи да је „неспорно„да Наредба није у складу са Женевским конвенцијама) .¹⁸ Дакле, америчке судије суде као у Француској револуцији, као нека врста извршних органа која суди по слободном уверењу, не

¹⁷ Бартош М., „Међународно јавно право-уговорно право“, Службени лист СФРЈ, Београд, 1986. стр 330 Ипак, треба признати и да је то боље од праксе коју примењује МКСЈ. Касезе признаје да су у МКСЈ радиле судије које се пре тога никада нису обављале ту функцију

¹⁸ Касезе А. „Међународно кривично право“, Београдски центар за људска права, Београд, 2005. стр 365

осврћући се на доказе. Прецизније, у револуционарној Француској је Робеспјер под сличним оправдањем (самоодбрана од спољног и унутрашњег непријатеља, морални разлог) увео прериалски закон. Слободан Јовановић пише да су тим законом : „Оптуженом одузета и најосновнија јемства, није могао узети адвоката, није се могао позивати на сведоке, судило му се по моралним доказима, тј. по слободном судијском уверењу ”.¹⁹

4. Универзална надлежност у пракси међународних судова у периоду 1918–1945

Да се није радило само о пролазним аномалијама већ о традицији злоупотребе универзалне надлежности показује и рад Сталног суда међународне правде (ССМП). Упркос унификацији и проширивању универзалне надлежности након 1918. Стални суд међународне правде није судио цару Вилхем II. Он је избегао суђење пред ССМП иако је био један од криваца за Први светски рат 1914 и без обзира што је прекршио је бројне међународне уговоре (Хашке конвенције из 1899. и 1907., Прва и Дуга мароканска криза).²⁰ Вилхему није суђено пред ССМП после Првог светског рата, иако је то било предвиђено Версајским уговорима (штавише Вилхем II је након 1918. године провео остатак живота у удобном егзилу у Холандији све до 1941. године). Тачније, упркос чињеницама да је на Версајској конференцији 1919. формирана комисија која је неспорно утврдила кривицу кајзера за рат и без обзира на чињеницу да је у члану 227. Версајског уговора истакнуто да је управо он нанео повреду међународним уговорима и моралу (и да је неопходно да га Холандија изручи ради суђења пред посебним трибуналом) Вилхем није чак ни оптужен.²¹ Касезова теорија апсолутне универзалне надлежности по којој би се морало судити највишим званичницима након пада са власти и губитка имунитета се и у овом случају показује као неутемљена у правној теорији. Због такве селективне универзалне надлежности у пракси се Стални суд међународне правде бавио сударима француских и турских бродова у Медитерану (случај Лотус)

¹⁹ Јовановић С.“ Вођи Француске револуције ” Издавачака књижарница Геце Кона, Београд, 1932,стр 385.

²⁰ Касезе А.“ Међународно кривично право“, Београдски центар за људска права, Београд, 2005. стр 534.

²¹ Кајзер се у Холандији оженио, а власти те државе су одбиле да га изруче 1920. У суштини, против изручења је био амерички председник и тако је кајзер сносио само политичку одговорност за милионе мртвих у Првом светском рату. Види више Јовановић Ј.“ Суђење Вилхему II као кривцу за Светски рат“ Записи, број 4/1927 ,Цетиње, стр 226–230, пренето у „Међународно кривично право“ зборник радова, приредио Лопичић Ђ, Службени гласник, Београд,2006. стр.411–414.

проласком бродова са оружјем за Пољску кроз Килски канал (случај Вимблдон), а не случајевима због којих је створен.

Селективност и политички мотиви су преовладали и након Другог светског рата . Врховни командант јапанских снага и глава државе цар Хирохито није одговарао за бројна кршења међународног права, нелегалну употребу силе и мењање граница, као ни за ужасне биолошке експерименте над Русима и Кинезима. У том контексту, француски судија Бернар је у свом издвојеном мишљењу нагласио да „царево одсуство са суђења " наводи на мисао да је његов случај одмераваан посебним стандардима иако би било „сасвим заслужено и овде применити међународну правду ". Такође, у руском граду Хабаровску је одржано суђење јапанским официрима и научницима који су изводили експерименте над кинеским и руским заробљеницима. На том процесу је постављено питање одговорности јапанског цара Хирохита за смртоносне експерименте, који се нису могли одвијати без његовог знања. Дакле, сама идеја универзалне надлежности о којој је писао Касезе је од своје прве примене била модификована и компромитована.

5. Перспективе међународног права и универзалне надлежности

У задњих 100 година постоји неколико тенденција када се ради о универзалној надлежности. У правној и научној теорији још од Версајског уговора и формирања ССМП до МКСЈ и теоретичара попут Касезеа или Игњатијева постоји залагање за универзалну надлежност која би била изнад државног сувернитета. Она би се заснивала на људским правима и њиховој моралној заштити широм света. Спровођили би је судије „витезови људске природе“ попут оних које је описивао италијански правник Тезаре Бекарија. Робеспјер је претеча те моралне доктрине људских права која је приоритетна у односу на правне норме или правила и начела судског поступка.

Међутим, у пракси та теорија није одржива. После Версајског мира је формиран први универзални међународни суд, Стални суд међународне правде. Његов рад показује да је и поред прокламоване универзалне надлежности и „моралне“ обавезе да се суди за Први светски рат у пракси постојало много препрека, првенствено политичке природе. Зато ССМП није судио Вилхему II иако је у Версајском уговору наведено да је он прекршио моралне и правне норме. Исто се може тврдити и за суђења јапанским генералима и политичарима после Другог светског рата када њихов главнокомандујући, цар Хирохито, није чак ни оптужен. Почетком 90-тих година прошлог века је поново прокламована универзална надлежност као морални и правни циљ, чији је један од главних заговорника био први председник МКСЈ и професор међународног права Антонио Касезе. Он је сматрао да међународним судовима треба дати универзалну надлежност. За

њега су људска права постала *bonum commune humanitatis* или добро целог човечанства, скуп вредности од великог значаја за све људе. Сувернитет држава је од другоразредног значаја. Проблем је настао када је ту универзалну надлежност требало применити у пракси. У случају Банковић и други Европски суд за људска права је фактички донео пресуду 2001. године која је ограничила универзално важење људских права. Ови примери показују да се питање универзалне надлежности и њене примене мора разматрати у контексту политичких интереса а не само међународног права. Зато тврдње Антониа Касезеа да универзална надлежност јача правну кохезију међународне заједнице делују нерeално. Међународно право није сасвим одвојено од политичких циљева.

Dejan Mirović, LL.D
Assistant Professor

INTERNATIONAL LAW, HUMAN RIGHTS AND UNIVERSAL JURISDICTION

Summary

In the past 100 years, there have been several tendencies when referring to the topic of the universal jurisdiction. In the theory of law and science, even since the Treaty of Versailles and the foundation of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) up to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and theoreticians such as Cassese or Ignatieff, there has been an espousal for the universal jurisdiction of international justice which would be above the state sovereignty. It would be based on human rights and their moral protection worldwide. Robespierre was the precursor of this moral doctrine of human rights which took priority over the legal norms or rules and principles of the judicial process. After the Treaty of Versailles, the first universal international court was founded - The Permanent Court of International Justice. However, its work has shown that besides the proclaimed universal jurisdiction and the "moral" obligation to trial the cases concerning the First World War, in practice, there have been a lot of obstacles, primarily governed by political reasons. That is why the PCIJ did not prosecute Wilhelm II, even though it was stated in the Treaty of Versailles that he had violated the moral and legal norms. The same thing can be claimed for the trial of the Japanese generals and politicians after the Second World War, when not even their commander-in-chief, Hirohito, was accused. In the early 90's of the last century, the universal jurisdiction was proclaimed again. One of the main supporters of the universal jurisdiction was the first president of the ICTY and a professor of international law - Antonio Cassese. He deemed that international courts should be given the universal jurisdiction. For him, human rights have become *bonum commune humanitatis* (the welfare of the entire humanity) and a set of values of great importance for all the people. The sovereignty of states is of secondary importance. The problem occurs when that universal jurisdiction should be put into practice. For example, the European Court of Human Rights has made a ruling on the case of Loizidou against Turkey from 1996 that Turkey was responsible for the events that took place in Northern Cyprus because it had effective control and armed forces stationed there. In that case, one could speak of the universal jurisdiction of the European Court of Human Rights on the territory of a non-recognized state such as Northern Cyprus. In the case of Bankovic et al. (the parents of the people killed in the bombing of the RTS) against Belgium and other NATO countries which are the parties of the

contract of the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights has made an opposite ruling. It restricts the universal jurisdiction of EC even though Serbia is located in Europe far more than Northern Cyprus is. These examples show that the question of the universal jurisdiction and its implementation must be considered in the context of international law and not in the context of political interests. Otherwise, the universal jurisdiction will turn into a selective or even an unlimited abuse of itself.

Ирена Божић

**Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица**

ЖИВОТНА СРЕДИНА - ПРАВО И ЗАШТИТА

Анстракт:

Загађење животне средине и њена заштита једно је од најактуелнијих проблема савременог друштва. Степен оствареног индустријског и технолошког развоја прети да уништи свет какав знамо. Препознавајући значај који заштита животне средине има, државе су међународном и регионалном плану донеле значајне документе који се баве овом проблематиком. Поред тога, право на здраву животну средину представља данас једно од основних и најзначајнијих људских права јер од њега зависи уживање осталих људских права, а пре свих право на живот.

Кључне речи: *животна средина, одрживи развој, заштита животне средине, Стокхолмска декларација, Рио декларација, Архурска конвенција, ЕУ, Устав РС.*

Увод

Савремени развој људског друштва је посебно последњих деценија, праћен великом еколошком кризом. Индустријализација, урбанизација и глобализација довеле су у питање човеков опстанак на земљи. Модерни развој, посебно индустријски развијених земаља има за последицу трајне и глобалне поремећаје у еколошком систему што директно угрожава постојећу еколошку равнотежу. Климатске промене, озонске рупе, губитак биодиверзитета тј нестанак одређених врста сисара и птица, загађење вода и обала, загађење и деградација земљишта, пропадање шума, све су то последице људских активности у име напретка и развоја човечанства које су, да иронија буде већа, довеле у опасност будућност и опстанак истог.

Заштита животне средине и њено унапређење једно је од најактуелнијих и најзначајних проблема са којим се бори савремено друштво. Животна средина је све оно што нас окружује и што директно утиче на развој, раст и дужину живота сваког организма. Све до почетка седамдесетих година прошлог века питања животне средине и њене заштите није изазивало превелику пажњу јавности. Међутим, са порастом негативних последица људских активности по природну средину (које иду дотле да је учине непогодном за живот човека) свест јавности је почела да се буди. Постало је јасно да природна богатства нису неограничена и да се морају користити рационално и одговорно. Упоредо са тим, почињу да се јављају

Ирена Божић

бројни покрети „зелених“, и све више јавно скреће пажња на разорна дејства по природу и животну средину.

Пораст активности у циљу заштите животне средине пропраћен је, по логици ствари, одговарајућом и све обимнијом правном регулативом. У том смислу, брзо се схватило да деловање само на националном плану није довољно. Државе се повезују на међународном нивоу, како би удружене зауставили надолazeћу катастрофу и очувале животну средину, што је резултирало усвајањем неких значајних међународних докумената. Упоредо са тим, радило се и на регионалном плану на питањима животне средине и њене заштите па се тај период од седамдесетих до осамдесетих година прошлог века може сматрати бумом еколошког права. Данас еколошко право представља једну од најмлађих грана права која се сваког дана развија и надограђује у циљу очувања нашег највећег блага- природе која нас окружује и у којој живимо.

Прва конференција УН посвећена животној средини која је одржана 1972 године у Стокхолму, представља прекратницу у односу човечанства према животној средини. На тој конференцији донета је Стокхолмска декларација и Одлука о оснивању органа УН који ће се бавити проблемима животне средине и координацијом активности држава чланица на овом пољу- Програма УН за животну средину (UNEP-United Nations Environment Programme) који је започео са радом 1973. године. Исте године у тадашњој Европској Економској заједници (ЕЕЗ) почињу да се доносе петогодишњи планови заштите животне средине који су у почетку били усмерени ка заштити од постојећег загађења, али је временом тежиште стављено на предузимању активних превентивних мера. Концепт заштите животне средине се значајно шири а еколошки аспект бива све више укључен у политику ЕЕЗ и у другим областима. У том периоду ЕЕЗ формулише основна начела деловања у домену заштите животне средине која се подударају са начелима међународног права заштите животне средине насталих на универзалном нивоу.

Животна средина и њена заштита представља данас једну од области којој Европска унија (ЕУ) посвећује посебну пажњу. Сарадња са овом организацијом је тешко замислива без еколошког аспекта који је један од предуслова сарадње са ЕУ и њеним чланицама. То подразумева прилагођавање политици и комунитарној правној регулативи у свим областима па и у области заштите животне средине. Ово је нарочито значајно за државе које нису, али претендују да буду чланице ЕУ, међу којима је и Србија.

Стокхолмска декларација из 1972. године је први документ који изричито идентификује право на здраву животну средину¹. Иако су се многи међународни документи бавили питањима животне средине малобројни су они који изричито помињу право на здраву животну средину. Пример таквих докумената су Конвенција о правима детета из 1989. године, Афричка повеља о људским правима и правима народа из 1981. године и Сан Салвадорски протокол уз Америчку повељу о људским правима из 1989. године.²

Право на здраву животну средину је несумњиво људско право, али у теорији постоје неслагања око тога да ли оно припада тзв. правима треће генерације, правима солидарности или је јединствени скуп грађанских, процесних права са једне стране и социјално, економских и културних, са друге. Док се правима прве генерација сматрају грађанска и политичка права а правима друге генерације економска и социјална права, правима треће генерације сматрају се права која су настала углавном после Другог светског рата, као што су право на здраву животну средину, право на развој, право на мир и слично. Оваква категоризација није у потпуности одржива јер се многа од права треће генерације лако могу сврстати у прве две категорије, једина разлика је у томе што су она настала касније и формулисана, из простог разлога јер је и свест о њима касније настала, као у случају технолошког прогреса код животне средине³. Прихватљивије су, ипак, концепције да је право на здраву животну средину својеврстан скуп грађанских, процесних, социјалних, економских и културних права. Право на здраву животну средину или адекватну, како наводе поједини аутори сматрајући израз здраву превазиђеним,⁴ обухвата у себи право на приступ информацијама од значаја за животну средину, учешће јавности у процесу доношења одлука и право на правну заштиту у питањима животне средине. Са друге стране здрава животна средина се може посматрати и као социјално и економско право које обезбеђује одређени степен стандарда и квалитет у заштити животне средине.

¹ Начело 1. Стокхолмске декларације, види на: <http://www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>

² М. Стопић, Н. Дичић, Ј. Зорић, *Правци заштите животне средине у Србији*, Београд 2009, стр 13-14

³ В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *Међународно право људских права*, Београд 2007, стр. 59-60

⁴ Види више: В. Вукасовић, *Међународноправно регулисање права на адекватну животну средину*, Међународни проблеми Vol. LV, No. 1/2003, Институт за међународну политику и привреду Београд

1. Развој права заштите животне средине на међународном плану

Развој политике и права заштите животне средине на међународном плану отпочео је седамдесетих година прошлог века. Уговори који су до тада закључивани само су се посредно и спорадично бавили заштитом животне средине а њихов основни циљ је био да се рационализује коришћење ресурса.⁵ После прве конференције посвећене животnoj средини, одржаној под окриљем УН, и усвајања Стокхолмске декларације право животне средине полако почиње да се развија на међународном, регионалном и билатералном нивоу.

Двадесет година од усвајања Стокхолмске декларације одржана је, опет под окриљем УН, конференција о околини и развоју у Рио де Жанеиру. На њој је усвојена Декларација о животnoj средини и развоју, позната као Рио декларација, којом је прокламован принцип одрживог развоја. Животна средина је за економију и индустрију била непресушни извор ресурса и енергије, што је доводио је до нарушавања квалитета животне средине, како за садашње тако и за будуће генерације. Нема сумње да су енергетска и материјална производња, као и трговина главни носиоци економског раста, али и главни загађивачи животне средине. На конференцији у Рију утврђене су смернице које би требало да унесу промене таког стања и поведу ка одрживом развоју. Најутицајнију дефиницију одрживог развоја дала је Светска комисија за околину и развој, позната и као Брунтлендова комисија, 1987. године у свом извештају под називом „Наша заједничка будућност“⁶. Према тој дефиницији одрживи развој је онај развој који омогућава задовољавање садашњих потреба не угрожавајући могућност будућих генерација да задовоље своје потребе.⁶ Одрживи развој означава јединство и склад економије и екологије и одговорно коришћење ресурса за задовољавање потреба, како би се природна богатства и ресурси сачували и за будуће генерације.

На конференцији у Рио де Жанеиру усвојен је и Акциони план одрживог развоја у 21. веку познат и као Агенда 21, као и Оквирна конвенција о климатским променама. Агенда 21 представља свеобухватни план активности које треба предузети на глобалном, националном и локалном нивоу у свим областима у којима људски фактор има утицаја на животну средину⁷. Спровођење Агенде 21 је одређено као питање од

⁵ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд 2010, стр. 641

⁶ *Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development*, 1987, стр. 16, преузето са: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>

⁷ В. Мракић, *Међународне организације и животна средина, Приручник за заштиту животне средине*, Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, АТЦ Београд, 2011 стр. 82-83

националног значаја, за које су првенствено одговорне државе. Упоредо са тим, међународне, регионалне и подрегионалне организације треба да пруже подршку напорима које улажу државе, с тим што се подстиче што шире учешће јавности као и невладиних организација и других заинтересованих друштвених група.⁸ Оквирна конвенција има за циљ смањење емисије гасова стаклене баште на глобалном нивоу, а како су развијене државе највећи произвођачи глобалних емисија гасова, то су и њихове обавезе асиметрично постављене па оне, поред општих обавеза које имају и остале стране уговорнице, имају и неке посебне обавезе. Ове државе су побројане у Анексу I и од њих се очекује да учине највише у погледу смањења штетних емисија. Нажалост, ефекти ове Конвенције су занемарљиви јер развијене земље нису желеле да се изричито обавезу на смањење емисије гасова стаклене баште, нити да развију механизме за спровођење преузетих обавеза. Због тога је 1997. године усвојен Кјото протокол како би се обавезе из Конвенције конкретизовале и учиниле оперативнијим.⁹ Главна разлика између Протокола и Конвенције је у томе да Конвенција подстиче развијене земље да редукују емисије гасова, док их Протокол на то обавезује. Многе уговорнице су се опирале обавезивању тако да је Протокол ступио на снагу 2005. године. САД нису ратификовале Протокол, а Канада се повукла из истог. На крају првог периода примене Протокола закључено је да је он мало допринео смањењу емисије гасова, да су учинци скромни и да његов циљ није испуњен. Ипак, Кјото Протокол представља први важан корак ка истинском глобалном режиму за редукацију и стабилизацију емисија гасова стаклене баште. Иако његов циљ није испуњен Протокол је допринео свести о потреби смањења емисије штетних гасова и дао подстицај даљој борби против негативних последица климатских промена.

II. Конвенцији о доступности информација, учешћу јавности у одлучивању и праву на правну заштиту у питањима животне средине

У Рио Декларацији промовисан је принцип да се питања заштите животне средине најбоље решавају уз учешће свих заинтересованих грађана. Да би се то остварило њима се мора омогућити приступ информацијама које се односе на животну средину а које поседују органи власти, а такође треба им обезбедити учешће у процесу одлучивања. Поред тога, државе треба да охрабре и подрже јавну свест и учешће.¹⁰ Многе државе су после Рио

⁸ С. Нешић, развој међународног права у области животне средине, *Међународно право и животна средина*, ОЕБС Београд 2010, стр. 8-9

⁹ М. Крећа, стр. 653-655

¹⁰ Начело 10 Рио декларације, преузето са: <http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=78&articleid=1163>

конференције донеле прописе у духу овог принципа али ипак је било неопходно донети документ који би га регулисао формалноправно на међународном и националном нивоу. Овај концепт детаљно је разрађен Конвенцијом о доступности информација, учешћу јавности у одлучивању и праву на правну заштиту у питањима животне средине која је усвојена 1998. године под окриљем Економске комисије УН за Европу у Архусу (Архуска конвенција).

Архуска конвенција је први међународни документ који изричито успоставља везу између поштовања основних људских права и стања тј. заштите животне средине. Адекватна заштита животне средине Архуском конвенцијом је дефинисана као основно људско право. У циљу остварења права сваке особе да живи у животној средини која одговара њеном здрављу и благостању, и поштовања дужности да се животна средина штити и унапређује, грађани и њихова удружења морају имати приступ еколошким информацијама, право на учешће у доношењу одлука о животној средини и право на приступ судовима у питањима заштите животне средине. Такође, за разлику од претходних међународних уговора у овој области који регулишу права и обавезе на нивоу држава-држава, Архуска конвенција уређује права и обавезе између државе потписнице конвенције и њених грађана.

Први део или први „стуб“, како се често наводи, Архуске конвенције односи се на право на приступ информацијама о животној средини. Према конвенцији, свако физичко и правно лице има право да тражи еколошку информацију без потребе да објашњава свој правни интерес за тим, а државни органи су дужни да му у томе удовоље у року од тридесет дана, без трошкова или уз минималне трошкове. Изузетно, тај рок може износити шездесет дана.¹¹ Насупрот праву ових субјеката стоји обавеза државе да омогући да државни органи поседују и достављају информације. Право на приступ информацијама трпи и извесна ограничења, па тако државни органи могу ускратити тражену информацију из разлога општег и посебног карактера. Разлози општег карактера тичу се формалних недостатака захтева за информацијом (неразуман, уопштен захтев) или чињенице да орган од којег је тражена информација уопште не располаже њоме, или да се захтев односи на материјал који још није компетиран или се тиче интерних саопштења органа власти. Разлози посебног карактера таксативно су побројани у чл. 4 и обухватају случајеве када би давање тражене информације могло да угрози јавни интерес, националну одбрану, међународне односе, јавну безбедност, права интелектуалне својине, поверљивост поступака пред судом ако је таква поверљивост предвиђена законом, поверљивост пословних информација ако је таква поверљивост

¹¹ Чл. 4 и 5 Архуске конвенције, „Сл. гласник РС-Међународни уговори“ бр. 38/09

предвиђена законом, поверљивост личних података ако је таква поверљивост предвиђена законом или животну средину на коју се информације односе.

Право на приступ информацијама о животној средини је у суштини инструмент за праћење и контролисање делотворности закона и њиховог ефикасног спровођења од стране јавности. Могућност контроле може позитивно да утиче на рад државне управе, а посебно на загађиваче, који су по правилима главни одговорни. Ово право претходи праву на учешће у доношењу одлука о животној средини и праву на правну заштиту у питањима животне средине, јер само адекватно и добро информисани грађани могу користити своја процесна права и учествовати у доношењу одлука које се тичу како њих тако и будућих генерација.

Други стуб Архуске конвенције је право грађана да учествују у доношењу одлука о животној средини. Ово право је широко формулисано тако да обухвата партиципацију у доношењу одлука о посебним активностима, учешће у изради планова, програма и политике у области животне средине, као и у припреми законских прописа. Чланом 6. прописано је да јавност мора бити обавештена у сваком случају када се доноси одлука која се тиче, или има утицаја на животну средину. Оно што је још битније јесте да, поред тога што јавност мора бити обавештена, то треба да буде у фази док јавност још може реаговати тј. док став јавности још увек може бити релевантан и имплементиран. Јавност ће бити обавештена путем јавног саопштења или појединачно ако је то могуће, адекватно, ефикасно и правовремено. Стране уговорнице су дужне да предузму одговарајуће мере за учешће јавности у припреми планова и програма у вези са животном средином, док када је у питању политика која се односи на животну средину, стране уговорнице имају само обавезу да обезбеде могућност учешћа јавности у припреми.¹² Када је реч о учешћу јавности у доношењу прописа и закона у вези са животном средином, потребно је утврдити довољне временске рокове за ефикасно учешће јавности, благовремено ставити нацрте прописа на увид јавности и дати могућност јавности да учествује у расправи, било директно, било преко представничких тела¹³.

Трећи стуб је право на правну заштиту у питањима животне средине, које има три аспекта. Први подразумева право грађанина да у судском или другом законом утврђеном поступку преиспитује одлуку органа власти, уколико сматра да је његов захтева за приступ информацији која се односи на животну средину игнорисан или неоправдано одбијен, у целини или деловима. У случају немогућности покретања поступка правне заштите пред редовним судовима држава је дужна да обезбеди могућност бесплатног или

¹² Чл. 7 Архуске конвенције

¹³ *Ibid.*, чл. 8

јефтиног поступка поновног разматрања од стране јавне управе или независног, непристрасног тела, изузев суда¹⁴. Други аспект односи се на право заинтересоване јавности да преиспитује одлуку донету у поступку у којем је имала право да буде консултована. Довољан интерес се утврђује у складу са захтевима националног законодавства и са циљем да се јавности омогући широка доступност правосуђа. Конвенцијом је утврђен привилегован положај невладиних организација будући да се ове организације које се баве заштитом животне средине увек сматрају заинтересованим. Заинтересована јавност има и право да директно преиспитује законитост понашања, аката и пропуштања органа јавне власти, или приватних лица у односу на законе којима се штити животна средина. То је трећи аспект права на правну заштиту, у коме је заправо реч о судској контроли понашања лица и органа обавезаних законом у односу на прописане стандарде заштите животне средине од стране јавности, што може позитивно да утиче на ефикасну примену закона, добру административну праксу и одговорно понашање компанија.

III. Животна средина у Европској Унији

Заштита животне средине је једна од основних, темељних вредности Европске уније. У оснивачком уговору ЕЕЗ, Римском споразуму из 1957., животна средина и њена заштита нису спомињани, што одговора стању ствари које је тада постојало и на међународном плану. Тек након Стокхолмске конференције и пораста и јачања зелених покрета на нивоу ЕЗ почиње да се уобличава политика заштите животне средине, и еколошки принципи који се полако уграђују и у остале политике ЕЗ. Еколошки проблеми све више превазилазе националне границе док је за њихово решавање потребна координација и сарадња на ширем плану. Први акциони план за заштиту животне средине из 1973. године промовише индивидуалне активности, али још увек не уобличава концепт политике заштите животне средине.¹⁵

Значајним помаком у развоју европског еколошког права представља усвајање Јединственог европског акта којим је материја животне средине по први пут регулисана у издвојеном поглављу. Овим актом извршене су измене Уговора о оснивању ЕЗ, утврђени су циљеви који се желе постићи у овој области, поступак доношења прописа и улога органа у њима, могућност утврђивања виших стандарда заштите од стране држава чланица. Уговором о оснивању ЕУ (Мастрихтским уговором) из 1992. године заштита животне

¹⁴ *Ibid.*, чл. 9

¹⁵ В. Атељевић *et al.*, *Изазови европских интеграција у областима заштите животне средине и одрживог развоја локалних заједница*, ПАЛГО Београд, 2011, стр. 16-17

средине је утврђена као једна од основних области деловања Уније а одрживи развој је изричито означен као циљ Уније. Даљом изменом оснивачких уговора односно Уговором уз Амстердама (1997.) државе чланице ЕУ су преузеле обавезу да стреме високој мери заштите и побољшању квалитета животне средине као и да код свих мера које предузимају воде рачуна о интересима уније. Уговором из Нице (2001.) настављена је тенденција свеобухватних и интензивних напора ЕУ у очувању и побољшању квалитета животне средине, док је уговор из Лисабона раздвојио надлежности у овој области између држава чланица и ЕУ, а учињене су и измене у начину одлучивања Савета Европе.¹⁶ Поред ових, примарних извора европског еколошког права, донето је и низ секундарних као што су уредбе, директиве, одлуке, препоруке и мишљења. Значајна је и Повеља о основним правима ЕУ из 2000. године у којој се не помиње изричито право на адекватну животну средину, али се на више места, без сумње, повезују област заштите људских права и област заштите животне средине.

Политика заштите животне средине у ЕУ има за циљ заштиту, очување и побољшање квалитета животне средине, одговорно и рационално коришћење природних ресурса и заштиту здравља људи. Она почива на следећим начелима:

- *Начело предострожности* које подразумева да се одсуство необоривих научних доказа не може користити као изговор за одлагање предузимања мера заштите животне средине. Ово начело је део ширег начела превенције;

- Начело превенције односи се на предузимање мера да се еколошка штета предвиди и спречи а тамо где се догодила да се њене последице ублаже и спречи њихово ширење;

- *Начело да штета на животној средини треба да буде отклоњена* на извору загађења повезана је са политиком управљања отпадом, односно решавањем проблема отпада на месту настанка и спречавањем његовог кретања;

- *Начело „загађивач плаћа“* је заправо општи правни принцип у материји одговорности за штету а подразумева да трошкове последица штете односно загађивања животне средине, сноси онај који је ту штету проузроковао.¹⁷

ЕУ је у погледу кривичне одговорности за штете у животној средини усвојила Директиву 2008/99/ЕЗ којом се ради ефикасније заштите животне

¹⁶ А. Чавошки, Право ЕУ у области животне средине, *Приручник за заштиту животне средине*, Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, АТЦ Београд, 2011 стр. 143

¹⁷ В. Атељевић *et al*, стр 31-32

средине прописују мере које државе чланице треба да предузму у националном законодавствима. Директивом су прописани само минимални стандарди, тако да државе могу да предвиде и строже заштитне мере. Директива обавезује државе да инкриминишу радње као што су: противправно поступање приликом одлагања, сладиштења и транспортовања отпада, нарочито опасног; илегалне испоруке отпада; незаконити рад постројења у којима се спроводе опасне делатности или чувају опасне супстанце и препарати; незаконита производња, складиштење, коришћење, транспорт, увоз или извоз нуклеарног материјала или других радиоактивних супстанци; незаконито поседовање, коришћење, убијање или трговина заштићеним примерцима дивље флоре и фауне, незаконита трговина или коришћење супстанци које оштећују озонски омотач, итд¹⁸.

Право које се ствара и важи у ЕУ представља комунитарно право, које почива на тековинама европско-континенталног права (*acquis communautaire*). Оно је скуп права и обавеза држава чланица, са којим друге државе које претендују да постану чланице ЕУ морају да ускладе своје право. Кроз хармонизацију националних законодавстава са комунитарним правом осигуравају се високи стандарди у заштити и очувању животне средине и стандардизују начела и принципи еколошког права.

IV. Еколошко право у Србији

Право на здраву животну средину прописују устави многих земаља. Гарантовањем права на здраву животну средину уставотворац указује на суштински значај који имају заштита и очување животне средине, како за појединца тако и за читаво друштво. Поштовање овог права је уско повезано са свим осталим људским правима гарантованим уставом, почевши од права на живот па надаље. Устав Републике Србије прописује да свако има право на здраву животну средину као и на благовремено и потпуно обавештавање о њеном стању. Одговорност за заштиту животне средине је постављена широко па је у том смислу одговорно свако физичко и правно лице. Уставом се изричито прописује одговорност републике и аутономне покрајине за заштиту животне средине, али нема прописане обавезе предузимања било каквих мера и активности за очување и побољшање квалитета животне средине. Поред тога, прописано је и да је свако дужан да чува и побољшава животну средину.¹⁹

У складу са усвојеним међународним и регионалним стандардима заштите животне средине Србија је приступила стварању еколошког права

¹⁸ Д. Тодић, *Водич кроз ЕУ политике-Животна средина*, Европски покрет у Србији, Београд 2010, стр. 97-99

¹⁹ Чл. 74 Устава Републике Србије, „Сл. гласник РС“ бр. 98/06

које је требало да подигне на виши ниво очување, заштиту и квалитет животне средине. Ратификовала је Конвенцију о доступности информација, учешћу јавности у одлучивању и праву на правну заштиту у питањима заштите животне средине која директно обавезује нашу земљу да осигура и обезбеди стандарде који су њоме прописани. Осим тога, потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ, Република Србија је преузела обавезу да своје законодавство усклади са комунитарним правом, а у процесу преговарања и усклађивања једно од поглавља јесте и материја животне средине, као једна од најважнијих и најзахтевнијих области којој ЕУ посвећује посебну пажњу.

Материја заштите животне средине је у Србији регулисана већим бројем законских и подзаконских аката, који се могу поделити у опште и посебне. У опште спадају: Закон о заштити животне средине²⁰, Закон о интегрисаном спречавању и контролисању загађења животне средине²¹, Закон о процени утицаја на животну средину²² и Закон о стратешкој процени утицаја на животну средину²³. Упоредо са тим, посебни правни акти уређују поједине, уже областима права животне средине и њене заштите као што су: Закон о заштити од јонизујућих зрачења и о нуклеарној сигурности²⁴, Закон о заштити ваздуха²⁵, Закон о управљању отпадом²⁶, Закон о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и о његовом уништавању²⁷ и многи други. Влада Републике Србије је 2010. године на основу Закона о заштити животне средине донела Национални програм заштите животне средине²⁸ који представља најважнији стратешки документ у овој области. Њиме се врши планирање и управљање заштитом животне средине у периоду од десет година, а циљ је развој модерне политике заштите животне средине.

Законом о заштити животне средине, између осталог, регулисано је и питање грађанскоправне заштите животне средине, односно питање одговорности загађивача, накнаде за загађивање и накнаде за штету. Накнаду за загађивање плаћа свако ко загађује животну средину емисијама, односном отпадом као и ко користи или ставља у промет сировине, или производе који садрже материје штетне по животну средину. Средства од

²⁰ „Сл. гласник РС” бр. 135/04, 36/09, 36/09-др.закон, 72/09-др.закон, 43/11-УС, 14/16

²¹ „Сл. гласник РС” бр. 135/04, 25/15

²² „Сл. гласник РС” бр. 135/04, 36/09

²³ „Сл. гласник РС” бр. 135/04, 88/10

²⁴ „Сл. гласник РС” бр. 36/09, 93/12

²⁵ „Сл. гласник РС” бр. 36/09, 10/13

²⁶ „Сл. гласник РС” бр. 36/09, 88/10, 14/16

²⁷ „Сл. гласник РС” бр. 36/09, 104/13

²⁸ „Сл. гласник РС” бр. 12/10

накнаде се деле између Републике и јединице локалне самоуправе на чијој територији је дошло до загађења.²⁹ У случају загађења, загађивач је одговоран по начелу објективне одговорности³⁰ и дужан је да предузме мере санације штете, а ако санација није могућа онда је дужан да накнади штету у вредности уништеног добра³¹. Свако коме је нанета штета има право на накнаду штете у судском поступку, који је према Закону, хитан. Ако нема других лица која имају то право, право на накнаду штете задржава Република Србија.³² У свим осталим питањима накнаде штете која нису регулисана овим законом, примењује се Закон о облигационим односима.

Што се кривичноправне заштите тиче у Кривичном законнику Србије³³ кривична дела којима се штити животна средина груписана су у Глави XXIV под називом „Кривична дела против животне средине“. Ради се о осамнаест кривичних дела а основно је дело загађења животне средине³⁴ којим се санкционише загађење воде, земљишта или ваздуха у већој мери, или на ширем простору. За постојање дела потребно је да је до загађења дошло кршењем прописа о заштити, очувању и унапређењу животне средине. Поред ових постоје и споредна еколошка кривична дела која су прописана Законом о заштити животне средине, Законом о водама³⁵ и др. Кривична дела против животне средине се могу поделити у три групе:

1. *Права кривична дела* (кривична дела у ужем смислу)- она су систематизована у Кривичном законнику Србије у оквиру кривичних дела против животне средине; непосредни објект заштите код ових дела је животна средина у целини или неки њен саставни део који чини природно и здраво окружење;

2. *Неправа кривична дела* (кривична дела у ширем смислу)- систематизована су у Кривичном законнику али је код њих примарни обејкат напада нека друга друштвена вредност а до напада на животну средину долази индиректно. У складу са овим критеријумом та кривична дела су класификована у одговарајуће главе;

3. *Споредна кривична дела* која се не налазе у Кривичном законнику као основном законодавном акту у овој области већ су систематизована у споредном кривичном законодавству. Споредно кривично законодавство су законски акти који регулишу животну средину или неке од њених саставних делова а садрже посебно поглавље „Казнене одредбе“ на крају акта. У том

²⁹ Чл. 85 Закона о заштити животне средине

³⁰ *Ibid.*, чл. 103

³¹ *Ibid.*, чл. 104

³² *Ibid.*, чл. 105

³³ „Сл. гласник РС“, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14

³⁴ Чл. 260 Кривичног законика РС

³⁵ М. Стопић *et al*, стр. 49

поглављу предвиђа се једно, или више кривичних дела која су систематизована према врсти и карактеристикама као и врста и степен казне која се може изрећи, док су поступак и предмет поступка прописани Кривичним закоником. Постоје три прописа која предвиђају ова споредна кривична дела: Закон о здрављу биља, Закон о средствима за заштиту биља и Закон о генетски модификованим организмима.³⁶

У области животне средине кривична заштита би требало да представља последње средство коме се прибегава. Акцент треба да буде на превентивној заштити. За то је неопходно подићи свест о значају очувања и заштите животне средине која код нас није на завидном нивоу. Томе не доприноси ни казнена политика која је у овој области веома блага. Наиме, према подацима Републичког завода за статистику за 2014. годину, поднето је 2148 кривичних пријава у овој области, од чега је оптужница поднета у 620 случајева. Изречено је 589 казни од којих је 342 условних осуда, 119 новчаних казни, 103 казни затвора (највећи број на казну затвора од 3 до 6 месеци), 18 осуда на рад у јавном интересу, 11 споредних казни, 5 судских опомена, док су у два случаја починиоци проглашени кривим али су ослобођени казне.³⁷ Приметна је доминација условне осуде, као и релативно слабо коришћење казне рада у јавном интересу, која би могла да буде веома корисна нпр укључивањем осуђеног у рад организација за заштиту животне средине.

V. Закључак

Може се закључити да се питањима животне средине и њене заштите данас посвећује довољно пажње. Од седамдесетих година двадесетог века и конференције УН у Стокхолму па до данас право заштите животне средине превалило је дугачак пут. Од спорадичне и углавном појединачне реакције држава на еколошком плану дошло је до тога да се питања животне средине препознају као најзначајнија, не само за државе него и за читаву међународну заједницу јер од њих зависи опстанак човечанства. Осим тога, данас је несумњиво да је здрава животна средина основно људско право па ако не и најбитније јер од њега зависи остварење свих осталих људских права, пре свега права на живот и права на здравље.

На другој конференцији УН у Рио де Жанеиру усвојен је концепт одрживог развоја који треба да помири економију и екологију и који ће обезбедити неопходан привредни раст, без угрожавања животне средине. На

³⁶ Д. Јовашевић, еколошки криминалитет у Србији -теорија, пракса, законодавство, *FACTA UNIVERSITATIS, Series: Law and Politics Vol. 9, No 2*, Универзитет у Нишу 2011, стр. 116

³⁷ Подаци преузети са http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/97/00/SB_603_Pnoletni_ucinioci_KD_2014.pdf

међународном плану усвојени су бројни документи којима се настоје спречити и ограничити негативни ефекти људских активности као што су Оквирна конвенција о климатским променама као и Кјото протокол који је усвојен уз Оквирну конвенцију. Велики значај у даљем развоју права заштите животне средине има усвајање Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у одлучивању и праву на правну заштиту у питањима животне средине која је позната и као Архуска конвенција. Њоме се коначно уводи на регионалном плану концепт права на здраву животну средину. При том се детаљну регулишу три кључна елемента тог права-право на приступ информацијама које се односе на животну средину, право на учешће у доношењу одлука које се тичу животне средине и право на правну заштиту у питањима животне средине.

Животној средини се велика пажња посвећује и у ЕУ која ту област сматра једном од најзначајнијих и која је уграђена и у остале политике ЕУ. На нивоу ЕУ постоји веома развијено и разгранато еколошко право, а све државе које су чланице ЕУ као и оне које намеравају да то буду морају да ускладе своје право са правним тековинама ЕУ. Тиме се знатно доприноси хармонизацији еколошког права и обезбеђивању високих стандарда заштите животне средине.

У складу са обавезујућим међународним стандардима Србија је право заштите животне средине регулисала на задовољавајућем нивоу. Осим тога, ратификацијом Архуске конвенције и ступањем у формалне преговоре за приступање ЕУ преузела је на себе обавезу да на пољу животне средине и њене заштите учини још више. Штета је што јавност није свесна значаја који животна средина и њена заштита имају за све нас што се огледа и у благој казненој политици за кривична дела против животне средине.

Irena Božić, LL.M
Assistant

ENVIRONMENT - LAW AND PROTECTION

Summary

The pollution of the environment and its protection is one of the most actual problems of modern society. The level of industrial and technological development that has been achieved is threatening to destroy the world as we know it. Recognizing the importance of the protection of the environment has on the international and regional level will bring significant documents dealing with this issue. On the other hand, had no doubt that the right to a healthy environment is one of the fundamental and most important human rights because of it depends on the enjoyment of other human rights and above all the right to life.

Невена Петровић
Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

ПРАВНА СРЕДСТВА ЗАШТИТЕ ПРАВА СТРАНАКА У УПРАВНОМ СПОРУ- КОРАК НАПРЕД ИЛИ НАЗАД ДВА?

Апстракт:

У овом раду пажња аутора усмерена је на анализу позитивно-правног система правних лекова у управном спору. Циљ је анализе да се оцене домети и квалитет управно-судске заштите која се поводом њих пружа. У ту сврху разматрају се чланови 49-65 Закона о управним споровима нарочито, са аспекта њихове усаглашености са одговарајућим нормама највише рангираног права али и релевантним одредбама Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и другим европским стандардима. У трагању за објективнијим одговором на задата питања у анализу се даље, уводе и старија, актуелно важећим претходећа решења како би се, њиховим поређењем, заштита која се пружа поводом важећих прописа могла оценити – кораком (у)напред или пак, (у)назад.

Кључне речи: *правна средства у управном спору, заштита права странака, одсуство жалбе, уставне гаранције, ЕКЉП.*

I

О ЗНАЧАЈУ УПРАВНО-СУДСКЕ ЗАШТИТЕ

1.1 О значају судске контроле управе односно, примарне управно-судске заштите. На свом путу од државне, класне, управе традиционално снадбевене ауторитативношћу манифестацијом које "одрешених руку" врши основну функцију – власт, према појединцу који има положај поданика, преко управе као јавне службе, инструмента "социјалне регулације" који вођен разлогом опште добробити (*bono publico*) на место негдашњег искључивог вршења власти сада има правну обавезу да бди над правима, обавезама и интересима грађана и организација правно их уређујући, обезбеђујући, контролишући, чиме врши социјалну функцију – јавну службу, до Нове јавне управе чији аксиолошки хоризонт чине захтеви друштвене праведности, једнакости у третману према једнакима и одговорности за сопствено (не)деловање - улога и функција управе доживеле су својеврсну

трансформацију. Прецизније речено, квалитативне и квантитативне промене у физиономији управне функције довеле су до преображаја њене улоге у друштву.

Укључивањем управе у све токове друштвеног збивања, са позицијом одлучивања о правима и обавезама грађана и колективитета, расте њихова "зависност" од управе. Једновремено, ванредно добија на значају питање обезбеђења законитости у њеном раду, јер без законите управе нема правне државе а, у вековима иза нас то је принцип који нико није хтео да жртвује. Она је *conditio qua non* и мера правне државе. Обезбедити закониту управу значило је подвргнути је закону (праву) – општој, безличној, деперсонализованој и унапред прописаној норми применљивој на унапред неодређен број случајева и лица. У том безизузетном покоравању закону свих па, и власти, идејни творци буржоаске револуције видели су кључно и незаменљиво средство у борби за ограничавање свемоћи апсолутистичких владара без чега је била незамислива и борба за основна права и слободе човека. "Слободан сам јер ме везује закон." – рекао је Волтер.

Надахнуте идејама револуције, борећи се за очување њених тековина, државе широм света већ дуже од два века трагају за делотворним механизмима контроле који ће управу "држати" под окриље закона "враћајући је" у његове оквири када из њих искорачи. Увођење судске контроле управе¹ у облику управног спора, сматра се и данас највећим цивилизацијским достигнућем у том погледу. Тај судски надзор, називан још и "кровом и завршном фазом конструкције коју зовемо правна држава" треба да пружи круцијалну правну заштиту странака из управно-правних односа од повреда насталих (услед разних облика незаконитости) у раду управе на индивидуализацији њихових права и слобода а од начина на који је обликован, највећма зависи да ли ће, и у којој мери, бити кадар да одговори таквој својој сврси.

1.1 О значају надзора судске контроле управе односно, секундарне управно-судске заштите. Ипак, ма колико правнотехнички перфектно, примерено циљу и адекватно целокупном социјално-политичком амбијенту био уобличен чињеница је да, управно-судски поступак заподенут тужбом по којој се пружа примарна управно-судска заштита, иако уређен по узору на судски², није и не може бити гарант да ће у њему све неправилности настале у раду управе бити елиминисане односно, да неће од стране оног ко је позван да их отклони доћи до нових. Недовољност примарне управно-судске заштите односно, чињеница да у управно-судском поступку контроле управе

¹ Упракос почетном опирању неких држава из разлога како начелно-теоријске тако практичне природе.

² Формализован и уз јемства бројних гаранције процесне равнотеже странака.

од стране суда једнако може доћи до повреде објективне законитости и субјективних права странака (у име чије заштите нормативно постоје), чиме се остаје на пола пута до њихове коначне заштите и остварења, законски је *ratio* постојања правних лекова у управном спору. Правни лекови из управног спора треба да отклоне све слабости и недостатке судске контроле управе. Путем њих примарна управно-судска заштита бива настављена (исправљена) и коначно остварена у секундарној управно-судској заштити односно, судској контроли суда³.

Примарна управно-судска заштита иницирана тужбом у циљу отклањања грешака управе, и секундарна, активирана изјављивањем правних лекова са циљем елиминисања грешака суда али, посредно и управе, чине јединствен систем управно-судске заштите установљен са јединственим циљем заштите права странака и законитости при чему, обим и квалитет заштитне функције зависе од начина на који је целокупан систем уобличен а нарочито, од моделирања секундарног нивоа заштите јер овај има да отклони неправилности и слабости примарног нивоа било да су оне последица лошијег квалитета системског уређења или грешака у раду поступајућих органа.

II

ПРАВНА СРЕДСТВА ЗАШТИТЕ СТРАНАКА ПРЕМА ЗАКОНУ О УПРАВНИМ СПОРОВИМА ИЗ 2009⁴

Закон о управним споровима је процесни закон којим је регулисана материја управно-судске заштите и то, целокупне (примарне и секундарне). Важећи закон из 2009. године део је шире реформе државне управе која се спроводи на основу документа Владе Стратегија реформе државне управе⁵. Доношење овог закона било је нужно ради усглашавања законске материје са Уставом⁶, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних

³ Упореди: П. Димитријевић, *Реформисање управно-судске заштите*, Правни живот, 10/2007, стр. 741-761.

⁴ Закон о управним споровима Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 111/09).

⁵ Влада Р. Србије, Стратегија реформе државне управе Србије, Новембар 2004. Извор: <http://www.prsp.sr.gov.yu/dokumenta.jsp>

⁶ Устав Републике Србије (Службени Гласник РС, бр. 98/06) у чл. предвиђа право на правично суђење, чији је саставни елемент право на јавну расправу пред независним и непристрасним судом основаним на основу закона. То је повлачило обавезу посве другачијег регулисање питања утврђивања чињеница у управном спору те се, уместо ранијег одлучивања суда у нејавној седници на темељу чињеница утврђених у управном поступку (од стране органа чија се законитост поступања оспорава) уз уско постављене могућности за самостално утврђивање од стране суда уводи дијаметарно другачије решење према коме "суд одлучује на јавној расправи..."

слобода⁷ (са додатним протоколима) и респектабилним препорукама Савета Европе⁸. Такође, то је изискивала и нова мрежа уређења судова успостављена законом из 2008⁹ којом је предвиђено оснивање Управног суда као суда специјалне надлежности за решавање управних спорова. Како је функционисање суда требало да отпочне 1. 1. 2010. год., а "није се могло радити по старом закону" то је хитно, 29.12.2009. усвојен нови закон.

У оцени квалитета законског текста и мере његове усаглашености са поменутиим актима има опречних мишљења¹⁰ али су она у погледу пакета правних лекова из управног спора готово неподељена. Чини се да је "хитност" ипак имала своју цену, што је најоучљивије управо на плану правних средстава из управног спора.

II.1 Ванредна правна средства. IX део ЗУС-а, обухватајући одредбе од чл. 49 закључно са чл. 65., насловљен је са >>Ванредна правна средства<< и предвиђа у свом саставу два таква и то: Захтев за преиспитивање судске одлуке и Понављање поступка.

Уствари, она су једино по свом називу несумњиво ванредна, а каквог су карактера према својој суштини видећемо у анализи која следи. Остављајући по страни правно-техничку нелогичност која је место нашла већ у наслову јер, ословљавање поглавља са >>Ванредна правна средства<< без истовременог постојања поглавља које би носило назив <<редовна>>, а у односу на које би се чинило то диференцирање, нема никаквог смисла, у редовима који следе бавимо се суштинским стварима, ониме што чини есенцију секундарне управно-судске заштите.

⁷ ЕКЉП (усвојена у Риму, 4. Нов. 1950. коју је државна заједница СЦГ ратификовала 2003, а Србија као држава сукцесор по отцепљењу Црне Горе наставила чланство) такође у чл. 6 јемчи право на правично суђење.

⁸ Recommendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts / усвојена на 909. седници Комитета Министара, одржаној 15. 12. 2004. на нивоу заменика министара

⁹ Закон о уређењу судова (Сл. гласник РС, бр. 116/2008, 104/2009, 101/ 2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015.).

¹⁰ Види: С. Лилић, *Нацрт Закона о управним споровима у контексту европских стандарда*, Правни живот, IV, 2009, стр. 25-36.; З. Томић, *Коментар закона о управним споровима са судском праксом, 2012*; Д. Милков, *О управном спору у Србији*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 121-139; З. Лончар, . *"Основне тенденције у развоју управног спора у Србији"*, Зборник на правноит факултет "Јустинјан Први" во Скопје, 2011, 51-69 ; З. Лончар, *"Управно судство у Републици Србији"* Правна ријеч, год. IX, бр. 31/2012: 497-514.

II.1.1 Захтев за преиспитивање судске одлуке. У чл. 49. ЗУС каже: "Против правоснажне одлуке Управног суда странка и надлежни јавни тужилац могу да поднесу Врховном касационом суду захтев за преиспитивање судске одлуке."

Захтев може да се поднесе:

- 1) када је то законом предвиђено;
- 2) у случајевима када је суд одлучивао у пуној јурисдикцији;
- 3) у стварима у којима је у управном поступку била искључена

жалба.

Захтев може да се поднесе због повреде закона, другог прописа или општег акта или повреде правила оступка која је могла бити од утицаја на решење ствари.

Ако се ова одредба доведе у системску везу са ставом 2 чл. 7 Закона који каже: "Против пресуде донесене у управном спору не може се изјавити жалба (правоснажна је!)" као врло интересантно, само по себи, намеће се питање: Да ли Захтев из чл. 49. супституише жалбу? Да ли је, можда, то разлог што је из назива овог правног лека изостављен деценијама присутан придев "ванредно" и да ли, што је у крајњој инстанци најбитније, Захтев са капацитетима који су му оваквом законском стилизацијом дати, може да надомести читав један ниво управно-судске заштите који је непредвиђањем жалбе елиминисан што би, евентуално, могло бити оправдање за одсуство редовне жалбене инстанце. У трагању за одговорима на постављена питања ближе ћемо се упознати са физиономијом, природом и практичним могућностима које овај правни лек пружа. Најпре, из првог става цитираног чл. 49 произилази да је круг субјеката легитимисаних за његово изјављивање постављен прилично широко. То су странка, у којој се улози могу наћи тужилац, тужени и заинтересовано лице и надлежни јавни тужилац. Ако се пође од тога да је множина (мноштво) субјеката овлашћених за подношење правног лека одлика пре редовних неголи ванредних правних лекова онда би се овај, посматрано са аспекта поменутог обележја, пре могао назвати редовним. Даље, разлози који чине законски основ употребе Захтева нису стриктно прецизирани па тиме, ни рестриктивно постављени већ је, у форми генералне клаузуле речено да то може бити "повреда закона, другог прописа или општег акта или повреда правила оступка која је могла бити од утицаја на решење ствари." Под наведено би се могла подвести свака повреда материјалног и значајнија, односно крупнија повреда формалног права. Имајући у виду то (ширину и начин на који је формулисање извршено) с једне, а са друге стране чињеницу да је у судским поступцима уобичајено да се круг законских разлога за побијање одлука (аката) ванредним лековима децидирано и уско (или бар уже) поставља, обухватајући само најтеже, квалификоване случајеве незаконисти, док се за основ побијања редовним леком узима шири спектар грешака (неправилности) без ограничавања на

теже случајеве незаконитости, то се, за Захтев не би у том смислу, могло рећи да је ортодоксни ванредни правни лек. Пре би се, заслугом незатвореном формулацијом оквирно постављеног дијапазона разлога за изјављивање, чиме се субјекатима спора начелно, пружају широке могућности за активирање механизма секундарне управно-судске заштите, могло рећи да се приближава редовном правном леку. Међутим тај, (макар и делимично) "редовни" карактер који назиремо из претходно анализираних црта Захтева, потискују и његов практични значај битно умањују крајње рестриктивно утврђени услови под којима се може поднети. Рашчлањивањем (по тачкама) и детаљном анализом става 2. чл. 49 увиђамо, да се Захтев по тачки 1. ("када је то законом предвиђено") може поднети искључиво поводом предходно покренуте ремонстративне управно-судске заштите, инициране

Предлогом за понављање поступка поводом кога је Управни суд:

- решењем одбацио Предлог;
- решењем одбио да дозволи понављање поступка;
- дозволио понављање и донео пресуду.

Овде је дакле странка најпре посегла за једним средством секундарне управно-судске заштите (повнављање поступка) па, незадовољна исходом онда и за другим (захтев). Из реченог даље, изводимо запажање да ЗУС дозвољава сукцесивно и кумулативно коришћење ванредних правних лекова: против одлуке Управног суда донесене по тужби за понављање поступка странка може изјавити ВКС Захтев чиме се успоставља контрола једног ванредног контролног механизма над другим. Осим наведеног нису познати случајеви законског упућивања на могућност употребе Захтева као средства заштите права странака. По тачки 2. ("када је суд одлучивао у пуној јурисдикцији") Захтев се подноси крајње ретко јер се Управни суд, упркос законом му широко (п)остављеним могућностима, у занемарљивој мери служи овлашћењем да сам утврђује чињенице и мериторно реши управну ствар¹¹. Следи да учесталост и практична употребљивост Захтева као средства заштите странака по овој тачки, неће зависити од странке већ првенствено од "воље" суда да (разуме се у ситуацијама када су за то испуњени законски услови) одлучује у пуној јурисдикцији¹². Парадоксално је што је управо у Захтеву који се подноси по овој тачки потенцијално скривен

¹¹ На то указују подаци из годишњих Информатора о раду Управног суда. Да ли се околност да се Управни суд и након прописивања "обавезне усмене расправе" истом крајње ретко служи може приписати пропусту законодавца или неадекватној организацији УС питање је које свакако завређује озбиљну пажњу али се њиме везани обимом и главном темом овога рада нећемо на овом месту бавити.

¹² Захтев није допуштен ако је УС одлучио у ограниченој јурисдикцији иако му је ЗУС-ом оуна јурисдикција била наређена (нпр. по чл. 70. ст. 1 ЗУС-а). З. Томић, *Коментар*, *op. cit.*, стр. 667.

и у највећој мери присутан карактер "редовног" - жалбеног лека који пружа најшире могућности заштите странака. Могуће је да ће више простора за реализацију заштитне функције Захтева оставити трећа тачка ("у ситуацијама када је у управном поступку жалба била искључена") с обзиром на растући тренд оснивања независних агенција и регулаторних тела на чије се акте не може изјавити жалба. У последњем случају, чини се да је интенција законодавца да одсуство жалбе из управног поступка надомести ванредним правним леком из управно-судског.

Summa summarum, без обзира што је из назива анализираног правног средства изостављена реч "ванредно" оно је суштински, задржало такав карактер јер се може употребити искључиво против правоснажне одлуке¹³. Широки круг овлашћених подносилаца и ширина разлога за изјављивање ипак нису успели, због крајње рестриктивно постављених услова, да преобразе његову природу или је бар приближе природи редовног правног лека због чега се донети и квалитет заштите која се поводом њега пружа не могу поредити са опсегом и каквоћом жалбене заштитне функције¹⁴.

II.1.2. Понављање поступка. У чл. 56. ЗУС-а наводи се: Поступак завршен правоснажном пресудом или решењем поновиће се по тужби странке:

1) ако странка сазна за нове чињенице, или нађе или стекне могућност да употреби нове доказе на основу којих би спор био решен повољније по њу да су те чињенице, односно докази били изнети или употребљени у ранијем судском поступку;

2) ако је до судске одлуке дошло услед кривичног дела судије или запосленог у суду, или је одлука издејствована преварном радњом заступника или помоћника странке, његовог противника или противниковог заступника или пуномоћника, а таква радња представља кривично дело;

3) ако је судска одлука заснована на пресуди донетој у казненој или грађанској ствари, а та пресуда је касније укинута другом правоснажном судском одлуком;

4) ако је исправа на којој се заснива судска одлука лажна или лажно преиначена, или ако је сведок, вештак или странка, приликом саслушања пред судом, дала лажан исказ, а одлука суда се заснива на том исказу;

5) ако странка нађе или стекне могућност да употреби ранију судску одлуку донету у истом управном спору;

6) ако заинтересованом лицу није омогућено да учествује у управном спору;

¹³ Упореди: З. Лончар, *Примена европских стандарда у управном спору у Србији*, Хармонизација српског и мађарског права са правом ЕУ, стр. 557.

¹⁴ Упореди: Д. Милков, *Управно право*, III, Нови Сад, 2012, стр. 113.

7) ако став из накнадно донете одлуке Европског суда за људска права може да буде од утицаја на законитост правоснажно окончаног судског поступка.

Због околности из тач. 1. и 5. става 1. овога члана понављање ће се дозволити само ако странка без своје кривице није била у стању да те околности изнесе у ранијем поступку.

Реч је о класичном, и у другим судским поступцима већ традиционално заступљеном, ремонстративном правном леку који омогућава да се законитост правоснажно окончаног поступка још једном провери од стране истог органа пред којим је и окончан а, на бази нове или новосазнате чињеничне грађе. Тумачењем ст. 1. ("Поступак завршен правоснажном пресудом или решењем поновиће се по тужби странке") горе наведеног члана не може се са лакоћом и без системско-логичког повезивања са другим нормама матичног закона али, и другим нормама система (Устава), закључити о чијем је пресудама и решењима реч односно, који је орган надлежан за одлучивање по тужби. Елем, правно-техничку недоследност (за правно средство из чл. 49 аутори закона употребили су термин "захтев" а код овога "тужба") и овде само напомињемо. Из цитираног става би се, у први мах, могло учинити да је ово ванредно правно средство намењено искључиво за оспоравање одлука УС, будући да су оне једине којима се, по речима законописца, "поступак завршава". Следствено, одлуке ВКС донете поводом Захтева из чл. 49. не би се, имајући у виду овлашћења овога органа, *prima facie*, њиме могле оспоравати јер се њима поступак не "завршава". Такво тумачење било би, сматра проф. Томић "...доиста преуско, недопустиво и на штету права странака."¹⁵ Ако бисмо се на њему задржали, то би одлуке ВКС (п)остале лишене могућности самоконтроле а значајан део њих остао би у потпуности изван домаћаја контроле јер, по једином преосталом расположивом средству контроле суда и заштите странка - уставној жалби, "чувар Устава и законитости" дејствовао би само уколико је реч о повреди њиме зајемчених права. Стога је, не само са аспекта заштите права странака и објективне законитости неопходно, већ има места, само условно речено "широј" интерпретацији норме јер на такво, екстензивније тумачење недвосмислено упућује чл. 65. ЗУС-а прописујући да ће се: "у поновљеном поступку сходно применити одредбе овог закона о поступку по тужби и захтеву за преиспитивање судске одлуке..."

Закључно тумачимо да се, овим правним средством могу нападати како: 1. правоснажне одлуке (пресуде и решења) УС донете по иницијалној тужби, тако и 2. правоснажне одлуке ВКС донете по Захтеву. Као што се Захтев може изјавити поводом одлуке УС донесене по тужби за понављање

¹⁵ З. Томић, *Коментар ...*, *op. cit.*, стр. 687.

тако се, обратно, може поднети тужба за понављање поступка вођеног поводом Захтева код ВКС јер, између осталог, разлози који чине основ поновљања могу настати и код овога последњег.

Што се тиче разлога за изјављивање, новину важећег закона чини извесно проширивање односно, увођење још једног поред шест ранијих. Предвиђањем да се "правоснажно окончан поступак може поновити" и "ако став из накнадно донете одлуке Европског суда за људска права може да буде од утицаја на законитост правоснажно окончаног судског поступка" у управни спор у Србији примењена је Препорука Комитета министара Савета Европе бр. Р (2000) 2 "о поновом разматрању или поновном отварању одређених случајева на унутрашњем (националном, домаћем) нивоу након доношења пресуда Европског суда за људска права."¹⁶

Другу новину Понављања поступка према важећем ЗУС-у представља то што се у законски текст по први пут изричито уграђује и гарантује могућност заштите странке -Захтевом за преиспитивање одлуке суда донесене поводом његовог коришћења.

У круг важних новина ЗУС-а спадају и потпуно изостављање Захтева за заштиту законитости који је по ранијем пропису јавни тужилац могао да изјави увек када сматра да је повређен јавни интерес те, увођење предлога за одлагање извршења акта против кога је спор покренут. Међутим, док је квантитативно умањење могућности заштите објективне законитости донекле "компензовано" укључивањем у круг субјеката овлашћених за изјављивање Захтева из чл. 49. и јавног тужиоца, за потпуно одсуство било какве заштите странака поводом захтева за одлагање извршења није предвиђен никакав вид заштите странака од самовоље суда у одлучивању¹⁷.

¹⁶ Усвојена од стране Комитета министара Савета Европе 19. 01. 2000. На 694. састанку на нивоу заменика министара.

¹⁷ Ставови 2. и 3. чл. 23. ЗУС-а уносе позитивну новину са аспекта заштите странака од "преурањеног" извршења акта чија је законитост покретањем спора доведена под знак питања али та нова и добра страна ЗУС-а остављена је без могућности заштите од арбитерности, будући да у случају одбацивања захтева, његовог одбијања и друге одлуке коју суд донесе, странка нема на располагању ниједан инструмент заштите чиме се, циљ норме у пракси олако може изиграти.

III

КРАТАК ОСВРТ НА ТОК ПУТА ИСТОРИЈСКОГ РАЗВИТКА ПРАВНИХ СРЕДСТАВА У УПРАВНОМ СПОРУ

Имајући у виду значај правних лекова у управном спору за заштиту права странака али и објективне законитости, нарочито у условима екстензивног развоја управе и све компликованијих правних односа између грађана и управе, у наставку се кратко осврћемо на моделе уређења секундарног нивоа управно-судске заштите у законским текстовима који су претходили тренутно важећем, хронолошки, према реду доношења, како бисмо их упоредили са актуелним и тиме на питање које смо на почетку поставили - оцена домета и квалитета заштите која се поводом њих пружа, понудили објективнији одговор.

III.1 Правна средства у управном спору према Закону о управним спорима из 1952 године

Први послератни Закон о управним спорима из 1952 предвиђао је жалбу као редовно правно средство и обнову поступка као ванредно.

Жалба. У чл. 43. овога Закона каже се: "Жалбом Врховном суду ФНРЈ може се побити пресуда и решење врховног суда народне републике у случајевима из чл. 18 овог закона." Чл. 18. је предвиђао да се жалба може изјавити: "против пресуде" (ст. 1) и "против решења о одбацивању тужбе." (ст. 2). Детерминишући могућности за њено изјављивање чл. 18 истовремено поставља и ограничења за њену употребу када у ст. 1 каже: "Против пресуде врховног суда народне републике може се изјавити жалба Врховном суду ФНРЈ ако се на правни однос има непосредно применити савезни пропис." Оваква формулација законског текста сужава могућности жалбе као редовног правног средства, условљавајући њену употребу само на случајеве у којима је правни однос, успостављен управним актом, регулисан искључиво савезним прописом¹⁸. Међутим, ако се има у виду да је управна материја у овом периоду претежно била регулисана савезним прописима, јер су савезни прописи у потпуности регулисали поједине врсте односа, врло ретко је долазило до примењивања других тј. прописа републичког или локалног значаја¹⁹. То је, уз могућност изјављивања жалбе у случају

¹⁸ М. Алексић, *Правна средства у управном спору*, Београд, 1991, стр. 235.

¹⁹ *Ibid.* стр. 268.

одбацивања тужбе²⁰ жалбу учинило употребљивим и ефикасним инструментом заштите права странака а управни спор двостепеним.

III.2 Правна средства у управном спору према Закону о управним споровима из 1965 године

Новелом ЗУС-а из 1965, којом је извршено усклађивање са Уставом из 1963. учињене су озбиљне интервенције у систем правних лекова у управном спору. Најважнија се свакако односи на режим редовног правног лека а поред тога, уведена су и два нова ванредна правна средства.

Редовна правна средства. Најкрупнија измена у режиму жалбе огледа се већ у првој реченици којом је регулисана: "Жалбом Врховном суду Југославије може се побијати пресуда и решење републичког врховног суда или Врховног војног суда само када је то предвиђено савезним законом." Из овакве законске стилизације јасно произилази да је жалба могућа само у појединим материјама (утврђеним савезним законом)²¹ док су према формулацији из претходног закона могућности за њену употребу биле постављене неупоредиво шире. Тиме је деградиран (па и поништен) карактер жалбе као редовног средства а последично, и карактер управног спора бива трансформисан у једностепени чиме, у нас систем нестаје једно од највећих достигнућа савременог судства у погледу заштите права странака пред судом.²²

Ванредна правна средства.

1. Обнова поступка. У погледу обнове поступка као лека преузетог из ранијег закона уведен је још један основ примене: ако заинтересованом лицу није била дата могућност да учествује у спору. Уз то, уводе се још два нова:

2. Захтев ВСЈ да испита одлуку републичког врховног суда односно, одлуку Врховног војног суда у случају повреде уставом утврђених основних права и слобода (чл.20 ЗУС-а из 1965.);

3. Захтев за заштиту законитости, који је јавни тужилац могао уложити ВСЈ због теже повреде савезног закона (чл.21 ЗУС-а из 1965.).

Проширење основа код Обнове поступка и увођење нових правних лекова вероватно је имало за циљ да ублажи "одсуство" (илити надомести присуство "нове" преображене) жалбе но, сва је прилика да се у томе није успело.

²⁰ Што је од изузетног значаја за заштиту права странке из спора с обзиром на практичне последице решења о одбацивању.

²¹ Могла се изјавити једино у стварима војних инвалида.

²² М. Алексић, *op. cit.*, стр. 269.

III.3 Правна средства у управном спору према Закону о управним споровима из 1977²³ године

Редовна правна средства. "Против одлуке донесене у управном спору жалба се може изјавити само ако је то предвиђено законом о одређеним стварима." (чл. 19. ЗУС-а из '77.) У поређењу са претходно важећим решењем, жалаба се по основу овога могла прописати не само савезним, већ сваким законом. Тиме су врата за увођење жалбе у управни спор и његово враћање "на старо", двостепено одлучивање широм отворена републичком и покрајинском законодавцу. Међутим, слуша за то није било. Жалба је, у принципу, задржана у области у којој је обитовала и раније а до проширења поља њене примене није дошло.

Ванредна правна средства.

1. Захтев за ванредно преиспитивање судске одлуке (чл. 20 ЗУС-а из '77.), уводи се по први пут;
2. Захтев за заштиту законитости (чл. 21 ЗУС-а из '77.);
3. Понављање управно-судског поступка (чл. 22 ЗУС-а из '77.) који је пртрпео само терминолошку измену (уместо пређашње Обнове).

Новела из '77. није, или бар није у мери у којој је за то било реалних шанси (и очекивања), у односу на ранију, унапредила систем заштите права странака. Ипак, донела је једно, у сваком смислу интересантно а са гледишта могућности странака да заштите своја права практично решење, које се огледа у својеврсној унификацији поступака по правним лековима. Наиме. у ст. 3 чл. 19. речено је да се: "у поступку по жалби сходно примењују одредбе чл. 45. до 50. овога закона", којима је заправо регулисан поступак по ванредним правним лековима. Речено је, без сумње, најбољи показатељ "редовности" редовног правног лека и његовог приближавања ванредним.

III.4 Правна средства у управном спору према Закону о управним споровима из 1996²⁴ године

Законом из '96. пакат правних лекова није мењан у односу на онај из '77., с тим што су извршене одговарајуће измене текста одредаба чл. 18-20. у складу са уставним уређењем. Овај закон није правио разлику између редовних и ванредних правних средстава а у поглављу које носи назив "Надлежност и правни лекови" говори о:

- жалби, (чл. 18.)

²³ Службени лист СФРЈ, бр. 4/77.

²⁴ Закон о управним споровима, *Сл. лист СРЈ, бр. 46/96.*

- захтеву за ванредно преиспитивање правоснажне судске одлуке (чл. 18. и 19.)

- захтеву за заштиту законитости (чл. 20.).

Систем правних средстава употпуњује у поглављу које носи назив "Поступак" у склопу кога предвиђа и:

- понављање поступка (чл.44-50.).

Жалба је, и по овом закону, по своме карактеру била ближа ванредном него редовном правном леку будући да се "могла изјавити само када је то било изричито прописано" а ни ванредна првна средства нису битније реформисана, тако да ниво заштите права странака није квалитетно а ни квантитативно побољшан.

IV

"ОСНОВАНОСТ" одсуства жалбе у ЗУС-у

Кратко подсећање на системе правних лекова у ранијим законским текстовима довољно је за опажање кључне разлике између њих и важећег. Од доношења првог послератног закона до ступања на снагу тренутно важећег сви су они (из '52., '65., '77. и '96.) на какав-такав начин, са ширим или ужим могућностима употребе, мање-више (не)успешно предвиђали редовно средство правне заштите странка. И док је у погледу пакета ванредних правних лекова актуелни ЗУС задржао са њима какав-такав континуитет, нека једноставно задржавајући, друга опет мање или више реформишући, појединим пак мењајући само назив, то се за жалбу никако не може рећи. Напротив. Везе између њега и његових претходника једноставно нема. Можда то и не би требало толико да нас чуди. Није ли жалба, полако али сасвим извесно, у сваком наредном законском тексту губила понешто од своје природе док на крају, у ЗУС-у из '09-те није најзад и потпуно ишчезла? А, има ли за то основа, како правног тако основа друштвене оправданости?

- Чл.7 ст. 2. ЗУС-а: *"Против одлуке донете у управном спору не може се изјавити жалба."* нема правног утемељења у садржини чл. 36. ст. 2. Устава: *"Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу."* због чега се основано и све гласније поставља питање његове уставности.

- Обавеза на увођење управно-судске жалбе произилази из дужности државе на поштовање преузетих међународних обавеза садржаних, конкретно у чл. 2 ст. 3. Међународног пакта о грађанским и политичким правима који каже: *"Државе чланице овог пакта се обавезују да гарантују да се свако лице чија су права и слободе признати овим пактом повређени,*

може користити правом жалбе..." а, како се у управном поступку може одлучивати и о грађанским правима, отвара се питање легитимности њеног неизвршења.

- Европска Конвенција за заштиту људских права и основних слобода у чл. 13. јемчи свакоме право на делотворан правни лек: "Свако чија су права и слободе, предвиђена овом конвенцијом, нарушена, има право на правни лек пред националним властима, чак и онда када су повреду ових права и слобода учинила лица у вршењу своје службене дужности."²⁵

- Непредвиђање експлицитне обавезе на увођење жалбе односно, стварање инстанционог судства у Стразбуршким стандардима (Препоруци Р(2004)20 о судској ревизији аката управе Комитета Министара Савета Европе)²⁶ не може бити разлог њеног непредвиђања у ЗУС-у јер, поменути акт предвиђа само минимум стандарда у одређеној области који не само да није забрањено већ је и пожељно увећати.

Закључна разматрања

Важећи Закон о управним споровима готово шест деценија од доношења првог ЗУС-а, по први пут ни у ком облику не предвиђа жалбу као средство примане и редовне правне заштите странака. Тиме управни спор у нас и формално (фактички је то много раније) поприма обележје једностепеног а једно од највећих достигнућа савременог судства на плану заштите права странака бива угашено. У одсуству жалбе, терет заштите странака пребачен је на пакет ванредних правних лекова. Но они, упркос чињеници да поједини од њих по неким својим обележјима делимично попримају карактер редовног правног лека, ипак, нису у могућности да обезбеде опсег и квалитет заштите који обезбеђује жалба.

Одсуство жалбе понајпре, нема уставног утемељења. Уз то, противно је неким преузетим међународним обавезама али, и европским стандардима што, у контексту започетих европских интеграција не може бити олакшавајућа околност за нашу земљу.

Suumma suummarum, превасходно констатована уставна неутемељеност једностепености управног спора а потом и други у раду

²⁵ Захтев из чл. 49. ЗУС-а, сматра се, по мишљењу неких домаћих теоретичара управног права, у смислу Конвенције делотворним правним леком пре покретања поступка пред Европским судом за људска права. Аутор, из разлога наведених у раду, пре свега рестриктивно лимитираних услова употребе који примену овог правног лека у пракси чине више изузетком него правилом, не дели то мишљење.

²⁶ Која је уистину, у првобитним коментарима принципа ишла је у том правцу даље предвиђајући да: "права судска заштита укључује право на двостепени поступак", дакле жалбу.

наведени аргументи, чине више него нужним реформисање постојеће секундарне управно-судске заштите увођењем жалбе као редовног правног лека. До тада, правна заштита странака која се поводом актуелног пакета правних лекова пружа, без дилеме би се могла оценити кораком (у)назад у односу на ранија решења, премда су и она била далеко од перфектних.

Nevena Petrović, LL.M
Assistant

**LEGAL REMEDIE OF PROTECTING THE RIGHTS ON THE PARTIES
IN AN ADMINISTRATIVE DISPUTE - A STEP FORWARD OR
BACKWARD TWO?**

Summary

The existing Law on Administrative Disputes nearly six decades since the adoption of the first LAD, for the first time in any form does not provide for an appeal admitted as a means of legal protection and regular parties. Thereby administrative dispute at us formally (in fact it is much earlier) takes the mark of the single-stage and one of the greatest achievements of modern judiciary in protecting the rights of the parties are quenched. In the absence of an appeal, the burden of protection of the parties was transferred to a package of extraordinary legal remedies. But they, despite the fact that some of them to some of its characteristics partially assume the character of a regular legal remedy, however, are not able to provide the range and quality of care provided by appeal.

The absence of appeals first and foremost, has no constitutional foundation. In addition, contrary to certain international obligations or, and European standards which, initiated in the context of European integration can not be a mitigating circumstance for our country.

Summa summarum, primarily ascertained constitutional groundlessness single-stage administrative dispute and then the other in the work of the above arguments do more than necessary to reform the existing secondary administrative-judicial protection by introducing the appeal as a regular legal remedy. Until then, legal protection of the parties that are on the current package of legal remedies provided, undoubtedly could be evaluated step back compared to previous solutions, though they were far from perfect.

Милица Соврлић*

Сарадник у наставни Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ДЕЈСТВО КЛАУЗУЛЕ ЗАДРЖАВАЊА НА РАДНО АНГАЖОВАЊЕ ПРОФЕСИОНАЛНИХ СПОРТИСТА

Анстракт:

Савремени спорт се од аматеризма и обављања спортских активности зарад игре и забаве трансформисао у професионализацију и комерцијализацију како спортских делатности тако и спортских догађаја. Међутим, бављење спортом у циљу стицања профита, а не зарад забаве и задовољства у прошлим деценијама рефлектовало је бројна правила која су ограничавала слободу професионалног спортисте у избору наредног клуба и на његова права када није у статусу слободног играча. Имајући у виду последице таквих правила правом се може говорити о ограничењу права на рад.

Аутор у раду као централни предмет интересовања ставља клаузулу задржавања и њена дејства, с тим што анализира и друге облике власничких метода, у првом редоследу *salary cap*, а којима се остваривао исти циљ као и уопштебом клаузуле задржавања - контрола запослених. С обзиром на то да је постојање клаузуле задржавања и *salary cap* система својствено спортском радном праву САД да истих правила нема у европском спортском радном праву, интересовање аутора за обраду ове теме је утолико веће.

Последњи део у раду, аутор посвећује спортском радним правом Европе, и то чини анализирањем постојећег стања, осврћући се и на присутне тенденције унапређења правног положаја *професионалних спортиста*.

Кључне речи: *спорт, спортисти, клаузула задржавања, salary cap, случај Flood, европски спорт, трансфер.*

I УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Од свог настанка па до данас спорт је у многоструку променио своју бит. Друштвене промене су утицале и на ову најраширенију модерну форму телесне културе. Једноставно, спорт није бољи ни лошији но што је

*Сарадник у настави на ужој научној области Римско право на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, msovrljic@jura.kg.ac.rs, студент докторских студија.

друштвени поредак коме припада.¹Посматрајући данашње стање у спорту не можемо рећи да се у потпуности изгубио традиционални спорт рекреације и задовољства, али су процеси индустријализације и комерцијализације учинили да спорт постане делатност. За многе је данас“финансијски и новчани Елдорадо стицања профита и богатства”.² С правом се може рећи да је у овом модерном, индустријском друштву постао машинерија код које једну од важнијих улога игра професионализам. С тога, “све ово представља живи, пулсирајући елемент капитала, што чини да се спорт преобликује, спортским жаргоном речено у привредно тешку категорију”.³

Сходно овоме и актери спортских догађаја, тј.спортисти, као најважнији субјекти у спорту, настоје да одговоре високим захтевима које савремени спорт намеће, те спорт више није само игра и забава, већ професија и струка. Сасвим је очигледно да су најуспешнији клубови света у свим лукративним спортовима, дефакто и успешна предузећа која остварују велике профите на тржишту спортских услуга, роба и капитала, да је професионални спорт велики бизнис, а да су спортисти глобалне звезде, чија су богатства сваким даном све већа.⁴

Међутим, тежња ка што већем профиту не само спортских клубова, већ и спортиста у претходим деценијама створило је бројна правила која су с правом сматрана противна неким од најважнијих људских права. Овде у први план истичемо право на рад, на слободан избор запослења, као и на правичне и здвољавајуће услове рада.

Наиме, имајући у виду да професионални спортиста најчешће обавља спортску активност заснивањем радног односа и то на одређено време, пракса у појединим лигама, и то пре свега оних са Америчког континента била је таква да у индивидуалним уговорима о раду постоји клаузула задржавања играча. Ово је била рестриктивна власничка метода која је утицала на мобилност играча, а посредно и на финансијску и такмичарску равнотежу унутар лиге. С обзиром на такво дејство клаузуле задржавања можемо констатовати да су професионални спортисти у неком прошлом времену били много више везани за своје клубове и с већим обавезама према њима те да сетакав положај може сасвим слободно назвати ропским.

Сходно изложеном, основни циљ рада јесте анализа дејства клаузуле задржавања на радно ангажовање професионалних спортиста, али и других власничких метода којима се контролисала мобилност играча. Такође, с

¹Ђурђевић, Н, *Недостаци у правној уређености спорта у Републици Србији*, Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Еврпе 2010., стр. 433.

²Ковачевић, Б.,*Социологија спорта*, Бања Лука 2000., стр. 7.

³Ђурђевић, Н., *Спортске организације као привредна друштва*, Ново привредно законодавство, Крагујевац, 2005., стр. 131.

⁴Шурбатовић, Ј., *Менаџмент у професионалном спорту*, Сигидунум, 20014., стр. 1.

обзиром на то да су ова правила везана за спортско радно право САД, и да истих, иако тенденције постоје, нема у спортском радном праву у европском спорту, а да итекако постоје или су постојали и на том спортском подручју одређени методи утицаја на мобилност професионалних спортиста, последњи део у раду ће се управо бавити тим питањима.

II ПРОФЕСИОНАЛНИ СПОРТИСТА И СПОРТИСТА АМАТЕР

Систем спорта чине физичка и правна лица, која се баве спортским активностима, односно спортским делатностима. Имајући у виду да је спорт синтеза игре, телесне активности, менталне способности и нагона за победом себе или противника, епитет најважнијих лица у спорту додељује се спортистима.

Законодавства различитих држава приликом одређивања појма спортисте се у многоме не разликују. Тако, ако се погледа законодавство земаља које су нам у окружењу, видећемо да у овом дефинисању нема великог одступања. Наш Закон о спорту⁵, дефинише спортисту као лице које се бави спортским активностима. Закон о спорту Републике Хрватске спортисту дефинише као особу која се припрема и учествује у спортским такмичењима.⁶ Закон о спорту Републике Црне Горе, дефинише спортисту као лице које се самостално или у оквиру спортског клуба припрема и такмичи у одређеном спорту⁷, док је према Закону о спорту Републике Словеније, спортиста свако физичко лице које је регистровано при националној гранској спортској асоцијацији и такмичи се на званичним такмичењима националних спортских савеза.⁸

Спортиста може почети да се бави спортским активностима из различитих разлога и побуда, али је врло важно одредити одлучујући фактор бављења спортским активностима, јер од тога зависи и правни положај спортисте. Сматра се да је одлучујући фактор који одређује положај спортиста економски, тј. материјално добро приликом остваривања спортских резултата. Иако се начелно ова материјална компонента не уклапа у идеју духовног добра које је у основи бављења спортом ипак се узима као главни дефиниенс, а који уједно класификује спортисте као општу категорију на одређене врсте.

Сходно овоме, најважнија типологија спортиста јесте на спортисте професионалце и спортисте аматере, иако је врло тешко направити јасну разлику између професионализма и аматеризма, јер “многа спортска

⁵Закон о спорту Републике Србије (‘‘Службени гласник РС’’, бр. 24/2011), чл. 3, ст. 7.

⁶Закон о спорту Републике Хрватске из 2013, чл. 6, ст. 1.

⁷Закон о спорту Црне Горе, (‘‘Службени лист’’, бр. 36/11), чл. 20, ст. 1.

⁸Закон о спорту Републике Словеније, (‘‘Урадни лист’’, 22/1198), чл. 37., ст. 1.

деловања, која се сматрају аматерским ако се добро анализирају, више припадају материјално уносним делатностима него делатностима које се одигравају на основу чисте спонтане и неутилитарне воље учесника у тим спортским активностима”.⁹ Ипак, независно од овог статуса и онога што их опредељује, заједнички именоватељ им постаје то што бивају “спортисти такмичари ” ако учествују на спортским такмичењима.¹⁰ У прошлости је било доста покушаја да се дефинише спортиста аматер. У првој дефиницији спортисте аматера, коју је дала енглеска Аматерска атлетска федерација 1866. године, поред осталог је наведено: “Аматер је центлмен који још никада није учествовао на јавном такмичењу отвореном за све учеснике, који се никада није такмичио за новац, који се никада није борио са професионалним атлетом за новчану награду, који никада није обављао позив спортског учитеља или тренера...”¹¹ Дакле, бављење спортском активношћу није једино или основно занимање спортисте аматера, а самим тим ни примарни извор прихода. Са аспекта спортског радног права бављење спортском активношћу се сматра радом ван радног односа. На основу принципа слободе уговарања, спортиста аматер и спортски клуб самостално уређују своје међусобне односе, прописујући права и обавезе сходно сопственим потребама.¹² Спортиста који има статус спортисте аматера са спортском организацијом закључује уговор о стипендирању малолетног спортисте за спортско усавршавање или уговор о бављењу спортом.

С друге стране, обављање спортске активности као једино или основно занимање јесте одлучујући критеријум којим се законодавац води када одређује појам професионалног спортисте, а спортиста је може обављати самостално или у организацијама у области спорта. Професионални спортиста који спортску активност обавља у оквиру организације у области спорта, са истом закључују уговор о раду на одређено време, а однос између спортске организације и професионалног спортисте има све одлике радног односа и подлеже општим правилима радног права.¹³ Сходно овоме, уговор о бављењу спортом по својој природи јесте уговор о раду те се на њега примњују и одредбе закона о спорту и одредбе закона о раду.

⁹Vožović, R., *Amaterizam i profesionalizam u sportu*, Sociološka luča 2/2 2008., str. 37.

¹⁰Ђурђевић, Н., *Уговори између професионалних спортиста и спортских клубова према Закону о спорту Републике Србије*, Правна мисао у срцу Шумадије, стр. 276.

¹¹Kosovac, A., *Radno angažovawe profesionalnih sportista u državama članicama Evropske unije*, Strani pravni život, br. 3/2009, str. 225.

¹²Брашић, Ј., *Опорезивање физичких лица ангажованих у спортским организацијама*, Гласник права, Год.V, бр. 3 (2014), стр. 18.

¹³Ђурђевић, Н., *Уговори између професионалних спортиста...*, стр. 283.

Имајући у виду да се ради о двостраном једнаком уговору следи претпоставка да су права и обавезе уговорних страна јасно одређене, а обострани интерес у сваком сегменту задовољени. Међутим, у прошлости је ово више био идеал него стварност. Организације у спорту су често наметале клаузуле, којима су регулисале како слободу кретања играча, тако и висину зараде, стварајући тако широк дијапазон власничких метода којима су се спортисти успешно контролисали.

III КЛАУЗУЛА ЗАДРЖАВАЊА

Клаузула задржавања је део у уговору који потписује професионални спортиста, а која омогућава клубу да након истека уговора задржи право на играча тј. да се уговор аутоматски продужи.¹⁴ Дејство ове клаузуле свакако се може посматрати са два аспекта: аспекта клуба и аспекта играча.

Ово правило је, нема сумње, ишло на руку спортским клубовима. У време постојања каузуле задржавања играч се третирао као имовина клуба. Сходно томе, једном потписан уговор остављао је клубу могућност да играча распоређује, тргује њиме, да га прода, или отпусти не само из ваљаних разлога већ из хира. Економски речено, клубови су били монпсонисти што је остварено не само постојањем клаузуле задржавања, већ и драфт системом. Да би што више увећао профит монопсониста смањује број понуђених послова тако да они који траже посао из страха да не буду незапослени бивају мотивисани да прихвате посао и за мању зараду, а многи играју и за мање од минималних зарада због страха да не буду управо они који ће бити избачени из тима.¹⁵

Са аспекта играча ова клаузула је значила непостојања слободе закључења уговора са другим клубом, а у ширем контексту ускраћивање права на рад. Могућност промене клуба постојала је тек у ситуацијама добијања безусловног ослобођења. Безусловно ослобођење постоји онда када клуб већ дужи временски период не треба тог играча и његове услуге, и у периоду важења клаузуле задржавања био је једини начин да играч добије статус слободног играча.

Власници клубова су путем ове клаузуле остварили два значајна циља. Прво, успели су да створе својеврсну контролу кретања играча, а други је дошао само као последица – регулација висине зарада односно, дошло је до њиховог смањења.¹⁶

¹⁴ <http://www.thefreedictionary.com/reserve+clause>

¹⁵ Siegfried J., J., *Sports and drafts and reserve systems*, Cato Journal, vol.14, No.,3, 1995., str. 444.

¹⁶ Kahan, I., *The sports business as a labor market laboratory*, Journal of economics perspectives, V. 14., number 3., 2000., str. 76.

Пракса уговарања оваквих клаузула прво је заживела у бејзбол лиги. Први бејзбол клуб основан је 1804. године и овим спортом бавила сесамом елита, спорт је био у сфери аматерског уз неговање центлментског спорта све до касне 1860. и ране 1870. године, када је ера професионалног спорта почела да хвата своје корене.¹⁷ Пре 1876. године, није било ограничавања слободе кретања играча у оквиру лиге. Међутим, са формирањем Националне лиге ово се итекако променило, а трансформацијом бејзбола у бизнис појавило се и питање радне снаге. За разлику од данашњих бејзбол играча, прва генерација професионалних бејзбол играча нису били професионални играчи током целе године. Заправо, политика менаџмента је била таква да играчи треба да се запошљавају на другим местима у месецима ван сезоне. Међутим, како су тимови у лиги временом створили надметање и трку заиграчима, трошкови који су настајали су почели есклаирати, а зараде играча су све више раслешто је довело до неодрживог стања. Власницима је без сумње постало јасно да је на повећања зарада утицала трка тимова за добрим играчима, а економски рачуно је налагао налажења решења којим ће спречити њихово повећање. Штавише, за власнике је овакво стање било чак и забрињавајуће, јер један или неколико тимова могу да монополизују све најбоље играче што може да доведе до трајне дисторзије у такмичарској равнотежи, а на крају да угрози и финансијско стање лиге. Изгледа да је у том моменту најисправније решење и кохезивни елемент власничких захтева и политике била клаузула задржавања. Иако је постојање клаузуле задржавања значило да играч остаје у тиму све док власник не одлучи другачије, није било сасвим јасно колико овај систем јесте или може да буде ефикасан када је у питању контрола кретања играча унутар лиге. Ипак, Америчка Асоцијација и Национална лига, 1883. године сложиле су се да ће се придржавати клаузуле задржавања, иако није била формализована све до 1887. године¹⁸.

Клаузула у бејзболу је укинута тек 1975. године, а систем клаузуле задржавања је највећим делом замењен слободним играчем. Под слободним играчем подразумевамо спортисту у професионалном спорту који има право да потпише уговор са било којим клубом. Такође, овај термин се употребљава и за лице које је под уговором, али коме је дозвољено да тражи и друге понуде.¹⁹

¹⁷Eckard Woodrow, E., *The origin of the reserve clause.*,Jurnal of sports economics, Vol. 2, may 2001., str. 115.

¹⁸Ashcraf J., Depken K., *The Introduction of the Reserve Clause in Major League Baseball: Evidence of its Impact on Select Player Salaries During the 1880s*,International association sports economists, 2007, стр. 1.

¹⁹http://en.wikipedia.org/wiki/Free_agent

IV СЛУЧАЈ FLOOD

На који начин је клаузула задржавања функционисала у пракси можемо најбоље видети освртањем у прошлост и на случај чувеног играча *Curtis Charles Flood*-а.

Flood је играо за *Louis Cardinals* и највећи део своје успешне каријере је провео у овом тиму, али упркос богатој спортској каријери најважнији резултат оставио је ван терена. Овај играч постао је најзначајнија личност у спортском радном праву онда када је одбио да прихвати трансфер у сезони 1969\70 и да пређе у заинтересовану *Philadelphia Phillies*. С обзиром на то да му је уговор са претходним клубом истекао, сматрао је да нема више никакву обавезу и да је слободан играч, те да сам може одлучити у ком клубу жели да настави каријеру. Међутим, таквим претпоставкама опозит је била стварност и клаузула задржавања.

Клаузула је представљала ограничавајући фактор и играчи су имали два избора, или да по налогу ступе у преговоре са другим тимом или да једноставно замоле матични тим да их прода или раскину уговор са њим. С друге стране, једини излаз за било ког играча који није могао да се помири са оваквим рестриктивним правилима било је пензионисање. Међутим, *Curtis Charles Flood* није пристајао ни на једну могућност корените промене, а почетни корак ка томе било је писмо које је 24. децембра 1969. упутио комесару лиге *Bowie Kuhn*-у. У писму је наведено следеће:

“ 24. децембар, 1969.

После дванаест година у првој лиги, ја не осећам да сам део имовине која се купује и продаје без обзира на своју жељу. Ја верујем да сваки систем који производи тај резултат крши моја основна права као грађанина и није у складу са законима САД и законима неколико Држава. Моја је жеља да играм бејзбол у 1970-ој., и ја сам у стању да играм. Добио сам понуду уговора из клуба *Philadelphia*, али верујем да имам право да размотрим понуду других клубова пре доношења било какве одлуке. Ја, дакле, захтевам да обзнаните свим клубовима у лиги моја осећања по овом питању, и доступности за сезону 1970”.²⁰

Упућујући ово писмо *Flood* је пре свега настојао да укаже и осветли чињеницу кршења његових права као радника и да има слободу да промени послодавца и услове рада, баш као и остали запослени, а клаузула задржавања то очигледно није дозвољавала. Другачије речено, тежио је добијању статуса слободног играча што би му омогућило потписивање уговора са оним клубом за који процени да му пружа најбоље услове. Овај случај имао је епилог у Врховном суду САД-а. Борба за ослобођење од

²⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Curt_Flood

уговора трајала је три године, али овај играч није успео да поврати своју играчку слободу. Суд је 19. јуна 1973. пресудио у корист Бејзбол лиге, при доношењу одлуке позвао се на принцип *stare decisis* и спор решио према прецеденту из 1922., успостављеног у случају Федерална бејзбол лига против Националне лиге.

Међутим, без обзира на судски исход ова борба није остала без резултата. Власници лиге и синдикат су се 1970. године сложили да играчи који имају десет година стажа у лиги, а последњих пет са истим тимом имају право вета на било какву трговину. Такође, 1998. године, донет је закон *The Curt Flood Act* захваљујући коме су играчи бејзбола заштићени од монополског понашања.²¹ Ово је значило да играчи бејзбола у овом сегменту имају исту заштиту као и остали професионални спортисти, фудбалери или кошаркаши.²²

V. SALARY CAP

С обзиром на то да су играчи седамдесетих година прошлог века оспоравали клаузуле задржавања и залагали се за либералнија правила о положају на тржишту рада, деценију касније власници клубова, не желећи још увек да у потпуности либерализују правни положај професионалних спортиста, представили су модернију контролу. Увели су *salary cap*.

Salary cap је релативно нов феномен и везује се управо за спортско радно право Северне Америке. Разлог увођења и афирмација *salary cap*-а баш на овом подручју лежи у томе што су САД имале другачији приступ схватања спорта и његових циљева. Овде се појам „бизнис“ врло рано пренео на спорт, а “комерцијализација спорта почела је још 1880, практично увођењем спорта на колеце”.²³ Професионализам и комерцијализација у спорту довели су до појаве спортског бизниса где су у игри енормне суме новца – спонзорство, трансфери или победа на престижним такмичењима.²⁴ *Salary cap* се најчешће одређује као споразум или правило које ставља лимит на износ новца којим клуб може располагати на плате играча у току једне године.²⁵ Граница постоји у двојакном смислу. С једне стране се може односити на висину новца која се може дати играчу, а с друге стране овај лимит се односи на цео тим. Насупрот *salary cap*- у постоји *salary floor*, тј. најнижи износ новца који се мора потрошити на плате играча. *Salary*

²¹McGettigan M., *The Curt Flood Act of 1998: The Players' Perspective*, Marquette Sports Law Review, стр. 389.

²²The Curt Flood Act, Public law 105-297-oct.27, 1998, 15USC27a not, SEC. 2. PURPOSE, <https://www.congress.gov/105/plaws/publ297/PLAW-105publ297.pdf>

²³Simonović, Lj., *Sport, kapitalizam, destrukcija*, Београд 2014., стр. 76.

²⁴Шилјак, В., *Историја спорта*, Београд 2007, стр. 122.

²⁵ [www.businessdictionary.com](http://www.businessdictionary.com/definition)>definition

cap представља добар начин да се обезбеди одређени степен паритета између тимова једне лиге како тимови који имају на располагању огромна финансијска средства не би ту предност искористили и закључили уговоре са најтраженијим играчима данашњице, а самим тим били супериорнији у односу на ривале, јер би у својим редовима имали и најквалитетније играче.

Међутим, оно што код *salary cap*-а може бити велики проблем јесте постизање сагласности о висини између менаџмента лиге и синдиката играча, јер његово постојање свакако утиче на слободу уговарања, с тим што се ради о индиректном ограничавању.²⁶ За разлику од ранијих прописа који су били наметнути од стране власника клубова, *salary cap* сада представља саставни део радних односа. Максимални (и понекад минимални) износ лигашких прихода који се могу користити за плате играча је на основу договора између синдиката играча, власника клуба и комесара лиге фиксиран у колективном уговору о раду. С тога, *salary cap* не подлеже антитрустовским правилима како је то било раније. Иако је овај систем заживео у спортском радном праву Америчког континента, идеја ограничавања зарада професионалних спортиста има корен у спортској прошлости Европског континента.

Наиме, у раном стадијуму професионализма у Енглеској радило се на томе да се ограничи зарада фудбалера: у сезони 1901/02 одлучено је да максимална зарада буде четири фунте и забрањено је да играчима после утакмица буду исплаћиване премије.²⁷ Ипак, без обзира на постојање идеје, која се видимо пренела и отелотворила у другачијој форми у америчком спорту, постојање лимитираних зарада данас није особина ни једног спорта на старом континенту.

A. *HARD CAP*

Hard cap је један од два облика која чине *salary cap* систем. И овде је циљ лимитирање новчане суме, а огледа се у следећем: тимови код којих је предвиђен овакав начин регулисања износа новца којим се може диспонирати и потрошити на плате играча током једне године не могу трошити преко те одређене суме без обзира на околности, јер постоји ризик да клуб буде кажњен, тј. најчешћа ситуација јесте кажњавање због прекршеног правила. Казне могу да буду новчане или може доћи до искључења из такмичења.

Будући да је *hard cap* осмишљен да онемогући “разбијање” *salary cap* система, ипак постоје примери да су поједини клубови повремено па чак и

²⁶Ђурђевић, Н., Мићовић, М., Вуковић, З., *Уговори у спорту*, Крагујевац 2014., стр. 94.

²⁷Skembler, G., *Sport idruštvo-istorija, moć, kultura*, Clio 2007., str. 200.

систематски подривали овуваријанту *salary cap*-а. Један од најпознатијих случајева у историји спорта је *MelburneStorme* скандал. *MelburneStorme*, аустралијски рагби тим, био је оптужен за извршење озбиљне и систематске повреде *salary cap* система у последњих пет година примењивањем двојних уговора и вођењем двојног књиговодства, исплативши играчима 3.78 милиона долара ван *salary cap*-а, у просеку 750 000 долара по играчу²⁸. Након спроведене истраге крајем 2009. и почетком 2010., званичници клуба су негирали оптужбе, али су 22. априла 2010. признали кривицу. Откриће ових повреда резултирало је строгим кажњавањем. Тим је лишен свих повластица које је остварио почевши од 2006., поред тога кажњени су са 1.689 милиона долара и одузета им је титула World Club Challenge. Многи сматрају да је ово била најтежа казна у историји спорта.

Б. SOFT CAP

Код *soft cap* система ситуација је у потпуности другачија. Тимови могу да троше преко предвиђеног лимита све док су вољни да се изложе казни. Ова казна се често назива “порез” на луксуз. У професионалном спорту подразумева доплату стављену на агрегатни платни списак неког тима у мери у којој то прелази унапред одређене смернице у финансијском смислу које је поставила лига.²⁹

Овај, можемо рећи “такмичарски баланс порез” у професионални спорт први пут је уведен 1996. и то у бејзбол лигу. Приход добијен на овакав начин може се користити у различите сврхе (хуманитарне сврхе, изградња спортских објеката, улагање у промоцију спорта и сл.). Примера ради, у бејзбол лиги³⁰, новац који се прикупи може се дати мањим тимовима, а ово давање се зове дељење прихода. Тако, тимови попут *Pittsburgh Pirates* и *Miami Marlins* су у претходним годинама добили десетине милиона долара захваљујући подели прихода.³¹ Од осталих професионалних лига у Америци, *soft cap* систем постоји у Националној кошаркашкој асоцијацији, а преваходно је уведен како би се остварила могућност поновног

²⁸ Guide to anonymised report of NRL salary cap auditor into Melbourne storm salary cap breaches, *Nationalrugby league, Report of salary cap auditor into Melbourne storm salary cap breaches*, 2011., стр., 49.

²⁹ Dietl H., Lang M., Werner S., *The effect of luxury taxes on competitive balance, club profits, and social welfare in sports leagues*, North American association of sports economists, 2008., стр., 2.

³⁰ Примера ради, у Бејзбол лиги само је пет тимова плаћало порез на луксуз: Boston Red Sox, Los Angeles Angels of Anaheim, Detroit Tigers, Los Angeles Dodgers, New York Yankees. Red Sox и Yankee су предвиђени *soft cap* прешли више пута. Бостон је превазишао шест пута, док је Њујорк једанаест пута.

³¹ <http://www.cbsnews.com/news/mlbs-revenue-sharing-formula/>, јул 2008.

потписивања уговора са играчем коме је уговор истекао. Међутим, остваривање овог циља је додатно оснажено увођењем и *Largy Bird* изузетка.³²

VI ЕВРОПСКИ СПОРТ

У европском спорту, не постоје рестриктивна ограничења слободе радног ангажовања професионалних спортиста. Ограничење зарада посебно није присутно, о чему сведоче енормне новчане суме које добијају спортисти у свим спортовима, али се један сегмент евентуалног ограничења слободе радног ангажовања спортисте може посматрати кроз постојње трансферних клаузула, које су итекако утицале на слободу кретања спортисте између лига, а надасве професионалних фудбалера. Такође се морају узети у обзир и правила Европске уније, јер о европском спорту не говоримо узимајући у обзир само географски елемент.

Већина европских земаља примењује интервенционистички модел правног уређења спорта, али имајући у виду да постоји и *lex sportiva*, као “скуп правила приватно правног карактера, чија се легитимност заснива на аутономији воље оних који су се удружили у спортске федерација”³³ може се рећи да су правила регулисања материје спорта донекле ујадначена. Ово је несумљиво оставрено и у Европској унији, али свакако на другачијим принципима. Сходно томе “слобода кретања спортиста не може бити посматрана ван оквира фундаменталних принципа о слободи кретања”³⁴, а професионални спортиста итекако може вршити професионалну делатност у другој држави чланици с обзиром да је тако квалификован већ у својој земљи.

Европски спорт, као што је наглашено, у свом досадашњем развоју није створио услове за формулисање правила која би уредила висине зараде играча и која би се могла поистоветити са *salary cap* правилима, премда идеја о финансијској равноправности није непознаница. У енглеској фудбалској лиги су се приходи од сваке лигашке утакмице делили све до 1981. године на домаћина (76 посто), госта (20 посто) и фудбалску лигу (4 посто), са циљем да се мањим клубовима помогне да смање разлику.³⁵ Усвојена правила о финансијском фер плеју настоје да уведу регулацију у два смера: ограничење зарада играча и огрничавање дугорчног губитка клуба на годишњем нивоу.

³² Овај изузетак омогућава клубу да поново потпише уговор са играчем који има статус слободног играча без било каквог кажњавања за прелажење новчаног лимита, а такође омогућава клубовима да сада играчу понуде закључење уговора на дужи рок.

³³ Мићовић, М., *Lex sportive u fair-play*, Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, 4/2011., str., 1.

³⁴ Kosovac, A. *nav. delo*, str.230.

³⁵ <http://www.premierleague.com/en-gb/history/records/>

Наредни корак било је доношење УЕФА правила о финансијском фер плеју. УЕФА је доношењем ових правила желела да спречи клубове да дугорочно троше више од онога колико су зарадили када је реч о трансферима фудбалера, а такође треба имати на уму да се ово правило не односи на изградњу инфраструктуре, него само на куповину и плаћање играча. Правила о финансијском фер плеју не предвиђају максимални износ новца који клубови могу потрошити на плате и ово важи за све клубове, али имају исти ефекат и сврху као правила о *salary cap*-у у другим лигама.³⁶ Многи чак сматрају да је доношење правила имало за циљ спречавање увођења *salary cap*-а у европски спорт и то пре свега фудбал.

Међутим, оно што се никако није очекивало, а догодило се вртоглавом брзином било је урушавање ових правила. Замисао да заустави драматични пораст трошкова није могла бити остварена. Клубовима се дозвољени расходи нису везали за приходе, већ је усвојено да могу трошити колико и до тада, али није дозвољено да трошкове повећају за више од пет посто. Та одредба била је ветар у леђа новим богаташима и буџетски финансираним клубовима, који су и до сада трошили огромне суме новца, па им је омогућено да тако и наставе, а уз то је спречавало да им се прикључи још неки клуб, који би изненада стекао богатог власника спремног да уложи стотине милиона. Оно што је представљало највећи проблем је некажњавање за кршење правила, а онима којима су казне изречене су убрзо укидане. С тога је и оправдано питање о томе, која је уопште сврха увођења правила о финансијском фер плеју? Након помпезних најава о драконским казнама које ће бити примењене према оним која крше ова правила (елиминација из такмичења, одузимање бодобва), стварност је била другачија. Сви клубови који су имали проблема могли су да га реше финансијском нагодбом, тј. плаћали су новчану казну.

Што се тиче конкретних ограничења слободе кретања и спортског професионалног ангажмана свакако долазе у обзир правила о трансферу, која су донекле биле слична клаузули задржавања са америчког континента. Појава трансфера везује се за Енглеску и 1888. годину. Наиме, већ тада је за реализацију трансфера захтевано да буду испуњене одређене претпоставке: да се трансфер врши између професионалних клубова који су учесници организованог такмичења, да се играчу може одредити плата у оквирима максимума који је претходно одређен, да играч добије сагласност лиге и његовог клуба за прелазак у нови клуб.³⁷ Након ове почетне фазе, где је прелазак играча из једног у други клуб представљо изузетак, уследиле су још

³⁶J.Lindholm, *The Problem With Salary Caps Under European Union Law: The Case Against Financial Fair Play*, Texas Review of Entertainment and Sports Law, 2010., стр. 190.

³⁷Mićović, M., *Transferfudbalera*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god.52, 2/2015., стр. 1.

две које су у потпуности либерлизовале слободу кретања професионалних фудбалера. Наредном је уведено правило да се уговори са играчима закључују на одређено време, па су тако “нестали доживотни уговори чији је тзв. лавовски карактер битно ограничавао трансфере у периоду од 195 до 1969 “.³⁸ Последња фаза је она која је утемељена пресудом у случају Босман. Решавању овог случаја свакако је допринло и питање учешћа страних играча у националним клубовима, самим тим и питање њихових трансфера, а “проблем је тим био сложенији што су надлежности за регулисање овог питања подељене између националних и међународних (европских и светских) спортских савеза”.³⁹

Активношћу Суда правде кроз бројне пресуде о слободи кретања радника је, “недвосмислено утврђено да се слобода кретања радника односи и на спортисте, односно да су и спортисти радници са својима правима и обавезама”.⁴⁰ Решавајући случај, Суд је утврдио да су у случају Босман прекршена јемства слободе кретања и забране дискриминације из чл. 39. ЕЕЗ⁴¹, а “слобода кретања радника обухвата укидање сваке дискриминације по основу држављанства између радника држава чланица у погледу запошљавања, накнаде за рад идругих услова рада и запошљавања”.⁴² Овим правилом је такође омогућено да играчи по истеку уговора закључе уговор са новим клубом, а да немају обавезу плаћања трансферне накнаде клубу који напуштају, а о којој се може говорити само уколико се клуб напушта пре истека важења уговора. Раније правило, према коме се трнсферна накнада плаћала и онда када је уговор играча са клубом престао да производи дејство, је забрањено.⁴³

У контексту потпуне слободе кретања професионалних спортиста, тј. у овом случају фудбалера јесте и Вебстерово правило о висини трансферне накнаде. Наиме, у спору око висине накнаде између једног шкотског клуба и Ендија Вебстера, суд је одлучио да клуб нема право на накнаду тржишне вредности играча, већ једино на накнаду у висини резидуале вдности Вебстеровог уговора, односно просталих накнада које би припале играчу до истка важности уговора.⁴⁴

³⁸ Ђурђевић, Н., Мићовић, М., Вуковић, З., *нав. дело*, стр.21.

³⁹ Ђурђевић, Н., *Јавне власти и спорт*, Крагујевац, 2007., стр. 87.

⁴⁰ Ваџић, Р., Сарић, И., *Активизам Европског суда правде о слободи кретања радника*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god., 51, 1/2014., str.36.

⁴¹ Ваџић, Р., Сарић, И., *нав.дело*, стр.36.

⁴² Уговор о функционисању Европске уније, чл. 45.

⁴³ Ђурђевић, Н., Мићовић, М., Вуковић, З., *нав. дело*, стр. 215.

⁴⁴ *Ibid.*

ЗАКЉУЧАК

Савремени спорт је без сумње постао велики опијум за масе, баш као што је у прошлости имала религија, а у односу на њу са свакако другачијим циљевима и сврхом.

Да капитализам и даље темељно подупире основе друштва посебно је јасно у данашњим приликама. Трка за профитом није мимиошла ни спорт, као најраширенију форму телесне културе. Међутим, чини се да у остваривању једног и примарног циља није само занемарена суштина бављења спортом, већ и нека од основних људских права, пре свега право на рад, јер без обзира колико видели суштину спорта у стицању духовних добара, не може се заобићи чињеница професионализације и комерцијализације спортских активности и тежња за оним материјалним.

Професионализација у спорту, није само изнедрила категорију врхунских спортиста, под којима не подразумевамо само особе са изванредним способностима које се мере и потврђују оствареним резултатима, већ до категорије запосленог, који баш као и остали запослени настоји да од свог рада и адекватне накнаде намири животне потребе.

Међутим, данак који су професионални спортисти у ранијим годинама давали клубовима за који су играли никако се не може правдати неким вишим циљевима или интересима, већ стицањем профита. Ово је посебно било изражено у спортском радном праву Северне Америке где су постојале бројне власничке методе које су утицале на мобилност играча унутар лига и висине зараде које по основу обаваљања спортских активности могу имати. Калзула удржавања је дуго била присутна у спорту са свим својим негативним ефектима, међутим стање није било одрживо па је дошло до њеног укидања, али потпуни либерализам на тржишту рада није оставрен. Власници клубова су створили модернију контролу запослених и то увођењем salary cap система, који се, икако има утицај на успостављање финансијске и играчке равнотеже може сматрати индиректним ограничавањем слободе уговарања.

С друге стране, спортско радно право у Европи није познавало никаква правила која бисмо поистоветили са правилима о клаузули задржавања или salary cap правилима. Оно што у свету спорта на старом континенту није могло никако да заживи, иако је било у ембрионалној фази, јесте ограничење зарада професионалних спортиста. Овде се у првом реду мисли на фудбалере и њихове зараде, јер се чини да је та споредна, најважнија ствар на свету, популарнија у односу на остале спортове. Покушало се правилима о финансијском фер плеју, која су убрзо урушена, а нису се ни спроводиле мере кажњавања икако је било основа за примену, те је доминација у финансијском и играчком смислу и даље остала међу десет, петнаест најпознатијих клубова. Што се тиче конкретних мера ограничења

професионалног кретања играча постојала су трансферна правила која су регулисана кроз три фази, при чему је последња утемељена на случај Босман.

На самом крају се може закључити да се савремени спорт у прошлости суочавао са бројним проблемима која су поступно и системски решавана, а ишло се свакао у смеру либерализације правног положаја професионалних спортиста. Данас се у индивидуалним уговорима не могу наћи клаузуле задржавања нити сличне мере које би својим ефектима везивала спортисте за своје клубове, претварајући их у имовину клуба, те су спортисти који имају статус професионалних у истинском значењу остварили право на рад, али оно што је итекако присутно јесте профитни мотив који је спорт претворио у привредно тешку категорију која надилази основну бит бављења спортом.

Sovrlić Milica, LL.M
Assistant

HOW CLAUSE RESERVE INFLUENCES PROFESSIONAL ATHLETES HIRING?

Summary

The modern sport transformed from amateur sports and performing activities for the sake of games and entertainment to the profession and commercialization of both sports activities and sports events.

However, the practicing sport for profit, and not for the sake of fun and enjoyment in the past decades has reflected a number of rules that restrict the freedom of professional athletes in choosing the next club and their rights when they are not in the status of free agents. Bearing in mind the consequences of such rules the opinion that there is the restriction of the right to work has a point.

The author puts reserve clause and its effects as the central subject of interest, but also analyzes other forms of equity method, primarily the salary cap, by which was achieved the same goal as using reserve clause and that is - Control of employees. Given that the existence of the reserve clause and salary cap system are characteristic of US sports labor law, and that the United States does not have the same rules as European sports labor law, additionally motivated the author to handle precisely this topic.

In the final part, the author devotes attention to a sports labor law of Europe, by analyzing the current situation, and looking back to the existing tendencies to improve the legal position of professional athletes.

**CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд**

**Зборник радова са међународне научне конференције
„Људска права – између идеала и изазова
садашњости“, Правни факултет Универзитета у
Приштини са привременим седиштем у Косовској
Митровици.
Тираж 100 комада**