

МЕЂУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА

# ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА У СВЕТЛУ МЕЂУНАРОДНИХ И НАЦИОНАЛНИХ СТАНДАРДА

ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА



2022.



Универзитет у Приштини  
са привременим седиштем у Косовској Митровици  
**ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**  
Међународна научна конференција  
„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА У СВЕТЛУ  
МЕЂУНАРОДНИХ И НАЦИОНАЛНИХ СТАНДАРДА“  
Зборник радова

---



УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ  
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



---

Међународна научна конференција

**ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА У  
СВЕТЛУ МЕЂУНАРОДНИХ И НАЦИОНАЛНИХ  
СТАНДАРДА**

**ЗБОРНИК РАДОВА**

---

Међународна научна конференција одржана је 20. маја 2022. године на  
Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем  
у Косовској Митровици

---

Косовска Митровица, 2022.

Универзитет у Приштини  
са привременим седиштем у Косовској Митровици  
**ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**  
Међународна научна конференција  
**„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА У СВЕТЛУ  
МЕЂУНАРОДНИХ И НАЦИОНАЛНИХ СТАНДАРДА“**

---

**Издавач**

Правни факултет Универзитета у Приштини  
Лоле Рибара 29, 38220 Косовска Митровица  
+381.28.425.336, [www.pra.pg.ac.rs](http://www.pra.pg.ac.rs)

**За издавача**

Проф. др Душанка Јововић, декан

**Главни и одговорни уредник**

Проф. др Драган Благић, ванредни професор

**Заменик главног и одговорног уредника**

Доц. др Невена Миленковић

**Секретар Уређивачког одбора**

Асс. Милица Миџовић

**Издавачки савет**

Prof. dr Gabor Hamza,  
Eötvös Loránd University, Full Member of the Hungarian Academy of  
Sciences, Budapest, Hungary;  
Проф. др Барбара Новак,  
редовни професор Универзитет у Љубљани, Правни факултет, Љубљана,  
Словенија;  
Dr Valerio Massimo Minale,  
Assistant Professor, Università degli Studi di Napoli Federico II,  
Napoli, Italy;  
Проф. др Горан Марковић,  
редовни професор,  
Универзитет у Источном Сарајеву, Правни факултет, Пале, Република  
Српска, Босна и Херцеговина

## Уредништво

### Међународни научни одбор

Prof. dr Victoria Serzhanova,  
Habilitation Doctor of Juridical Sciences, Institute of Legal Sciences, Collegium  
of Social Sciences, Rzeszow University, Poland;  
Проф. др Тина Пржеска,  
редовни професор Правни факултет "Јустинијан Први", Универзитет "Св.  
Кирил и Методије", Скопље, Северна Македонија  
Dr Miklos Tihanyi,  
Senior Lecturer, University of Public Service, Faculty of Law Enforcement,  
Budapest, Hungary;  
Prof. dr Maria Genrikhovna Reshnyak,  
University of the MFA of Russia, Faculty of International Law Moscow State  
University for International Relations (MGIMO);  
Prof. dr Ante Novokmet,  
Associate Professor, University „J. J. Strossmayer“ Osijek, Faculty of Law

### Чланови Уредништва из Републике Србије

Проф. др Борис Беговић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду;  
Проф. др Слободан Орловић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду;  
Проф. др Дарко Симовић,  
редовни професор Криминалистичко-полицијског Универзитета,  
Проф. др Предраг Димитријевић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;  
Проф. др Љубомир Митровић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици;  
Проф. др Олга Јовић-Прлаиновић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици;  
Проф. др Слободанка Перић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици;  
Проф. др Љубинка Ковачевић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду;  
Prof. dr Ante Novokmet,  
vanredni profesor Univerziteta „J. J. Strossmayer“ u Osijeku, Hrvatska;  
Проф. др Андреја Катанчевић,  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду;

Проф. др Дарко Димовски,  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;  
Др Милица Колаковић-Бојовић,  
виши научни сарадник, Институт за криминолошка и социолошка  
истраживања у Београду;  
Проф. др Дејан Мирковић,  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици;  
Проф. др Јелена Беловић,  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици;  
Проф. др Огњен Вујовић,  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици;  
Проф. др Здравко Грујић,  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици;  
Проф. др Бојан Бојанић,  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици;  
Проф. др Саша Атанасов,  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици;  
Доц. др Душко Челић,  
доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим  
седиштем у Косовској Митровици;  
Доц. др Срђан Радуловић,  
доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим  
седиштем у Косовској Митровици;

**Дизајн корица**  
Димитрије Милић

**Штампа**  
Кварк, Краљево

**Тираж**  
90

**ISBN**

978-86-6083-083-0



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

Ставови и закључци изнети у чланцима лични су ставови њихових аутора и не изражавају мишљене Издавачког савета и Уредништва

# САДРЖАЈ

РЕЧ УРЕДНИКА

5

## ЈАВНОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

1. Др Гордана ГАСМИ, Др Мина ЗИРОЈЕВИЋ, Др Момир ГРАХОВАЦ  
ПРАВНИ ПРИНЦИПИ ЕВРОПСКЕ ПОВЕЉЕ О ЉУДСКИМ  
ПРАВИМА И ЗНАЧАЈ ЗА ЗАПАДНИ БАЛКАН 17
2. Др Владимир ЂУРИЋ  
УСТАВНА ГАРАНТИЈА ДОСТИГНУТОГ НИВОА ЉУДСКИХ И  
МАЊИНСКИХ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 37
3. Др Мијодраг РАДОЈЕВИЋ  
УЛОГА НЕЗАВИСНИХ КОНТРОЛНИХ ТЕЛА И ИНСТИТУЦИЈА У  
ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА 65
4. Др Нада РАДУШКИ  
НОРМАТИВНО РЕГУЛИСАЊЕ МАЊИНСКИХ ПРАВА РОМА НА  
МЕЂУНАРОДНОМ И НАЦИОНАЛНОМ НИВОУ 87
5. Др Милица КОВАЧЕВИЋ, Др Бранкица ПОПОВИЋ ЋИТИЋ, Лидија  
БУКВИЋ БРАНКОВИЋ  
ПРАВО НА ОБРАЗОВАЊЕ И ИДЕАЛ РАВНОПРАВНОСТИ 105
6. Стефан РАДОЈЧИЋ  
ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ У ОЦЕЊИВАЊУ  
УСТАВНОСТИ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА 117
7. Јована МИСАИЛОВИЋ  
ПРАВО НА ШТРАЈК – ДЕРИВАТ ЕВОЛУЦИЈЕ ЉУДСКИХ ПРАВА 149
8. Ања БЕЗБРАДИЦА, Василије МАРКОВИЋ  
ТЕСТ(ОВИ) БАЛАНСИРАЊА И ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА  
ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА 173

## КРИВИЧНОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

9. Др Душица МИЛАДИНОВИЋ СТЕФАНОВИЋ  
КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА РЕПРОДУКТИВНИХ ПРАВА 203
10. Др Дарко ДИМОВСКИ  
АНТИСЕМИТИЗАМ И ЕВРОПСКИ МЕХАНИЗМИ ЗАШТИТЕ 229

11. Др Иван ИЛИЋ, Драгана МИЛОВАНОВИЋ  
СЛОБОДА МИРНОГ ОКУПЉАЊА У УСЛОВОМА ПАНДЕМИЈЕ 251
12. Жарко КЕШАНСКИ  
ИЗВРШЕЊЕ МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНОГ  
ПСИХИЈАТАРСКОГ ЛЕЧЕЊА АЛКОХОЛИЧАРА КРОЗ ПРАКСУ  
СПЕЦИЈАЛНЕ БОЛНИЦЕ 269

## ПРАВНОТЕОРИЈСКА, ИСТОРИЈСКОПРАВНА И ПРАВНОЕКОНОМСКА НАУЧНА ОБЛАСТ

13. Др Саша БОВАН  
ХЕРМЕНЕУТИЧКИ РЕЛАТИВИЗАМ И СОЦИОЛОШКИ  
ХОЛИЗАМ У ТЕОРИЈИ ТУМАЧЕЊА ПРАВА 299
14. Др Андреја КАТАНЧЕВИЋ  
НАЧЕЛО ПРЕДСТАВЉАЊА У РИМСКОМ ПРАВУ – ИСТОРИЈСКИ  
КОНТЕКСТ НАСТАНКА И ИЗАЗОВИ МОДЕРНОГ  
ЗАКОНОДАВСТВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 325
15. Др Лука БАТУРАН, Др Стефан САМАРЦИЋ, Марија МИТРОВИЋ  
НЕОБРАЂЕНО ПОЉОПРИВРЕДНО ЗЕМЉИШТЕ – УЗРОЦИ  
И РАЗМЕРЕ ПРОБЛЕМА И ПОСТОЈЕЋИ ПРАВИ ОКВИР 339
16. Александра МИТРОВИЋ  
ПОСТИЗАЊЕ СОЦИЈАЛНО ЕКОНОМСКЕ ПРАВДЕ НА ПОЉУ  
РЕШАВАЊА ЕКОЛОШКИХ ПРОБЛЕМА 363

## ГРАЂАНСКОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ

17. Др Гордана СТАНКОВИЋ, Др Владимир БОРАНИЈАШЕВИЋ  
ОГРАНИЧЕЊЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ КАО  
ЉУДСКОГ ПРАВА 381
18. Др Олга ЈОВИЋ ПРЛАИНОВИЋ  
ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА У КОНТЕКСТУ ПРАВА НА  
ПОРОДИЧНИ ЖИВОТ 401
19. Др Тамара ЂУРЂИЋ, Др Зоран ЋИРИЋ  
МЕДИКО-ЛЕГАЛНИ АСПЕКТ ПОНИШТАЈА УГОВОРА О  
ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ ЗБОГ НЕДОСТАТКА  
АЛЕАТОРНОСТИ 419

20. Др Данијела ПЕТРОВИЋ МОГУЋНОСТИ УНАПРЕЂЕЊА ЕФИКАСНОСТИ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА	437
21. Ивана РАДОМИРОВИЋ ОДНОС ПРАВА СВОЛИНЕ И ПРАВА НА ДОМ ИЗ ПЕРСПЕКТИВЕ НАЦИОНАЛНИХ СУДОВА И ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА	455

## МЕЂУНАРОДНОПРАВНА, ПРИВРЕДНОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

22. Др Бојан МИЛИСАВЉЕВИЋ ТЕРИТОРИЈА И ТЕРИТОРИЈАЛНИ СПОРОВИ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ	475
23. Др Јелена ЋЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ, Ива ТОШИЋ РАЗВОЈ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	493
24. Др Јелена БЕЛОВИЋ, Др Гордана ДАМЈАНОВИЋ МЕЂУНАРОДНА АРБИТРАЖА И ПАТЕНТНИ СПОРОВИ	511
25. Др Драгољуб ТОДИЋ ЉУДСКА ПРАВА И КЛИМАТСКЕ ПРОМЕНЕ	
26. Др Мирјана ГЛИНТИЋ КЛАСИФИКАЦИЈА РИЗИКА КАО ОСНОВ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ПРАВУ ОСИГУРАЊА	541
27. Јелена ЈАКШИЋ СЛОБОДА КРЕТАЊА И ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА	561
28. Јелена ЈОВАНОВИЋ ПОСТУПАК ЗАШТИТЕ ПРАВА И СЛОБОДА ПРОКЛАМОВАНИХ ЕВРОПСКОМ КОНВЕНЦИЈОМ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА	583
УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ	599
РЕЦЕНЗЕНТИ	605



На Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици 20. маја 2022. године, поводом обележавања 61. године постојања и рада, одржава се Међународна научна конференција на тему „ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА У СВЕТЛУ МЕЂУНАРОДНИХ И НАЦИОНАЛНИХ СТАНДАРДА“. Подизање научне свести и ширење знања о различитим начинима поштовања и заштите људских права, путем размене идеја али и искустава аутора/учесника из великог броја држава, доприноси делотворнијем остваривању људских права и слобода, како на међународном, тако и на националном плану.

Нарочити значај људских права долази до изражаја у 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 легислативном смислу не утиче на међународноправну природу људских права, већ на степен њихове примене и поштовања. Поштовање минимума људских права у Србији представља једину гаранцију да ће наше друштво учинити неопходан цивилизацијски корак напред. Сарадња између 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 нормативни оквир, којим се гарантује вршење и поштовање људских права свим особама које потпадају под надлежност домаћих органа. Стога, идеја 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 овој међународној научној конференцији учествује 77 научних посленика из земље и

иностраниста, који су самостално или као коаутори презентовали 55 научна рада. Имајући у виду да је један број радова написан и саопштен на енглеском језику, радови су објављени у два тематска зборника: на српском и енглеском језику. Поред тога, један број радова ће по жељи аутора бити објављен у годишњем Зборнику радова Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

Најсрдачније се захваљујем свим члановима Издавачког савета, члановима Уредништва из иностранства и земље, као и рецензентима пристиглих радова, на сугестијама, коментарима и предлозима који су били од пресудне важности за коначно објављивање и квалитет тематских зборника радова.

*Главни и одговорни уредник  
Проф. др Драган Благоћ*



ЈАВНОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ



оригинални научни рад  
достављен: 31. 03. 2022.  
прихваћен за објављивање: 15. 04. 2022.  
УДК 341.231.14(497-15)

Проф. др Гордана ГАСМИ\*  
Проф. др Мина ЗИРОЈЕВИЋ\*  
Проф. Др Момир ГРАХОВАЦ\*

## ПРАВНИ ПРИНЦИПИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА И ЗНАЧАЈ ЗА ЗАПАДНИ БАЛКАН

### Апстракт

Аристотел је говорио да правда, остварена кроз правично поступање, подразумева да се према свакоме поступа једнако, тј. да ће се према онима који нису у равноправном положају у односу на друге поступати сразмерно њиховој неједнакости. Стога је битна карактеристика људских права једнакост свих. Људска права као природна права стиче сваки човек рођењем, а не од државе. Стога их држава не може ускратити. Овај постулат је главна основа рада и упутство за анализу релевантности европских правних принципа о основним правима, садржане у Лисабонском Уговору о Европској унији (ЕУ) и њеној Повељи о основним правима. У савременом међународном праву и односима, које карактеришу све распрострањенији интеграциони процеси, пренос културних и моралних образаца иде из развијених земаља у мање развијене земље, кроз транспозицију правних принципа о људским правима и демократији. Овај процес омогућава бржи правни напредак националних правних система земаља у транзицији и њихову бржу интеграцију у међународну заједницу. У раду аутори закључују да ЕУ има нормативни утицај и делује према земљама кандидатима Западног Балкана, кроз своје правне принципе садржане у Лисабонском Уговору о

---

\*Редовни професор, научни сарадник Института за упоредно право, g.gasmi@iur.rs.

\*Ванредни професор, виши научни сарадник Института за упоредно право, m.zirojevic@iur.rs.

\*Ванредни професор, виши саветник, Министарство просвете, науке и технолошког развоја Србије, momir.grahovac@mpn.gov.rs.

ЕУ и Повељи о основним правима, која је саставни део конститутивног Лисабонског Уговора о ЕУ.

**Кључне речи:** ЕУ, људска права, Лисабонски Уговор, Западни Балкан.

## 1. УВОД

Концепт људских права заснива се на једнакости свих људи и универзалној примени независно од ангажовања државе у којој се појединац налази. Људска права су природна права која се стичу рођењем, те их држава не може одузети. Људска права се разликују од осталих субјективних права јер сва остала субјективна права држава може појединцима дати, али их и одузети. Аристотел је говорио да правда, остварена кроз правично поступање, подразумева да се према свакоме поступа једнако, тј. да ће се према онима који нису у равноправном положају у односу на друге поступати сразмерно њиховој неједнакости. Према лицима са посебним потребама или мањинама поступа се са позитивном дискриминацијом омогућавајући им да се путем додатних гаранција изједначе у својим правима са осталима.<sup>1</sup>

Функционисање модерне државе је чврсто везано за заштиту људских права и демократије. Без јасних правних гаранција за поштовање основних људских права, долази до успостављања аутократских режима.<sup>2</sup> У савременом међународном праву и односима, које карактеришу све распрострањенији интеграциони процеси, пренос културних и моралних образаца иде из развијених земаља у мање развијене земље, кроз транспозицију правних принципа о људским правима и демократији.<sup>3</sup> Овај процес омогућава бржи правни напредак националних правних система земаља у транзицији и њихову бржу интеграцију у међународну заједницу. На овај начин Европска унија (ЕУ) има нормативни утицај и делује према земљама кандидатима Западног Балкана, кроз своје правне принципе садржане у Лисабонском Уговору о ЕУ и Повељи о основним правима, која је саставни део конститутивног Лисабонског Уговора о ЕУ.

---

<sup>1</sup> М. Граховац, *Људска права – од међународне до уставне регулативе*, Нови Сад, 2020, 11, 12.

<sup>2</sup> Г. Гасми, „European Legal principles on Human Rights and Democracy – Importance for the Western Balkans“, *Fiat Iustitia*, No 1/2018, Romania, 2018, 159-174.

<sup>3</sup> М. Zirojević, D. Paunović, „The Problems of National Security and Globalization – View from Serbia“, in *SCIENCE, EDUCATION, TECHNOLOGY AND INNOVATION SETI III 2021*, ed. by Ristić, Smoljić, Maksin, Dražić, 2021., 440.

## 2. ПРАВНИ ПРИНЦИПИ ЕУ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Након ступања на снагу Лисабонског уговора о ЕУ (децембар 2009.), Повеља ЕУ о основним правима постала је не само политички документ (од 2000. године), већ и правно обавезујући акт.<sup>4</sup> Првобитни Римски уговор о Европској Заједници (1958) није садржао одредбе о основним правима човека.<sup>5</sup> Римски уговор јесте упућивао на принцип забране дискриминације на основу националности, али му је недостајала Повеља о правима. У Уговору о ЕУ из Мастрихта (1993) први пут је унет чл. 6. (2) који предвиђа да ће „Унија поштовати основна права, загарантована Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода... и пошто она произилазе из уставних традиција заједничких државама чланицама, биће општи принципи комунитарног права (права Заједнице)“. Поред европског наднационалног примарног законодавства (конститутивни Уговори о ЕУ), Европски суд правде је навео (1969) да су основна људска права „уграђена у општа начела права Заједнице и заштићена од стране Суда“.<sup>6</sup>

Европски суд правде је редовно тумачио и разматрао валидност аката и мера Заједнице у светлу људских права заштићених правним поретком ЕУ.<sup>7</sup> Међутим, упркос томе, до 2000. Године је Унији је недостајала сопствена кодификована декларација о основним правима човека. Стога додела правне обавезности Повељи ЕУ о основним правима кроз ступање на снагу Лисабонског Уговора о ЕУ, представља позитивну прекретницу у оквиру јачања демократског легитимитета ЕУ. Унија је еволуирала од искључиво економске заједнице до ентитета који је политичке, културне, друштвене и економске природе.<sup>8</sup>

Ступање на снагу конститутивног Лисабонског Уговора о ЕУ (2009) означило је корак напред ка софистицираном економском и друштвеном моделу Европске уније. Изван својих граница, Унија промовише поштовање демократије, владавине права и људских права и

---

<sup>4</sup> Г. Гасми, *Quo Vadis EU? – Релевантни правни и институционални фактори*, Београд, 2016, 68-74.

<sup>5</sup> J.C. Piris, *The Lisbon Treaty – A Legal and Political Analysis*, New York, 2010, 146.

<sup>6</sup> Judgment of 12 November 1969, Case 29/69, ECR 425, para.7. Judgment of 17 December 1970, Case 11/70, ECR 1125, para. 4., J.C. Piris, *op. cit.*, 147.

<sup>7</sup> X. Groussot & L. Pech, „Fundamental Rights Protection in the EU post Lisbon Treaty“, *European Issue No 173*, Fondation Robert Schuman, Paris, 2010, 7.

<sup>8</sup> E.F. Defeis, “The Treaty of Lisbon and Human Rights”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 16, 2015, 416.

слобода постављајући те принципе као основне саставне делове својих билатералних споразума са трећим земљама, нечланицама и земљама кандидатима, као и у мултилатералним спољним односима. Инструменти спољне политике ЕУ (трговински споразуми, политички дијалози, итд.) и програми финансијске помоћи директно промовишу јачање људских права и демократије у трећим земљама које нису чланице. Поштовање људских права, уз стабилне демократске институције и владавину права један је од кључних предуслова за приступање свих земаља кандидата Унији према критеријумима проширења ЕУ из Копенхагена из 1993.<sup>9</sup>

На нивоу ЕУ питање заштите људских права покренуто је у контексту пожељног приступа Уније Европској конвенцији о људским правима и основним слободама Савета Европе. Приступање је Европска комисија најавила у Меморандуму од 1979. Међутим, приступање ЕУ Европској конвенцији сматрано је фундаменталном конститутивном променом, која се не може спровести без претходне ревизије оснивачких уговора према Мишљењу 2/94 Европског суда правде. Ова чињеница је била подстрек лидерима ЕУ да донесу одлуку о кодификацији људских права у јединственом документу ЕУ: Повељи ЕУ о основним правима човека, која је проглашена 7. децембра 2000. године.

Предвиђено је да Унија приступи Европској конвенцији (чл. 6 /У2/). Лисабонски Уговор предвиђа: „Савет ће такође једногласно деловати за споразум о приступању Уније Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода; одлука којом се закључује овај споразум неће ступити на снагу док је не одобре државе чланице у складу са својим уставним захтевима” (чл. 218 /8/).<sup>10</sup> Приступање би употпунило заштиту основних права грађана ЕУ и ојачало фундаменталне вредности. То би такође побољшало ефикасност прописа ЕУ и побољшало доследност заштите основних права у Европи. Међутим, поново је 18. децембра 2014. Суд правде ЕУ дао негативно мишљење о усаглашености нацрта овог споразума са оснивачким Уговорима о ЕУ. Разматра се ново решење које омогућава испуњавање обавезе приступања Уније Европској Конвенцији из Лисабонског Уговора, али и узима у обзир све аспекте које је Европски суд правде навео у свом мишљењу из 2014. године.

---

<sup>9</sup> Г. Гасми, *Quo Vadis EU? – Релевантни правни и институционални фактори*, Београд, 2016, 124.

<sup>10</sup> J.P. Bonde Jens-Peter (ed.), *THE LISBON TREATY, Readable Version*, Foundation for EU Democracy, 2009, Denmark, 34.

Повеља је стекла правну обавезност на основу члана 6 (1) Лисабонског Уговора о ЕУ. То значи да је Повеља постала правно обавезујућа за институције ЕУ и за државе чланице када спроводе право Уније. Тиме је Повеља добила исту правну вредност као и Лисабонски Уговор.<sup>11</sup> Међутим, многи аутори упозоравају да ЕУ Повеља није обавезна за националне органе држава чланица у њиховој дневној политици и доношењу закона на националном нивоу, осим када национални органи власти спроводе право Уније.<sup>12</sup> Ово је веома важно ограничење правног дејства ЕУ Повеље са становишта грађана и њихове заштите у свим ситуацијама. Штавише, Повеља се не примењује на Пољску на основу Протокола бр. 30, који је приложен Лисабонском Уговору, што представља клаузулу „*opt-aut*” према Повељи у случају те државе чланице.

Ипак, у чл. 2. Лисабонског Уговора прокламују се основне вредности ЕУ: „Унија се заснива на вредностима поштовања људског достојанства, слободе, демократије, једнакости, владавине права и поштовања људских права, укључујући права припадника мањина. Ове вредности су заједничке државама чланицама у друштву у којем преовладавају плурализам, недискриминација, толеранција, правда, солидарност и једнакост између жена и мушкараца.”

Затим, у чл. 3, ст. 5, прописано је да: „У својим односима са светом Унија подржава и промовише своје вредности и интересе и доприноси заштити својих грађана. Доприноси миру, безбедности, одрживом развоју Земље, солидарности и међусобном поштовању међу народима, слободној и праведној трговини, искорењивању сиромаштва и заштити људских права, посебно права детета, као и стриктно поштовање и развој међународног права, укључујући поштовање принципа Повеље Уједињених нација.”

У складу с тим, ЕУ те вредности и принципе примењује у својој сарадњи и билатералним споразумима са трећим земљама, нечланицама, а посебно са земљама кандидатима које су у процесу приступања. Важно је нагласити да државама кандидатима није дозвољено да траже било какву „*opt-aut*” клаузулу,<sup>13</sup> већ морају да усвоје и спроведу целокупни *whole Acquis communautaire*, односно прописе ЕУ, инструменте заједничке

---

<sup>11</sup> Г. Гасми, *op. cit.*, 68-74; J.C. Piris, *op. cit.*, 159.

<sup>12</sup> J.C. Piris, *op. cit.*, 160.

<sup>13</sup> Г. Гасми, *Quo Vadis EU? – Релевантни правни и институционални фактори*, Београд, 2016, 128.

спољне политике и друге обавезе које проистичу из политика ЕУ. Европски правни принципи о људским правима и демократији садржани су у поштовању људског достојанства, једнакости, слободе, владавине права, демократије и права мањина. Ти принципи су први пут формално успостављени на нивоу ЕУ, формулисањем чл. 2 Лисабонског уговора. Штавише, ти правни принципи о људским правима и демократији добили су виши третман у виду вредности Уније, које ЕУ треба да промовише (чл. 3 /1/). Ове вредности су заједничке за државе чланице у друштву у којем преовладавају плурализам, недискриминација, толеранција, правда, солидарност и једнакост између жена и мушкараца. Стога је важно да земље кандидати следе и примењују европске правне вредности и принципе у циљу модернизације својих друштава и економија.

Правда и из ње изведена правичност су адекватан пример који показује како природно – правне вредности, које су изворно идеалистичке, могу бити операционализоване у позитивном праву, које је изворно реално. Природно право је настало из крајње потребе да се одржи суживот појединаца у друштву и омогући њихово унапређење.<sup>14</sup> Правна моћ Европске уније у виду креирања позитивног права, била је од раног настанка Европских заједница, а потом и Уније, једна од често присутних тема међу ауторима који су расправљали о томе да ли је реч о специфичном типу међународног актера, не само због своје јединствене институционалне природе, већ и због предиспозиције да изражава различите врсте интереса. Ово питање је изазвало велику пажњу и теоретичара и практичара, чак и у последњих неколико година, базирајући се на расправама да ли је ЕУ више цивилна него војна сила.<sup>15</sup> Такође се поставља питање да ли Унија следи наднационалне или етичке интересе у свом покушају да обликује глобални поредак кроз нормативне промене, а не употребом силе.<sup>16</sup>

ЕУ није конвенционална велика сила упркос свом економском глобалном значају и због тога је добила назив „тигар од папира” или „тигар без зуба”, наглашавајући недостатак адекватне војне силе на

---

<sup>14</sup> Д. Митровић, *On the Law – Selected Essays*, Београд, 2017, 152.

<sup>15</sup> К.Е. Smith К.Е., “Beyond the civilian power EU debate *Politique Europeenne* 17, 2005, 63-82. R.G. Whitman, *From Civilian Power to Superpower? International Identity of the European Union*, Macmillan, London, 1998, 74.

<sup>16</sup> I. Manners. & R.G. Whitman, “The Difference Engine: Constructing and Representing the International Identity of the European Union”, *Journal of European Public Policy* 10(3), 2003, 380–404.



наднационалном нивоу.<sup>17</sup> Неки аутори су Унију такође дефинисали као економског гиганта и војно-политичког патуљка.<sup>18</sup> Међутим, ЕУ поседује нормативну моћ делујући првенствено кроз правне принципе, али и кроз идеје и вредности.<sup>19</sup> Сходно томе, многи аутори истичу значај европског идентитета, вредности, правних принципа, као и спољне политике ЕУ.<sup>20</sup> Међутим, у време потписивања Римских оснивачких уговора о Европским заједницама, област људских права је била изостављена из тадашњег позитивног правног оквира. У теорији се то објашњава функционалистичким приступом поступних корака ка уједињавању западно-европских држава, који је превладао у то време.<sup>21</sup> Теорија права препознаје несавршене правне норме, попут међународних конвенција, јер су без класичних санкција које намеће држава. Међутим, важно је истаћи да су те норме од великог правног значаја, јер су засноване и садрже универзалне правне вредности, као што су правда, правичност, право на слободу насиља, право на достојанство и друга људска права.<sup>22</sup> Те међународне норме и правни стандарди као такви имају еманципаторску улогу за националне норме и националне правне системе држава потписница, али и за читаву међународну заједницу. Отуда не чуди да у оквиру ЕУ заштита људских права је обезбеђена Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода Савета Европе (сходно чл. 6 /3/ Лисабонског Уговора), јер су све државе чланице потписнице Европске Конвенције.

---

<sup>17</sup> Г. Гасми & С. Зечевић, “Европски безбедносни и одбрамбени идентитет и мигрантска криза”, *Страни правни живот бр. 2*, 2016, 32.

<sup>18</sup> Г. Гасми, *Quo Vadis EU? – Релевантни правни и институционални фактори*, Београд, 2016, 285.

<sup>19</sup> I. Manners, “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”, *Journal of Common Market Studies* 40(2), 2002, 235-258.

<sup>20</sup> E. Adler & B. Crawford, “Normative Power: The European Practice of Region Building and the Case of the Euro - Mediterranean Partnership (EMP)”, *Working Paper 040400*, Institute of European Studies, University of California, Berkeley, 2004,34; T. Diaz, “Constructing the Self and Changing Others: Reconsidering “Normative Power Europe””, *Millennium*, 33(3), 2005, 613-636; S. Lucarelli, “Introduction: Values, Principles, Identity and European Union Foreign Policy” in S. Lucarelli & I. Manners (eds.), *Values and Principles in European Union Foreign Policy*, Routledge, London, 2006, 1-18; H. Sjursen, H. (ed.), “What Kind of Power? European Foreign Policy in Perspective”, *Journal of European Public Policy (special issue)* 13/2, 2006, 5.

<sup>21</sup> Gráinne de Búrca, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, Harvard Law School, 2010, 19.

<sup>22</sup> Д. Митровић, *On the Law – Selected Essays*, Београд, 2017, 137.

### 3. ЉУДСКА ПРАВА КАО ТЕМЕЉ ПРОЦЕСА ПРОШИРЕЊА ЕУ И ЗАПАДНИ БАЛКАН

Европске земље кандидати за чланство у ЕУ треба да изврше усклађивање својих националних уставних принципа и националног законодавства са вредностима и правним принципима Уније. То је дефинисано критеријумима ЕУ за проширење тзв. Копенхаген критеријуми (1993), који су добили обавезну правну снагу ступањем на снагу Лисабонског Уговора о ЕУ: табилне демократске институције, владавина права и поштовање људских права и слобода, али истовремено и очување националног идентитета и културе. Чувени је мото: *In varietate concordia!* (Хармонија у различитости). Сходно томе, ЕУ се заснива на поштовању националних разлика и идентитета својих држава чланица (чл. 4/2/ Лисабонског Уговора о ЕУ). Затим у чл. 8 Лисабонског Уговора предвиђено је да: „Унија развија посебне односе са суседним земљама, са циљем да успостави област просперитета и добросуседства, засновану на вредностима Уније и коју карактеришу блиски и мирни односи засновани на сарадњи. За потребе става 1. Унија може закључити посебне споразуме са дотичним земљама. Ови споразуми могу садржати реципрочна права и обавезе, као и могућност заједничког предузимања активности.” Вредности Уније су основ блиске сарадње са суседним државама, као и са земљама кандидатима, односно достојанство, слобода, слобода, демократија, једнакост, владавина права, људска права и права мањина, како је дефинисано у чл. 2 Лисабонског Уговора. Те вредности су легитимно дефинисане, јер потичу из воље и потреба држава чланица ЕУ, институција ЕУ и самих грађана у ЕУ.

Основна права човека унутар ЕУ, како је дефинисано у Лисабонском Уговору, имају значај не само за грађане у ЕУ, већ имају двоструки утицај на њене спољне активности. Први аспект овог утицаја је укључивање људских права и демократије као општих принципа Уније, на шта указује и сама Повеља ЕУ, која је постала саставни део Лисабонског Уговора, као и обавеза ЕУ да приступи Европској Конвенцији о људским правима и слободама Савета Европе. Други аспект огледа се у обиму у коме се промовишу одредбе о људским правима и демократији у свим спољним активностима ЕУ, почев од трговине, преко хуманитарне и других облика помоћи ЕУ, као и у питањима миграција.

Гледано са глобалне тачке гледишта, ЕУ је својеврсни „извозник” сопствених вредности и демократских стандарда и принципа заштите

људских права. Сходно свом глобалном трговинском значају, ЕУ поставља захтев за поштовање и гаранције људских права и демократије као суштински елемент билатералних споразума Уније са земљама кандидатима о приступању ЕУ. Стога се Европска унија често сматра „извозником принципа демократије и стабилности“ у треће земље које нису чланице ЕУ. Овај процес се може тумачити двојачко: негативно, када се ти напори Уније доживљавају као политички притисак на одређену земљу кандидата или позитивно, када Унија делује као катализатор процеса продубљивања демократије и заштите људских права у конкретној земљи.

У својим закључцима од 25. јуна 2001. године, Савет ЕУ је поздравио Саопштење Комисије ЕУ од 8. маја 2001. о улози ЕУ у промовисању људских права и демократизације у трећим земљама, која представља непроцењив допринос кохерентности и доследности политике Уније о људским правима и демократизацији. Савет је у својим закључцима поново потврдио своју посвећеност принципима интеграције људских права и демократије у све акције ЕУ, отворености њених политика и идентификацији приоритетних области. У оквиру процеса имплементације ових закључака Савета, Радна група ЕУ за људска права преузела је обавезу да успостави смернице о људским правима и дијалогу о демократизацији у консултацији са Радном групом за развојну сарадњу и Одбором за мере за развој и консолидацију демократије и владавине права, као и поштовање људских права и основних слобода. ЕУ је ангажована у дијалогу о људским правима и демократизацији са низом земаља, али посебно са земљама кандидатима. Ти политички дијалози представљају инструмент спољне политике Уније. Они су саставни део мера које ЕУ може користити за спровођење своје политике о људским правима и демократизацији. Ти дијалози чине суштински део укупне стратегије ЕУ која има за циљ промовисање одрживог развоја, мира и стабилности (као што је предвиђено Лисабонским Уговором, чл. 3). На глобалном нивоу, међузависност између заштите људских права и демократије, с једне стране и мира и стабилности, с друге стране, наглашена је декларацијом Светског Самита из 2005. године, коју је усвојила Генерална Скупштина УН.

Савет ЕУ води рачуна о томе да се основна права човека узму у обзир приликом израде законодавства и деловања ЕУ. Такође ради на промоцији људских права у односима са земљама које нису чланице ЕУ и међународним институцијама, као и у преговорима о међународним

споразумима. На нивоу ЕУ постоје различите врсте дијалога, укључујући дијалоге на високом политичком нивоу прилично опште природе, засноване на регионалним или билатералним споразумима или конвенцијама или стратешким партнерствима, која се систематски баве питањем људских права и демократизације. То посебно укључује: 1. Сарадњу са земљама кандидатима Западног Балкана – билатерални споразуми о придруживању и стабилизацији; 2. Споразум из Котонуа са земљама Африке, Кариба и Пацифика; 3. Односи између ЕУ и Латинске Америке; 4. Барселонски процес (медитеранске земље и политика суседства (земље Кавказа посебно), 5. односи са Турском (дугогодишњи кандидат), 6. односи са Русијом и Кином.

Акциони план ЕУ за људска права и демократију 2020-2024 је трећи Акциони план за људска права и демократија који је усвојила ЕУ. Као и код претходна два акциона плана, циљ је да се побољшају и усаврше напори ЕУ на промовисању људских права и демократије широм света.<sup>23</sup> Овај нови акциони план обухвата снажнију акцију ЕУ на дугорочним приоритетима о људским правима и демократији, као што су родна равноправност, слобода изражавања, искорењивање тортуре, укидање смртне казне, превенција сексуалног и родно заснованог насиља и још много тога. Нови елементи укључују: јачање везе између људских права и животне средине, коришћење предности дигиталних технологија и минимизирање ризика, повећана акција на пољу економских, социјалних и културних права, јачи нагласак на демократији, већи фокус на бизнис и људска права, даље деловање на заштити и оснаживању бранитеља људских права и веће улагање у комуникационе стратегије о промовисању људских права и демократије. Посебно је наглашено: „Кохерентност и доследност онога што радимо споља и шта радимо интерно су од виталног значаја, а не само због нашег кредибилитета, већ зато што су људска права универзална и демократија обезбеђује најбоље средство за заштиту тих права.“<sup>24</sup>

Може се оценити да се ЕУ обавезује да интензивира процес интегрисања политике подршке људским правима и демократији („(“mainstreaming”) у све аспекте свог спољног деловања, а посебно у процес проширења. Сходно томе, Унија осигурава да питање људских права, демократизације и владавине права буде укључено у све састанке и разговоре са земљама кандидатима на свим нивоима, било да се ради о

---

<sup>23</sup> The EU action plan on human rights and democracy 2020 – 2024.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

министарским разговорима, састанцима заједничких одбора о приступању или формалним дијалозима које води председавајућа земља Савета ЕУ или Високи представник за спољну политику.

#### 4. ЕУ И ЗАПАДНИ БАЛКАН – ЈАЗ ИЗМЕЂУ *DE IURE* И *DE FACTO*

Са правне тачке гледишта, вредности Уније које су прокламоване у чл. 2 Лисабонског Уговора (достојанство, слобода, слобода, демократија, једнакост, владавина права, људска права и права мањина) нису само политичке и симболичне, већ имају и конкретне правне ефекте. Те вредности су скуп услова које европска држава мора да поштује да би јој било дозвољено да аплицира за чланство. Одредбе чл. 49 јасно дефинишу да: „Свака европска држава која поштује вредности из члана 2 и посвећена је њиховом промовисању може да се пријави да постане чланица Уније.“

То је разлог који оправдава да је први Копенхаген критеријум за чланство у ЕУ, тзв. политички критеријум, који укључује владавину права, стабилне демократске институције и поштовање људских и мањинских права, међу свим критеријумима приступања “*primus inter pares*” (први међу једнакима), односно најважнији. Питање заштите основних права националних мањина је накнадно додато (ЕУ Агенда 2000), јер је утврђено да земље кандидати из Централне и Источне Европе имају процентуално више мањинског становништва него тадашње земље чланице. Задовољавајућа интеграција мањина у друштво је услов за демократску и међународну стабилност је базична хипотеза ЕУ Агенде 2000, документа који је трасирао стратешке смернице развоја и проширења ЕУ у то време.<sup>25</sup>

Постоји још један неформални критеријум у пракси процеса проширења ЕУ, посебно у последњој деценији. То је апсорпциони капацитет Уније или интеграциони капацитет ЕУ, који претпоставља способност Уније да прихвати нову државу чланицу без угрожавања постојећег институционалног и економског нивоа интеграције и тековина Уније тзв. *Acquis Communautaire*.<sup>26</sup> Услов очувања *Acquis Communautaire* заједно са интеграционим потенцијалима и капацитетима показује се као веома важан за ЕУ када се идентификују приоритетне земље кандидати за

---

<sup>25</sup> Agenda 2000, ‘The Challenge of Enlargement’, Part II, COM(1997)2000.

<sup>26</sup> Г. Гасми, *Quo Vadis EU? – Релевантни правни и институционални фактори*, Београд, 2016, 125.

финансијску помоћ и рокови за чланство. Крајњи циљ је спречавање угрожавања постојећег нивоа интеграције унутар Уније.

Искуство Западног Балкана указује да ЕУ сматра да у тим земљама постоји одређени ниво демократског дефицита и недостатак владавине права, што је општа оцена која се често појављује у годишњим извештајима о напретку за сваку од земаља, које припрема Комисија ЕУ. Најважнија традиционална обележја владавине права су следећа: да извршну власт подреди парламентарним законима, да има загарантована права појединца на слободу говора и одговарајући правни процес, слободу окупљања и удруживања, затим правосудни систем као независан систем и непристрасни чувар закона и индивидуалних права грађана од могућих напада законодавне и извршне власти.<sup>27</sup> Свеобухватна листа људских права данас се не може прецизно дефинисати и саставити. То зависи како од историјских околности, тако и од постојања савремених међународних инструмената са правним обавезама. На пример, Универзална Декларација УН, усвојена 1948. као факултативни правни документ, сада је правно обавезујућа, пошто су многа права садржана у Декларацији касније уграђена у међународне уговоре, као и да је у већини земаља у савременом свету преовладала правна свест о обавезности заштите ових права.

То значи да суштина људских права није само позитивистичка, већ и етичка. Уколико су законодавци у искушењу да их укину или ограниче, онда нема владавине права. Отуда значај имплементације прокламованих људских права, односно сагледавања ситуације *de facto*, паралелно са стањем *de iure*. На овај начин стижемо до концепта демократског дефицита у пракси упркос добрим правним решењима. Савремена демократија, заснована на владавини права, данас има велике проблеме да грађанска и политичка права учини потпунијима. Ово посебно важи за људска права која су изван строге унутрашње надлежности и националне државне контроле. У том смислу се може поставити питање: на који начин ове препреке обухватају потешкоће и препреке у обезбеђивању ефикасног остваривања људских права и пута ка демократији и владавини права?<sup>28</sup> Демократски дефицит се може описати као недостатак легитимитета, који претпоставља да у органима законодавне, извршне и судске власти не постоји пропорционална

---

<sup>27</sup> Д. Митровић, *op.cit.*, 156.

<sup>28</sup> Д. Митровић, *op.cit.*, 157.

заступљеност постојећих друштвених група – жена, омладине, припадника националних мањина, радника и сељака.

Осим тога, драматично убрзање тока информација и новца најчешће доводи до изостанка легитимног одлучивања о њиховом протоку, што олакшава стварање невидљивих и неконтролисаних центара моћи одлучивања који се у великој мери померају од демократских легитимних институција ка затвореним неформалним круговима, без демократског покрића и легитимне друштвене контроле. Овакве недавне промене које произилазе из глобализације, навеле су неке писце да суморно закључе да је дошло до „крађе демократије и права на самоопредељење легитимних учесника”<sup>29</sup> и да је „модерни облик тоталитаризма” већ успостављен.<sup>30</sup>

Остали критеријуми из Копенхагена за приступање ЕУ су економски услови: одржива тржишна економија, конкурентност земље кандидата и спремност да се под једнаким условима такмичи на унутрашњем тржишту ЕУ и правни услови: усклађеност са правом ЕУ и тековинама ЕУ тј. *Acquis Communautaire*. Овај правни критеријум укључује способност земље кандидата да се придржава обавеза чланства и да промовише циљеве Уније, односно економску, политичку и монетарну унију. Постоји и административни критеријум, усвојен на седници Европског савета у Мадриду 1995., који претпоставља адекватан капацитет јавне управе земље кандидата за учешће у функционисању институција ЕУ.<sup>31</sup> Држава кандидат ће своју пријаву упутити Савету, који ће донети одлуку једногласно након консултација са Комисијом и након добијања сагласности Европског парламента, који одлучује апсолутном већином својих чланова. Узеће се у обзир услови подобности које је договорио Европски савет Уније (чл. 49 Лисабонског Уговора).

За земље Западног Балкана, билатерални споразуми са ЕУ о стабилизацији и придруживању су направљени по мери, што значи у складу са њиховом унутрашњом економском и политичком ситуацијом за сваку земљу (Србија, Црна Гора, Босна и Херцеговина, Албанија и БЈР Македонија). Дакле, питања о којима се расправља током дијалога о људским правима и демократији одређују се од случаја до случаја.

---

<sup>29</sup> Д. Митровић, *op.cit.*, 159.

<sup>30</sup> N. Chomsky, *Necessary illusions: control of thoughts in democratic societies*, Novi Sad, 2000, 18.

<sup>31</sup> Г. Гасми, *Quo Vadis EU? – Релевантни правни и институционални фактори*, Београд, 2016, 124.

Међутим, Унија је посвећена решавању оних приоритетних питања која су на дневном реду сваког дијалога са земљама кандидатима:

- међународни инструменти о људским правима (потписивање, ратификација и имплементација);
- сарадња са међународним процедурама и механизмима заштите људских права;
- борба против смртне казне;
- сузбијање тортуре;
- сузбијање свих облика дискриминације;
- права деце (нарочито у оружаним сукобима);
- унапређење женских права;
- слобода изражавања;
- улога цивилног друштва и заштита бранитеља људских права;
- међународна сарадња у области правосуђа, посебно са Међународним кривичним судом;
- промоција демократизације и доброг управљања, владавине права и
- спречавање сукоба.

ЕУ поседује тзв. меку моћ у промовисању заштите људских права и основних слобода ван својих граница. То значи примену различитих модалитета институционалне економске сарадње и политичког утицаја кроз дипломатске канале у односима са земљама нечланицама. Мека моћ држава и организација зависи првенствено од три ресурса: њихове културне и политичке вредности и њихове спољне политике које се морају посматрати као легитимне, како би имали морални утицај и ауторитет.<sup>32</sup> Активности Европског парламента (ЕП) за подршку људским правима и демократији део су ЕУ приступа „меке моћи“ у међународним односима. Делегати ЕП проактивно се ангажују у међупарламентарним делегацијама и у мисијама у треће земље, нечланице, као и у заједничким парламентарним седницама.<sup>33</sup>

Према земљама Западног Балкана мека моћ ЕУ се са једне стране показује делотворном уколико је економска сарадња са ЕУ интензивна и демократски дефицит у конкретној земљи на одређеном средњем степену. Међутим, у ситуацији снажнијег поремећаја заштите људских права и

---

<sup>32</sup> J. Nye, *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, New York: Public Affairs, 2004, 11.

<sup>33</sup> N. Bentzen and B. Immenkamp, „The European Parliament's evolving soft power“, European Parliamentary Research Service, EPRS, PE 642.212 – September 2019, 1.



ослабљене демократије, мека моћ ЕУ није ефикасна. То показује пример тзв. Косова, чији премијер привремених институција А. Курти спречава обављање парламентарних и председничких избора Србије за становнике српске националности на тој територији. ЕУ је изразила жаљење у свом званичном саопштењу и на томе се завршава њен притисак (март 2022).

Перспектива чланства у ЕУ ипак наставља да делује као снажан подстицај земљама кандидатима и потенцијалним кандидатима Западног Балкана да предузму политичке, економске и правне реформе.<sup>34</sup> Ово је посебно важно у областима демократије, људских права, владавине права и доброг управљања, као део Процеса стабилизације и придруживања (САП), заснованог на билатералним споразумима, који је покренула ЕУ почетком 2000. Предуслови за приступање ЕУ, између осталог, су поштовање демократских принципа, владавине права, људских и мањинских права, основних слобода и принципа међународног права и успешне регионалне сарадње. Финансијска помоћ ЕУ се пружа кроз Инструмент за предприсупну помоћ (ИПА). Условљеност САП-а се прати кроз годишње извештаје о напретку за сваку земљу западног Балкана, које припрема Комисија.

## 5. ЗАКЉУЧАК

ЕУ као међународна организација *sui generis* - мање од савезне државе, али са великим степеном наднационалног одлучивања и уједињеног суверенитета који ниједна друга међународна организација нема, редовно разматра, *inter alia*, питања заштите људских права и демократије са земљама Западног Балкана. Европска партнерства су дала свакој земљи Западног Балкана средњорочне и краткорочне смернице за даље европске интеграције. Ти документи у облику смерница политике идентификовали су приоритетне реформске домене у земљама кандидатима Западног Балкана и обавезе које треба испунити за приближавање ЕУ. Питања људских права и демократије и заштита права мањина представљају основни политички захтев у оквиру ових партнерстава. С друге стране, државе Западног Балкана су примениле смернице за партнерство тако што су израдиле националне акционе планове за имплементацију, који предвиђају јасну агенду и посвећеност

---

<sup>34</sup> С. Пендаровски, „The Balkan Playground: Eastern “Soft” Power Coming, Western Not Leaving”, in: *Europe and the Balkans*, ed. by Hudson, Dodovski, Andeva, Скопје, 2018, 162.

поштовању људских права и демократских принципа. Осим тога, финансијска помоћ ЕУ је усмерена на приоритетне реформске области које су биле наведене у смерницама за партнерство.

Разлог за овакву врсту усмеравања приступних корака од стране ЕУ је у чињеници да је политика условљавања ЕУ показала своја ограничења, јер је доживљена као наметнути инструмент са становишта земаља кандидата. Стога су се ЕУ смернице за партнерство показале ефикаснијим, будући да су ти политички документи узели у обзир елемент „власништва“ земаља кандидата односно узимајући у обзир њихове специфичности. У свему томе важно је да ЕУ делује отворено, без скривених планова, и да покаже својим речима и делима да нема другог интереса осим да види мирно и стабилно подручје у суседним земљама кандидатима, са којима може равноправно трговати и сарађивати.

У свом обраћању о стању Уније 2017. године, председник Европске комисије Жан-Клод Јункер је поново потврдио европску будућност земаља Западног Балкана:

"Ако желимо више стабилности у нашем суседству, онда морамо задржати и кредибилну перспективу проширења за Западни Балкан. Јасно је да неће бити даљег проширења током мандата ове Комисије и овог Парламента. Ниједан кандидат није спреман. Али након тога ће Европска унија бити већа од 27. Кандидати за приступање морају обезбедити да владавини права, правди и основним правима човека дају највећи приоритет у преговорима."<sup>35</sup>

Нови ЕУ приступ успостављен предвидљивији, кредибилнији, динамичнији процес приступања, али и више политички надгледан од стране Уније.<sup>36</sup> Ова нова методологија проширења је фокусирана на ригорозне позитивне и негативне условљености, које претпостављају да је у случају кршења владавине права и демократских принципа, ЕУ овлашћена да врати процес приступања назад.

ЕУ оцењује да кључна питања као што су владавина права, људска права, јачање демократских институција, реформа јавне управе, као и економски развој и конкурентност остају кључни приоритети у процесу проширења. Спровођење обавеза које произилазе из споразума о

---

<sup>35</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – „A credible enlargement perspective for and enhanced EU engagement with the Western Balkans”, Strasbourg, 6.2.2018 COM(2018) 65 final.

<sup>36</sup> EU Commission's Communication on "Enhancing the accession process - A credible EU perspective for the Western Balkans" of 5 February 2020, COM(2020) 57 final

стабилизацији и придруживању и других секторских споразума подржаће припреме за испуњавање услова за чланство у ЕУ.

Унија је званично изразила став да ће у наредним годинама све земље Западног Балкана имати прилику да напредују на свом европском путу, на основу сопствених заслуга. Црна Гора и Србија предњаче у том процесу, оценила је ЕУ 2018. године.<sup>37</sup> Проистиче закључак да је политика ЕУ о људским правима и демократији, на начин на који је дефинисана у Лисабонском Уговору о ЕУ и Повељи о основним правима, значајна не само за грађане ЕУ, већ има директан утицај на процес проширења ЕУ и друге ЕУ спољне активности, као што је трговина, хуманитарна помоћ и други видови развојне сарадње ЕУ, на питања миграција и парламентарне сарадње са земљама Западног Балкана. ЕУ примењује тзв. меку моћ у промовисању заштите људских права и основних слобода, што значи примену различитих модалитета институционалне економске сарадње и политичког утицаја у региону. Проблем, настаје, међутим, у ситуацијама озбиљног масовног кршења људских права и основних слобода, као што је случај на тзв. Косову, где мека моћ ЕУ није делотворна.

---

<sup>37</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A credible enlargement perspective for and enhanced EU engagement with the Western Balkans, Strasbourg, 6.2.2018 COM(2018) 65 final

## ЛИТЕРАТУРА

1. Agenda 2000, 'The Challenge of Enlargement', Part II, COM (1997)2000.
2. Adler E. & Crawford B., "Normative Power: The European Practice of Region Building and the Case of the Euro - Mediterranean Partnership (EMP)", *Working Paper 040400*, Institute of European Studies, University of California, Berkeley, 2004.
3. Bentzen N. and Immenkamp B., „The European Parliament's evolving soft power“, *European Parliamentary Research Service, EPRS*, PE 642.212 – September 2019.
4. Bonde J. P. (ed.), *THE LISBON TREATY, Readable Version*, Foundation for EU Democracy, Denmark, 2011.
5. Chomsky N., *Necessary illusions: control of thoughts in democratic societies*, Novi Sad, 2000.
6. Defeis E.F., "The Treaty of Lisbon and Human Rights", *ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 16*, 2015.
7. Diaz T., "Constructing the Self and Changing Others: Reconsidering "Normative Power Europe"", *Millennium*, 33(3): 613-636., 2005.
8. EU Council Conclusions on the Action Plan on Human Rights and Democracy 2015 – 2019, Brussels, 20 July 2015, 10897/15, 2015.
9. EU Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A credible enlargement perspective for and enhanced EU engagement with the Western Balkans, Strasbourg, 6.2.2018 COM(2018) 65 final, 2018.
10. EU Commission's Communication on "Enhancing the accession process - A credible EU perspective for the Western Balkans" of 5 February 2020, COM(2020) 57 final, 2020.
11. Gasmi G., *Quo Vadis EU? – Relevant legal and institutional factors*, Institute of Comparative Law, Belgrade, 2016.
12. Gasmi G. & Zečević S., "European Security and Defense Identity and Migrant Crisis", *Foreign Legal Life No 2*, 2016.
13. Граховац М., *Људска права – од међународне до уставне регулативе*, Нови Сад, 2020.
14. Gráinne de Búrca, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, Harvard Law School, 2010.

15. Groussot X. & Pech L., „Fundamental Rights Protection in the EU post Lisbon Treaty“, *European Issue No 173*, Fondation Robert Schuman, 2010.
16. Lucarelli S., “Introduction: Values, Principles, Identity and European Union Foreign Policy” in Lucarelli S. & Manners I. (eds.), *Values and Principles in European Union Foreign Policy*, pp. 1-18, Routledge, London, 2006.
17. Manners I., “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”, *Journal of Common Market Studies* 40(2): 235-258., 2002.
18. Manners I. & Whitman R. G., “The Difference Engine: Constructing and Representing the International Identity of the European Union”, *Journal of European Public Policy* 10(3): 380–404.. 2003.
19. Mitrović D., *On the Law – Selected Essays*, Dosije Studio, Belgrade, 2017.
20. Nye J., *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, New York: Public Affairs, 2004.
21. Piris, J. C., *The Lisbon Treaty – A Legal and Political Analysis*”, Cambridge University Press, New York, 2010.
22. Sjurssen H. (ed.), “What Kind of Power? European Foreign Policy in Perspective”, *Journal of European Public Policy (special issue)* 13/2, 2006.
23. Smith K.E., “Beyond the civilian power EU debate“, *Politique Europeenne* 17: 63-82., 2005.
24. Whitman R. G., *From Civilian Power to Superpower? International Identity of the European Union*, Macmillan, London, 1998.
25. M. Zirojević, D. Paunović, „The Problems of National Security and Globalization – View from Serbia”, in *SCIENCE, EDUCATION, TECHNOLOGY AND INNOVATION SETI III 2021*, ed. by Ristić, Smoljić, Maksin, Dražić, 2021., 432-443.

Gordana GASMI, Ph.D

Full professor, Research associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

Mina ZIROJEVIĆ, Ph.D

Associate Professor, Senior Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

Momir GRAHOVAC, Ph.D

Associate Professor, Senior Advisor,

Ministry of Education, Science and Technological Development of Serbia

## LEGAL PRINCIPLES OF THE EUROPEAN UNION ON HUMAN RIGHTS AND SIGNIFICANCE FOR THE WESTERN BALKANS

### Summary

Aristotle said that justice, achieved through fair treatment, implies that everyone is treated equally, ie. that those who are not in an equal position in relation to others will be treated in proportion to their inequality. Therefore, the essential characteristic of human rights is the equality of all. Human rights as natural rights are acquired by every person by birth, not by the state. Therefore, the state cannot deny them. This postulate is the main basis of the work and a guide for analyzing the relevance of European legal principles on fundamental rights, contained in the Lisbon Treaty on European Union (EU) and its Charter of Fundamental Rights. In modern international law and relations, which are characterized by increasingly widespread integration processes, the transfer of cultural and moral patterns goes from developed countries to less developed countries, through the transposition of legal principles on human rights and democracy. This process enables faster legal progress of the national legal systems of countries in transition and their faster integration into the international community. The authors conclude that the EU has a normative influence and acts towards the candidate countries of the Western Balkans, through its legal principles contained in the Lisbon Treaty on EU and the Charter of Fundamental Rights, which is an integral part of the constituent Lisbon Treaty.

**Keywords:** EU, human rights, Lisbon Treaty, Western Balkans.

оригинални научни рад  
достављен: 03. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 25. 04. 2022.  
УДК 342.724(497.11)  
323.15(497.11)

Др Владимир ЂУРИЋ\*

## УСТАВНА ГАРАНТИЈА ДОСТИГНУТОГ НИВОА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

### Апстракт

У овом раду аутор анализира уставну гаранцију достигнутог нивоа људских и мањинских права у Републици Србији. Према чл.20.ст.2.Устава Републике Србије, достигнути ниво људских и мањинских права се не може смањивати. У питању је забрањујућа императивна општа норма, односно заштитна клаузула која не представља заштиту права индивидуе, тачније индивидуално субјективно јавно право, већ објективно право које *in toto* штити сва људска и мањинска права - како она изричито наведена у Уставу, тако и она која се могу извести из уставних одредби и која су садржана у међународноправним изворима које Устав признаје.

**Кључне речи:** људска и мањинска права, достигнути ниво, забрана

### 1. УВОД

Устав Републике Србије садржи велики број одредби о људским и мањинским правима, што указује на намеру уставоворца да овој материји да посебан значај. Штавише, изузев Португала,<sup>1</sup> нема земље чланице Европске уније чији устав има толико текста о људским и мањинским

---

\* Виши научни сарадник, Институт за упоредно право Београд, v.djuric@iur.rs

<sup>1</sup> „Од савремених европских устава једино се Устав Португала од 1976. по броју чланова посвећених људским правима може мерити са Уставом Србије“ – Д. Симовић, „Људска права у Уставу Србије 2006. – Критичка анализа“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права, Зборник радова са међународне научне конференције одржане 2008. године на Правном факултету у Нишу*, Ниш, 2008, 327.

правима, па би, судећи према Уставу, испало да је Србија водећа земља у Европи по броју људских права и бризи о њиховој заштити.<sup>2</sup>

Устав у члану 20. садржи одредбу којом на посебан начин штити зајамчена људска и мањинска права, прописујући да се њихов достигнути ниво не може смањивати. Иако је несумњиво да ова одредба представља својеврсну посебну уставну гаранцију заштите права, она је различито интерпретирана у теорији и пракси у погледу правне природе, смисла и домашаја. Један број теоретичара становишта је да наведена одредба представља уставну забрану промена Устава које би предвиђале умањење или укидање људских и мањинских права. Други став који је израженији у пракси и нарочито се заговара од стране представника цивилног друштва огледа се у екстензивном тумачењу према којем примена и поштовање људских и мањинских права у пракси, независно од тога да ли је у пракси реализовани начин остваривања неког права и законски изричито предвиђен, такође представља достигнути ниво људских и мањинских права и да се не сме смањивати.<sup>3</sup> Другим речима, према заговорницима ове концепције тзв. стечених права, „уколико сте се изборили за одређена права, њих вам више нико не сме одузети“.<sup>4</sup>

Да би се уставна гаранција достигнутог нивоа људских и мањинских права у потпуности сагледала и разумела, потребно је најпре размотрити њено уставно одређење и место у уставној систематици, а затим приступити утврђивању њеног значења и правне природе. У вези с тим, неопходно је размотрити и уставна решења о ограничењима и одступањима од уставом гарантованих права и утврдити какав је однос између наведене уставне гаранције и допуштених ограничења, односно одступања од људских и мањинских права.

---

<sup>2</sup> Р. Марковић, „Устав Републике Србије из 2006. године – Критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.2, Београд, 2006, 11.

<sup>3</sup> Примера ради, Национални савет хрватске националне мањине је става да је приватизација локалних медија умањила постојећи ниво остварености права на информисање на хрватском језику, наводећи конкретни случај Радија Суботице која је смањила број минута емитовања програма на хрватском са 21 сати недељно, на 1 сат недељно.- Коментари Националног савета хрватске националне мањине на спровођење Акционог плана за остваривање права националних мањина, <https://www.ljudskaprava.gov.rs/sr/node/21794>, 14. март 2022.

<sup>4</sup> М. Антонијевић, „У сусрет промени Устава Србије Део II Људска и мањинска права – део који најмање треба мењати“, 2 <http://www.centaronline.org/userfiles/files/preuzimanje/milan-antonijevic-u-susret-promeni-ustava-ljudska-prava-i-ustav.pdf>, 19.март 2022, .



## 2. УСТАВНА ГАРАНТИЈА ДОСТИГНУТОГ НИВОА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА КАО ЈЕДНО ОД ОСНОВНИХ НАЧЕЛА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА

Одредба Устава којом се гарантује достигнути ниво људских и мањинских права налази се у другом делу Устава насловљеном „Људска и мањинска права“. Изложена одредба је смештена у члан 20. Устава чији је рубрум „Ограничења људских и мањинских права“ који је систематизован у оквиру одељка који носи наслов „Основна начела“. Уз ризик да се пре језичког тумачења које је по правилима правне науке прво од тумачења које би требало применити<sup>5</sup> делимично упустимо у системско тумачење, јасно је да изложена систематика намеће извесна питања. Наиме, на основу места овог уставног одређења у систематици Устава, може се поставити питање да ли је оно једно од основних уставних начела, посебна гаранција, тачније специфично јемство људских и мањинских права и/или субјективно јавно право.

У преовлађујућем делу домаће правне науке постоји сагласност у погледу одређивања значаја, суштине и правне природе уставних начела као посебне категорије начела која персонификују највише правне вредности које чине основу уставноправног поретка. У питању су основни принципи на којима је засновано самоодређење државе Србије и који су утврђени њеним Уставом. За одредбе Устава у којима су садржана основна начела сматра се да имају друкчију правну природу од осталих правних норми устава, јер се оне не могу непосредно примењивати, већ је њихов смисао да послуже као основа при тумачењу неодређених и нејасних норми у уставу или попуњавању евентуалних правних празнина у уставу.<sup>6</sup> Ти принципи прожимају Устав у целини, дајући одлучујуће импулсе државноправном животу и издвојени су, због свог значаја, у посебна уставна начела. Промена или укидање једног од основних начела увек би значила суштинску, односно целовиту промену државног бића Републике Србије.<sup>7</sup> Сагласност која у домаћој уставноправној науци постоји у погледу смисла и правне природе уставних начела није праћена и сагласношћу науке око одређивања тих начела, јер поједини аутори у њих убрајају не само она која су изричито прокламована у Уставу, већ и

---

<sup>5</sup> Р. Васић, К.Чавошки, *Увод у право II*, Издавачка кућа „Драганић“, Београд, 1996, 195.

<sup>6</sup> Р. Марковић, *Уставно право – приручник за полагање правосудног испита*, Београд, 2013, 29.

<sup>7</sup> Д. Стојановић, *Уставно право*, Ниш, 2013, 218.

начела која нису формулисана у том акту.<sup>8</sup> С друге стране, поједини аутори,<sup>9</sup> полазећи од позитивноправних решења Устава Србије, праве поделу уставних начела на *водећа начела*<sup>10</sup> и на „*остале принципе и уставне гаранције*“.<sup>11</sup> Ако би се, уз сво уважавање њихових међусобних разлика, наведена резоновања делимично прихватила и применила на питање о правној природи основних начела људских и мањинских права, а посебно на питање да ли се основна начела људских и мањинских права могу сматрати и начелима Устава, онда би се *prima facie*, могло истаћи да је реч о начелима која Устав у појединим случајевима дефинише, а у појединим, попут забране смањивања достигнутог нивоа права, само прокламује, али која не утврђује као „уставна начела“, и која, сасвим сигурно, не спадају у водећа начела, бар не у она која поједини аутори одређују као таква. Због тога би у даљој анализи пажњу требало посветити садржинском, односно материјалном упоређивању основних начела људских и мањинских права и начела Устава. Но, ту тек започиње својеврсни уставни галиматијас који се донекле дугује не само упитној систематизацији уставних норми, већ и терминолошкој недоследности уставотворца, као и делимичној противуречности појединих чланова Устава који се односе на људска и мањинска права. Ево и зашто.

Према члану 1. Устава, Република Србија је, између осталог, заснована на владавини права и људским и мањинским правима, док, на основу члана 3. Устава, владавина права, дакле једна од категорија и

---

<sup>8</sup> Такав приступ у оквиру прве групе начела разликује две подгрупе: а) начела која устав само прокламује и б) начела која устав прокламује и дефинише, било непосредно било путем више уставних норми, док у оквиру друге групе начела, дакле оних која нису изричито формулисана у уставу, детектује: а) начела која се изводе из више уставних норми и б) начела која „креира“ уставни суд, не са упориштем у конкретним уставним нормама, већ их изводећи из „целине устава“, „духа устава“, „континуитета уставноправног поретка“ итд. – В. Петров, С. Манојловић, Уставна начела у пракси Уставног суда Србије, 2,3. [http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Vladan\\_Petrov\\_i\\_Savo\\_Man\\_ojlovic.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov_i_Savo_Man_ojlovic.pdf), 23. март 2022.

<sup>9</sup> Д. Стојановић, *op. cit.*, 218

<sup>10</sup> у која спадају: (1) принцип територијалног интегритета; (2) принцип националне и грађанске државе; (3) републички принцип; (4) демократски принцип; (5) принцип владавине права; (6) принцип поделе власти; (7) принцип примата међународног права

<sup>11</sup> у које сврставају (1) принцип световне државе; (2) принцип равноправности полова; (3) институционалну гаранцију политичких партија; (4) принцип забране сукоба интереса; (5) гаранцију заштите националних мањина; (6) институционалну гаранцију аутономије и самоуправе; (7) гаранцију заштите држављана и Срба у иностранству; (8) гаранцију положаја странаца.

вредности на којима је заснована наша држава, почива на неутуђивим људским (али не и мањинским!<sup>12</sup>) правима и остварује се, између осталог, уставним јемствима људских и мањинских права! Већ су изложене несагласности између самих уставних начела довољне да потврде уставноправни галиматијас на који смо скренули пажњу. Но, када се наведене одредбе Устава сагледају у корелацији са основним начелима људских и мањинских права, а нарочито у корелацији са чланом 19. којим је утврђена *сврха уставних јемстава људских и мањинских права* и којим је прописано да јемства неутуђивих људских и мањинских права у Уставу служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права, онда би се могло стати на становиште да долази до својеврсног *circulus vitiosus* –а у разумевању односа између начела Устава и основних начела људских и мањинских права. Наиме, док су у члану 19. Устава јемства неутуђивих људских и мањинских права смештена у контекст очувања људског достојанства, дакле превасходно индивидуалне вредности, дотле је у члановима 1. и 3. Устава фокус на људским правима *in toto*, дакле *свим правима и слободама свих титулара*. Такође, у истом контексту, могло би се указати и на постојање својеврсне антиномије између појединих начела Устава и појединих од основних начела људских и мањинских права.<sup>13</sup> На овом месту би, међутим, требало изложити једну важну напомену у погледу тог односа. Наиме, однос између начела Устава у којима се спомињу људска и мањинска права и начела људских и мањинских права може бити сагледан и у једном посебном садржинском правно-логичком контексту којим се донекле превазилази јаз и могућа антиномија између тих група

---

<sup>12</sup> Вид. М. Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд, 2009, 13 <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/03/Komentar-Ustava-RS-dr-Marijana-Rajvancic.pdf>, 23. март 2022.

<sup>13</sup> Наиме, чланом 14. став 2. Устава посебна заштита националних мањина јемчи се ради остваривања потпуне равноправности и очувања њиховог идентитета, с чим, донекле, није у складу основна сврха јемстава свих људских и мањинских права која је утврђена чланом 19. Устава, јер је у изложеној одредби члана 14. Устава акценат стављен на остваривање равноправности и заштиту идентитета, и то првенствено колективног идентитета националних мањина, док су чланом 19. Устава јемства неутуђивих мањинских права смештена у контекст очувања људског достојанства, дакле, као што је истакнуто, првенствено индивидуалне вредности. Такође, поставља се и питање да ли се основна начела људских и мањинских права односе и на право грађана на покрајинску аутономију и локалну самоуправу којима је, према једном од начела Устава, ограничена државна власт.

одредби. Наиме, поједина начела људских и мањинских права логички претходе начелима Устава, јер када Устав у своја начела сврстава заснованост државе на људским и мањинским правима, или када предвиђа да се владавина права остварује и уставним јемствима људских и мањинских права, он несумњиво има у виду и сврху јемстава тих права и забрану смањивања њиховог достигнутог нивоа. У том смислу, иако *stricto sensu* нису начела Устава, основна начела људских и мањинских права којима се утврђује сврха њиховог јемства и уређује њихова ограничења, а нарочито којима се забрањује смањивање њиховог достигнутог нивоа, сасвим сигурно нису хијерархијски инфериорнија у односу на начела Устава, већ су посебне гаранције које се, будући да се тичу људских и мањинских права, односе и на сва уставна начела у којима се та права спомињу. Но, такав приступ, још увек не даје одговор на питање да ли се из уставне формулације према којој се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати, може извести субјективно јавно право појединца.

### 3. ПРАВНИ КАРАКТЕР ОДРЕДБЕ ЧЛАНА 20. СТАВ 2. УСТАВА

Ауторитети домаће уставноправне науке сагласни су у ставу да је устав правни акт с обзиром на правни карактер правила (норми) из којих се састоји,<sup>14</sup> тачније да све уставне одредбе имају нормативни карактер, да представљају правне норме.<sup>15</sup> Ако се пође од наведеног гледишта, онда је јасно и да одредба члана 20. став 2. Устава представља правну норму. Реч је, разуме се, о општој правној норми.

Будући да је реч о општој правној норми, могло би се поставити питање којој врсти општих правних норми припада наведена одредба члана 20. став 2. Устава. Када се говори о врсти општих правних норми којој припада наведена одредба Устава, у виду се могу имати два критеријума – садржина диспозиције и степен обавезности диспозиције. Према садржини диспозиције јасно је да одредба члана 20. став 2. спада у забрањујуће опште правне норме, јер се њом изричито прописује да се достигнути ниво људских и мањинских права **не може смањивати**. Дакле, реч је о посебном виду **уставне забране**. Будући да је забрањујућег карактера, одредба члана 20. став 2. Устава је **императивна општа норма**.

---

<sup>14</sup> П. Николић, *Уставно право*, Београд, 1994, 31.

<sup>15</sup> М. Јовичић, *О уставу: теоријско-компаративна студија*, 1977, Београд, 218.

Специфичност уставних одредби огледа се међутим у томе што оне нису истородне, јер нису истог карактера и немају исто дејство.<sup>16</sup> У том смислу, начелно посматрано, међу уставним одредбама могу се разликовати три категорије: оне које су непосредно примењиве, које захтевају законодавну разраду и које не припадају ни једној од наведених група, тачније које нити су непосредно примењиве, нити захтевају законодавну разраду, јер их чине одредбе које представљају обичне констатације, одредбе чисто моралне садржине и одредбе идеолошко-политичког карактера које такође представљају правне норме.<sup>17</sup> Имајући у виду да одредбом члана 20. став 2. Устава није изричито опредељен адресат норме, тачније обавезе која је у њој садржана, као ни евентуална санкција за њено кршење, одговор на питање којој од изложених категорија уставних одредби припада члан 20. став 2. изискује продубљеније разматрање. Све одредбе устава сваке државе усмерене су како ка грађанима, нарочито одредбе о људским правима, тако и ка државним органима. Уставне одредбе о људским правима, тачније сама људска права која су њима зајамчена, су како субјективна јавна права која њихове титуларе овлашћују да изнуде поштовање правне норме која штити њихов интерес, тако и објективно право које обавезује државне органе и представља негативне компетенционе норме.<sup>18</sup> Као једно од основних начела људских и мањинских права, јасно је да је одредба члана 20. став 2. начелна норма која представља обавезујуће усмерење,<sup>19</sup> те да је таквог карактера да се из ње не може извести субјективно јавно право појединца. Дакле, та заштитна клаузула<sup>20</sup> штити људска и мањинска права која јој следе, али **не представља право сваког појединца да ниво права која је „достигао“ не буде смањен.** Као објективно право, одредбе о људским и мањинским правима обавезују државне органе, у првом реду законодавца. У том смислу, јасно је да одредба члана 20. став 2. обавезује законодавца, али обим и домашај те забране остају отворени. Отворено је и питање да ли и у којој мери та забрана обавезује уставотворца. Због тога је за потпуно разумевање ове уставне забране неопходно најпре језички протумачити одредбу члана 20. став 2. Устава.

---

<sup>16</sup> *Ibid*, 207.

<sup>17</sup> *Ibid*, 207-215.

<sup>18</sup> Д. Стојановић, *Уставно право, књига I*, Ниш, 2003, 350–351.

<sup>19</sup> Б. Милосављевић, *Увод у теорију уставног права*, Београд, 2011, 37.

<sup>20</sup> М. Пајванчић, *op.cit*, 32.

#### 4. СЕМАНТИКА И ВАЖНОСТ ОДРЕДБЕ ЧЛАНА 20. СТАВ 2. УСТАВА

У формулацији достигнути ниво људских и мањинских права, термин „ниво“ има централни значај, јер од схватања тог термина зависи правна природа и домашај његовог, императивним изражавањем, спреченог смањивања у погледу људских и мањинских права.<sup>21</sup> Међутим, поред наведеног термина, неопходно је утврдити и значење термина „достигнути“, као и садржину термина „људска и мањинска права“ јер сви ти термини чине језичку и правну целину од чијег разумевања, као што је већ наведено, зависи и схватање о правној природи и домашају уставом прокламованог начела људских и мањинских права садржаног у члану 20. став 2. Устава и односу тог начела са другим релевантним одредбама Устава. Разуме се, домашај језичког тумачења наведених термина би требало условно прихватити, будући да терминологија у области људских права није чврсто фиксирана, већ развојно оријентисана и, отуда, може бити непоуздана и релативизована.<sup>22</sup> Но, у ситуацији када постоје недоумице у вези са неким правним термином, прво што мора бити разјашњено је шта тај термин означава.

У српском језику термин „достигнути“ има значење постигнутог, оствареног, обезбеђеног и сл. Реч је о придеву који у наведеној реченици (формулацији) ближе одређује термин „ниво“. Ако пођемо од овог основног језичког значења наведеног термина, онда у конкретној формулацији термин „достигнути“ може значити нормативно постигнути ниво људских и мањинских права, тачније, у том *нормативно смислу*, може бити схваћен као у *правним актима прокламовани ниво права*. Имајући у виду да поједини аутори указују на *достигнути развој* у контексту људских права укључујући у тај појам (достигнути развој) и опште коментаре уз поједине међународне конвенције о људским правима,<sup>23</sup> могло би се стати на становиште да се појмом „достигнути“ означавају и правила меког права (*soft law*), пре свега општите и тематских коментара усвојених од стране уговорних тела које надзиру примену

---

<sup>21</sup> В. Ђурић, *Нетериторијална мањинска аутономија / самоуправа у Републици Србији, књига 2, Нетериторијална мањинска самоуправа у Републици Србији, Правни положај, овлашћења, финансирање и контрола*, Београд, 2019, 56.

<sup>22</sup> Б. Милосављевић, *op. cit.*, 35.

<sup>23</sup> У том смислу, проф. Милосављевић наводи пример да у *достигнути развој* права детета спадају и општи коментари појединих чланова Конвенције о правима детета - *Ibid*, 37.

међународних уговора о људским и мањинским правима, јер се и они односе на та права. Поред наведеног, термин „достигнути“ може се разумети и као остварени ниво права у пракси, а у складу са начелном теоријском опаском према којој „у области људских права суштина ствари није у томе колико се људских права уставом или декларацијама проглашава, него колико се та права остварују у животу“.<sup>24</sup> У том смислу, најшире тумачење би под термином „достигнути“ подразумевало **ниво уживања људских права који је достигнут у пракси**.<sup>25</sup>

У вези са језичким тумачењем термина „ниво“, најпре би требало истаћи да је у питању реч која у српском језику означава површину, раван, разину, а фигуративно има значење просека и/или степена висине нечега. Примењено искључиво на члан 20. став 2. Устава, могло би се стати на становиште да се појмом ниво означава *раван права*, тачније *степен висине права*. Будући да се изложени термин налази у одредби у оквиру члана насловљеног „Ограничења људских и мањинских права“ која (ограничења) се према ставу 1. истог члана врше законом, при чему, на основу члана 18. став 2. Устава, закон не сме да утиче на *суштину* зајамченог права, појам „ниво“ из члана 20. став 2. Устава би се могао односити на *садржину и суштину права*.<sup>26</sup> У делу домаће правне науке истиче се пак да се овом заштитном клаузулом гарантује заштита *статуса* слобода и права, уз екстензивно тумачење појма достигнути према којем је реч о слободама и правима која грађани већ *ефективно уживају*.<sup>27</sup> Пажљивијим језичким сагледавањем, може се међутим уочити да уставотворац појам „ниво“ користи у једнини, што би могло да да основ и за тумачење према коме се термин „ниво“ односи на *сва права заједно*, тачније на *скуп или збир права*, тако да би дерогирање једног од тих права које би било усмерено према *свим титуларима* тог права представљало смањивање достигнутог нивоа права, односно смањење тог скупа права.

У формулацији члана 20. став 2. Устава посебну пажњу завређује одређивање садржине појма „људска и мањинска права“. При томе се не мисли на теоријско одређење људских и мањинских права и однос између појмова „људска права“ и „мањинска права“, већ управо на *обим људских и мањинских права* на чији достигнути ниво се забрана смањивања

---

<sup>24</sup> Р. Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 492.

<sup>25</sup> Б. Милосављевић, Д. Поповић, *Уставно право*, Београд, 2017, 172 .

<sup>26</sup> В. Ђурић, *op. cit.*, 57.

<sup>27</sup> М. Пајванчић, *op. cit.*, 32.

прокламована тим чланом односи. Другим речима, поставља се питање *на која права се односи забрана садржана у члану 20. став 2. Устава?* Претходно би требало истаћи да Устав Србије, за разлику од неких других устава у упоредном праву, попут Основног закона СР Немачке, не познаје разликовање између тзв „основних права“ којима се признаје посебан правни статус и која уживају обавезну судску заштиту и других уставних права. Дакле, наш Устав под појмом „људска и мањинска права“ чији се достигнути ниво не може смањивати подразумева *сва Уставом зајамчена права и слободе, независно од тога у којим су уставним одредбама садржана или из којих се могу извести.*

Будући да се не односи само на права и слободе које су садржане у Другом делу Устава, поставља се питање да ли се ова уставна забрана може протегнути и на она права која нису изричито наведена у Уставу, али су призната другим правним изворима људских и мањинских права? У том смислу, посебну пажњу привлачи члан 18. став 2. Устава према којем се Уставом, осим Уставом зајемчених, јемче и људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Формулација члана 18. став 2. Устава рађа дилему да ли је допуштена интерпретација према којој ова уставна гаранција укључује и права зајамчена свим, у тој одредби, наведеним изворима.

У вези с општим правилима међународног права нема дилеме да права садржана у њима имају ранг уставних права. Аргумент у прилог таквог става је одредба члана 16. став 2. Устава према којој су општеприхваћена правила међународног права саставни део правног поретка Републике Србије. Дакле, ако Устав изричито наводи да се Уставом јемче права и слободе зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, а она су саставни део правног поретка Србије, онда је јасно и да права садржана у њима имају ранг уставних права.

Наведена аргументација према којој права из међународних извора имају уставни ранг, тачније спадају у људска и мањинска права чији се достигнути ниво не може смањивати односи се и на права гарантована међународним уговорима. Међутим, реч је само о оним међународним уговорима који су *потврђени*, односно обавезујући за Републику Србију. То је јасно на основу опредељења уставотворца да чланом 18. став 2. и чланом 16. став 2. Устава изричито обухвати само међународне уговоре који су потврђени, тачније уставноправно ратификовани и међународноправно обавезујући за Републику Србију.



Међутим, будући да уставотворац у члану 18. став 3. прописује да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче *сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права*, у домаћој правној науци је изложено тумачење да садржај термина „важећи међународни стандарди људских и мањинских права“, поред потврђених међународних уговора, укључује и оне међународне уговоре које Србија није ратификовала, а који такође садрже међународне стандарде људских и мањинских права, уз опаску да Устав додуше уз термин међународни стандарди додаје и атрибут „важећи“, али да значење тог појма не даје.<sup>28</sup> Ипак, чини се да такво тумачење није у потпуности основано, будући да Устав експлицитно упућује само на *важеће* међународне стандарде права, те да, у том смислу, може бити говора само о оним међународним стандардима, који су обавезујући за Републику Србију. Штавише, реч је о *стандардима* сагласно којима би људска и мањинска права требало да буду *тумачена*, а не и о посебном правном извору људских и мањинских права.

Последње питање у вези с одређивањем круга права и слобода на које се забрана смањивања достигнутог нивоа људских и мањинских права односи, а које проистиче из одредбе члана 18. став 3. Устава, тиче се могућности да се у њих уврсте и права зајамчена *законима*. Но, тиме се залази у широко поље односа између, с једне стране, закона, тачније уставног одређивања појма и сврхе тог правног акта у контексту људских и мањинских права и, с друге стране, уставног концепта достигнутог нивоа људских и мањинских права.

## 5. ЗАКОН И УСТАВОМ ЗАЈАМЧЕНА ЉУДСКА И МАЊИНСКА ПРАВА

У контексту уставне формулације садржане у члану 20. став 2. Устава, поставља се питање да ли та формулација укључује и права која су зајамчена законом, с обзиром на изложену одредбу члана 18. став 2. У делу домаће правне науке управо је заступљено такво схватање, односно тумачење према коме одредба члана 20. став 2. Устава такође ограничава

---

<sup>28</sup> М. Пајванчић, „Контраверзе уставног оквира заштите људских права“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права, Зборник радова са међународне научне конференције одржане 2008. године на Правном факултету у Нишу*, Ниш, 2008, 252.

законодавца да снизи постојеће законске стандарде.<sup>29</sup> Ипак, чини се да релевантне уставне одредбе на основу којих је могуће сагледати функцију, односно улогу, сврху и домашај закона у области људских и мањинских права, не дају утемељење за таква тумачења. Ево и зашто.

Члан 18. ст. 1. и 2. Устава најпре утврђују начело људских и мањинских права према коме се *непосредно примењују* зајамчена људска и мањинска права без обзира на то да ли су зајамчена Уставом, законима или другим правним изворима. Ипак, уставни принцип садржан у одредби о непосредној примени зајемчених права обезбеђује успостављени систем људских и мањинских права првенствено према законодавцу,<sup>30</sup> тако да то начело људских и мањинских права онемогућава законодавцу да одређује њихову садржину,<sup>31</sup> а не и да евентуално мења законска решења.

Такво схватање непосредне примене људских и мањинских права утемељено је у још једној одредби Устава која је, по нашем мишљењу, од изузетног значаја и за сагледавање односа између закона и уставног концепта достигнутог нивоа људских и мањинских права који се не може смањивати. Наиме, у другој реченици члан 18. став 2. Устав је прописао да се законом може прописати начин остваривања људских и мањинских права. Другим речима, Устав свакако не позитивира законске гаранције људских и мањинских права, већ само евентуално овлашћује законодавца да регулише начин остваривања људских и мањинских права, под условима које Устав изричито прописује.<sup>32</sup> Дакле, законом се може само уредити начин остваривања људских и мањинских права, при чему је таква могућност законодавцу остављена само у оним случајевима када Устав упућује на такву законску разраду, или ако је то, по оцени самог законодавца, а на основу природе неког од Уставом прокламованих права, неопходно и уз јасно ограничење које важи за оба случаја: да се законом ни у ком случају не сме утицати на суштину права. То нас наводи на следећи закључак - ако је намера уставотворца, у циљу обезбеђења уставности и људских и мањинских права, ишла за тим да утврди услове

---

<sup>29</sup> Т. Корхеџ, „Уставна ревизија и мањинска права - у којој мери је ревизиона власт слободна да мења посебна права мањина у уставу Републике Србије?“, 14 [http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Tamas\\_Korhecz.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Tamas_Korhecz.pdf), 20. март 2022.

<sup>30</sup> И. Пејић, „Гаранције људских права у националном поретку: уставносудска заштита“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права, Зборник радова са међународне научне конференције одржане 2008. године на Правном факултету у Нишу*, Ниш, 2008, 270.

<sup>31</sup> Д. Симовић, В. Петров, М. Станковић, *Људска права*, Београд, 2018, 80.

<sup>32</sup> *Ibid.*

под којима закон може да пропише начин остваривања права, тим пре је јасно да тиме није омогућио да се законом установљавају права, нарочито мимо оних која су већ дата, тачније прокламована Уставом. Имајући у виду решења из члана 18. Устава, чини се исправним став према коме се *законом не јемче људска и мањинска права*, тим пре што логика уставноправног прокламовања људских права и слобода управо почива на томе да она не зависе и да не смеју да зависе од воље тренутне парламентарне већине чију еманацiju представља закон.<sup>33</sup> Додатно, у контексту уставне забране смањивања достигнутог нивоа права, уколико би се стало на становиште да је тај ниво достигнут и законским гаранцијама права, тачније да се та забрана односи и на законом установљена права, то би, у крајњој линији, могло да онемогући измене законских одредби о начину остваривања људских и мањинских права, а самим тим и да онемогући вршење народне суверености која се, између осталог, остварује и преко слободно изабраних представника у парламенту. Имајући у виду изложено, иако се у Уставу наводи да се јемче и права предвиђена законом и да се сва људска и мањинска права непосредно примењују, могло би се стати на становиште да је функција закона у области људских и мањинских права да ближим уређивањем права садржаних у одредбама Устава, односно начина њиховог вршења, омогући остваривање тих права и на тај начин их јемчи. Дакле, функција закона је да, *прописивањем начин остваривања, већ гарантованих права, омогући њихову непосредну примену*.

Да би се размела уставна забрана смањивања достигнутог нивоа права, неопходно је сагледати и функцију закона као акта којим се ограничавају зајамчена људска и мањинска права. Начелно, треба имати у виду да су само изузетно људска права апсолутна у смислу да не могу бити ограничена. Супротно томе, већину права није могуће апсолутно применити и неограничено уживати, односно користити, будући да би неограничено коришћење одређеног права могло да угрози, не само интересе целокупног друштва, већ и права која уживају други. Да би се то избегло, већина модерних устава и међународноправних аката<sup>34</sup> дозвољава разумно и оправдано задирање у људска и мањинска права. При том, кључни изазов везан за задирање у права је проналажење

---

<sup>33</sup> В. Ђурић, *op. cit.*, 48.

<sup>34</sup> Видети Међународни пакт о грађанским и политичким правима - „Службени лист СФРЈ“, бр.7/1971 и Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода - „Сл. лист СЦГ - Међународни уговори“, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 - испр. и "Сл. гласник РС - Међународни уговори", бр. 12/10 и 10/15

адекватне границе до које се она могу користити и оправданог, односно легитимног циља који се задирањем у права жели постићи. Наш Устав разликује два начина задирања у зајамчена људска и мањинска права, и то: ограничење права и одступање од права.

У вези са наведеним, пре свега је неопходно сагледати и функцију закона као акта којим се ограничавају већ гарантована људска и мањинска права. Члан 20. став 1. Устава установљава начело људских и мањинских права, према којем људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена. Уставотворац је наведеном одредбом, поставио стандарде у заштити људских и мањинских права, односно прописао једно од правних средстава обезбеђивања да до повреде права уопште не дође,<sup>35</sup> будући да је искључио могућност да људска и мањинска права буду ограничена актима ниже правне снаге од закона. Закон је дакле, онај правни акт којим се једино могу ограничити људска и мањинска права, односно којим се прописују саме мере ограничења, конкретни случајеви у којима се оне могу применити и начин (поступак) њихове примене.<sup>36</sup> Да би се, као што је већ наведено, обезбедило да до повреде права не дође и ограничила евентуална самовоља законодавца, чланом 20. став 1. Устава је прописано да се законом могу ограничити права, али само ако то ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права. Наведеном одредбом уставотворац је, заправо поставио неколико критеријума, односно услова који кумулативно морају бити испуњени приликом законског ограничавања људских и мањинских права, тако да би, случају да се законодавац, приликом ограничавања људских и мањинских права, оглуши о било које од услова које наведено начело утврђује, то свакако био довољан, а и ваљани разлог за утврђивање неуставности таквог закона.

Први услов је да *ограничење људских и мањинских права мора бити допуштено Уставом*, што значи да се законом може ограничити људско и мањинско право, али само ако постоји изричита уставна одредба којом је допуштено ограничење конкретног права. Следећи услов се односи на крајњи циљ који би ограничењем људских и мањинских права требало постићи (легитимност сврхе ограничења), а што значи да људска и мањинска права могу бити ограничена законом само у сврхе

---

<sup>35</sup> Р. Марковић, *op. cit.*, 493–494.

<sup>36</sup> Б. Милосављевић, Д. Поповић, *op. cit.*, 173.

ограничења које Устав изричито наводи. С обзиром да међународни правни акти говоре о легитмном циљу ограничавања људских права, остаје отворено питање да ли је и свака сврха која је нашим Уставом предвиђена истовремено и легитимна. Но, то питање увелико превазилази тему овог рада. Трећи услов се тиче обима ограничења људских и мањинских права и према том услову, ограничења људских и мањинских права су могућа само у оном *обиму* који је неопходан да се задовољи уставна сврха ограничења у демократском друштву.<sup>37</sup> Другим речима, обим ограничења људских и мањинских права утврђен законом, мора бити заиста неопходан да би се остварила сврха уставних ограничења и то у складу са принципима демократског друштва. Очигледно је да је уставотворац овим условом желео заправо да утврди неопходност сразмерности, а који проистиче из међународних стандарда људских права, али је очигледно учинио још један термилошки пропуст.<sup>38</sup> Последњи услов уводи *забрану задирања у суштину зајемченог права*, односно обавезује законодавца да, приликом ограничавања људских и мањинских права, очува суштину већ зајемченог права које ограничава. Важно је напоменути да сличну забрану за законодавца Устав предвиђа и у случају када закон прописује начин остваривања права. Не улазећи дубље у разматрање термилошких разлика које постоје у одредбама о начину остваривања људских и мањинских права и ограничењу тих права,<sup>39</sup> као и у питање да ли је уставотворац њима желео да сугерише различите правне последице, чини се да се може стати на становиште да *суштина зајемченог права* представља посебну уставну категорију и заштићену вредност. Имајући у виду тумачење појма „ниво“ који је изложено на претходним страницама овог рада, може се стати на становиште да се значење термина суштина права и термина ниво никако не би могло поистоветити, али да је појам суштина зајемченог права ипак од значаја за разумевање уставне забране према којој се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати.

---

<sup>37</sup> Устав није термилошки усклађен са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Та неусклађеност може имати практичне последице. Наиме, Европска конвенција користи термин „када је то неопходно у демократском друштву“, док Устав користи термин „у оном обиму који је неопходан да се задовољи уставна сврха ограничења у демократском друштву.“

<sup>38</sup> Тумачењем се може лако утврдити да Европска конвенција има у виду квалитативно, а наш Устав квантитативно мерило – Б. Милосављевић, *op. cit.*, 41.

<sup>39</sup> Према члану став 18. Устава, у прописивању начина остваривања права, закон **не сме да утиче на суштину права**, а према члану 20. став 1. Устава, приликом ограничења права закон **не сме да задира у суштину права**.

Пре него што се сагледа значај (односа) суштине права и уставне формулације која је предмет овог рада, може се запазити да Устав, као други модалит допуштеног задирања у људска и мањинска права, познаје и одступање од тих права. У питању је привремена суспензија Уставом зајамчених људских и мањинских права у доба ванредног или ратног стања која се, због природе околности у којима се спроводи, може вршити мерама привременог карактера које прописује законодавац или извршна власт. Члан 202. став 1. Устава утврђује да су по проглашењу ванредног или ратног стања, дозвољена одступања од људских и мањинских права зајамчених Уставом, и то само у обиму у којем је то неопходно. Иако велики број аутора заступа становиште да одступање од људских и мањинских права у ванредном и ратном стању представља привремено *опозивање (дерогирање)* тих права, тј. *немогућност њиховог привременог уживања*,<sup>40</sup> чини се да одредба члана 202. став 1. Устава, онако како је формулисана, даје простора и за другачије схватање. Наиме, члан 202. став 1. Устава допушта одступање од људских и мањинских права само у *обиму у којем је то неопходно*, те се може стати на становиште да је уставотворац имао у виду само сужавање обима уживања и остваривања људских и мањинских права, а не и потпуно искључивање уживања и остваривања тих права. Другим речима, могло би се резоновати да је реч о суспензији људских и мањинских права, али само у смислу привременог сужавања обима њиховог уживања и остваривања.

У вези с односом између одступања од људских и мањинских права, утврђеног чланом 202. Устава, и достигнутог нивоа људских и мањинских права, утврђеног чланом 20. став 2. Устава, могло би се поставити питање да ли привремено одступање од људских и мањинских права у одређеном обиму у ванредном и ратном стању, уједно може значити и смањивање, макар и привремено, достигнутог нивоа људских и мањинских права нарочито ако би се то одступање схватало као пуна суспензија (дерогација)? Чини се да нема места таквом схватању. Пре свега, треба имати у виду да одступање од права, за разлику од нивоа права, не укључује сва Уставом зајамчена људска и мањинска права, већ само поједина од њих..<sup>41</sup> Из наведеног произилази да одступање од

---

<sup>40</sup> Вид. Б. Милосављевић, Д. Поповић, *op.cit.*, 176, Д. Стојановић, *op.cit.*, 380.

<sup>41</sup> Наиме, члан 202. Устава таксативно наводи људска и мањинска права од којих се никада не може одступити (неприкосновена људска права – апсолутно заштићена права). Мимо тих права, у ванредном и ратном стању, сва друга људска и мањинска права могу бити подвргнута привременом одступању. Која ће

појединих људских и мањинских права, у ванредном и ратном стању, не представља одузимање тих права, те, следствено томе, не може бити схваћено ни као привремено смањивање достигнутог нивоа Уставом зајамчених људских и мањинских права. Другим речима, то што у доба ванредног или ратног стања може доћи до одступања од појединих Уставом зајамчених људских и мањинских права, не значи и да ће титулари бити лишених тих права. Додатно, одузимање једног јединог људског или мањинског права у ванредном или ратном стању заправо би представљало материјалну промену Устава, макар и привремену, а члан 204. изричито забрањује промену Устава за време ратног или ванредног стања.

## 6. ПОЈАМ „СУШТИНА ПРАВА“

За разумевање уставне формулације која је предмет овог рада преостало је да се сагледа појам суштине права и евентуални значај тог појма за онемогућавање смањивања достигнутог нивоа права. Појам „суштина права“ који наш уставотворац користи у неколико одредби заправо се може поистоветити са појмом *срж* права који је предмет теоријских разматрања и који се понекад користи у пракси судских инстанци приликом решавања спорова о повреди људских права, нарочито у пракси Европског суда за људска права. У основи, теоријски приступ том појму рачва се у два правца. Према првом становишту, срж права се може разумети само у релативном смислу, јер се тај појам не може апстрактно дефинисати.<sup>42</sup> При таквом виђењу појам срж права нема самостално значење, већ се само може идентификовати као резултат конкретног баланса између различитих права, због чега поједини аутори напуштају тај појам као практично бескористан ван теста балансирања. Према другом становишту, срж права је неотуђиви аспект права који лежи у самом срцу права и представља апсолутан појам, а кршење те сржи, ни под којим условима, не може бити оправдано.<sup>43</sup> Главна тешкоћа виђења сржи права као апсолутног појма лежи у претпоставци да се он може

---

од тих права бити изложена одступањима и у ком обиму, зависи од типа и захтева конкретне ситуације – Б. Милосављевић, Д. Поповић, *op. cit.*, 176.

<sup>42</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, 193–196, наведено према S. Smet, *Resolving Conflicts between Human Rights, The judge's dilemma*, Routledge, 2017, 158.

<sup>43</sup> S. Tsakyrakis, „Proportionality: An assault on human rights?“, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, 3/2009, 492–493.

дефинисати ван околности сваког конкретног случаја и да су судови у стању да дефинишу тај појам у апстрактним терминима, што међутим, није случај ни у пракси националних уставних судова, а ни Европског суда за људска права који не само да осим тог појма користи и друге термине („бит права“, „суштина права“, „сама срж права“), већ тој суштини не пружа апсолутну заштиту и подвргава је тесту пропорционалности!<sup>44</sup> У смислу свега што је изложено, јасно је да појам суштина права може бити од значаја за решавање конфликта између различитих људских права,<sup>45</sup> али да суштински не може утицати на апстрактно поимање уставне забране смањивања достигнутог нивоа права. Другим речима, та уставна забрана се не може свести само на забрану повреде суштине сваког од зајамчених људских и мањинских права која се уосталом и не може апстрактно и унапред утврдити и очигледно је да има дубље значење.

Но, може се поставити питање да ли би нарушавање суштине неког од зајамчених људских и мањинских права у значајном обиму које би то право свело на својеврсту празну љуштуру, а које би било учињено законским нормирањем начина његовог вршења, могло да се сматра смањивањем нивоа људских и мањинских права које је забрањено. Другим речима, да ли ова уставна забрана ограничава законодавца да снизи постојеће законске *стандарде* људских и мањинских права мењајући уређивање начина њиховог остваривања у толикој мери да се фактички значајно отежава њихово уживање. То би питање могло посебно да се односи на законски утврђене нумеричке критеријуме остваривања права која су по својој природи права која се уживају у заједници, као што су, примера ради, слобода политичког и синдикалног удруживања, или право на школовање на матерњем језику. Да ли би, примера ради, законско повећање броја лица који је неопходан да се оснује политичка странка, или црква и верска заједница, или који је неопходан за отварање школских одељења за извођење наставе на језику и писму националне мањине<sup>46</sup> могло да се сматра смањивањем достигнутог нивоа људских и мањинских права које би, сагласно уставној забрани, било противуставно. Чини се да би одговор на то питање требало управо тражити на терену

---

<sup>44</sup> S. Smet, *op.cit.*, 159.

<sup>45</sup> *Ibid*

<sup>46</sup> Корхец износи пример према коме би повреда достигнутог нивоа права постојала уколико би се у закону који уређује отварање одељења на језику националне мањине садашњи услов од потребних 15 ђака променио на потребних 25 ђака једне генерације – Т. Корхец, *op.cit.*, 14.



изложеног поимања суштине и сржи појединих права. Наиме, можда би се такво поступање законодавца у појединим случајевима, већ у зависности од релативног поимања суштине тих права, након спроведеног теста пропорционалности, могло сматрати *повредом права* и/или чак, након балансирања, повредом која због конфликта тог права са неким другим правом није релевантна, али се не би могло сматрати смањивањем достигнутог нивоа људских и мањинских права, јер не би значило и њихово одузимање!

## 7. МЕЂУНАРОДНОПРАВНА И УПОРЕДНОПРАВНА РЕШЕЊА

У правнообавезујућим актима међународног права људских права нема одредби којима би се изричито забрањивало смањивање достигнутог нивоа људских и мањинских права или којима би се недвосмислено предвиђала заштита нивоа стечених права. Међународни пакт о грађанским и политичким правима чија је страна уговорница и Република Србија<sup>47</sup> предвиђа у члану 5. став 2. да не може бити допуштено никакво ограничење или одступање од основних људских права која су призната или која постоје (важе) у било којој држави уговорници Пакта на основу закона, конвенција, прописа или обичаја под изговором да их Пакт не признаје или да их признаје у мањем обиму.<sup>48</sup> Иако се, макар међу домаћим ауторима који се баве међународним правом људских права, цитирана одредба Пакта тумачи као један вид начела забране злоупотребе људских права на начин да државе морају поштовати стечена људска права и слободе те тако гарантовати правну сигурност,<sup>49</sup> ипак је јасно да смисао изложене одредбе Пакта није да се онемогући било какво ограничење или одступање од људских права, већ да се спречи само оно које би се вршило са позивањем на Пакт, тачније уз аргументацију да Пакт не признаје неко право или да га признаје у мањем обиму. Штавише, у наведеној одредби Пакта јасно је уочљиво да се она односи на ограничења и одступања, а не и на укидања права, као и да се у њој не

---

<sup>47</sup> Међународни пакт о грађанским и политичким правима - „Службени лист СФРЈ”, бр. 7/71

<sup>48</sup> „There shall be no restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognized or existing in any State Party to the present Covenant pursuant to law, conventions, regulations or custom on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent“.

<sup>49</sup> М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Београд, 2013, 60.

спомињу људска права која су у државама уговорницама призната или која постоје на основу њихових устава. Дакле, јасно је да Међународни пакт о грађанским и политичким правима не предвиђа апсолутну обавезу заштите стечених права, нити их тако квалификује. Такође, и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода у члану 18. предвиђа да се ограничења наведених права и слобода која су дозвољена Конвенцијом неће примењивати ни у које друге сврхе сем оних због којих су прописана. Дакле, и у случају те Конвенције фокус је на ограничењима и забрани њихове примене у сврхе изван оних које су допуштена.

Како у међународном праву, тако ни у упоредном уставном праву нема примера одредби којима се изричито забрањује умањење достигнутог нивоа људских права или прокламује обавеза заштите стечених права. Додуше, у Уставу Руске Федерације садржана је у чл. 55. став 2. одредба која донекле наликује формулацији из Устава Републике Србије, али се њеним пажљивијим сагледавањем јасно може закључити да јој је смисао нешто другачији. Наиме, према тој одредби у Русији се не смеју доносити закони који укидају или умањују<sup>50</sup> људска права и слободе. Дакле, иако је по свом смислу та одредба донекле истоветна једном од могућих значења уставне забране смањивања достигнутог нивоа људских и мањинских права, она се од одредбе Устава Србије разликује по томе што јасно прописује да се односи на законе и да се тиче укидања или умањивања људских права у целини. У појединим коментарима Устава Руске Федерације наводи се да концепт „закон“ у контексту наведене норме треба тумачити широко и да се у њега укључују не само федерални уставни и обични закони, већ и други регулаторни законски акти (декрети председника Руске Федерације, декрети Владе Руске Федерације, итд.), а да у контексту те уставне одредбе, термин „умањење“ означава законодавну успоставу у сфери релевантних права и слобода мере слободе која је мања него што је потребно са становишта основног садржаја тих права и слобода, при чему појам "основног садржаја" људских права значи одређено квалитативно ограничење за законодавно ограничење људских права.<sup>51</sup> Осим Устава Руске Федерације, још један Устав, али прилично јасније и недвосмисленије, опредељује својим одредбама заштиту зајамчених права. Наиме, Основни

---

<sup>50</sup> отменяющие или уменьшающие

<sup>51</sup> Конституция Российской Федерации: доктринальный комментарий (постатейный) (под ред. Ю.А. Дмитриева), <https://constitution.garant.ru/science-work/comment/5697462/>, 1.март 2022.

закон СР Немачке у члану 79. став 3. предвиђа да неће бити дозвољене промене Устава које се односе на чланове 1-20, дакле, на основна права. Но, тиме се на основу упоредних искустава, приближавамо питању да ли се забрана смањивања достигнутог нивоа људских и мањинских права може односити на забрану промене Устава која би се тичала људских и мањинских права.

## 8. ПРОМЕНЕ УСТАВА И СХВАТАЊА УСТАВНОГ СУДА

У досадашњој анализи утврђено је да је одредба члана 20. став 2. Устава, као објективно право, превасходно усмерена ка законодавцу којег обавезује да у вршењу нормативне функције не укине неко од Уставом зајамчених људских и мањинских права. Међутим, остало је да се размотри да ли та одредба, односно уставна забрана која је у њој садржана, и у којој мери, обавезује уставотворца, тим пре што члан 203. Устава допушта промену Устава која се односи и на људска и мањинска права. Интересантно је да је уставотворац, с једне стране као једно од основних начела људских и мањинских права прокламовао забрану смањивања достигнутог нивоа тих права, а да је, с друге стране, пропустио да ту одредбу нормативно разради у одредбама о промени Устава које се односе на људска и мањинска права. У том смислу, остала је дилема да ли би уставна забрана из члана 20. став 2. Устава заиста могла да представља и забрану уставотворцу да, приликом промене Устава, укине неко људско или мањинско право које је претходно било зајамчено, или је пак његово деловање у тој ситуацији потпуно слободно и не подлеже ограничењима. Дилема се заправо своди на питање схватања промене и евентуалне забране промене Устава.

Теоријска схватања о промени и забрани промене устава у домаћој правној науци су подељена. Знатан број домаћих теоретичара је става да забрана промене устава не може да има правно обавезујући карактер. Према таквим схватањима, једном конституисана уставотворна власт не може да буде везана одредбама устава забрањујућег карактера који је донео ранији уставотворац, па чак и када је она деривативног карактера, односно када је конституисана по одредбама устава који мења, јер је успостављена као највиша власт, која по природи ствари, располаже правом мењања, допуњавања (па и укидања) важећег устава.<sup>52</sup> Са демократског становишта сматра се да одредбе о забрани ревизије устава

---

<sup>52</sup> П. Николић, *op. cit.*, 41.

имају искључиво политичко и морално дејство, јер се не може прихватити постојање универзалних и вечитих правних прописа и начела.<sup>53</sup> Међутим, постоје и другачија, углавном новија схватања, према којима забрана промене устава има за последицу изузимање неких уставних одредби из ревизије, тако да се те одредбе не би могле изменити ни по посебном поступку за ревизију устава утврђеном у уставу.<sup>54</sup> У питању је тзв. доктрина неуставних уставних норми која се заснива на хипотези о постојању непроменљивих уставних одредби и која у својој основи настоји сачувати легитимност, бранећи заправо оне вредности и начела која устав сматра фундаменталним, без обзира да ли су оне изричито формулисане кроз забране промене, или се чак могу извести из схватања о идентитету устава.

Као што је већ наведено, члан 203. Устава изричито допушта промену Устава која се односи на људска и мањинска права. Притом, према ставу 7. истог члана, када се промена Устава односи на људска и мањинска права, Народна скупштина је дужна да акт о промени Устава стави на републички референдум ради потврђивања. Дакле, када се промене Устава односе на људска и мањинска права, уставотворац је предвидео нешто сложенији поступак промене Устава, будући да такве промене у крајњој линији условљава потврдом, односно сагласношћу воље грађана изражене на референдуму (обавезни уставотворни референдум). Дакле, јасно је да је уставотворац материји људских и мањинских права, у ревизионом поступку дао већи значај и нешто заштићенији ранг у односу на друге одредбе Устава. Устав изричито предвиђа само једну једину забрану сопствене промене. Према члану 204. Устава, тај акт не може бити промењен за време ратног или ванредног стања. Мимо тих ванредних прилика, промена Устава која се односи и на људска и мањинска права је могућа, но то не мора нужно да значи да би свака промена Устава у тој материји била и дозвољена. Ево и зашто. Наиме, иако Устав садржи само једну изричиту одредбу о забрани сопствене промене, из целокупне садржине Устава и језичког, логичког, системског и циљног тумачења члана 20.ст.2. би следило да би уставну забрану смањивања достигнутог нивоа људских и мањинских права утврђену тим чланом Устава, упркос томе што је уставотворац пропустио да је нормативно разради у одредбама које се тичу промене Устава, требало превасходно схватити као намеру уставотворца да онемогући

---

<sup>53</sup> Д. Стојановић, *op. cit.*, 79.

<sup>54</sup> М. Пајванчић, *Уставно право, Уставне институције*, Нови Сад, 2005, 60.

промене највишег правног акта које би се састојале у укидању неког људског или мањинског права. Такво је тумачење већ и изложено у домаћој правној науци.<sup>55</sup> Штавише, иако се овде заступано схватање односи на промене Устава које се тичу људских и мањинских права, нега би могло да поткрепи и мишљење појединих теоретичара и судија Уставног суда. Према том стајалишту, иако наш Устав не познаје, односно изричито не установљава "клаузулу непромењивости" у односу на било коју уставну норму, поједина основна уставна начела (и принципи), а пре свега она садржана у Првом делу Устава, која представља основне вредности на којима се темељи савремена држава Србија, као и уставне одредбе о људском достојанству, забрани дискриминације или одредба по којој се достигнути ниво људских права не може умањити, могла би имати место важнијих уставних норми у односу на све друге норме., јер су у питању норме које нису само "морални и политички изазов", већ „обавезујуће уставне норме с нормативним последицама" које обележавају и "одржавају уставни систем слободе и демократије" и представљају основна начела уставног уређења савремене Србије, односно основна начела остваривања и заштите људских и мањинских слобода и права.<sup>56</sup> У том смислу, основно начело људских и мањинских права садржано у члану 20. став 2. Устава према којем се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати представља заправо својеврсно самоограничење уставотворца да ни приликом промене највишег правног акта не може укинути неко људско или мањинско право који су претходно били зајемчени.

Занимљиво је истаћи да је како у цитираном мишљењу једног од судија Уставног суда, тако и у радовима у којима је изложено тумачење према коме члан 20. став 2. Устава представља обавезујућу забрану промене Устава, указано на могућност,<sup>57</sup> али и нужност,<sup>58</sup> да се кроз праксу Уставног суда разреши, односно обезбеди забрана смањивања достигнутог нивоа људских и мањинских права. У том смислу, а ради потпуног сагледавања теме нашег рада, од значаја је да се укаже да је Уставни суд у каснијим предметима у односу на онај из кога потиче

---

<sup>55</sup> Видети Т. Корхеџ, *op. cit.*; В. Ђурић, *op. cit.*

<sup>56</sup> Видети Издвојено мишљење судије др Босе Ненадић у предмету IVз-356/2009, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/6868/>, 4. март 2022.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> В. Ђурић, „Уставносудска контрола уставних промена у Републици Србији: Неоснована хипотеза или последња одбрана (правне) државе?“, *Правни живот*, бр. 12/2014, том IV, 607–619.

претходно цитирано издвојено мишљење, стао на становиште „да се појам тзв. „стечених људских и мањинских права“ односи на права и слободу које су зајемчене самим Уставом, а њихов „достигнути ниво“ на врсту права и слобода које су зајемчене“ и да „из наведеног даље следи ... да је суштина и циљ уставне гаранције о забрани смањења достигнутог нивоа људских и мањинских права у својеврсном самоограничењу уставотворца да ни променама највишег правног акта не може бити укинута неко право или слобода који су претходно били зајемчени.“ Према ставу Суда, „то, *a contrario*, значи да се законом прописани начин остваривања једног Уставом зајемченог људског или мањинског права или слободу не може сматрати стеченим правом, те се зато ни промене у законском уређивању начина на који се конкретно људско или мањинско право (слобода) остварује не би могле довести у уставноправну везу са одредбом члана 20. став 2. Устава,“ те „да би другачије схватање суштине одредбе члана 20. став 2. Устава онемогућило законодавца да уређује друштвене односе у зависности од промена које у тим односима настају, односно онемогућило би га да укида до тада постојеће или уводи нове законске институте сагласно насталим друштвеним потребама.“<sup>59</sup>

## 9. ЗАКЉУЧАК

Уставна формулација према којој се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати је у досадашњим разматрањима била праћена различитим теоријским интерпретацијама, а у пракси је индуковала и одређене контроверзе. Узроке томе би требало тражити, не само у терминолошкој и системској недоследности уставотворца, већ и његовом пропусту да консеквентно разради и развије наведену формулацију у уставном тексту. Ипак, када је у питању научно-правно сагледавање уставне формулације члана 20. став 2, несумњиво је да се употребом различитих метода тумачења права, сагледавањем појма, суштине и правне природе те формулације, као и њеног места у систематици највишег правног акта може доћи до одређених закључака.

Уставна формулација о забрани смањивања достигнутог нивоа људских и мањинских права, представља једно од основних начела људских и мањинских права које није хијерархијски инфериорније у односу на основна начела Устава, у првом реду она која су заснована на

---

<sup>59</sup> IУз-479/2014 - „Службени гласник РС“, бр. 61/15 и IУз-531/2014 - "Службени гласник РС", бр. 88/2015.

људским и мањинским правима као основним вредностима на којима почива држава. У питању је императивна општа норма забрањујућег карактера, односно заштитна клаузула која не представља заштиту права индивидуе, тачније индивидуално субјективно јавно право, већ објективно право које *in toto* штити сва људска и мањинска права која су како изричито наведена у Уставу, тако и она која се могу извести из уставних одредби и која су садржана у међународноправним изворима које Устав признаје. Иако у одредби тог члана није наведен адресат обавезе, јасно је да се та одредба превасходно односи на законодавца којег обавезује да не укине неко од уставних права и да у вршењу своје нормативне функције не пренебрегне постојање уставом зајамчених људских и мањинских права као објективног права. С друге стране, институт забране смањивања достигнутог нивоа људских и мањинских права је другачијег карактера и значења од уставом предвиђене могућности ограничења и одступања од људских и мањинских права. Такође, та одредба је усмерена и ка уставотворцу, али због тога што је пропуштено да се у одредбама у променама устава нормативно разради као изричита забрана промене устава која би подразумевала укидање неког од зајамчених људских и мањинских права, та одредба може да поприми и декларативну конотацију. Разуме се, имајући у виду да је одредба члана 20. став 2. у првом реду норма која прописује будуће понашање, у овом раду смо стали на становиште да она обавезује и будућег уставотворца, јер би, у противном, њен нормативни карактер изостао! Да ли би и у којој мери изостанак поштовања те норме могао да има санкцију у виду уставносудске оцене уставности будућих промена устава, питање је које би једино могло да се разреши у уставносудској пракси и зависило би од схватања самог Уставног суда.

## ЛИТЕРАТУРА

Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002;

Васић Р, Чавошки К., *Увод у право II*, Издавачка кућа „Драганић“, Београд;

Дмитријева Ю.А. (ур.), Конституција Российской Федерации: доктринални коментарий, <https://constitution.garant.ru/science-work/comment/5697462/> ;

Ђурић В., *Нетериторијална мањинска аутономија / самоуправа у Републици Србији, књига 2, Нетериторијална мањинска самоуправа у републици Србији, Правни положај, овлашћења, финансирање и контрола*, Институт за упоредно право, Београд, 2019;

Ђурић В., „Уставносудска контрола уставних промена у Републици Србији: Неоснована хипотеза или последња одбрана (правне државе)?“, *Правни живот*, бр. 12/2014, том IV, 607–619.

Јовичић М., *О уставу: теоријско-компаративна студија*, Институт за упоредно право, Београд, 1977;

Корхеџ Т., „Уставна ревизија и мањинска права - у којој мери је ревизиона власт слободна да мења посебна права мањина у уставу Републике Србије?“,

[http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Tamas\\_Korhecz.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Tamas_Korhecz.pdf);

Марковић Р., „Устав Републике Србије из 2006. године – Критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.2, Београд, 2006;

Марковић Р., *Уставно право – приручник за полагање правосудног испита*, Београд, 2013;

Милосављевић Б., *Увод у теорију уставног права*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2011;

Милосављевић Б, Поповић Д., *Уставно право*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2017;

Николић П., *Уставно право*, Београд, 1994;

Пајванчић М., *Коментар Устава Републике Србије*, <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/03/Komentar-Ustava-RS-dr-Marijana-Pajvancic.pdf>;

Пајванчић М., „Контраверзе уставног оквира заштите људских права“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права, Зборник*



радова са међународне научне конференције одржане 2008. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 2008;

Пајванчић М., *Уставно право, Уставне институције*, Нови Сад, 2005

Пауновић М, Кривокапић Б, Крстић И., *Међународна људска права*, Београд, 2013;

Пејић И., „Гаранције људских права у националном поретку: уставносудска заштита“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права, Зборник радова са међународне научне конференције одржане 2008. године на Правном факултету у Нишу*, Ниш, 2008;

Поповић Д., *Основи уставног права*, Београд 2004;

Петров В., Манојловић, С., *Уставна начела у пракси Уставног суда Србије*,

[http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Vladan\\_Petrov\\_i\\_Savo\\_Manojlovic.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov_i_Savo_Manojlovic.pdf);

Симовић Д., „Људска права у Уставу Србије 2006. – Критичка анализа“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права, Зборник радова са међународне научне конференције одржане 2008. године на Правном факултету у Нишу*, Ниш, 2008;

Симовић Д., Петров В., Станковић М., *Људска права*, Београд, 2018;

Smet S., *Resolving Conflicts between Human Rights, The judge's dilemma*, Routledge, 2017.

Tsakyrakis, S., „Proportionality: An assault on human rights?“, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, 3/2009;

Стојановић Д., *Уставно право, књига I*, Ниш, 2003;

Стојановић Д., *Уставно право*, Ниш, 2013.

Vladimir ĐURIĆ, Ph.D

Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

## CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF THE ATTAINED LEVEL OF HUMAN AND MINORITY RIGHTS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

### **Summary**

In this paper, the author analyses the constitutional guarantee of the attained level of human and minority rights in the Republic of Serbia. According to Article 20, paragraph 2 of the Serbian Constitution, the attained level of human and minority rights may not be lowered. It is a prohibitive imperative general norm, ie a protective clause which does not represent the protection of the individual rights, more precisely individual subjective public right, but objective law which in toto protects all human and minority rights - both those explicitly proclaimed in the Constitution and those that can be derivated from the constitutional provisions and which are contained in international legal sources recognized by the Constitution.

**Key words:** human and minority rights, attained level, prohibition

Оригинални научни рад  
достављен: 03. 03. 2022.  
прихваћен за објављивање: 21. 04. 2022.  
УДК 342.724(497.11)

Др Мијодраг РАДОЈЕВИЋ\*

351.941

## УЛОГА НЕЗАВИСНИХ КОНТРОЛНИХ ТЕЛА И ИНСТИТУЦИЈА У ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА

### Апстракт

Људска права и слободе највише су уставне вредности зајемчене у већини правних система. У савременом свету изложене су изазовима технолошког развоја, пандемије ковида, геополитичких промена и кризе демократије. Један од начина њихове делотворне институционалне заштите представљају независна контролна тела. У раду је објашњен комплексан карактер независних контролних тела, извршено је њихово термилошко и појмовно разграничење у односу на сродне концепте и институције и сагледана је њихова улога и значај у правном поретку Републике Србије. Улога независних контролних институција у заштити и унапређивању људских права анализирана је применом компаративног и позитивноправног правног метода и на основу праксе ових тела. Аутор је закључио да су независна контролна тела део институционалног механизма заштите људских права, али да имају инхерентне недостатке и да је за остваривање њихове улоге неопходно да се испуне одговарајуће претпоставке.

**Кључне речи:** владавина права, регулаторна тела, омбудсман, повереник за родну равноправност, повереник за заштиту права на информације од јавног значаја.

### 1. ДИЛЕМЕ У ВЕЗИ СА ЉУДСКИМ ПРАВИМА И МОДЕЛИ ЊИХОВЕ ИНСТИТУЦИОНАЛНЕ ЗАШТИТЕ

Након Другог светског рата, на темељу победе над фашизмом, успостављен је међународни поредак сарадње и мира међу народима и

---

\* Научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд,  
miodrag.radojevic@gmail.com.

државама, без обзира на њихове идеолошке разлике. Један од циљева Уједињених нација, како је то прокламовано у члану 1. став 3. њене повеље, јесте „унапређивање и подстицање поштовања права човека и основних слобода за све, без обзира на расу, пол, језик или веру“.<sup>1</sup> Општа људска права прописана су међународним документима, међу којима кључно место припада Универзалној декларацији о људским правима из 1948. године, али и низом других докумената донетих не само у оквиру ове организације, него и других наднационалних, регионалних и субрегионалних међународних организација.<sup>2</sup>

Универзална декларација била је само основни инструмент, правнообавезујући документ за државе чланице УН. Људска права појавила су се по први пут у повести као наднационална, односно као права које прокламују и промовишу међународне организације, са обавезом држава да их поштују и примењују. У овој својеврсној „револуцији“,<sup>3</sup> она су преписана у правне системе држава, гарантована највишим правним актима (уставом и законима) и институционалним механизмима за њихову заштиту.

О значају и важности људских права издвојила су се дијаметрално супротна схватања у теорији. Људска права се глорификују као једна од највећих цивилизацијских творевина савременог света, а са друге стране критикују из различитих идеолошких позиција (од конзервативне и либералне доктрине, преко марксизма, до феминизма или ислама).<sup>4</sup> У радикалној интерпретацији људска права се тумаче и као оруђе западних влада, раније у борби против комунистичких система, а касније као средство против неистомисленика с циљем успостављања демократије, а заправо наметања политичких интереса и успостављања глобалне

---

<sup>1</sup> Charter of the United Nations, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, посећено: 13.03.2022. године.

<sup>2</sup> Једна од ових организација у Европи јесте Савет Европе, чији је најважнији документ Конвенција за заштиту људских права и слобода из 1950. године. Централни део механизма заштите Конвенције је Европски суд за људска права, са седиштем у Стразбуру, који је започео са радом 1959. године.

<sup>3</sup> Поједини аутори међународноправно признање људских права означавају догађајем од епохалног значаја, „јуристичком револуцијом“ или „међународном револуцијом на пољу људских права“. Опширније: М. Игњатијеф, „Људска права као политика“, у: *Људска права као политика и идолопоклонство*, Београд, 2006, 32.

<sup>4</sup> Види нпр.: А. Будак, „Анализа критика људских права“, *Социјална политика*, бр. 2–3/2018, 59–74; Kangavari R. Q., „Компаративна анализа људских права у исламу и на западу“, *Страни правни живот*, бр. 2/2017, 9–27.

доминације. Управо је њихова инструментализација, чији смо непосредни сведоци (искушавајући ужасе тзв. хуманитарне интервенције 1999. године а уистину нечовечног уништавања једне земље), служила актуелној критици и дилеми да ли су показатељ тријумфа цивилизације у лику глобализма или је у дубокој кризи међународни поредак утемељен на људским правима.<sup>5</sup>

На унутрашњем плану, савремени изазови људским правима јесу технолошки развој, пандемија корона вируса, криза модерне демократије и глобални геополитички сукоби. Технолошки развој осим свог бољитка у унапређењу квалитета живота људи, изазвао је и неслућене могућности надзора и кршења основних људских права, као што је право на приватност. Поједини теоретичари ову појаву, коју је наговестио Олдос Хаксли у својим романима (*1984.* и *Врли нови свет*) називају *дигиталном диктатуром*.<sup>6</sup> У овим политичким системима понашање појединаца је строго контролисано захваљујући примени високих технологија. На Западу се ова појава назива и надзорним капитализмом,<sup>7</sup> а на Истоку се

---

<sup>5</sup> Наводно кршење људских права користи се као аргумент за оправдање агресије на више земаља (Босна и Херцеговина, Ирак, Савезна Република Југославија...) и одбрану тезе о легитимној примени насиља у политици и по цену кршења међународног права, као мањем злу (Игњатијеф). Притом, користе се еуфемизми, па је операција бомбардовања Савезне Републике Југославије у којој је погинуло више хиљада цивила названа „Милосрдни анђео“. О томе видети из различитих перспектива: Ј. А. Šolte, *Globalizacija – kritički uvod*, CID, 2009, 35; М. Игњатијеф, *op. cit.*, Београд, 2009, 56, 58–59; Hejvud E., *Politika*, Београд, 2004, 261–262. N. Chomsky, *Novi humanistički militarizam – pouke Kosova*, Adamić, Rijeka, 2003; N. Chomsky, *Imperijalne težnje*, Zagreb, 2006, 47; А. Troude, „The Geopolitical aspects of NATO aggression against Yugoslavia“, *Двадесет година од НАТО агресије на СРЈ – зборник радова са националне конференције са међународним учешћем*, Ж. Бурић и М. Јевтић (прир.), Београд, 2019, 23–37.

<sup>6</sup> Неки аутори је сматрају присутном у различитим типовима друштва (S. Korsgaard, „One world digital Dictatorship“, <https://www.transcend.org/tms/2020/01/one-world-digital-dictatorship/>, посећено: 10.03.2022), док је други везују за ауторитарне политичке системе (А. Kendal-Taylor, Е. Frantz, Ј. Wright, „The digital dictators: How technology strengthens autocracy“, *Foreign Affairs*, March-April 2020, 103–115).

<sup>7</sup> У актуелној фази капитализма, коју амерички социолог Шошана Зубоф назива *надзорни капитализам*, уз помоћ савремених технологија (рачунарске технике и друштвених мрежа) и научних сазнања (бихејвиоралне психологије), могуће је контролисати људска понашања, нарушити „суверенитет људи“ и извршити „демократску деконсолидацију“ либералних западних друштава (Š. Zubof, *Doba nadzornog kapitalizma – borba za budućnost čoveka na novom rubu moći*, Београд, 2002, 32 и даље).

описује као ауторитаризам у облику експеримента са социјалним кредитом (систем друштвеног бодовања).<sup>8</sup>

Глобални геополитички сукоби још један су извор претње не само поштовању људских права, него и читавом безбедносном систему након престанка хладног рата. Неке од земаља постале су простор сукоба геополитичких или регионалних сила (нпр. Јемен, Сирија, Украјина...), при чему су не само нарушена правила међународног права, већ се у име њихове заштите врше систематска кршења људских права.

Пандемија корона вируса такође је наметнула питање оправданости дерогирања и ограничавања људских права у многим земљама. С циљем сузбијања пандемије и заштите здравља становништва нарушена су бројна права, која су рецимо у европским земљама заштићена Конвенцијом о људским правима, попут права на слободу, права на поштовање приватног и породичног живота, права на правично суђење, права на слободно изражавање, права на слободу удруживања и окупљања итд.<sup>9</sup> У Србији је тим поводом уведено и ванредно стање 15. марта 2020. године, а у нашој науци су се јавила опречна становишта о томе да ли су разлози, начин проглашења ванредног стања и предузете мере биле у складу са Уставом.<sup>10</sup>

Сусрет са поменутиим претњама и модерним Левијатаном, односно недемократским облицима управљања државом, намеће потребу да се осим стандардних механизма заштите људских права (судови, уставни суд), успостављају и другачији модели заштите људских права, попут независних контролних институција и тела. Задатак заштите људских права на националном нивоу поверен је, пре свега, судовима, затим уставном суду и парламенту и другим државним органима. Скупштина се често апострофира и као чувар људских права, јер доноси законе и контролише извршну власт. У оквиру парламента, као његови помоћни органи односно специјализована тела за заштиту људских права и слобода, бирају се омбудсмани, комисије за људска права и друга тела и институције. Осим тога, у заштити људских права учествују и неформалне субјекти, као што су средства информисања (штампа и други медији), невладине организације и цивилно друштво.

---

<sup>8</sup> Упореди: I. Osetrova, „Digital Dictatorship: The System of Social Credit in China“, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3828279](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3828279), посећено: 10.03.2022)

<sup>9</sup> Видети: В. Braithwaite, Harby K., Miletic G. (ur.), *COVID-19 i njegov uticaj na ljudska prava, pregled relevantne prakse Evropskog suda za ljudska prava*, 2020, 3.

<sup>10</sup> Т. Маринковић, „Уставна хроника Републике Србије за прву половину 2020. године“, *Нови архив за правне и друштвене науке*, 1/2021, 127–143.

## 2. ПРАВНА ПРИРОДА НЕЗАВИСНИХ КОНТРОЛНИХ ТЕЛА И ИНСТИТУЦИЈА

У правној теорији и пракси, према начину настанка, издвајају се две врсте институција: прве – развијане спонтано, углавном с намером да се побољша положај друштвених група (попут парламента, који је омогућио партиципацију у власти различитих политичких и социјалних класа) и друге која је формирана као исход теоријских идеја и концепција. На пример, два модела функције контроле уставности резултат су расуђивања двојице правника, америчког судије Џона Маршала и једног универзитетског професора у Аустрији. Уставни суд је креација Ханса Келзена, надахнутог решењима пореклом из немачког права, а не својим старијим близанцем – Врховним судом у Сједињеним Америчким Државама.<sup>11</sup> Другој групи припадају и независна контролна тела и институције. Иако њихов назив није добио ширу потврду у нормативним текстовима, нити је као појам конзистентно теоријски дефинисан, делимично је подржан у науци и у упоредној пракси.

Израз независна контролна тела и институције уобличава се од друге половине прошлог века у научним круговима, препознаје се у међународним документима и постепено прихвата у националним правним прописима, пре свега у оквиру расправа о регулаторној држави и тзв. четвртој грани поделе власти.<sup>12</sup> На енглеском језику, осим *independent control body*, сусрећу се и следећи термини: *non-majoritarian institution*, *independent regulatory agencies*, *institutions for protection constitutional democracy*,<sup>13</sup> *quasi-independent non-governmental organisations*. Поменути називи не садрже исте или сличне елементе, већ често укључују неусклађена и широка значења. На пример, *немајоритетне институције* означавају тела која нису директно политички изабрана, нити одговорна грађанима и налазе се „ван дохвата“ руке владе.<sup>14</sup> *Differentia specifica*, заједнички именитељ за ова тела (контролне агенције, централна банка,

---

<sup>11</sup> К. von Wejme, „Stare i nove institucije“, *Institucije i institucionalizam*, 2010, Beograd, 282–283.

<sup>12</sup> Видети нпр. P. L. Strauss, „The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch“, *Columbia Law Review*, No. 3, 1984, New York, 579.

<sup>13</sup> M. Tushnet, *The New Fourth Branch – Institutions for protecting constitutional democracy*, Cambridge – New York, 2021, 6.

<sup>14</sup> Упореди: С. Томић, А. Јованчић, „Настанак и независност регулаторних тела у Србији: домаће или екстерне детерминанте“, *Политичке перспективе*, 2/2012, Београд, 31.

регулаторне агенције, као и нека друга тела, попут омбудсмана), јесте релативна независност и самосталност у односу на извршну и законодавну власт. Међутим, с обзиром на то да се под овим атрибутом сврставају варијације различитих тела и институција, јасно је да он и није довољна основа за конституисање теоријске категорије.

Назив независна контролна тела и институције, за који се сматра да је доктринарног порекла, генусног је карактера и обухвата институције са сродним обележјима, улогама и овлашћењима.<sup>15</sup> Међутим, у теорији и упоредноправној пракси, о феномену независних контролних тела (у даљем тексту и: НКИТ) колају разноврсна тумачења, пре свега везана за недоумицу о томе да ли обухватају и регулаторна тела.<sup>16</sup> По ширем схватању, одговор је потврдан. Овакво становиште заступа италијански конституционалиста Ђузепе де Верготини. По Верготинију, постоје службе независне од извршне власти, које нису потчињене извршној власти, нити условљене „усмеравањима парламентарне већине која је подржава“. Верготини ову врсту служби посматра као *sui generis* институције. Оне располажу организационом и функционалном независношћу. Као прототип ових институција наводи омбудсмана, али њихов модел јесу и регулаторне институције у оквиру управе независне од усмерења владе и парламента. Осим што обављају контролну улогу, у виду заштите уставних вредности (слободно тржиште, слобода конкуренције итд.) и конкретних људска права и слобода (нпр. заштита слободе информисања, заштита личних података) оваква тела имају могућност да уређују одређени сектор. Ове институције регулишу различите области управе и однос управе и грађана и у складу с тим доносе обавезујућа акта, упућују предлоге влади и парламенту и имају друга овлашћења. У упоредном праву делује велики број оваквих тела, а њихово заједничко обележје јесте и да њихове руководиоце бира парламент.<sup>17</sup>

Настанак ових контролних тела и институција, следећи поменуто Верготинијеву позицију, различит је у англоамеричкој и европској правној традицији. У Сједињеним Америчким Државама повезане су са појавом јавних агенција на која се преносе овлашћења регулације у надлежности савезних власти и ширења федералних надлежности

---

<sup>15</sup> М. Давинић, *Независна контролна тела у Републици Србији*, 2018, 17.

<sup>16</sup> Ј. Јелинчић, *Независни државни органи*, 2016, Београд, 23–26.

<sup>17</sup> Ђ. де Верготини, *Упоредно уставно право*, 2015, 492–493.



науштрб савезних држава крајем 19. и почетком 20. века.<sup>18</sup> Ова појава, нарочито развијена у време председника Френклина Рузвелта, наишла је на опречна схватања. Критичари су указивали на то да је њен резултат административна или регулаторна држава (*The Administrative state*). У регулаторним агенцијама крије се опасност за стварање деспотске владавине и бујање бирократије, па су као такве негација уставне демократије, владавине права и поделе власти. Узрок овим појавама јесте могућност да се власт са изабраних представничких органа пренесе на неизабрана тела и појединце у овим агенцијама.<sup>19</sup> Међутим, прогресивни либерали, утицајни у више америчких администрација у време владавине демократа, као поборници независних регулаторних агенција, сматрали су да она не нарушавају темељна начела конституционализма, нити воде злоупотреби власти, јер оваква тела нису подложна утицајима политичких странака, већ су експертског састава и повећају ефикасност извршне власти.<sup>20</sup>

Идеја о независним регулаторним телима је пронашла плодно тло у Европи, са променом улоге државе од ноћног чувара до omnipotentне социјалне државе или државе благостања (*Welfare state*). Ширење државе у различитим областима, особито у сфери социјалне заштите, последица је доминантне идеолошке парадигме и социјалдемократских идеја о улози државе у пружању социјалне сигурности својим грађанима. С друге стране, регулаторна контрола је брана за деструктивне последице слободног (саморегулишећег) тржишта. Јавне агенције, у том смислу, управљају и надзиру одређене друштвене секторе и тржиште. Овај концепт, прихваћен у Европској унији, наишао је на снажно негодовање са аргументом о демократском дефициту таквих тела и институција. Приговори се односе на то да располажу огромним делегираним моћима и

---

<sup>18</sup> М. Радојевић, „Независна (регулаторна) тела и институције у Србији“, *Српска политичка мисао*, 4/2010, 53–54.

<sup>19</sup> О томе је писао британски теоретичар Морис Вајл у свом делу „Конституционализам и подела власти“ (M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of powers*, Second edition, Indianapolis, 1998, 399–401). У додатку свог другог издања, он региструје ову појаву у САД и Великој Британији у ери реганизма и тачеризма, као пораст утицаја административних структура на живот грађана, истичући да је то једна од две велике фундаменталне промене у развоју ових политичких система.

<sup>20</sup> О развоју регулаторне државе видети сажет и аналитичан приказ: А. Ваčić и Р. Ваčić, „Konstitucionalizam i administrativna država (o zahtjevima konstitucionalizma u razdoblju nadmoći egzekutive)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/2016, 123–125.

утицају на суверенитет држава чланица, као и да доводе до пораста бирократије и хиперпродукције прописа.<sup>21</sup>

Друга традиција је резултат рестриктивнијег тумачења независних контролних тела и институција. Она настаје почетком 70-их година прошлог века, као последица проблема у вези са недостацима институционалне контроле извршне власти и управе, али и развитка доктрине људских права и процеса деколонизације и транзиције из ауторитарних и диктаторских режима у демократију. НКТИ су продужена рука контроле законодавне власти над извршном влашћу, а њихова кључна улога јесте у надзорној, а не у регулаторној активности. Неповећење у „старе институције“ попут судова, заснива се на уверењу да су оне неделотворне и политизоване, инфичиране корупцијом из претходног режима. Због тога су неопходна нова средства за заштиту уставних вредности. Кључна улога ових институција је заштита људских права и слобода. Типичан пример ове институције је омбудсман.

„Стара институција“, настала у Шведској пре два века, прилагођена је новим задацима. Уместо своје класичне функције у надзору над јавном управом, у омбудсману је откривено средство које је прилагођено потребама заштите и унапређења људских права (тзв. хибридни мандат),<sup>22</sup> али и у демократизацији друштва, односно остваривању других задатака, као што су: изградња нове управне структуре, подизање степена одговорности носилаца јавних функција и мобилисање јавности за учешће у политичких процесима.<sup>23</sup> У доктрини Уједињених нација, у међународним документима, омбудсман је трансформисан у националну институцију за заштиту људских права (National Human Rights Institution). Овај статус се поверава оним институцијама у правним системима држава које испуњавају критеријуме

---

<sup>21</sup> Тако један аутор (Де Грауве) истиче да „политичари који су одговорни према изборном телу не могу да делегирају моћ јавној институцији (чинећи је независном) изузев ако могу и даље да је контролишу.“ Цитат преузет од С. Самарџића, *Политички систем Европске уније*, Београд, 2022, 162. У оквиру ЕУ има више од педесет таквих регулаторних тела за спровођење њене политике (С. Самарџић, *op. cit.*, 167).

<sup>22</sup> М. Радојевић, „Омбудсман и 'лоша управа“, *Политичка ревија*, бр. 3/2011, Београд, 202–203.

<sup>23</sup> Опширније: М. Радојевић, „Преображај омбудсмана у савременим правним системима с посебним освртом на институцију Заштитика грађана у Републици Србији“, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београд, 2016, 336–344.

независности и самосталности прописане Париским принципима и чији је основни мандат заштита и промоција људских права.<sup>24</sup>

Примарна улога независних контролних тела, у ужем смислу, јесте заштита уставних права, а њихова надлежност се не односи на управљање или регулацију одређеним системима, иако се ове две улоге могу преплитати. С друге стране, за разлику од регулаторних агенција, различити су и методи деловања независних контролних тела. По правилу, њих обележава и то што немају класична овлашћења (*ius imperium*), као што су право да нареде, пресуде, кажњавају, него је њихово тежиште на томе да они упозоравају, опомињу, превентивно делују, често посредују у односима појединаца и управе, обраћају се парламенту и јавности, па и учествују у едукацији и обуци државних органа и грађана. Осим тога, она не обављају поверена овлашћења, што је случај са регулаторним агенцијама, и више су упућена на парламент па се и перципирају као његова продужена рука у контроли извршне власти и јавне управе. Поступак пред овим институцијама је често лишен непотребних формалности, покреће се и на захтев грађана па служи као институционални канал којим се они обраћају државним органима. Осим унапређења јавне управе, контролом законитости па и целисходности њеног деловања, оне подижу и степен одговорности носилаца јавних функција. На основу наведеног, НКТИ дефинишемо као нарочити облик институција са независним и самосталним статусом, која у специфичној врсти поступка на иницијативу грађана штити основна људска права и слободе.

У упоредном праву, мноштво је облика ових институција, од омбудсмана и параомбудсманских институција, других комисија за људска права (нпр. Независни директорат за жалбе у Јужној Африци успостављен након пада апартхејда), савета, ревизијских и истражних тела. Изузев што примају жалбе грађана и спроводе поступке у случајевима кршења људских права, они имају и друга овлашћења, а могу се оснивати на различитим нивоима власти. Осим тога, у низу правних система примећује се тежња да се регулаторна тела преобразе у независна контролна тела, обезбеде од утицаја извршне власти и преузму улогу у заштити одређених корпуса људских права.<sup>25</sup> Сложену природу и улогу

---

<sup>24</sup> *Ibid*, 241 (fn 775).

<sup>25</sup> Марк Ташнет, амерички професор са Харварда, независна контролна тела сврстава у корпус институција за заштиту уставне демократије (поред уставног суда, изборних комисија, па и цивилног сектора), односно четврте гране државне

независних контролних тела и институција размотрићемо и на њиховом примеру у Републици Србији.

### 3. НЕЗАВИСНЕ КОНТРОЛНЕ ИНСТИТУЦИЈЕ И ТЕЛА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ

#### 3.1. Обележја независних контролних тела у Србији

У домаћој правној науци изостају расправе о правној природи и улози независних контролних тела. У малобројним радовима углавном је прихваћена концепција која полази од њиховог разграничења у односу на регулаторна тела,<sup>26</sup> односно издавања контролних тела као специфичног механизма заштите људских права и слобода.<sup>27</sup> Ова схватања имају упориште у позитивном законодавству, иако се у правном систему Републике Србије не употребљава назив НКТИ, нити постоји посебан пропис који уређује ова тела.

У Стратегији развоја јавне управе за период 2021–2023. године користи се одредница „самосталне и независне организације и тела“,<sup>28</sup> наводе се поименично и указује на једну од њихових заједничких обележја, а то је да избор њених носилаца или руководиоца обавља Народна скупштина. Категорији независних надзорних тела припадају: Заштитник грађана, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Повереник за родну равноправност, Државна ревизорска институција, Агенција за борбу против корупције и Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки.<sup>29</sup>

Устав утврђује оквир за деловање независних државних органа, односно непосредно уређује два државна органа. Заштитник грађана је конституционализован као „независан државни орган“ за заштиту људских права и слобода, а Државна ревизорска институција као највиши

---

власти, указује на њихову „пролиферацију“, али и на то да се преувеличава њихов значај у побољшању квалитета уставних демократија (М. Tushnet, *op. cit.*, 6, 173).

<sup>26</sup> Упоредити: М. Давинић, *op. cit.*, 18–21; Б. Милосављевић, Д. Поповић, *Уставно право*, осмо измењено и допуњено издање, Београд, 2021, 183, 187–189.

<sup>27</sup> Ј. Глушац, „Разликовање (независних) контролних и регулаторних тела“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 87, 2020, Ниш, 207.

<sup>28</sup> Стратегија развоја јавне управе за период 2021–2023. године, <http://mduls.gov.rs/wp-content/uploads/Strategija-reforme-javne-uprave-u-Republici-Srbiji-za-period-od-2021.-do-2030.-godine-1.pdf>, посећено 26.02.2022.

<sup>29</sup> *Ibid*, 192, фн. 268.

орган ревизије јавних средстава, самосталан државни орган који подлеже надзору Народне скупштине (члан 96). За Државну ревизорску институцију (у даљем тексту и скраћено: ДРИ) одредница – независни – назначена је у матичном закону.<sup>30</sup> Из наведеног се закључује да су два независна контролна државна органа директно уређена Уставом, али то не значи да су и једини облици оваквих институција у нашем правном систему.

Устав утврђује и оквир за деловање других НКИТ, уређујући заштиту одређених уставних вредности и упућујући на њихову детаљнију разраду посебним законима. Користећи обележја везана за статус органа (независност и самосталност), функцију (контролна функција) и заштитни објекат (уставна права и друге уставне вредности), у правном систему Србије разликујемо две врсте независних контролних тела. Прву чине оне са искључивим мандатом у заштити људских права (Заштитник грађана, Повереник за приступ информацијама од јавног значаја и заштиту података о личности, Повереник за родну равноправност), док друге имају мешовиту, хибридну природу, јер осим заштите људских права врше и регулаторну функцију (Државна ревизорска институција, Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки и Агенција за борбу против корупције). Сва ова тела одговорна су Народној скупштини која их бира, разрешава и разматра њихове извештаје.

Сличности и разлике постоје у погледу заштитног објекта, адресата контроле, овлашћења и поступка, па и унутрашње структуре односно организационог састава. Већ на први поглед уочавају се три инокосна тела, Заштитник грађана и два повереника, чија је улога у заштити људских права недвосмислено истакнута у њиховим називима.<sup>31</sup> Када се ради о заштитном објекту, примећује се да је специфична улога ДРИ који врши ревизију јавних средстава (извршаваће буџета), штити финансијску одговорност у јавном сектору, доприноси транспарентности и интегритету носилаца јавних функција; Комисија за заштиту права

---

<sup>30</sup> Члан 3. став 2. Закона о Државној ревизорској институцији, „Службени гласник РС“, бр. 101/05, 54/07, 36/10, 44/18 – др. закон.

<sup>31</sup> За разлику од омбудсмана, Повереник за родну равноправност: 1) учествује у судским поступцима, 2) подноси тужбу уз сагласност дискриминисане особе, ако су повређена права из матичног закона, 3) у поступку се сходно примењују правила Закона о општем управном поступку, 4) на поступак медијације се примењује Закон о посредовању у решавању спорова, 5) овај повереник нема право да покрене поступак самоиницијативно, 6) супсидијарност није услов за подношење притужбе и 7) поступак се окончава изрицањем мере, а не притужбе.

понуђача штити права понуђача у поступцима јавних набавки (члан 82. Устава), а Агенција за борбу против корупције контролише област сукоба интереса.<sup>32</sup> На челу Агенције је директор, а знатно сложенију организациону структуру има ДРИ (председник, заменик и Савет). Најшири круг адресата контроле обухвата Повереник за родну равноправност, који потенцијално контролише најшири могући круг субјеката, јер сва физичка и правна лица и сви државни органи могу учинити акт дискриминације. Повереник за информације од јавног значаја контролише руковоаце информација од јавног значаја, субјекти контроле ДРИ јесу директни и индиректни корисници буџетских средстава, односно сви они који располажу јавним средствима.

Ипак, најважнија независна контролна институција јесте Заштитник грађана – српски омбудсман чија су основна обележја, осим поменутих, широк (хибридни) мандат у заштити људских права и статус националне институције за заштиту људских права од 2010. године.<sup>33</sup> На основу овог статуса и ратификованих међународних уговора, Заштитник грађана је добио и посебне надлежности као: национални механизам за превенцију тортуре, национални механизам за праћење спровођења Конвенције о правима особа са инвалидитетом и национални извештај о области трговине људима.<sup>34</sup> Уставом Републике Србије, Заштитник грађана је дефинисан као орган који штити права грађана и контролише рад органа државне управе, али адресати његове контроле нису највиши државни органи власти, нити покрајински и локални органи управе у обављању послове из сопственог делокруга. Специфичност овог органа јесте и то да он делује као допунско правно средство заштите људских права, односно да се активира након што су употребљени други инструменти. То значи да као супсидијерно правно средство покреће поступак након што су окончани пред другим надлежним органима, изузев у одређеним случајевима (члан 28. ст. 7–9. ЗЗГ).

---

<sup>32</sup> Члан 6. став 1. тачка 6) Закона о спречавању корупције, „Службени гласник РС“, бр. 35/19, 88/19, 11/21 – Аут. тумачење, 94/21 и 14/22.

<sup>33</sup> М. Радојевић (2016), 427–428.

<sup>34</sup> Члан 2. Закона о Заштитнику грађана – ЗЗГ, „Службени гласник РС“, број 105/21. О пропустима у формулацији надлежности омбудсмана у новом закону видети: М. Радојевић, „Омбудсман у новом руху – нови закон о Заштитнику грађана у Републици Србији“, *Политичка ревија*, бр. 4/2021, Београд, 164.

## 2.2. Проблеми у раду и функционисању НКТИ у Србији

У минулом периоду, две деценије од успостављања НКТИ у Србији, примећују се две врсте проблема – теоријске природе, у покушају домаћих теоретичара да дефинишу и одреде класификацију независних тела, и нормативног карактера, манифестовани у тешкоћама у имплементацији и функционисању поменутих тела. У теорији је и са правом указано на то да је обављена некритичка рецепција ових институција у правном систему.<sup>35</sup>

У нашој стручној јавности занемарено је искуство других земаља са демократском традицијом, у којима је тежиште на традиционалним механизмима заштите људских права, попут судова. Притом, није се водило рачуна да поједина независна контролна тела немају егзекутивна (самостална) овлашћења, односно не располажу непосредним спровођењем својих одлука. Такође, делотворност ових институција зависи од бројних претпоставки: политичке воље, квалитета правног и политичког система и других чиниоца, као што је правна култура. На основу упоредноправних искуства, у теорији се закључује да ове институције нису имуне на политичке утицаје и да зависе од партијског система, као и да је оно што забрињава да „најбоље функционишу у оним системима где има најмање потребе за њима“.<sup>36</sup> Нарочито је значајна околност да је најважнији њихов савезник парламент, а затим и цивилно друштво. Парламент у коме влада дух страначке борбе, а не компромиса у јавном интересу, није погодан да пружа адекватну подршку успостављању и функционисању оваквих институција.<sup>37</sup>

У широј јавности, подстицан је и неосновани оптимизам да независна контролна тела и институције имају далеко већу стварну моћ, да она могу бити изван и изнад партијске политике. Превелика очекивања касније су изневерена у делу јавности, што је довело и одређеног разочарења па и недостатка поверења грађана у ове институције. Осим тога, за ефикасност НКТИ су важни и одговарајући технички, кадровски и

---

<sup>35</sup> Глушац, *op. cit.*, 198.

<sup>36</sup> Tushnet, *op. cit.*, 173–175.

<sup>37</sup> На изостанак одговарајуће сарадње Скупштине и независних тела, као и друге проблеме у функционисању независних тела, указује се и у Извештају Европске комисије за Србију у 2021 (Европска комисија, „Радни документ Комисије, Република Србија, Извештај за 2021. годину“, [https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu\\_dokumenta/godisnji\\_izvestaji\\_ek\\_o\\_napretku/izvestaj\\_ek\\_oktobar\\_21.PDF](https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_oktobar_21.PDF), 11, 13, 35–36, 82, посећено: 15.03.2022.)

финансијски услови, који још нису обезбеђени за све институције на одговарајући начин.

Претходне напомене представљале су образац приликом успостављања више агенција и регулаторних тела, али и омбудсмана. Србија је као једна од последњих европских земаља установила ову институцију на националном нивоу, а затим се упустила у својеврсни експеримент, са децентрализованим моделом ове институције, као једина од земаља на подручју бивше Југославије. Осим Бугарске у југоисточној Европи, она је уредила и омбудсмана у јединицама локалне самоуправе, додуше као факултативну институцију.<sup>38</sup>

С друге стране, у пракси су констатоване и друге бројне тешкоће у функционисању ових тела, од којих се издвајају: 1) отежано конституисање и деловање, нарочито приликом избора и реизбора носилаца функције; 2) недостатак капацитета и услова за рад, што је у пракси нарочито био случај са Повереником за приступ информацијама од јавног значаја; 3) некооперативност јавне управе у виду одсуства сарадње и неизвршавања препорука и(ли) решења и 4) притисака извршне власти.

Претпоставка ефикасности независних контролних институција и тела јесте њихова сарадња са другим државним органима и институцијама. Због тога, као лоше појаве издвајамо директно подривање ауторитета ових институција, у виду непредстављања извештаја у парламенту у једном периоду и неизвршавања решења Повереника за приступ информацијама од јавног значаја и јавну критику представника власти усмерену према носиоцима функција.<sup>39</sup> Напоследку, проблеми у остваривању независности и самосталности независних контролних тела могли су се уочити и у одлагању потврде акредитације Заштитника грађана као националне институције за заштиту људских права за раздобље од 2015. до 2020. године.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Тренутно, једино Шпанија има већи број омбудсмана у Европи у Србији.

<sup>39</sup> Примену решења Повереника за приступ информацијама обезбеђује Влада, док надзор над применом закона којим је уређена ова институција врши министарство надлежно за државну управу. Упоредити: М. Давинић, *op. cit.*, 65, 297.

<sup>40</sup> Претходно је Заштитник грађана реакредитован 2016. године. Одлука овлашћеног тела Уједињених нација (Подкомитета за акредитацију Глобалне алијансе националних институција за људска права – GANHRI) образложена је нарушавањем Париских принципа у функционисању ове институције. Види: М. Радојевић, 2021, 168.



Поменимо и да нарочиту тешкоћу налазимо и у томе да је надлежност НКТИ онемогућена на територији Косова и Метохије, јер је на основу Резолуције 1244 успостављен протекторат међународне заједнице од 1999. године, који је доцније довео и до преношења овлашћења на локалне власти у Приштини. Масовна кршења људских права над припадницима српског народа на Космету, није успео да спречи ни међународни омбудсман, успостављен одлуком УНМИК-а.<sup>41</sup> Након преношења надлежности на привремене органе власти у Приштини није остварена сарадња са одговарајућим републичким независним контролним телима у области заштите људских права и слобода.

С обзиром на тешкоће и недоумице у вези са независним контролним телима у Србији, професор Марко Давинић предлаже доношење посебног закона.<sup>42</sup> По његовом мишљењу, системски закон пружио би чвршће гаранције независности овим телима и отклонио опасности од њихове „маргинализације“ и политичких утицаја. С тим у вези, Давинић предлаже и конкретна решења у виду тзв. Високог савета независних контролних тела, који би предлагао и кандидате за лица на челу независних контролних тела. Овај предлог је добро решење, али то је само један од услова за побошљање укупног амбијента за деловање НКТИ.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

На поштовању људских права је заснован настанак и опстанак савременог међународног поретка. Из овог начела проистиче и позитивна обавеза држава да у складу са међународним стандардима и уговорима штите универзална људска права. С друге стране, бројни изазови, као што су негативне последице технолошког напретка, геополитички сукоби, свеопшта криза демократије и пандемија ковида, прете да компромитују и сруше глобални поредак. У том правцу делује и инструментализација

---

<sup>41</sup> „Искуство међународног омбудсмана за људска права на Косову је потврда да демократски капацитет друштва детерминише место и улогу омбудсмана, али да Косово није остварило стандарде за решавање свог коначног статуса – нема функционалних демократских институција, нема владавине права, не постоји слобода кретања, не поштују се имовинска права, није остварен одрживи повратак расељених лица и нису заштићена права мањина.“ Опширније: М. Радојевић, „Заштита људских права на Космету – искуство међународног омбудсмана“, *Херетикус*, бр. 3–4/2007, Београд, 83.

<sup>42</sup> М. Давинић, *op. cit.*, 298–299.

људских права у виду тзв. хуманитарних интервенција које су маска за ширење моћи великих сила. Дебата о вредности и значају људских права је легитимна под условом да она не постану предмет злоупотребе. Због тога, и на унутрашњем и на међународном плану неопходно је оснаживати механизме њихове заштите, стварањем и имплементацијом нових институција.

Релативно нов феномен, коме се не придаје нарочито велика пажња у науци, представљају независна контролна тела и институције. Углавном, већина теоретичара у својим истраживањима је сврставала разноврсне институције у оквиру поменуте појмовне категорије. Међутим, критичка анализа указује на то да је оправдано њихово разграничење: иако су сродне са регулаторним телима, имају самосталан и независан статус. Упоредјујући њихов развитак, запажају се различити узроци њиховог настанка, обележја и улога. Иако су се формирале на основама јачања парламентарне контроле извршне власти и управе, примарни задатак независних контролних тела јесте заштита људских права и слобода, а не управљање и надзор над одређеним управним областима. Осим тога, независна контролна тела карактерише широка надлежност и специфична овлашћења, по правилу нарочита врста поступка у коме учествују и грађани. Типичан пример ове институције јесте омбудсман, вишенаменско контролно средство, које Уједињене нације препознају као кровну или националну институцију за заштиту људских права. Попут других независних контролних тела, омбудсман је институција којој се обраћају жалбом грађани или која поступа самоиницијативно, с циљем унапређења и заштите људских права, контроле јавне управе, оснаживања владавине права и демократије. Осим омбудсмана, у групу нетрадиционалних механизма заштите људских права припадају комисије, савети и друге специјализоване институције које обично имају могућност да истражују случајеве повреде људских права, доносе одговарајуће одлуке или препоруке и предузимају друге акције (обраћање парламенту и јавности).<sup>43</sup>

У правном систему Србије, појам независних контролних тела обухвата шест институција. Применом критеријума искључивог мандата за заштиту људских права може се извршити ужа класификација, па се стандардним независним контролним телима и институцијама сматрају: Заштитник грађана, Повереник за родну равноправност и Повереник за

---

<sup>43</sup> United Nations, *National Human Rights Institutions*, Centre for human rights, New York and Geneva, 1995, 8–9.

информације од јавног значаја и заштиту података о личности. Међу њима се издваја Заштитник грађана као најважнија институција, не само због тога што је једини уређен Уставом, располаже широком надлежношћу у заштити људских права, већ и због тога што има акредитован статус националне институције за заштиту људских права. Сва ова тела имају сличну улогу, а различиту надлежност и овлашћења. Такође, она се међусобно разликују по обиму контроле с обзиром на адресате и заштитни објекат. Заједничко им је да су одговорна Народној скупштини, која их бира и разрешава и разматра њихове извештаје.

У претходном периоду, непуне две деценије од њиховог успостављања, у функционисању независних контролна тела и институција испољила су се велика очекивања, али и проблеми и тешкоће. Неки од проблема су објективне природе, док су други последица ниског степена политичке културе и културе људских права. Једна од инхерентних мана ових тела односи се на недостатак егзекутивних (самосталних) овлашћења, односно на то да не постоји непосредан механизам спровођења њихових одлука.<sup>44</sup> Као „тигар без зуба“, НКТИ су често принуђена да се обрате јавности и парламенту. С тим у вези, искуство са овим институцијама у Србији показује да независна контролна тела дају боље резултате у земљама у којима је учвршћена демократија и владавина права. У земљама развијене демократије, ова пракса независних контролних тела и институција је сиромашнија јер се сматра да се људска права и слободе ефикасније штите помоћу традиционалних механизма, као што су судови. Упркос свему томе, независна контролна тела и институције су се етаблирала као незаобилазни део механизма заштите људских слобода и права у Републици Србији.

---

<sup>44</sup> Овде свакако треба имати на уму да Заштитник грађана доноси правно необавезујућу препоруку, а повереници решења. Повереник за приступ информацијама од јавног значаја и заштиту података о личности доноси решење које има карактер коначног управног акта, а Повереник за родну равноправност решење о опомени.

## ЛИТЕРАТУРА

Будак А., „Анализа критика људских права“, *Социјална политика*, бр. 2–3/2018, Институт за политичке студије, Београд, 59–74.

Ваčić А. и Ваčić Р., „Konstitucionalizam i administrativna država (o zahtjevima konstitucionalizma u razdoblju nadmoći egzekutive)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/2016, 119–137.

Верготини де Ђ., *Упоредно уставно право*, Службени гласник, Београд, 2015.

Bejme von K., „Stare i nove institucije“, *Institucije i institucionalizam*, Службени гласник, Београд, 2010, 282–283.

Braithwaite B., Harby K., Miletić G. (ur.), *COVID-19 i njegov uticaj na ljudska prava, pregled relevantne prakse Evropskog suda za ljudska prava*, The AIRE Centre, Civil rights defenders, Београд, 2020, 3.

Глушац Л., „Разликовање (независних) контролних и регулаторних тела“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 87, 2020, 197–215.

Давинић М., *Независна контролна тела у Републици Србији*, „Досије“, Београд, 2018.

Европска комисија, „Радни документ Комисије, Република Србија, Извештај за 2021. годину“, [https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu\\_dokumenta/godisnji\\_izvestaji\\_ek\\_o\\_napretku/izvestaj\\_ek\\_oktobar\\_21.PDF](https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_oktobar_21.PDF), посећено: 15.03.2022.

Закон о Државној ревизорској институцији, „Службени гласник РС“, бр. 101/05, 54/07, 36/10, 44/18 – др. закон.

Закон о спречавању корупције, „Службени гласник РС“, бр. 35/19, 88/19, 11/21 – Аут. тумачење, 94/21 и 14/22.

Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 105/21.

Игњатијеф М., „Људска права као политика“, у: Игњатијеф М., *Људска права као политика и идолопоклонство*, Службени гласник, Београд, 2006.

Јелинчић Ј., *Независни државни органи*, Фондација за отворено друштво, Центар за примењене европске студије, 2016, Београд.

Kangavari R. Q., „Компаративна анализа људских права у исламу и на западу“, *Страни правни живот*, бр. 2/2017, Институт за упоредно право, Београд, 9–27.

Kendal-Taylor A., Frantz E., Wright J., „The digital dictators: How technology strengthens autocracy“, *Foreign Affairs*, March-April 2020, 103–115.

Korsgaard S., „One world digital Dictatorship“, <https://www.transcend.org/tms/2020/01/one-world-digital-dictatorship/>, посећено: 10.03.2022.

Маринковић Т., „Уставна хроника Републике Србије за прву половину 2020. године“, *Нови архив за правне и друштвене науке*, 1/2021, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 124–154.

Милосављевић Б., Поповић Д., *Уставно право*, осмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Унион, Београд, 2021.

Osetrova I., „Digital Dictatorship: The System of Social Credit in China“, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3828279](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3828279), посећено: 10.03.2022.

Радојевић М., „Заштита људских права на Косову – искуства међународног омбудсмана“, *Херетикус*, број 3–4/2007, Центар за унапређивање правних студија, Београд, 72–84.

Радојевић М., „Независна (регулаторна) тела и институције у Србији“, *Српска политичка мисао*, 4/2010, Институт за политичке студије, Београд, 53–76.

Радојевић М., „Омбудсман и 'лоша управа'“, *Политичка ревија*, бр. 3/2011, Институт за политичке студије, Београд, 201–220.

Радојевић М., „Преображај омбудсмана у савременим правним системима с посебним освртом на институцију Заштитика грађана у Републици Србији“, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београд, 2016.

Радојевић М., „Омбудсман у новом руху – нови закон о Заштитнику грађана у Републици Србији“, *Политичка ревија*, бр. 4/2021, Београд, 155–171.

Самарцић С., *Политички систем Европске уније*, Службени гласник, Београд, 2022.

Charter of the United Nations, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, посећено: 13.03.2022. године.

Chomsky N., *Novi humanistički militarizam – pouke Kosova*, Adamić, Rijeka, 2003.

Chomsky N., *Imperijalne težnje*, Naklada Ljevak d.o.o., Zagreb, 2006.

Стратегија развоја јавне управе за период од 2021–2023. године, <http://mduls.gov.rs/wp-content/uploads/Strategija-reforme-javne-uprave-u-Republici-Srbiji-za-period-od-2021.-do-2030.-godine-1.pdf>, посећено 26.02.2022.

Strauss P. L., „The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch“, *Columbia Law Review*, Vol. 84, No. 3, 1984, New York, 573–669.

Томић С., Јованчић А., „Настанак и независност регулаторних тела у Србији: домаће или екстерне детерминанте“, *Политичке перспективе*, 2/2012, Факултет политичких наука, Београд, 23–53.

Troude A., „The Geopolitical aspects of NATO aggression against Yugoslavia“, *Двадесет година од НАТО агресије на СРЈ – зборник радова са националне конференције са међународним учешћем*, Ж. Ђурић и М. Јевтић (прир.), Београд, 2019, 23–37.

Tushnet M., *The New Fourth Branch – Institutions for protecting constitutional democracy*, Cambridge University Press, Cambridge – New York, 2021.

United Nations, *National Human Rights Institutions*, New York and Geneva, 1995.

Hejvud E., *Politika*, Clio, Beograd, 2004.

Šolte A. J., *Globalizacija – kritički uvod*, CID, Podgorica, 2009.

Zubof Š., *Doba nadzornog kapitalizma – borba za budućnost čoveka na novom rubu moći*, Clio, Beograd, 2002.

Vile M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of powers*, Second edition, Liberty fund, Indianapolis, 1998.

Mijodrag RADOJEVIĆ, Ph.D

Research-associate, Institute for political studies, Belgrade

## INDEPENDENT CONTROL BODY AND INSTITUTIONS AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS

### Summary

Human rights and freedoms in most legal systems are the highest constitutional values guaranteed by institutional mechanisms. In the modern world, they are facing great challenges, imposed by technological development, the Kovid pandemic, geopolitical changes and the crisis of democracy. Therefore, the question of their effective protection and improvement arises. One of these answers is independent control bodies and institutions. The author pointed out the complex character of independent control bodies and institutions, made their terminological and conceptual distinction in relation to related concepts and analyzed their role and significance in the legal order of the Republic of Serbia. The role of independent control bodies and institutions in the protection of human rights was analyzed by applying a comparative and positive legal method, which described their characteristics. The author concluded that independent control bodies are a necessary element of the institutional framework for the protection of human rights, but that they have inherent shortcomings and that in order to fulfill their role, it is necessary to meet the appropriate preconditions.

**Key words:** rule of law, independent regulatory bodies, ombudsman, commissioner for gender equality, commissioner for protection of the right to information of public importance





прегледни рад  
достављен: 27. 03. 2022.  
прихваћен за објављивање: 30. 04. 2022.  
УДК 342.7(=214.58)  
341.231.14(=214.58)

Др Нада РАДУШКИ\*

## НОРМАТИВНО РЕГУЛИСАЊЕ МАЊИНСКИХ ПРАВА РОМА НА МЕЂУНАРОДНОМ И НАЦИОНАЛНОМ НИВОУ

### Апстракт

Положај Рома у готово свим европским државама је неповољан, налазе се у зачараном кругу беде и сиромаштва, искључени су из свих друштвених токова и суочени са великом етничком дистанцом, нетолеранцијом и дискриминацијом. С тим у вези, у првом делу рада анализирају се документа на нивоу Уједињених нација, Савета Европе, ОЕБС-а и ЕУ, која регулишу положај и правну заштиту свих националних мањина, као и нормативна акта која се посебно баве заштитом права ромске етничке заједнице. Нека од њих подлежу поступку ратификације и обавезујућа су за државе које их прихвате, док друга имају више политички значај с обзиром да државе нису обавезне да их на унутрашњем плану усвоје и реализују. Други део рада односи се на анализу правне регулативе заштите људских и мањинских права Рома у Србији у циљу побољшања њиховог положаја и бољег интегрисања у све сфере друштва. У протеклом периоду донети су бројни закони, али је проблем њихова ефикасна и доследна имплементација у пракси, као и бројне специфичности саме ромске заједнице. Мада је одређеним мерама, државним политикама и стратегијама доста урађено на унапређењу положаја Рома у Србији, и даље је присутан огроман јаз између ромског и осталог становништва, они су на најнижој лествици друштвене хијерархије, и недовољно интегрисани у друштво.

**Кључне речи:** Роми, мањинска права, међународна регулатива, национално законодавство, Србија.

---

\* Научни саветник, Институт за политичке студије, Београд.  
nadaraduski@gmail.com

## 1. УВОД

У етнички хетерогеним и мултикултуралним државама поштовање и заштита људских и мањинских права представља обавезу, а не дискреционо право државе, у циљу очувања добрих односа већинског и мањинског становништва, етничке толеранције, мира, политичке стабилности и економског развоја. Етничке различитости отварају и проблематизују низ питања у вези функционисања мултикултуралне државе због чега је неопходна пуна интегрисаност свих мањинских заједница у друштво што подразумева активно учешће у политичком и друштвеном животу јер искљученост представља опасност по демократску стабилност државе и одрживост етничког плуралитета, а нарочито у време глобализације и бурних политичких, економских и демографских промена. Ово питање посебно добија на значају када је реч о младим, новим демократским државама где су и даље присутне етничке разлике и поделе и које још увек немају стабилне политичке институције и развијену демократску културу. Уважавање и поштовање права различитих етничких заједница, националних, верских, језичких и других, важно је за стабилност и одрживост вишетничког друштва, а ефикасном мултикултуралном политиком обезбеђује се признавање и прихватање различитости, успостављање дијалога између припадника већине и мањине, сарадња и толеранција, комуникација и интеракција која превазилази етничке поделе.<sup>1</sup>

Данас, ни једно савремено мултикултурално друштво није у потпуности елиминисало дискриминацију, расизам и ксенофобију. Чак ни у друштвима са дугом традицијом демократије није једноставно градити поверење међу припадницима различитих нација и држава, етничких група и конфесија или између припадника другачијих културно-цивилизацијских кругова. Однос према ромској етничкој заједници у готово свим европским државама то јасно показује. Социо-економски услови у којима живе Роми су крајње неповољни, па је онда тешко говорити о неким вишим културним вредностима, као што су толеранција, интеркултуралност, мултиетничност и друго. Однос према Ромима, као равноправним грађанима, увек ће представљати добар

---

<sup>1</sup> Више о мултикултурализму видети: W. Kymlicka, *Multikulturalno građanstvo*, Naklada Jasenski i Turk, 2003; A. Semprini, *Multukulturalizam*, CLIO, Beograd, 1999; С. Дивјак, „Мултикултурализам-комунитаризам-либерализам“, *Нова српска политичка мисао*, бр. 1-4, Београд, 2001, 25-47.

индикатор хуманости једног друштва, социјалне правде, једнакости, демократичности, добрих интеретничких односа, разумевања и толеранције.<sup>2</sup>

Људска и мањинска права Рома заштићена су бројним документима, али упркос томе они су и даље у тешком материјалном положају, на дну друштвене лествице, маргинализовани, асимиловани и искључени из друштвених токова. У оквиру међународне регулативе постоји велики број стратегија, конвенција, препорука и докумената, али малобројна су она правнообавезујућа и која се директно односе на ромску мањину, побољшање њиховог положаја и бржу интеграцију, док је с друге стране проблем и неефикасно спровођење договорених мера и поштовање прихваћених обавеза од стране већине држава. Међународни стандарди подразумевају одређене захтеве, а придруживање процесу европских интеграција даје додатну важност етничком и културолошком мозаику Србије у контексту економске и политичке стабилности, прихватања различитости и спровођења ефикасне мултикултуралне политике. Регулисање положаја и права националних мањина су кључна питања у области националног законодавства Србије и услов су за приступање Европској унији, при чему је посебно апострофиран статус ромске националне мањине. У Србији живи велики број припадника ромске националне заједнице који су у тешком материјалном положају, зачараном кругу беде, сиромаштва, етничке нетолеранције и дискриминације. У нормативном смислу, правне и институционалне основе за регулисање заштите права Рома постављене су усвајањем устава и бројних закона, али то је само први корак на путу ка њиховој ефикасној имплементацији у пракси и стварном решавању нагомиланих проблема ове етничке заједнице.

## 2. МЕЂУНАРОДНА РЕГУЛАТИВА ЗАШТИТЕ ПРАВА РОМА

У међународној легислативи регулисању положаја и заштити људских и мањинских права Рома приступа се двојако: кроз глобална документа која обезбеђују правну заштиту свих националних мањина, па и ромске, и кроз нормативна акта која се посебно баве заштитом мањинских права ромске етничке заједнице. Важно је истаћи да нека од њих имају међународно-правни карактер, што значи да подлежу поступку ратификације и обавезујуће су за државе које их прихвате, док друга, иако

---

<sup>2</sup> Б. Јакшић, *Људи без крова*, Република, Београд, 2002.

дају велики допринос мањинској проблематици, имају више политички значај, с обзиром да државе нису обавезне да их на унутрашњем плану усвоје и реализују.<sup>3</sup> Истовремено, можемо разликовати међународне акте који садрже само општу одредбу забране дискриминације по било ком основу и са друге стране, документа која конкретно регулишу питање заштите права мањина, и то на нивоу Уједињених нација, Савета Европе, ОЕБС-а и других међународних организација.

Питање положаја и права Рома у дугом периоду није било обухваћено међународним законодавством нити је било предмет посебног интересовања светских и европских организација надлежних за мањинска права. Разлози су надостатак друштвене моћи, организационог и кадровског капацитета Рома да сами покрену ово питање на међународном нивоу, као и непостојање матичне државе која би заступала и бранила њихове интересе. Такође, генерално је мишљење да су специфичан начин живота, навике, традиција и обичаји основне препреке за бржу интеграцију и социјализацију Рома. На крају, чињеница је и да се постојећа међународна и национална правна документа ретко односе директно на ромску мањину и да не постоје конкретни механизми контроле и санкционисања неспровођења прихваћених обавеза и законских мера. Тек крајем 20. века европско законодавство утврдило је прве конкретне мере и дугорочну политику усмерену на побољшање положаја Рома, посебно у области школства и здравства, уз укључивање њихових званичних представника у процедуру доношења тих међународно правних аката.<sup>4</sup>

Заштита права Рома у оквиру Уједињених нација на почетку је представљала саставни део корпуса заштите елементарних људских права и слобода и није се разматрала посебно, већ у оквиру принципа поштовања основних права и забране дискриминације. Такође, дуго се сматрало да су мањинска питања првенствено европски проблем, због чега су релативно скромно регулисана у документима Уједињених нација. Доношењем Повеље Уједињених нација (1945) створени су темељи новим међународним односима и заштити права и слобода човека, а акценат је на поштовању људских права без расне, полне, језичке, верске и сваке друге дискриминације. У том смислу, један од најважнијих докумената је

---

<sup>3</sup> О. Рачић, „Мањине: између позитивног међународног права и прокламованих одређења”, у: *Положај мањина у Савезној Републици Југославији* (уред. М. Мацура, В. Становчић), САНУ, Београд, 1996, 529-549.

<sup>4</sup> Н.Р адушки, „Заштита људских и мањинских права Рома у међународном законодавству“, *Српска политичка мисао*, бр.1, 2017, 157-174.

и Универзална декларација о људским правима УН (1948), где постоји одредба о једнакости свих пред законом, као и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1976), где се (члан 27) истиче да у државама где постоје етничке, верске или језичке мањине, припадници тих мањина не могу бити лишена права да имају сопствени културни живот, да исповедају своју веру или да се служе својим властитим језиком.<sup>5</sup> Важно је споменути и Декларацију о правима припадника националних или етничких, верских и језичких мањина (1992)<sup>6</sup> на основу које се државе обавезују да ће предузети потребне мере како би обезбедиле остваривање права на очување националног, културног и језичког идентитета припадницима свих националних мањина. С тим у вези, за Роме од великог значаја је Међународна конвенција о спречавању свих облика расне дискриминације (1965) на основу које се предузимају одређене активности у свим кључним областима живота имајући у виду да је дискриминација један од највећих проблема са којима се Роми суочавају. У Уједињеним нацијама ромским питањем бавила се и Поткомисија за спречавање дискриминације и заштиту мањина која је усвојила две резолуције о дискриминацији Рома (1977 и 1991), док је Комисија за људска права УН усвојила Резолуцију о Ромима (1992), на жалост, само са снагом препоруке.<sup>7</sup>

У оквиру Савета Европе поштовање ромских права реализовано је у контексту опште заштите људских и мањинских права доношењем више конвенција, повеља, и других различитих докумената. Један од првих и најважнијих је Конвенција за заштиту људских права и основних слобода (1950) која истиче основна права сваког појединца (право на живот, право на слободу, право на правично суђење, слободу изражавања и друго) без дискриминације по било ком основу, што је од посебног значаја за ромску

---

<sup>5</sup> М. Милојевић, „Уједињене нације и заштита мањина“, у: *Положај мањина у Савезној Републици Југославији* (уред. М.Мацура, В.Становчић), САНУ, Одељење друштвених наука, Београд, 1996.

<sup>6</sup> Deklaracija o pravima pripadnika nacionalnih ili etnickih, verskih i jezičkih manjina, 1992, <http://www.ffzg.hr/hre-edc/dkl-manjine.htm>, 13.02.2022.

<sup>7</sup> Остала релевантна документа УН из ове области су: Конвенција о забрани и кажњавању геноцида (1948), Конвенција о статусу избеглица (1951), Конвенција о недискриминацији у запошљавању (1960), Конвенција против дискриминације у области образовања (1962), Пакт о привредним, социјалним и културним правима (1966), Конвенција о укидању свих облика дискриминације према женама (1979), Конвенција о правима детета (1989), Миленијумски циљеви развоја УН (2000) и друга.

заједницу. Европска повеља о регионалним и мањинским језицима (1992)<sup>8</sup> има за циљ пре свега заштиту језика и мере за унапређење употребе регионалних и мањинских језика у јавном животу, образовању, судству и друго, при чему су током њене израде посебно наглашени ромски језик и јидиш. У оквиру Савета Европе донета је Оквирна конвенција за заштиту националних мањина (1994),<sup>9</sup> први правно обавезујући међународни документ који детаљно и прецизно утврђује права националних мањина и посебно обавезе европских држава у том погледу у оквиру националног суверенитета, владавине права и интегритета сваке земље. Најважнија начела ове Конвенције су: борба против дискриминације, равноправност између припадника мањина и већинске популације, унапређење елемената мањинског идентитета (вере, језика, традиције, итд.) и друго. Државама су остављена широка дискрециона права, с обзиром на специфичне друштвено-економске и политичке околности у свакој од њих, а наглашава се да је основа плуралистичког друштва међуетничка толеранција у функцији стабилности државе.

Почетком 1990-их година, приступањем источноевропских земаља Савету Европе, питање положаја ромске мањине конкретније се разматра, што резултира усвајањем Препоруке 1203 о Ромима у Европи (1993),<sup>10</sup> у којој се каже да Роми живе расути широм Европе без земље коју би назвали својом, да су они права европска мањина која, међутим, није обухваћена дефиницијама националних и језичких мањина. Предложено је низ специфичних мера за побољшање положаја Рома у области културе, образовања, информисања, свакодневног живота и правне једнакости. Средином 1990-их година усвојена је Резолуција 249 која се бави активношћу локалних и регионалних власти у погледу смештаја, образовања, здравља и очувања културе Рома, и предлаже мере против предрасуда у кључним областима живота.<sup>11</sup> Савет Европе формирао је више тела која се баве ромским питањем као што је Европска комисија за борбу против расизма и нетолеранције (1993) која прати развој ромских

---

<sup>8</sup> Beogradski centar za ljudska prava, *Evropska povelja o regionalnim i manjinskim jezicima, Instrumenti Saveta Evrope - ljudska prava*, Beograd, 2000.

<sup>9</sup> Framework Convention for the Protection of National Minorities, Council of Europe Treaty Series, No. 157, Strasbourg 1995.

<sup>10</sup> Recommendation 1203 on Gypsies in Europe, Council of Europe, 1993.

<sup>11</sup> В.Ђерић, „Заштита права Рома на међународном нивоу“, *Роми у Србији*, Центар за антиратну акцију и Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1998,72.

права и даје препоруке земљама чланицама у тој области.<sup>12</sup> Радна група за Роме/Цигане од 1995. године надзире стање и заштиту ромских права и даје предлоге Већу министара, а покренути су и неки конкретни пројекти за помоћ Ромима са посебним буџетом за ту намену (на пример, Пројекат за помоћ Ромима/Циганима у централној и источној Европи). Од великог значаја је и документ под називом Стразбуршка декларација о Ромима<sup>13</sup> у коме се истиче да је за унапређење положаја Рома најважније антидискриминаторно законодавство, што се обезбеђује кроз равноправан приступ образовању, запошљавању, здравственом систему и становању.

У оквиру докумената ОЕБС-а, националне мањине су по први пут поменуте у Завршном документу из Хелсинкија (1975), што је од изузетног значаја с обзиром да мањине до тада нису биле предмет међународне регулативе.<sup>14</sup> На Конференцији у Копенхагену (1990), посебно је наглашено питање положаја и права Рома као и проблеми ксенофобије и расизма, док је следеће године на састанку у Женеви наглашена неопходност доношења одређених мера у циљу њихове равноправности са осталим становништвом. На самиту у Хелсинкију (1992) истакнута је потреба доношења посебних програма за заштиту и интеграцију Рома и институционалног јачања, па је установљена функција Високог комесара за националне мањине у циљу превенције етничких сукоба који је препознао и проблеме Рома. С тим у вези, од нарочитог је значаја доношење Акционог плана о унапређењу положаја Рома и Синта у OSCE подручју (2003) у коме су истакнути проблеми дискриминације Рома, а нарочито приликом запошљавања, образовања, становања и здравствене заштите. Анализом докумената ОЕБС-а може се закључити да је забрана дискриминације универзално и без изузетка прихваћено начело, као и право припадника мањина на језик, веру и културу, с тим што је ситуација у пракси знатно другачија јер постоје битне разлике

---

<sup>12</sup> European Commission against Racism and Intolerance, Council of Europe 1993. <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default-en.asp>, 13.02.2022.

<sup>13</sup> The Strasbourg Declaration on Roma 2010. Council of Europe High Level on Roma Strasbourg, 20 October 2010, CM 133 final, 2010, <https://search.coe.int>, 13.02.2022.

<sup>14</sup> После прве Конференције у Хелсинкију одржани су и бројне друге, као што су: Београдска конференциј (1977-1978), Мадридски састанак (1980-1983), Бечки састанак (1986-1989), Париска конференција (1989), Конференција о људској димензији у Копенхагену (1990), Париска повеља за нову Европу (1990), Женевски састанак стручњака о националним мањинама (1991), Московска конференција о људској димензији (1991), Хелсиншки састанак на врху (1992), Будимпештански састанак на врху (1994) и друге. За потребе ове анализе издвојена су само најрелевантнија документа.

између држава у погледу прихваћених обавеза и реализацији мањинских права, а нарочито ромских.

Поред поменутих међународних институција, треба рећи да је и Европска унија посебну пажњу посветила положају Рома, као економски и политички најугроженијој етничкој заједници у Европи, и у том смислу усвојила програме у области образовања, спречавања ксенофобије и предрасуда према Ромима, друштвене интеграције и заштите ромског језика. Радна група за проширење Европске уније, у светлу пријема нових источноевропских чланица у којима живи највећи део ромске популације у Европи, усвојила је Смернице за побољшање положаја Рома (1999) намењене земљама кандидатима у циљу побољшања статуса Рома у области правног система, политичког ангажовања, социјалног збрињавања, образовања, здравства, и друго. Од великог значаја је Оквир ЕУ за националне стратегије за интеграцију Рома и Ромкиња до 2020.године<sup>15</sup> у којем су садржани принципи, механизме и мере које је Акциони план ОЕБС-а поставио још 2003.године, као документ којим се позивају државе да припреме нове (или ревидирају постојеће) националне стратегије за пуну интеграцију ромске мањине у циљу унапређења њиховог положаја.

Такође, усвојени су и посебни стратешки документи који садрже конкретне мере државних органа везане за бољи положај и бржу интеграцију Рома, уз значајно учешће и активности невладиних организација. Већина ових резултата у земљама централне и југоисточне Европе остварена је под политичким притиском и уз финансијску помоћ институција Европске уније. Међутим, више су него очигледне разлике у тим притисцима на владе новопримљених чланица, као и на земље кандидате за пријем, у односу на "старе" чланице ЕУ.<sup>16</sup> Ипак, може се рећи да наднационални карактер Европске уније једини даје задовољавајући нормативни оквир за стварно побољшање услова живота Рома, али недостаје ефикаснија имплементација у пракси, као и контрола спровођења антидискриминативних мера и реперкусија за њихово

---

<sup>15</sup> An EU Framework for National Roma Integration Strategies up to 2020-Council Conclusions adopted EPSCO on 19 May 2011, EPSCO, 2011.

<sup>16</sup> Поставља се питање да ли земље "старе" чланице Европске уније и саме довољно поштују и штите права ромске мањине на својој територији. На пример, у Италији Роми углавном живе у ограђеним камповима без основних услова за живот, а из Француске је велики број Рома насилно депортован у земље из којих су се доселили.



неспровођење.<sup>17</sup> У сваком случају, заштита људских и мањинских права Рома представља велики изазов за политику међународне заједнице с обзиром на генерацијско сиромаштво и традиционално неравноправан и маргинализован положај ове етничке заједнице.

### 3. НАЦИОНАЛНА РЕГУЛАТИВА ЗАШТИТЕ ПРАВА РОМА У СРБИЈИ

Роми су по бројности релевантна национална мањина у Србији (147.604 или 2,05% по попису 2011.године), али се по свим показатељима (социјалним, демографским, економским, културним и др.) налазе у најнеповољнијем положају, представљају високо депривирану социјалну групу и као такви, чине праву парадигму социјалне искључености и озбиљан задатак за популациону, социјалну и мањинску политику Србије. Мада је у претходној деценији одређеним мерама, државним политикама и стратегијама доста урађено на унапређењу положаја Рома, и даље је присутан огроман јаз између ромског и осталог становништва, они су на најнижој лествици друштвене хијерархије, вишеструко маргинализовани суочени са бројним негативним стереотипима и предрасудама, великом етничком дистанцом, необразованошћу, незапосленошћу и сиромаштвом.<sup>18</sup>

Србија је са демократским променама, отворила и питање нове мањинске политике и изградњу демократских институција за заштиту мањина. У нормативном смислу, правне и институционалне основе за регулисање положаја, и интеграцију припадника ромске националне мањине постављене су почетком 21.века ратификовањем међународних докумената, усвајањем великог броја конвенција, повеља, закона и стратегија, али је у пракси ситуација често знатно другачија због специфичности саме ромске заједнице, као и проблема у ефикасном спровођењу закона.

На националном нивоу постоји обиман каталог права која могу уживати припадници свих, па и ромске националне мањине која су

---

<sup>17</sup> Н.Радушки, *Идентитет и интеграција Рома у Србији*, Институт за политичке студије, Београд, 2015, стр.170.

<sup>18</sup> Н.Радушки, С.Коматина, “Друштвена инклузија Рома као изазов за социјалну политику Србије“, *Социјална политика*, бр.3, Београд, 2013, 104-107.

утемељена и гарантована у Уставу Републике Србије (2006)<sup>19</sup>, а додатно разрађена низом мањинских закона који штите и права Рома. У основним одредбама Устав прописује да држава штити права припадника свих националних мањина и гарантује им посебну заштиту ради остваривања равноправности и очувања идентитета, гарантује им једнакост, слободу, недискриминацију и утврђује могућност предузимања посебних мера усмерених на уклањање изразито неповољних услова живота, што се највише односи на ромску националност.

Први и најважнији закон који се тиче мањина је Закон о заштити права и слобода националних мањина (2002)<sup>20</sup> који забрањује сваку дискриминацију по било ком основу, обезбеђује равноправност између већинске нације и припадника мањина, као и посебне мере за њихову заштиту. Овим Законом, Роми су и формално признати као национална мањина, предвиђене су бројне афирмативне мере неопходне за унапређење њиховог положаја, и установљен правни основ за усвајање програма социо-економске интеграције у друштво. Треба истаћи да је ромској националној мањини посвећена посебна пажња, а у циљу побољшања њиховог статуса предвиђене су и мере „позитивне дискриминације“, што представља значајну новину у српском законодавству. На основу овог закона формиран је Национални савет ромске националне мањине, чије надлежности се првенствено односе на самоуправу у сфери културне аутономије у оквиру које Роми имају право, према Закону о националним саветима националних мањина<sup>21</sup>, на самоуправу у области језика и писма, културе, образовања и информисања.

Законом о службеној употреби језика и писма<sup>22</sup> предвиђено је да ако удео припадника неке мањине у укупном становништву локалне самоуправе достиже 15% (по резултатима последњег пописа), језик и писмо те националне мањине се уводи у службену употребу. Овакво нормативно одређење отежава службену употребу ромског језика и писма, јер иако су по бројности релевантна мањина у Србији, због просторне дисперзивности, не остварују то право нити у једној јединици

---

<sup>19</sup> Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр.98,2006.

<sup>20</sup> Закон о заштити права и слобода националних мањина, Савезно министарство националних и етничких заједница, Београд, 2002.

<sup>21</sup> Закон о националним саветима националних мањина, „Службени гласник РС“, бр.72, 2009.

<sup>22</sup> Закон о службеној употреби језика и писма, „Службени гласник РС“, бр. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/05 и 30/2010.

локалне самоуправе. Органи власти могу да предузимају мере у циљу већинско-мањинске равноправности, али се у пракси то до сада није чинило са образложењем да ромски језик није стандардизован. По значају треба издвојити и Закон о забрани дискриминације,<sup>23</sup> који утврђује све облике непосредне и посредне дискриминације и установљава целовит и свеобухватан систем заштите, посебно припадника националних мањина. Ту су и закони који се тичу локалне самоуправе по коме се у национално мешовитим општинама формирају Савети за међунационалне односе који су од значаја за интеграцију Рома на локалном нивоу.

Поред поменутих закона треба истаћи и националне стратегије које је Србија усвојила, пре свега Стратегију развоја образовања у Србији до 2020.године,<sup>24</sup> где се посебно указује на низак ниво обухвата деце ромске националности предшколским васпитањем и на велику улогу локалне самоуправе у спровођењу инклузивне образовне политике. Стратегија за смањење сиромаштва (2003) је поред питања материјалне егзистенције оријентисана и на стварање једнаких шанси за све грађане у многим сферама друштвеног живота. Тако, у области образовања приоритет је реформа наставног програма, уз пуно укључивање угрожених група (посебно Рома) у формални систем образовања.<sup>25</sup> У области здравствене заштите дефинисани су програми за најугроженије групе где су препознати Роми, у области социјалне заштите захтевана је боља заштита угрожених група (у смислу обухвата и висине социјалне помоћи), док је у области запошљавања нагласак на побољшању образовне и квалификационе структуре незапослених лица (посебно Ромкиња).<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Закон о забрани дискриминације, „Службени гласник РС“, бр.22/2009.

<sup>24</sup> Стратегија развоја образовања у Србији до 2020, „Службени гласник РС“, бр.107,2012.

<sup>25</sup> Одредбе о неговању и развијању културно-језичке посебности налазе се и у законима у области образовања, као што су Закон о основама система образовања и васпитања, Закон о средњем образовању и васпитању, Закон о високом образовању, и други закони који гарантују Ромима равноправност и развој инклузивног образовања.

<sup>26</sup> Инклузија Рома је стављена у први план и у бројним другим владиним документима, као што су Стратегија за родну равноправност за период од 2016. до 2020.године, која препознаје Ромкиње као рањиву групу посебно изложену ризику вишеструке дискриминације, предлаже мере за веће учешће Ромкиња у политичком и јавном животу, као и мере подстицања родне равноправности, толеранције и борбе против предрасуда и стереотипа. Треба споменути и Стратегију запошљавања за период од 2011-2020. године, која апострофира ромску заједницу као једну од посебно осетљивих на тржишту рада.

Основни предуслови за боље укључивање Рома у друштво створени су доношењем до сада најзначајнијег документа - Стратегије за унапређење положаја Рома (2009-2015)<sup>27</sup>, чијим усвајањем је започета реализација међународне иницијативе под називом Декада за инклузију Рома од 2005. до 2015.године, која је обухватила четири приоритетне области: образовање, запосленост, становање и здравствену заштиту. Примену ове стратегије регулишу Акциони планови за њено спровођење (2009-2011 и 2012-2014) који разрађују детаљне мере и активности, финансијске потребе, одговорности и обавезе државних органа. Србија се обавезала да у циљу побољшања положаја Рома у обзир узме три кључна аспекта - сиромаштво, дискриминацију и родну равноправност. Влада је оформила Савет за побољшање положаја Рома, затим, пет министарстава је поставило саветнике за инклузију Рома, а у преко 50 општина запослени су координатори за ромска питања, педагошки асистенати и ромске медијаторке у здравству.<sup>28</sup> Нажалост, спровођење Стратегије и постигнути резултати нису створили неопходне претпоставке за друштвену интеграцију Рома, за смањење сиромаштва, постизање суштинске једнакости, побољшање положаја и смањивање разлика које постоје између припадника ове мањине и осталог становништва. Због тога, Влада Србије 2016.године доноси нови стратешки документ Стратегију за социјално укључивање Рома и Ромкиња у Републици Србији за период од 2016 до 2025. године,<sup>29</sup> у којој је истакнуто пет приоритетних области кључних за побољшање социо-економског положаја, елиминисања дискриминације и већу укључености ромске мањине у све сфере друштва, а то су: образовање, запошљавање, становање, здравство и социјална заштита. Да би се успешно оствариле препоруке и приоритети предвиђени Стратегијом, потребна је координирана активност и сарадња свих институција, како на нивоу Републике Србије, тако и на нивоу аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе.

Упркос одређеном напретку који је постигнут у вези са интеграцијом Рома у Србији, основни циљеви државне стратегије нису остварени, јер већина Рома и даље живи у беди, суочава се са

---

<sup>27</sup> Стратегија за унапређење положаја Рома (2009-2015), „Службени гласник РС“, бр. 27, 2009.

<sup>28</sup> Н.Радушки, *Идентитет и интеграција Рома у Србији*, оп.цит. 189.

<sup>29</sup> Стратегија за социјално укључивање Рома и Ромкиња у Републици Србији за период од 2016 до 2025. године, „Службени гласник РС“, бр.55/05, 71/05-исправка, 101/07, 65/08, 16/11,68/12-УС,72/12, 7/14-ус и 44/2014, Београд.

дискриминацијом, сегрегацијом у процесу образовања и тешко остварује формално призната права. Због генерацијског сиромаштва Рома, чак и одређени резултати који су постигнути у сфери образовања или здравствене заштите немају пун ефекат. И поред обимне регулативе мањинска права Рома нису у пракси у потпуности и доследно примењена, а први разлог је што за то није довољан само уставни или законски основ, већ је потребна и разрада подзаконским актима, која код нас у многим областима недостају. Затим, ситем мањинске заштите, иначе прилично детаљан и комплексан, нема развијене механизме који обезбеђују примену постављених стандарда у пракси. Исто тако, ни све мањинске заједнице (а посебно ромска) немају капацитет да остваре права која им стоје на располагању, а често нису ни довољно упознати с правима која имају, па их због тога и не остварују. Коначно, примену мањинских права отежавају и проблеми у њиховој заштити, у ситуацији када недостаје правни лек или због генералне спорости правосудног система<sup>30</sup>. У том смислу, треба истаћи да је правна регулатива у овој области усвојена у протеклом периоду само прва фаза у стварању новог оквира заштите националних мањина у Србији. Мада су основни предуслови и одређени помаци за боље укључивање Рома у друштвени живот створени доношењем ове Стратегије, треба рећи да још увек нема довољно одговорности, професионалности и хармоничности у раду институција које су надлежне за успостављање механизма, спровођење и праћење друштвене укључености Рома.<sup>31</sup>

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Свако мултикултурално и хумано друштво захтева одговорност већинског становништва за мањине, заштиту права мањина и унапређење њиховог положаја, с посебним акцентом на ромску националну мањину, с обзиром да је њихов економски, социјални, културни и политички статус и даље на убедљиво најнижем нивоу. За реализацију људских и

---

<sup>30</sup> Форум за етничке односе, *Мањинска политика и интеграција у Србији – Анализе и препоруке за унапређење мањинске политике и процеса интеграције у Републици Србији*, ФЕО, Београд, 11.

<sup>31</sup> Извештај Заштитника грађана о спровођењу Стратегије за унапређивање положаја Рома у Републици Србији, <http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr>, 13.02.2022.

мањинских права и промену положаја Рома, формална равноправност често није довољна, па је неопходно донети посебне мере (тзв.афирмативна акција) како би се обезбедила потпуна и суштинска равноправност. Ромска заједница је специфична по свом пореклу, језику, флотантном националном идентитету и другим етничким, етнолошким, демографским и економским особеностима, која је упркос свему успела да опстане и без суверене територије настојећи да оствари своја основна људска и мањинска права. Роми, који имају статус транснационалне и нетериторијалне мањине, у новије време се залажу и за очување свог националног идентитета који није базиран на заједничкој територији и другим идентитетским елементима модерних нација. Последњих деценија у Европи се предузимају различите политичке акције које имају за циљ сузбијање структурног сиромаштва, недискриминацију и поштовање ромских права. У Србији три битна чиниоца одређују социо-економски статус и очување етнокултурног идентитета Рома. То су активности државних органа и политичких организација, затим, деловање ромских политичких партија и удружења, и на крају, утицај међународних чинилаца на брже решавање ромског питања. Циљ свих правно-политичких активности државних, невладиних и ромских организација јесте осигурати једнакост, равноправност и слободу Рома што ће, између осталог, афирмисати њихово право на различитост. То подразумева да држава обезбеди равноправност ромског са већинским становништвом, као и додатна мањинска права и пуну интеграцију у све сфере друштва уз очување њихових етничких, верских, језичких и културних особености.

## ЛИТЕРАТУРА

An EU Framework for National Roma Integration Strategies up to 2020 - Council Conclusions adopted EPSCO on 19 May 2011, EPSCO, 2011.

Beogradski centar za ljudska prava, *Evropska povelja o regionalnim i manjinskim jezicima, Instrumenti Saveta Evrope - ljudska prava*, Beograd, 2000.

Deklaracija o pravima pripadnika nacionalnih ili etničkih, verskih i jezičkih manjina, 1992, <http://www.ffzg.hr/hre-edc/dkl-manjine.html>, 13.02.2022.

Дивјак С., „Мултикултурализам-комунитаризам-либерализам“, *Нова српска политичка мисао*, 1-4, Београд, 2001, 25-47.

Ђерић В., „Zaštita prava Roma na međunarodnom nivou“, *Romi u Srbiji*, Centar za antiratnu akciju i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1998, 65-89.

European Commission against Racism and Intolerance, Council of Europe 1993, <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default-en.asp>, 13.02.2022.

Закон о забрани дискриминације, „Службени гласник РС“, Београд, бр.22/2009 <http://www.bgcentar.org.rs/zakoni-republike-srbije>, 13.02.2022.

Закон о заштити права и слобода националних мањина, Савезно министарство националних и етничких заједница, Београд, 2002.

Закон о националним саветима националних мањина, „Службени гласник РС“, бр.72/2010.

Закон о службеној употреби језика и писма, „Службени гласник РС“, бр. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/05 и 30/2010.

Извештај Заштитника грађана о спровођењу Стратегије за унапређивање положаја Рома у Републици Србији, <http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr>

Јакшић Б., *Људи без крова*, Република, Београд, 2002.

Kumlicka, W. *Multikulturalno građanstvo*, Naklada Jasenski i Turk, 2003.

Милојевић М., „Уједињене нације и заштита мањина“, у: *Положај мањина у Савезној Републици Југославији* (уред. Милош Маџура, Војислав Становчић), САНУ, Одељење друштвених наука, Београд, 1996.

Радушки Н. *Идентитет и интеграција Рома у Србији*, Институт за политичке студије, Београд, 2015.

Радушки Н., „Заштита људских и мањинских права Рома у међународном законодавству“, *Српска политичка мисао*, бр.1, 2017, 157-174.

Радушки Н., Коматина С., “Друштвена инклузија Рома као изазов за социјалну политику Србије“, *Социјална политика*, бр.3, Београд, 2013, 104-107.

Рачић О., „Мањине: између позитивног међународног права и прокламованих опредељења“, у: *Положај мањина у Савезној Републици Југославији* (уред. М.Мацура, В.Становчић), САНУ, Београд, 1996, стр.529-549.

Recommendation 1203 on Gypsies in Europe, *Council of Europe*, 1993.

Semprini, A., *Multukulturalizam*, CLIО, Београд, 1999.

Стратегија за социјално укључивање Рома и Ромкиња у Републици Србији за период од 2016 до 2025. године, „Службени гласник РС“, бр.55/05, 71/05-исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12-УС, 72/12, 7/14-уц и 44/14.

Стратегија за унапређење положаја Рома (2009-2015), „Службени гласник РС“, бр. 27, 2009.

Стратегија развоја образовања у Србији до 2020, „Службени гласник РС“, бр.107, 2012.

The Strasbourg Declaration on Roma, Council of Europe High Level on Roma Strazbourg, 20 October 2010, CM 133 final, 2010, <https://search.coe.int>, 13.02.2022.

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр.98. 2006.

Форум за етничке односе, *Мањинска политика и интеграција у Србији – Анализе и препоруке за унапређење мањинске политике и процеса интеграције у Републици Србији*, ФЕО, Београд.

Framework Convention for the Protection of National Minorities, Council of Europe Treaty Series, No. 157, Strasbourg, 1995.



Nada RADUŠKI, Ph.D  
Institute for Political Studies, Belgrade

## NORMATIVE REGULATION OF ROMA MINORITY RIGHTS AT THE INTERNATIONAL AND NATIONAL LEVEL

### Summary

The situation of Roma in almost all European countries is unfavorable, they are in a vicious circle of misery and poverty, they are excluded from all social currents and they face great ethnic distance, intolerance and discrimination. In this regard, the first part of the paper analyzes documents at the level of the United Nations, the Council of Europe, the OSCE and the EU, which regulate the position and legal protection of all national minorities, as well as normative acts specifically dealing with the protection of Roma ethnic communities. Some of these documents are subject to ratification and are binding on the states that accept them, while others have more political significance since the states are not obliged to adopt and implement them internally. The second part of the paper deals with the analysis of legal regulations for the protection of human and minority rights of Roma in Serbia in order to improve their position and better integration into all spheres of society. Numerous laws have been adopted in the past, but the problem is their implementation in practice due to inconsistent and inefficient implementation, as well as due to the specifics of the Roma community. Although certain measures, state policies and strategies have done a lot to improve the position of Roma in Serbia, there is still a huge gap between the Roma and the rest of the population, they are at the lowest level of the social hierarchy, and insufficiently integrated into society. Regulating the position and protection of Roma rights means that the state ensures equality of Roma with the majority population, as well as additional minority rights and full integration into all spheres of society while preserving their ethnic, religious, linguistic and cultural characteristics.

**Key words:** Roma population, minority rights, international regulation, national legislation, Serbia.



прегледни рад  
достављен: 30. 03. 2022.  
прихваћен за објављивање: 25. 04. 2022.  
УДК 342.733

Др Милица КОВАЧЕВИЋ\*  
Др Бранислава ПОПОВИЋ-ЋИТИЋ\*\*  
Лидија БУКВИЋ-БРАНКОВИЋ\*\*\*

## ПРАВО НА ОБРАЗОВАЊЕ И ИДЕАЛ РАВНОПРАВНОСТИ

### Апстракт

Права на образовање у савремено доба представља једно од неприкосновених људских права. Међутим, пуна имплементација права на образовање истовремено подразумева испуњеност више предуслова. У том смислу није довољно само да образовање буде формално и практично доступно сваком грађанину, већ се поставља и питање да ли свако бива подједнако уважаван при реализацији права на образовање, без обзира на лична својства којима се одликује, како као индивидуа, тако и као припадник одређене групе. Имајући у виду наведено, излагања у раду су посвећена разматрању најзначајнијих међународних докумената који се односе на проблематику равноправности у образовном контексту, односно анализи докумената који су у том домену релевантни за Србију. Аутори закључују да се у стручном и јавном дискурсу чешће говори о проблемима у вези са доступношћу образовног процеса припадницима различитих маргинализованих група, док се самим својствима и садржини образовних програма посвећује недовољна пажња. Овакву праксу би требало мењати, имајући у виду да образовни процес и својим вредносним усмерењем и садржином треба да утиче на величање идеала равноправности.

**Кључне речи:** образовање, равноправност, људска права, дискриминација.

---

\* Доцент, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду, milica.kovacevic@fasper.bg.ac.rs

\*\* Редовни професор, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду, b.poroviccitic@gmail.com

\*\*\* Асистент, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду, lidija\_bukvic@yahoo.com

## 1. УВОД

У савремено доба неспорно је да образовање као једно од елементарних људских права мора бити једнако доступно сваком људском бићу. Не може се порећи да неприкосновеност права на доступност образовања сама по себи представља значајну вредност, како са становишта сваког појединца, тако и са аспекта општег друштвеног прогреса, те посебно друштвеног прогреса оних националних поредака у којима се општа доступност образовања не може оквалификовати као традиционално добро препозната и чврсто утемељена. Међутим, када се говори о општој доступности образовања као цивилизацијској тековини понекад се губи из вида специфична природа права на образовање као дијаметрално различитог од неких других људских права. Тако McCowan истиче да се када је реч о праву на образовање не може говорити искључиво о томе да ли се оно фактички реализује у једном поретку или не, јер јавност осим за доступност образовања треба да се интересује и за његову садржину, ширину и квалитет.<sup>1</sup> Исти аутор стога подвлачи: да образовање може егзистирати у врло различитим формама, од којих неке могу имати чак и негативне конотације; да образовање треба посматрати кроз призму припремања грађана за многе будуће животне активности, као и да ученици понекад из школе не одлазе само са оним садржајима који су им презентирани током уско схваћеног наставног процеса.<sup>2</sup>

У литератури се истиче да остваривање права на образовање има квантитативне и квалитативне аспекте. Квантитативни аспекти се тичу стопе описмењености, удела ђака који похађају обавезно основношколско образовање, заступљености функционалне писмености и сличног.<sup>3</sup> На другој страни су квалитативни аспекти које је много теже спознати и који се тичу: педагошког приступа, устројства школе, динамике односа између ученика и између ученика и наставника, те садржаја наставног програма и коришћених уџбеника.<sup>4</sup> Јасно је да квалитативни аспекти образовног процеса и образовног система много сликовитије говоре о томе да ли се у датој констелацији односа поштују вредности толеранције, једнакости и поштовања свачијег личног дигнитета и идентитета. Даље, квалитативни

---

<sup>1</sup> Вид. Т. McCowan, „Refraining the universal right to education“, *Comparative Education*, 2010, 46 (4), 509-525.

<sup>2</sup> Т. McCowan, *op. cit.*, 510.

<sup>3</sup> Вид. К. Halvorsen, „Notes on the Realization of the Human Right to Education“, *Human Rights Quarterly*, 1990, 12 (3), 341-364.

<sup>4</sup> К. Halvorsen, *op. cit.*, 362.

аспекти могу да се односе и на друга комплексна питања, као на пример на суштинску прихваћеност ученика са посебним образовним потребама у школској средини. Чињеница да су школе у начелу окренуте ка инклузивном систему образовања, те да нема административних препрека при уписивању ђака са развојним сметњама, не говори много о томе како су особе са инвалидитетом заиста прихваћене од стране вршњака, па самим тим ни о томе да ли школе успевају да утичу на креирање друштвеног контекста у коме ће у будућности особе са инвалидитетом бити пуноправни учесници у свим друштвеним процесима.<sup>5</sup>

Дакле, равноправно остваривање права на образовање подразумева много више од могућности да сви грађани похађају одговарајуће нивое образовања. Равноравност у образовању подразумева и уважавање личних карактеристика, порекла, па и друштвених предиспозиција различитих категорија ученика. Тако Harel Ben-Shahar наводи да образовни систем не сме да занемари проблеме у савладању градива са којима се поједини ученици сусрећу, образлажући и правдајући такво занемаривање тиме што се систем усмерава ка потребама оних који се труде и следствено томе имају потребу и право да проширују своје фондове знања и вештина, уместо да губе време понављајући градиво које, како се чини, мање вредни и мотивисани ученици још увек нису савладали. Међутим, систем образовања који настоји да буде равноправан према свима мора имати у виду и специфичне личне и друштвене околности ученика, те посебно оних ученика који потичу из маргинализованих група. Припадност различитим групама у неким случајевима може бити суштински повезана са мотивисаношћу за учење, услед специфичних културних вредности и већ стечених искустава.<sup>6</sup> С тим у вези се у литератури истиче како су расна и етничка припадност, те имигрантско порекло, снажни предиктори школског постигнућа, што посебно важи за високо развијене државе, па тако и Немачку за коју је карактеристичан висок диспаритет у школским постигнућима ученика немачког и имигрантског порекла.<sup>7</sup> Дакле,

---

<sup>5</sup> Вид. L. Terzi, „Reframing inclusive education: educational equality as capability equality“, *Cambridge Journal of Education*, 2014, 44 (4) 479–493.

<sup>6</sup> T. Harel Ben-Shahar, „Equality in Education-Why We Must Go All the Way“, *Ethic Theory Moral Prac*, 2016, 19, 83-100, вид. D. Satz, „Equality, Adequacy, and Education for Citizenship“, *Ethics*, 2007, 117, 624.

<sup>7</sup> S. Wenz, Hoenig, K. „Ethnic and social class discrimination in education: Experimental evidence from Germany“, *Research in Social Stratification and Mobility*, 2020, 65.

наведене околности не би смеле бити просто занемарене у образовној установи која настоји да све ученике образује под равноправним условима.

Коначно, образовни систем који тежи равноправности истовремено је усмерен на упознавање ученика са широко схваћеним концептом људских права. Притом, ученицима се не пласирају само садржаји правних докумената, нити се такстативно набраја која све људска права постоје, већ се они подстичу на дискусију, даље истраживање, па самим тим и на то да буду иницијатори унапређења система људских права у ближој или даљој будућности.<sup>8</sup>

## 2. МЕЂУНАРОДНИ ДОКУМЕНТИ, ОБРАЗОВАЊЕ И РАВНОПРАВНОСТ

Већи број међународних докумената односи се на право на образовање као једно од фундаменталних људских права. Тако се један део докумената односи непосредно на образовање, док се други документи образовањем баве у контексту осталих културних, социјалних и сличних права.

Нема сумње да међу најзначајније документе у области гарантовања права на образовање спада *Конвенција против дискриминације у образовању*, усвојена на 11. заседању Опште конференције Организације Уједињених нација за образовање, науку и културу 14. децембра 1960. године. Сходно чл. 1 овог документа термин „дискриминација“ означава свако разликовање, искључивање, ограничавање или давање предности које се заснива на раси, боји коже, полу, језику, вери, политичком или другом уверењу, националном или социјалном пореклу, економском статусу или рођењу, које за сврху има оспоравање или угрожавање права на једнак третман у образовању, а посебно: ограничавање било којој особи или групи особа приступ било којој врсти или било ком нивоу образовања; ограничавање било које особе или групе особа на образовање нижег стандарда; оснивање или одржавање одвојених образовних система или установа за особе или групе особа и довођење било које особе или групе особа у положај који је у супротности с људским достојанством, при чему термин „образовање“

---

<sup>8</sup> Вид. Р. Martin, „Human Rights-Education for What?“, *Human Rights Quarterly*, 1987, 9(3), 417-420.

подједнако обухвата све нивое и врсте образовања. Даље, чл. 5 овог документа предвиђа да ће образовање бити усмерено на пун развој личности и оснаживање поштовања људских права и основних слобода...да је битно поштовати слободу родитеља...пре свега у погледу избора институција за децу како би деци осигурали верско и морално образовање у складу са личним уверењима..., да је битно признати право припадника националних мањина да спроводе посебне образовне делатности, укључујући организовање школа, употребу или одвијање наставе на њиховом језику, али под условом да се то право не остварује на начин којим се онемогућавају припадници мањина да разумеју културу и језик заједнице као целине.

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима<sup>9</sup> предвиђа у чл. 13, ст. 1 и 2 да државе признају сваком лицу право на образовање. образовање треба да има за циљ развој људске личности и достојанства и да јача поштовање права човека и основних слобода. Осим тога образовање треба да омогући сваком лицу да оствари корисну улогу у слободном друштву, да потпомаже разумевање, толеранцију и пријатељство између свих народа и свих расних, етничких или верских група. Државе признају да у циљу обезбеђења пуног коришћења права на образовање, између осталог, основно школовање мора да буде обавезно, свима доступно и бесплатно, док више школовање треба да буде доступно свима под једнаким условима, у зависности од личних способности. Наведено се надовезује на чл. 2, ст. 2 Пакта сходно коме се државе обавезују да гарантују да ће права бити остваривана без икакве дискриминације засноване на раси, боји, полу, језику, вери, политичком мишљењу...или каквој другој околности.

Наведене документе треба посматрати унутар контекста који опредељује Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена<sup>10</sup> у смислу које државе чланице предузимају све потребне мере ради отклањања дискриминације жена и да би им обезбедиле једнака права у односу на мушкарце. Посебно је битно да жене уживају једнаке услове у погледу каријере и професионалног усмеравања, те у погледу могућности за учење и стицање диплома, с тим што образовање треба да допринесе и

---

<sup>9</sup> Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори”, бр. 7/71.

<sup>10</sup> Закон о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори”, бр. 11/81.

отклањању традиционалног схватања о улогама мушкараца и жена, услед чега треба прилагодити наставне методе и/или ревидирати уџбенике.

Од посебног значаја јесте и Конвенција УН о правима детета<sup>11</sup>, која се односи на све групе права које припадају детету као титулару, па тако и на права детета у контексту образовања. Сходно чл. 1 дете је људско биће које није навршило осамнаест година живота, ако се, на основу закона који се односи на дете, пунолетство не стиче раније, док чл. 28, ст. 1 предвиђа да државе чланице признају право детета на образовање и да проглашавају основно образовање обавезним и бесплатним за све. Државе чланице сагласне су да образовање детета треба да буде усмерено на: развој личности детета и развој обдарености и менталних и физичких способности до крајњих граница; развој поштовања права човека и основних слобода; развој поштовања родитеља детета, његовог културног идентитета, језика и вредности, националних вредности земље у којој дете живи и земље из које оно потиче, као и цивилизација које су различите од његове, та на припрему детета за одговоран живот у слободном друштву, у духу разумевања, мира, толеранције, једнакости полова и пријатељства међу свим народима, етничким, националним и верским групама и лицима аутохтоног порекла, у смислу чл. 29, тач. а, б, ц и д конвенције.

На крају, али не и најмање важно, УНЕСКО је 2006. године у Паризу конципирао Смернице за интеркултурално образовање. Први принцип ових смерница прокламује да интеркултурално образовање поштује културни идентитет ученика тиме што пружа културално одговарајуће и респонзивно квалитетно образовање за све, док сходно другом принципу интеркултурално образовање пружа свим ученицима културална знања, вештине и ставове који су им неопходни да би били активни и одговорни грађани друштва. На крају, трећа смерница/принцип упућује на то да интеркултурално образовање пружа свим ученицима културална знања, вештине и ставове који их оспособљавају да доприносе поштовању, разумевању и солидарности међу појединцима, етничким, социјалним и културним групама и нацијама. Адекватно разумевање духа и смисла Смерница за интеркултурално образовање изискује упознавање са садржајем и опсегом појма „интеркултурално образовање“. Тако треба знати да „интеркултуралност“ подразумева динамичан однос и размену

---

<sup>11</sup> Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 15/90 и „Службени лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 4/96 и 2/97.



која се одвија између особа различите културолошке припадности.<sup>12</sup> „Интеркултуралност“ треба разликовати од „мултикултуралности“ која означава постојање више култура на истом простору, при чему мултикултуралност не изискује нужно и међусобне интеракције између припадника различитих култура.<sup>13</sup>

### 3. СРБИЈА И ИДЕАЛ РАВНОПРАВНОСТИ У ОБРАЗОВАЊУ

Позитивноправни оквир који у Србији дефинише област образовања у целости је усклађен са међународноправном регулативом о датој тематици, па тако домаћа легислатива садржи и стриктну забрану било каквог дискриминисања при остваривању права на образовање.

Закон о основама система образовања и васпитања,<sup>14</sup> предвиђа да свако лице има право на образовање и васпитање (чл. 3), док се у *Општим принципима образовања и васпитања* констатује да систем образовања и васпитања мора да обезбеди: једнакост и доступност остваривања права на образовање и васпитање које је засновано на социјалној правди и принципу једнаких шанси без дискриминације; усмереност образовања и васпитања на дете и ученика кроз разноврсне облике учења, наставе и оцењивања којима се излази у сусрет различитим потребама детета и ученика, развија мотивација за учење и подиже квалитет образовних постигнућа, као и поштовање људских права и уважавање људског достојанства и образовање и васпитање у демократски уређеној и социјално одговорној установи у којој се негују отвореност, сарадња, толеранција, свест о културној и цивилизацијској повезаности у свету, све у складу са чл. 7 закона.

На наведено се надовезују одговарајући стратешки документи. Тако Стратегија развоја образовања и васпитања у Републици Србији до 2030. године истиче као један од основних циљева целокупног система образовања остваривање једнакости у праву на образовање, што посебно обухвата мере комплексне подршке за припаднике различитих осетљивих група.

---

<sup>12</sup> Б. Поповић-Ћитић *et al*, *Промоција и уважавање различитости и равноправности у школском окружењу у циљу превенције говора мржње и дискриминације код младих: Случај београдске пштинe Стари град*, ЦЕПОРА, Београд, 2021, 13.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> „Службени гласник РС“, бр. 88/17, 27/18, 10/19, 6/20 и 129/21

Међутим, изолованим тумачењем појединих нормативних аката не можемо доћи до одговара на питање како и у којој мери се равноправност фактички остварује унутар образовног система. Имајући у виду наведено, упознајемо се са *Посебним извештајем о дискриминацији деце* који је Повереник за заштиту равноправности Републике Србије објавио крајем 2021. године.<sup>15</sup> Наведени извештај се, између бројних других тема, односи и на остваривање права детета у образовном контексту, при чему је општи закључак до кога се дошло да је на пољу сузбијања дискриминаторних пракси у образовању остварен битан напредак, али да су и даље присутни значајни проблеми. Потом се појашњава да се неадекватност поступања доминантно тиче инклузије деце са развојним сметњама у редован систем образовања, односно и даље присутне сегрегације ромске деце која наставу похађају било у школама са већинском ромском ученичком популацијом, било у посебним одељењима у која се уписују готово искључиво ученици ромске националне припадности. Извештај се бави и проблемима недовољног броја педагошких асистената, те питањима у вези са задовољавањем потреба деце за овим видом подршке у различитим деловима земље, с обзиром на присутне диспаратите. Одређена пажња је такође посвећена ресурсним центрима који би, између осталог, требало да пружају подршку при укључивању ученика са развојним сметњама у редовни систем образовања. Истиче се и то да су донета одговарајућа подзаконска акта, односно правилници у вези са препознавањем дискриминаторног поступања и реаговањем на њега. Међутим, евидентно је да се наведени извештај није претерано бавио питањима у вези са конципирањем и обогаћивањем наставних садржаја, али и ваннаставних активности, који би се непосредно односили на јачање толеранције, величање идеала равноправности и недискриминаторне културе, иако из међународноправних и националних правних оквира јасно произлази да образовни систем не треба само да буде доступан ученицима који су припадници маргинализованих или мањинских група, већ и отворен за упознавање и уважавање култура и вредности које ови ученици доносе. Дакле, стиче се утисак да се у Србији још увек није дошло до фазе у којој би се могло дискутовати о самом квалитету и садржајности образовних програма у контексту препознавања и уважавања различитости, те да смо још увек на ступњу када треба подстицати отварање система ка

---

<sup>15</sup> Повереник за заштиту равноправности РС, *Посебан извештај о дискриминацији деце*, Београд, 2021,

ученицима из непривилегованих или бројчано мање заступљених друштвених група.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Право на образовање припада свима под једнаким условима и без икаквог условљавања повезаног са расном, националном, етничком или другом припадношћу, или са здравственим стањем, сексуалном оријентацијом, односно било каквим личним урођеним или стеченим обележјем.

Систем образовања усаглашен са уважавањем идеала равноправности превазилази оквире система образовања који је отворен за све и у начелу недискриминаторан. Равноправност система образовања изискује више од забрањивања дискриминације. Систем образовања заснован на равноправности симболизује отвореност друштва ка размени идеја, вредности, културних образаца и ставова, а како би се кроз непрекидно отворене канале комуникације омогућило даље унапређење друштвених односа кроз препознавање индивидуалне вредности сваког појединца. У таквом систему има места како за реализовање индивидуалних потенцијала и задовољавање личних интереса, тако и за општи прогрес и даље усавршавање. Такав систем образовања иде у сусрет пуном уважавању идеала равноправности, за разлику од система који само толерише различитости под својим окриљем истовремено се чврсто држећи превасходно оних постулата и вредности који одговарају припадницима доминантне групе.

## ЛИТЕРАТУРА

- Halvorsen, K. „Notes on the Realization of the Human Right to Education“, *Human Rights Quarterly*, 1990, 12 (3), 341-364.
- Harel Ben-Shahar, T. „Equality in Education – Why We Must Go All the Way“, *Ethic Theory Moral Prac*, 2016, 19, 83-100. doi: 10.1007/s10677-015-9587-3 91
- Martin, P. „Human Rights-Education for What?, *Human Rights Quarterly*, 1987, 9 (3) , 414-422.
- McCowan, T. „Refraining the universal right to education“, *Comparative Education*, 2010, 46 (4), 509-525.
- Повереник за заштиту равноправности РС, *Посебан извештај о дискриминацији деце*, Београд, 2021.
- Поповић-Ћитић, Б. *et al*, *Промоција и уважавање различитости и равноправности у школском окружењу у циљу превенције говора мржње и дискриминације код младих: Случај београдске путине Стари град*, ЦЕПОРА, Београд, 2021.
- Satz, D. „Equality, Adequacy, and Education for Citizenship“, *Ethics*, 2007, 117, 623–648.
- Terzi, L. „Reframing inclusive education: educational equality as capability equality“, *Cambridge Journal of Education*, 2014, 44 (4), 479–493. doi: org/10.1080/0305764X.2014.960911
- Wenz, S, Hoenig, K. „Ethnic and social class discrimination in education: Experimental evidence from Germany“, *Research in Social Stratification and Mobility*, 2020, 65, 100461. doi: [org/10.1016/j.rssm.2019.100461](https://doi.org/10.1016/j.rssm.2019.100461)

Milica KOVAČEVIĆ, Ph.D

Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Special Education and Rehabilitation,

Branislava POPOVIĆ-ĆITIĆ, Ph.D

Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Special Education and Rehabilitation,

Lidija BUKVIĆ-BRANKOVIĆ

Teaching Assistant, University of Belgrade, Faculty of Special Education and Rehabilitation

## THE RIGHT TO EDUCATION AND THE IDEAL OF EQUALITY

### Summary

The right to education in modern-day is one of the fundamental human rights. However, the full implementation of the right to education implies the fulfillment of several preconditions. In that sense, it is not enough just that education is formally and practically accessible to every citizen, but the question arises whether everyone is equally respected in the realization of the right to education, regardless of personal characteristics, both as an individual and as a member of certain groups. Having in mind the above, the paper has been dedicated to the consideration of the most important international documents related to the issue of equality in the educational context and also to the analysis of documents that are relevant in Serbia in that area. The authors conclude that significant attention has been devoted to problems related to the accessibility of the educational process to members of various marginalized groups, while the very content of educational programs has not been given the appropriate attention. This practice should be changed, bearing in mind that the educational process, not only with its accessibility, but also with its value orientation and content, should influence the popularization of the ideal of equality.

**Keywords:** education, equality, human rights, discrimination.



прегледни рад  
достављен: 05. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 30. 04. 2022.  
УДК 342.4:341.241(497.11)

Стефан РАДОЈЧИЋ\*

## ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У ОЦЕЊИВАЊУ УСТАВНОСТИ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

### Апстракт

Проблематика односа међународног и унутрашњег права обухвата различите правне институте. Почевши од различитих теоријских поставки односа два система права, преко норми међународних уговора и устава, до судских одлука, међународних и националних. У овом раду, одабрани аспект анализе односи се на уставносудску контролу међународних уговора, пред Уставним Судом Републике Србије. На тај начин настојали смо ближе одредити питање компатибилности потврђених међународних уговора са Уставом. Такође, пажња је посвећена категорији „непотврђених“ међународних уговора чија је Република Србија чланица. То питање нарочито је важно у контексту оцене уставности спољнополитички важних аката хибридне правне природе, са елементима међународног уговора, а што је било предмет одлучивања Уставног суда. Поред тога, налазимо неколико одлука о оспореним билатералним међународним уговорима, из којих се могу успоставити одређене законитости. Циљ рада је сагледавање улоге Уставног суда као негативног законодавца, у светлу постојеће праксе. С тим у вези, важно је истаћи могућа уставна и законска решења, којима би се избегле будуће сличне недоумице.

**Кључне речи:** међународни уговори, Устав, Уставни суд Републике Србије, Бриселски споразум

### 1. УВОД

У овом раду је изложена анализа нормативног положаја међународних уговора у уставној систематици, као и специфична питања

---

\* Асистент, Правни факултет у Новом Саду, s.radojic@pf.uns.ac.rs

и недоречености у вези с тим. Важно је указати на појмовно одређење синтагме „потврђени међународни уговори“ и практичне импликације у вези са контролом уставности. У вези с тим, указује се на важност постојања претходне контроле уставности. Затим, рад садржи приказ релевантних предмета пред Уставним судом, којима су конкретизована одређена уставна начела, у контексту (не)уставности међународних уговора. По предмету регулисања, начину доношења и могућим правцима тумачења, разматрани правни акти су хетерогени. У садржинском смислу обухватају како највиталнија државноправна питања, тако и питање опсега појединачних права социјално-економске природе. Поред тога, присутна је и анализа одлука насталих поводом одлучивања о неусклађености одређених спорних аката, међународноправних по својој садржини и доносиоцима, са одредбама највише правне снаге у правном поретку Републике Србије, нормама Устава. Та чињеница додатно доприноси бољем разумевању контекстуалних елемената српске уставности. Поред тога, сагледали смо посредан утицај који, непосредно примењиви извори међународног права тј. Европска конвенција о људским правима, врши на питање заштите уставности закона у Републици Србији. У светлу набројаних елемената овог рада, у закључку се налазе предложени правци превазилажења непотпуних правних конструкција, нормативно и стварно.

## 2. ПОЛОЖАЈ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА У УСТАВНОМ СИСТЕМУ РС

Основне правнотеоријске поставке анализирани теме, налазимо кроз сагледавање хијерархије правних аката и могућности непосредне примене извора међународног права, али и сродна питања која су анализирана у раду.

У члану 16 Устава Републике Србије наведено је да њена спољна политика почива на општепризнатим принципима и правилима међународног права, док је хијерархија правних аката уређена на следећи начин. Устав је правни акт највише правне снаге, те потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом.<sup>1</sup> Закони и

---

<sup>1</sup> Чл. 16 (2) Устава Републике Србије, („Сл. Гласник РС“, бр. 98/2006) (у даљем тексту Устав РС)



подзаконски акти не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима.<sup>2</sup>

Уједно је предвиђена непосредна примена општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора, који се сматрају саставним делом правног поретка Републике Србије. С тим у вези, неопходно је дефинисати шта се подразумева под ова два појма. Дакле, имајући у виду изворе међународног права<sup>3</sup> и Устав СР Немачке<sup>4</sup>, конструкцију општеприхваћена правила међународног права можемо тумачити тако да обухвата обичајна правила међународног права и општа правна начела. По систематици међународног права било би практичније децидно навести међународна обичајна правна правила.

Надаље, у чл. 145 налазимо да се судске одлуке заснивају, између осталог, на потврђеном међународном уговору. Имајући у виду хијерархију правних аката по Уставу<sup>5</sup>, јасно је да међународноправне норме (поготово међународни уговори) имају значајну и непосредну улогу у остваривању права грађана пред судом.<sup>6</sup>

За тему овог рада нарочито је важан чл. 167 Устава РС, којим је дефинисана надлежност Уставног суда, где истичемо прва два става овог члана. Њима је Уставни суд овлашћен да одлучује о сагласности закона и других општих правних аката са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, као и о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом.

Када је у питању српски правни систем, потврђеним међународним уговорима сматрају се они уговори који подлежу потврди

---

<sup>2</sup> Чл. 194 (4) Устава РС.

<sup>3</sup> Чл. 38 Статута Међународног суда правде, United Nations, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946, available at: <https://www.refworld.org/docid/3deb4b9c0.html> (приступљено 03.04.2022.)

<sup>4</sup> Чл. 25 Basic Law for the Federal Republic of Germany, Promulgated by the Parliamentary Council on 23 May 1949 as amended up to June 2008, Published by: German Bundestag – Administration – Public Relations Division, Berlin, 2008. „Општа правила међународног права представљају саставни део савезног права. Она имају приоритет над законима и непосредно стварају права и обавезе за становнике савезне државе.“

<sup>5</sup> У светлу чл. 16 Устава РС.

<sup>6</sup> Истичемо и чл. 156(2) Устава РС: „Јавно тужилаштво врши своју функцију на основу Устава, закона, потврђеног међународног уговора и прописа донетог на основу закона.“ Такође, упућивање на принципе међународног права налазимо и у погледу одбране земље и употребе силе, што је прописано у чл. 139 Устава РС.

од стране Народне скупштине<sup>7</sup> и који су ратификовани у форми закона<sup>8</sup>. Тако је одлуком уставотворне власти дефинисано. Надаље, законским путем је прецизирано које су то предметне области у оквиру којих је неопходно потврђивање. Круг ових уговора обухвата споразуме војне, политичке и економске природе, затим уговоре из којих настају финансијске обавезеза Републику Србију. У тој групи су и уговори који захтевају усвајање нових или измену важећих закона, те уговори којима се одступа од позитивног законодавства.<sup>9</sup> Из ове одредбе долазимо до две групе питања. Прво, како се са сигурношћу утврђује који уговори се убрајају у наведене категорије. Друго, знајући да синтагма „потврђени међународни уговори“ обухвата напред наведене, долазимо до питања који су то „непотврђени међународни уговори“ и да ли се на њих једнако примењује члан 16 Устава.

За уговоре који нису наведени у претходној групи није предвиђена обавеза потврђивања од стране Народне скупштине. То не искључује чињеницу да се они закључују по правилима међународног права и да је без обзира на начин изражавања пристанка државе на везивање уговором, тај акт једнако обавезујући за државу. На међународноправном плану релевантно је то да ли је држава потврдила међународни уговор у предвиђеном поступку, односно да ли је то учини овлашћени представник државе, да би се знало да ли се обавезала на извршавање уговора. Ипак, разликовање „потврђених“ и „непотврђених“ међународних уговора има далеко већи значај у унутрашњем праву, односно у контексту уставних недоумица, где би било јако пожељно знати тачну разлику између правног режима ових уговора.

У конкретном случају, тумачећи Устав језички, донекле се може сматрати да је разликовање потврђених и непотврђених уговора учињено са разлогом и дато може произвести одређене правне консеквенце. Нарочито ако се има у виду да се атрибут „потврђени“ изоставља само код међународних уговора који регулишу права странаца, положај националних мањина и референдум.<sup>10</sup> Циљно тумачећи одредбе Устава, у контексту осталих уставних одредаба, не налази се чврсто упориште за идеју да је уставотворац настојао да направи суштинску разлику између

---

<sup>7</sup> Устав РС, чл. 97(4); чл. 105(6)

<sup>8</sup> Чл. 11-16 Закона о закључивању и извршавању међународних уговора, "(Службени гласник РС", бр. 32/2013)

<sup>9</sup> Чл. 14(1), *ibid.*

<sup>10</sup> Чл. 17; 85(1); 75 (1); 108(2) Устава РС

уговора за које је обавезно потврђивање у форми ратификације<sup>11</sup> и оних за које то, бар по слову цитираних чланова, није случај.<sup>12</sup> Без обзира на циљеве неуједначеног нормирања у Уставу, или непрецизност, остаје простор да се у пракси, спрам уставних и законских одредаба, потврђени и „непотврђени“ уговори различито третирају, а коначно и уставносудски (не) контролишу.

Ово питање је нарочито важно ако се има у виду да је Уставни суд, по слову Устава<sup>13</sup> и Закона о уставном суду<sup>14</sup>, надлежан за оцену уставности потврђених међународних уговора. Штавише, Закон о уставном суду препознаје само категорију потврђених међународних уговора. Коначно, ни један нормативни акт експлицитно не искључује контролу уставности „непотврђених“ међународних уговора.

Занимљиво је да у члану 108(2) Устава налазимо одредбу која одређује да „предмет референдума не могу бити обавезе које произлазе из међународних уговора“. Да ли би било оправдано тумачити да предмет референдума могу бити само обавезе из потврђених међународних уговора? Такве обавезе државе, по својој суштини, уређују значајнија питања од осталих међународних уговора. При њиховој инкорпорацији у унутрашњи правни поредак тражи се виши ниво одлучивања и одговорности. Прихватајући да је разликовање потврђених и „непотврђених“ међународних уговора учињено циљно у поменутим одредбама Устава, дошли бисмо до закључка да је могуће организовати референдум само за важна питања. Сама по себи, оваква констатација, није нелогична. Не можемо искључити ни могућност да је уставотворац био вођен идејом да само такве обавезе завређују прво, потврђивање, а друго и могућност референдумског изјашњавања грађана.

---

<sup>11</sup> Важно је напоменути да Бечка конвенција о уговорном праву не прави разлику, осим у техничком смислу, између међународних уговора на основу начина давања пристанка на везивање уговором, нити у односу на чињеницу који орган је дао пристанак у име државе.

<sup>12</sup> Притом би требало имати у виду да и међународни уговори из наведене две категорије могу наметнути држави такве обавезе да се заправо нађу у једној од набројаних категорија за које је обавезно потврђивање. Истовремено, изван круга дефинисаних врста међународних уговора који подлежу потврђивању, налази се значајно шири дијапазон од регулисања права странаца и националних мањина.

<sup>13</sup> Чл. 167(1) и (2) Устава РС.

<sup>14</sup> Чл. 45 и 46 Закона о уставном суду („Сужбени гласник РС“, бр. 109/2007, 99/2011, 18/13- Одлука УС, 40/15 и 103/15).

Ипак, необичну констатацију налазимо у Закључку Уставног суда којим је одбачена иницијатива за оцену уставности 11 општих правних аката, чији је доносилац УНМИК, а који је детаљније анализиран у одговарајућем поглављу. Указујући на то да оспорени документи нису донети на основу Устава, нити су потврђени међународни уговори, Уставни суд је навео да нису „постали део правног поретка Србије.“<sup>15</sup> Да ли је у питању коришћење дефиниције из члана 16 Устава у циљу образложења Закључка, или је намера Уставног суда била да разграничи правни режим две групе уговора, тешко је са сигурношћу закључити. Текст сугерише прилично децидну тврњу да нису део правног поретка Србије, јер нису потврђени од стране Народне скупштине.<sup>16</sup>

Са друге стране, немамо довољано јасан нормативни оквир при одређењу непотврђених уговора, па је интенција да се сви уговори који нису ратификовани искључе из правног поретка Србије, могућа, али не и очигледна у целокупном контексту ствари. Поред тога, циљно тумачећи релевантне одредбе Устава, Закона о закључивању и извршавању међународних уговора и праксу Уставног суда, не налазимо чврст основ за тврдњу да нису уопште део правног система.<sup>17</sup> Полазећи од наведених чињеница, сматрамо да је циљ Уставног суда био да укаже како није надлежан за оцену уставности аката чији доносилац није Република Србија, а уједно нису ни потврђени међународни уговори.

У крајњој линији, не би требало искључити ни могућност да се цитирано образложење односи на међународне уговоре као извор права у правном поретку Србије, у најопштијем смислу. А да су писци Закључка превидели (или сматрали недовољно битном) чињеницу да се у четири уставне одредбе користи синтаagma „међународни уговори“. Можемо

---

<sup>15</sup> Закључак Уставног суда, ИУо број 756/2012, од дана 19. децембра 2013. године.

<sup>16</sup> С. Ђајић, „Правни положај и закључивање међународних уговора без сагласности парламента у правном систему Републике Србије“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније, тематски зборник*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 2020, 153-174, 171. „Наиме, из оваквог закључка скоро јасно произилази да они међународни уговори који нису потврђени не представљају део правног поректа Републике Србије и самим тим не подлежу контроли Уставног суда.“

<sup>17</sup> *ibid.*, 171-172. „Логично би било да у уставни поредак, а тиме и у своју надлежност, *mutatis mutandis*, уведе и ову категорију међународних уговора, који су по међународном праву једнаки и онима који су закључени без ратификације и парламентарне контроле.“

закључити да би ову мањкавост Устава требало отклонити, најпре самим одредбама Устава.

Непотпуна правна сигурност у том погледу, за сада, функционише без нарочито озбиљних последица. Није велики број оспорених међународних уговора пред Уставним судом. То говори у прилог прилично адекватној припреми за потписивање уговора, односно дефинисању преговарачке платформе и раду надлежних органа (и одбора) спољних послова и законодавства. Чини се оправдано рећи да већина међународних уговора чија је Република Србија држава чланица, начелно не ствара дилеме о неуставности. У садејству ових фактора, постојеће решење не ствара велике проблеме у пракси. Свакако, то не утиче на идеју да би се, како истиче проф. Ђајић, увођењем претходне контроле уставности отклониле многе дилеме и постигла превенција сложених међународноправних ситуација у погледу међународних уговора.<sup>18</sup> Са правног аспекта, поготово међународноправног, нема разлога да се не поступи на овај начин. Нарочито зато што претходно утврђена несагласност међународног уговора са Уставом, не би морала да искључи чланство у међународном уговору. Држава има на располагању резерву као инструмент модификације или искључења примене одређених одредаба међународног уговора. Да би резерва произвела пуноважно дејство, потребан је изричит или прећутан пристанак других држава чланица.

Без обзира на то, пут од претходно констатоване неуставности до изјављивања резерве и чланства у међународном уговору, више охрабрује од ситуације накнадно утврђене неуставности међународног уговора, где може бити врло узак маневарски простор за престанак обавезности спорних одредаба. Занимљиво решење је садржано у Уставу Краљевине Шпаније, где се супротност Устава и међународног уговора решава

---

<sup>18</sup> С. Ђајић, „Устав, судови и међународно право: критички осврт на тумачење међународног права Уставног суда Републике Србије“, *Тематски зборник, Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2013, 363-383, 366. „Свакако би срећније решење било када би постојала претходна контрола уставности, пре ратификације, чиме би се избегла могућа повреда међународног уговора управо због његове неуставности.“

усвајањем уставног амандмана<sup>19</sup>, наравно због претходно установљене неуставности од стране Уставног суда. Овим примером можемо илустровати једну од адекватних могућности превазилажења контрадикције међународноправних и уставних норми.

У овом раду није садржан историјски приказ развоја уставносудске контроле у Србији, али требало би имати на уму скоро шездесетогодишњу традицију уставног судства и најважније принципе ка којима почива,<sup>20</sup> као и околности последње етапе његовог развоја.<sup>21</sup> Уз чињеницу да је уставносудска власт замишљена тако да се меша у активности других органа, у циљу усклађивања њиховог делања са уставом<sup>22</sup>, постоје и обрнуте могућности. Али се, бар у Србији, задржавају у теоријском домену.<sup>23</sup>

### 3. ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА

У наставку рада, анализирамо праксу Уставног суда приликом одлучивања о уставности међународних уговора. Уставни суд одлучивао

---

<sup>19</sup> Чл. 95(1) Spain's Constitution of 1978 with Amendments through 2011, доступан на [https://www.constituteproject.org/constitution/Spain\\_2011.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=en) (приступљено 03.04.2022.)

<sup>20</sup> „Уставно судство на простору Републике Србије непрекидно траје од 1963, односно има традицију дугу скоро пет деценија. У темељу положаја нашег уставног суда налази се аустријско-немачки модел уставног судовања, у теорији познатији као Келзенов модел уставног надзора.“ Б. М. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова, са посебним освртом на Уставни суд Србије*, Београд, 2012, 49.

<sup>21</sup> „Дакле, последње две деценије, угрубо речено, могле би се сматрати периодом поступног позиционирања ове институције у уставном систему, који тече упоредо са развијањем уставне културе као и сазревањем правних и политичких институција у Републици Србији.“ С. Орловић, Н. Рајић, „Улога Уставног суда у развоју уставних система Италије и Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, 2020, 121-140, 123.

<sup>22</sup> С. Орловић, *Владавина устава или уставног судства*, Центар за издавачку делатност Правног факултета, Нови Сад, 2013, 25.

<sup>23</sup> „Наше је запажање да су судови уместо покретања поступка конкретне контроле уставности закона прибегавали новом тумачењу спорне законске норме, или пак непосредној примени одредаба Устава остављајући спорне одредбе закона по страни.“ Б. М. Ненадић, „О неким аспектима односа уставних и редовних судова“, *Зборник радова са Округлог стола на тему Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права, 1963-2013.*, Београд, 2013, 71-111, 90.

је седам пута о уставности *потврђених* међународних уговора. Поред тога, у више наврата, Уставном суду је упућено исто питање, али поводом аката који нису *de iure* међународни уговори, али поседују извесне међународноправне елементе. Тако да у прегледу праксе сагледавамо обе категорије предмета.

Примећујемо да ниједна од анализираних иницијатива није усвојена, те да су у већини случајева питања која су довела до поступка пред Уставним судом социјално-економске или спољнополитичке природе<sup>24</sup>. Због потребе за међудржавним уређењем ових питања и формалног израза добијеног у виду међународних уговора, питања (не)сагласности са уставним одредбама укључују различите правне принципе и стандарде. Преглед и анализу решења Уставног суда, систематизовали смо тако да се на почетку налазе решења која садрже уставносудску одлуку о најважнијим државноправним и спољнополитичким питањима.

### 3.1. Државноправна и спољнополитичка питања

Преглед започињемо предлогом за оцену уставности и законитости „Бриселског споразума“, тј. парафираног „Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа“ између Владе Републике Србије и Привремених институција самоуправе у Приштини, од 19. априла 2013. године. Поменути документ оспорен је од стране 25 народних посланика. Тумачење и изјашњавање Уставног суда о овом документу обухватило је и неке од најзначајнијих института међународног права, укључујући појам међународног уговора и питање признања нове државе. Текст Споразума садржан је у Извештају Владе о напретку дијалога<sup>25</sup>, а потом је тај Извештај прихваћен Одлуком Народне скупштине<sup>26</sup>. Уставном суду упућена је и иницијатива за оцену

---

<sup>24</sup>“Уставносудска власт делује у области политике уопште, јер право увек настаје из одређене политике, и конкретно улази у поље рада законодавне извршне власти.“ Слободан Орловић, *op.cit.*, 2013, 23.

<sup>25</sup> Пуни назив гласи: „Извештај о досадашњем процесу политичког и техничког дијалога са Привременим институцијама самоуправе у Приштини уз посредовање Европске уније, укључујући процес имплементације постигнутих договора.“ Овај Извештај није објављен у Службеном гласнику РС.

<sup>26</sup> Одлука о прихватању Извештаја о досадашњем процесу политичког и техничког дијалога са Привременим институцијама самоуправе у Приштини уз

уставности и законитости Одлуке Владе којом је прихваћен Споразум, као и Одлуке Народне скупштине којом је прихваћен Извештај Владе. Ипак, Уставни суд је одлучио да раздвоји одлучивање о првопоменутом предлогу и иницијативи, те је у анализираној Одлуци одлучио само о предлогу. Тако је суштина усвојене Одлуке да оспорени Споразум не представља међународни уговор, те да не подлеже уставносудској контроли<sup>27</sup>, па је у складу с тим предлог одбачен. Заправо, по оцени Уставног суда у питању је политички договор, са извесним специфичностима али чија даља инкorporација није учињена у предвиђеном поступку, те не производи правно обавезујуће дејство у смислу изнетих навода предлагача.

У вези са претходно наведеним закључцима, у Одлуци је елаборирано неколико питања. Прва група спорних питања односи се на природу, карактер и међународноправне ефекте Споразума. Као образложење за одрицање карактера међународног уговора Споразуму, истакнуто је то да нису означене стране уговорнице, да је само парафиран, тј. да је извршена аутентификација текста од стране председника Владе Републике Србије и Високе представнице Европске уније за спољну безбедност и политику.<sup>28</sup> Затим, тако оверен текст је прихваћен од Владе Републике Србије Закључком, што је оцењено као „прихватање информације о политичким ставовима“, а не потврђивање међународног уговора<sup>29</sup>. Затим Извештај о напретку преговора чији је подносилац Влада, а који је прихваћен од стране Народне скупштине, има упориште у

---

посредовање Европске уније, укључујући процес имплементације постигнутих договора („Службени гласник РС“, број 38/13), од 26. априла 2013. године.

<sup>27</sup> Чл. 167 Устава РС: „Уставни суд одлучује о: 1. сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, 2. сагласности потврђених међународних уговора са Уставом...“

<sup>28</sup> „Да би међународни уговор могао да оствари намеравани учинак по међународном праву, односно да би могао да створи однос права и дужности између уговорних страна потребно је да све уговорне стране буду субјекти међународног права, да његов предмет буде допуштен, односно да га је могуће извршити и да није у сукобу са неком императивном нормом међународног права и да изражена воља странака у уговору мора да одговара њиховој стварној вољи.“ В. Ђурић, *Устав и међународни уговори*, Београд, 2007, 60.

<sup>29</sup> Исти резон примењен је и код тумачења природе Одлуке Народне скупштине којом је прихваћен Извештај Владе о напретку преговора.



раније усвојеној Резолуцији Народне скупштине.<sup>30</sup> Коначно, у Одлуци је наглашено да Споразум није достављен Секретаријату УН-а ради објављивања и уношења у збирку међународних уговора.

Такође, закључено је да Споразум не представља акт *de iure* признања тзв. „Републике Косово“, а што су истакли предлагачи. Уједно, у Одлуци се истиче да су преговори вођени на основу Резолуције о основним принципима за политичке разговоре са привременим институцијама самоуправе на Косову и Метохији<sup>31</sup>, политичког акта, у којем се наводи „да Република Србија не признаје и да неће признати једнострано проглашену независност Косова.“ У вези с тим, нарочито је анализирана одредба Споразума према којој „ниједна страна неће блокирати, или подстицати друге да блокирају напредак друге стране на њеном путу ка ЕУ.“ Уставни суд је навео како Европска унија има неутралан став према овом питању, као и да њене државе чланице имају аутономне територије које нису у саставу Уније (нпр. Гренланд).<sup>32</sup> Дакле,

---

<sup>30</sup> Резолуција о основним принципима за политичке разговоре са привременим институцијама самоуправе на Косову и Метохији („Сл. гласник РС“, бр. 4/2013), чл. 5: Народна скупштина Републике Србије захтева од Владе да је редовно извештава о развоју догађаја, току разговора са представницима ПИС у Приштини у вези са Косовом и Метохијом, као и о спровођењу овде утврђених циљева, активности и мера за заштиту суверенитета, територијалног интегритета и уставног уређења Републике Србије.

<sup>31</sup> *Ibid.* Нарочито истичемо следећу одредбу Резолуције: „г) све надлежности које као резултат преговора буду поверене ПИС у Приштини биће потврђене уставним законом и пренете органима Аутономне покрајине Косово и Метохија, у складу са Уставом, законима и другим прописима Републике Србије.“ Пре тога донета је Одлука Владе о поништавању противправних аката привремених органа самоуправе на Косову и Метохији о проглашењу једностране независности („Службени гласник РС“, број 18/08).

<sup>32</sup> У образложењу се упућује на Одлуку Савета министара о отпочињању преговора о *Споразуму о стабилизацији и придруживању између Европске уније и Косова*, где се ставља звезда праћена следећим текстом: „Овај назив је без прејудуцирања статуса и у складу је са Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација 1244 и мишљењем Међународног суда правде о декларацији о независности Косова“ (иста формулација наведена је и у Преамбули Споразума, а у чл. 2 се изричито искључује тумачење Споразума као акта признања независности). Иако је смисао цитираних објашњења јасан, поставља се питање о циљу и дејству таквих преговора. Доминанта питања садржана у Споразуму су економска сарадња, владавина права и регионална сарадња. Штавише, у чл. 13(3)(а) наводи се обавеза „Косова“ да у доброј вери имплементира све споразуме

Уставни суд није прихватио тврдњу о формалном признању независности Косова.

Ипак предлагачи су изнели и тврдњу како је парафирањем Споразума учињено посредно признање тзв. Републике Косово, тј. прећутно – *de facto* признање. Суд је подсетио да се изричито признање разликује од прећутног првенствено у погледу форме. Заједничко им је да постоји јасно изражена намера да се изврши признање суверености и независности једне државе, а коју Суд није установио на страни Републике Србије, у светлу свих чињеница које чине контекст дијалога.

Суштински закључено је да је премијер оверавањем текста Споразума поступао у складу са Резолуцијом Народне скупштине, те да прихватање текста од стране Владе и подношење Извештаја Народној скупштини, те потом, прихватање Извештаја од стране Народне скупштине, чини један процес, уставноправно уређених, али политичких активности које немају међународноправни карактер описан од стране предлагача. Управо питање надлежности за поступање у овом контексту, организација власти, врста и правно дејство анализираних аката чини другу групу спорних питања.

Разматрано је и питање да ли је Први споразум актима Владе и Народне скупштине унет у правни поредак Републике Србије. Оцењено је да уставни положај Владе налаже да има кључну улогу у политичким процесима, о чему Народна скупштина доноси вредносни суд, тако да у конкретном случају није извршена инкорпорација политичких одлука у правни поредак.<sup>33</sup> Прецизирано је да општост акта не одређује његов карактер, него је пресудна његова садржина. Дакле, препрека за правну

---

настале у процесу дијалога са Србијом. Но, уколико је намера да се АП КиМ придружи Европској унији, то је могуће посредством преговора о придруживању које води Република Србија, у складу са накнадно одређеним коначним статусом. Ако је пак, циљ преговора да Покрајина има посебан статус (попут неких територијалних области), онда је природно да се ти преговори воде и са органима централне власти. Свакако назив посматраног Споразума не говори у прилог идеји остваривања посебног статуса (различитог од чланства у Унији). Стога је дискутабилно да ли Унија има неутралан став према статусу Покрајине, без обзира на споменути звездицу и непризнавање независности од стране једног броја чланица Уније.

<sup>33</sup> „Уставни суд указује да се политички договор не може сматрати саставним делом правног поретка државе док није преточен у право, односно правне норме, усвојене у одговарајућој за то прописаној процедури и од стране надлежног органа.“

обавезност одлуке Народне скупштине није у томе што не представља општи правни акт, него зато што је акт о давању политичке сагласности. Кад се ради о Закључку Владе, констатовано је да тачка 2 предвиђа обавезе за министарства, посебне организације и службе Владе. Међутим, те обавезе морају бити накнадно конкретизоване од стране надлежних органа, што значи да се дејство наведене одредбе не може смтрати општом правном нормом. Другим речима, у питању је усмерење државним органима у оквиру обликовања политике Владе. Уставни суд закључио је да Споразум не представља ни уговор између државе и територијалне аутономије, него да је „документ који је настао као резултат одређених договора у једној од фаза политичких разговора са представницима привремених институција самоуправе у Приштини“.

У оквиру две иницијативе за оцену уставности мултилатералних уговора, између осталог, истакнута је повреда члана 97 (1) Устава, тј. уставног принципа да „Република Србија уређује и обезбеђује: сувереност, независност, територијалну целовитост и безбедност Републике Србије, њен међународни положај и односе са другим државама и међународним организацијама“. У првој иницијативи, као спорни акт наведен је мултилатерални Споразум о успостављању Заједничког европског ваздухопловног простора<sup>34</sup>, тј. чланови 1 и 2 Закона којим је поменути Споразум ратификован. Према тумачењу иницијатора, уставни поредак је нарушен чињеницом да је УНМИК овлашћен на потписивање Споразума „у име Косова“. Цитирана синтагма није садржана у тексту Споразума. Штавише, у оспореним одредбама као и у остатку текста, доследно се наводи да је УНМИК „Привремена мисија Уједињених нација на Косову (у складу са Резолуцијом Савета безбедности УН 1244 од 10. јуна 1999.)“.

---

<sup>34</sup> Закон о потврђивању Мултилатералног споразума између Европске заједнице и њених држава чланица, Републике Албаније, Босне и Херцеговине, Републике Бугарске, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Исланд, Републике ЦрнеГоре, Краљевине Норвешке, Румуније, Републике Србије и Мисије привремене управе Уједињених нација на Косову (у складу са Резолуцијом Савета безбедности УН 1244 од 10. јуна 1999) о успостављању Заједничког европског ваздухопловног подручја ("Службени гласник РС – Међународни уговори", број 38/09).

Затим, у иницијативи је члан 32<sup>35</sup> Споразума окарактерисан као неуставан, јер има за циљ да буде примењен на „Републику Косово“. Спорна је дефиниција „било ког субјекта који је спреман...“, због чега је настало тумачење о позитивноправном признању државног субјективитета Покрајини. Истовремено, изнет је став да се тиме повређује и Преамбула<sup>36</sup> Устава, односно идејно опредељење уставотворца, историјски и национални оквир доношења Устава. Но, Уставни суд није закључио да су се повреде Устава и догодиле, те да није дошло до негирања суштинске аутономије Покрајине, установљене Резолуцијом 1244<sup>37</sup>. Имајући у виду Преамбулу Устава и чињеницу да Споразум усваја положај Косова и Метохије детерминисан Резолуцијом 1244, Уставни суд цитирао је и Преамбулу потоњег документа, у делу који гласи: "поново потврђујући приврженост свих држава чланица суверенитету и територијалном интегритету СРЈ и других држава региона, како је наведено у Хелшинском документу и Анексу 2." На линији ове аргументације, сагледали смо и Преамбулу самог Споразума. У циљу утврђивања евентуалне идеје снажења „међународноправног“ капацитета „Републике Косова“, издвајамо следећи део Преамбуле „имајући у виду жељу сваке придружене стране да своје законе о ваздушном саобраћају и питања с тим у вези учини компатибилним са законима Европске заједнице, као и у погледу будуће израде законских прописа у оквиру Заједнице...“.

Наизглед има основа за такво тумачење, с обзиром на то да се говори о придруженим странама и њиховом законодавству. Међутим у члану 2(1)(б), у оквиру „појмовника“ Споразума, дефинисане су придружене стране – суверене државе. Следећа тачка (ц) отклања дилему

---

<sup>35</sup> “Европска заједница може да затражи од било које државе или субјекта који је спреман да своје законе о ваздушном саобраћају и питања с тим у вези учини компатибилним са законима Заједнице, а са којим је Заједница успоставила или успоставља оквир тесне економске сарадње, као што је Споразум о придруживању, да учествује у ЕСАА. У ту сврху, стране уговорнице врше измену и допуну Споразума у складу с тим.”

<sup>36</sup> “...полазећи и од тога да је Покрајина Косово и Метохија саставни део територије Србије, да има положај суштинске аутономије у оквиру државе Србије и да из таквог положаја Покрајине Косово и Метохија следе уставне обавезе свих државних органа да заступају и штите државне интересе Србије на Косову и Метохији у свим унутрашњим и спољним политичким односима“.

<sup>37</sup> Resolution 1244 (1999) / adopted by the Security Council at its 4011th meeting, on 10 June 1999.

наводећи „додатна придружена страна или UNMIK означава Мисију привремене управе Уједињених нација на Косову, у складу са Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација 1244 од 10. јуна 1999. године“. С тим у вези тешко је доћи до супротног тумачења, језичког или циљног, у односу на закључке садржане у Решењу Уставног суда, а то је да нема несагласности између Споразума и Устава.<sup>38</sup>

Недуго затим Уставни суд је одлучивао поводом готово идентичне иницијативе, којом су оспорене одредбе Споразума о привилегијама и имунитетима Секретаријата Споразума о слободној трговини у централној Европи<sup>39</sup>. У образложењу Решења наводи се да није неопходно изнова образлагати одбацивање иницијативе, јер је детаљно правно становиште објашњено у претходно анализираном Решењу. Запажамо, ипак, две констатације. У Решењу се упућује на одредбу 11 (б) Резолуције 1244, у којој је наведено да УНМИК „обавља и цивилно-управне функције тамо где је и колико је то потребно“. Поред тога, Уставни суд се осврнуо на предмет, циљ и природу оспореног Споразума, наводећи да „по својој садржини не задира у питање територијалног интегритета Републике Србије, као и да не утиче на питање решавања статуса Аутономне Покрајине Косово и Метохија, већ да уређује питања која су у интересу грађана Републике Србије и европског региона у целини.“<sup>40</sup> Чињеница је да питања уређена овим Споразумом не задирају у уставноправне одреднице садржане у члану 97 Устава, те ако бисмо прихватили становиште да се сваки вид међународноправне „сарадње“ са Привременом управом УН-а на Косову и Метохији сматра неуставним, онда се може рећи да има значајнијих докумената у том смислу. Почевши од самог ЦЕФТА споразума, а не од допунског документа који уређује дипломатски режим његовог Секретаријата.

---

<sup>38</sup> Решење о одбацивању иницијативе, Iум-133/2009 од дана 17. октобра 2012. године.

<sup>39</sup> Закон о потврђивању Споразума између Краљевине Белгије и Републике Албаније, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Молдавије, Црне Горе, Републике Србије и Мисије привремене управе Уједињених нација на Косову у име Косова у складу са Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација 1244 о привилегијама и имунитетима Секретаријата Споразума о слободној трговини у централној Европи ("Службени гласник РС - Међународни уговори", број 38/09).

<sup>40</sup> Решење о одбацивању иницијативе, Iум-132/2009 од дана 31. октобра 2012. године.

На сличној аргументацији заснива се и иницијатива поднета за оцену уставности Споразума о стабилизацији и придруживању<sup>41</sup>, где се у члану 135(2) наводи „овај Споразум се не примењује на Косову које је тренутно под међународном управом у складу са Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација 1244 од 10. јуна 1999. године. Ово не доводи у питање садашњи статус Косова нити одређивање његовог коначног положаја према истој Резолуцији.“ Иницијатор поступка тврдио је да тумачење овог члана дато у члану 2(1)(г)<sup>42</sup> Закона о потврђивању ССП-а представља кршење члана 194(4) Устава који гласи да „закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права.“ Уједно иницијатор је сматрао да се оспореним чланом нарушава територијални суверенитет и интегритет Републике Србије. Уставни суд је узимајући у обзир релевантне уставне дефиниције и оспорене чланове, закључио да се оспореном одредбом Споразума не крши Устав, нити угрожава недељивост и јединство територије Републике Србије<sup>43</sup>, те у том делу није прихваћена иницијатива.<sup>44</sup>

Још једна ситуација у вези са правном ситуацијом вршења власти на Косову и Метохији разматрана је пред Уставним судом. У оквиру

---

<sup>41</sup> Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране ("Службени гласник РС – Међународни уговори", број 83/08).

<sup>42</sup> Наведено је да Република Србија „разуме члан 135(2) као потврду да Споразум не угрожава територијални интегритет Србије, а посебно статус Покрајине Косово и Метохија као саставног дела територије Србије, што је гарантовано Резолуцијом СБ ОУН 1244, делом њене преамбуле који гласи: „поново потврђујући приврженост свих држава чланица суверенитету и територијалном интегритету СР Југославије и других држава региона, како је наведено у Хелсиншком документу и Анексу 2, “и анексом 2. тачком 5. Прве Резолуције 1244, реченицом која гласи: „Успостављање привремене администрације за Косово као дела међународног цивилног присуства под којим ће народ Косова моћи да ужива суштинску аутономију у оквиру СР Југославије о чему ће одлуку донети Савет безбедности УН-а. Република Србија ће се у примени Споразума руководити наведеним тумачењем.“

<sup>43</sup> Решење о неприхватању иницијативе, Iум-165/2008, од дана 09.06.2011. године.

<sup>44</sup> У погледу других наводних повреда одредаба члана 33. ст. 1. и 4, члана 49. став 2, члана 53. став 5. под б, члана 74. став 1. и члана 109. Споразума, иницијатива је одбачена, као и захтев за одређивање привремене мере.

анализе односа потврђених и непотврђених међународних уговора, навели смо и Закључак Уставног суда<sup>45</sup> при оцени 11 општих аката донетих од стране УНМИК-а. У питању је шест уредби и пет административних наређења за спровођење уредби. Подносилац предлога за оцену уставности била је Канцеларија за Косово и Метохију. Суштина предлога односила се на то да је искључиво Република Србија надлежна за одлучивање о питањима садржаним у оспореним документима, те је на тај начин дошло до повреде више чланова Устава РС.<sup>46</sup> Предлагач је истакао како је Уредбом 2002/12 УНМИК-а основана Косовска поверилачка агенција (КПА), након чега је дошло до приватизације 545 предузећа. Затим наводи се да Уредбом 2002/13 није предвиђен правни лек који би се могао изјавити против трансакција или уговора КПА. Надаље, указано је на то да су Уредбом 2003/13 оштећени власници земљишта које је у режиму закупа од стране акционарских друштава насталих приватизацијом итд. Став Канцеларије за КиМ је да су Резолуцијом 1244 пренета овлашћења на УНМИК, па самим тим Уставни суд има надлежност да оцењује уставност аката организације којој су поверена јавна овлашћења. И то са циљем да се утврди неуставност располагања имовином од стране УНМИК-а, који је Резолуцијом 1244 овлашћен само да управља државном и друштвеном имовином на Косову и Метохији.<sup>47</sup> Уједно предлагач је Суду упутио предлог да застане са поступком оцене уставности оспорених аката.

Ипак Уставни суд није подржао ставове предлагача, а предлог о застоју у оцени уставности окарактерисао је као беспредметан.<sup>48</sup> Тако је у образложењу наведено да је законодавна и извршна власт на територији Косова и Метохије поверена УНМИК-у, а да је спроводи специјални

<sup>45</sup> Закључак Уставног суда, ИУо број 756/2012, од дана 19. децембра 2013. године.

<sup>46</sup> У предлогу се наводе следећи чланови Устава РС: 97 (6), 96 (7), 18, 58, 60, 84, 86, 87 и 88.

<sup>47</sup> Без обзира на наведено, УНМИК такође сноси правну и политичку одговорност за поштовање људских права на Косову и Метохији. „Међународне организације, на које су државе пренеле део своје надлежности, односно које су основане од стране држава, такође имају обавезу поштовања и заштите људских права“. С. Гајин, *Људска права, правно-систематски оквир*, Београд, 2011, 201.

<sup>48</sup> Прихватање оваквог предлога смислено је само када је Уставни суд мериторно надлежан. С. Орловић, Н. Рајић, „Застој у поступку нормативне контроле – прилог расправи о заштити објективне уставности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, 2017, 1471-1484, 1480.

представник Генералног секретара УН-а.<sup>49</sup> Стога је Уставни суд закључио да оспорени акти нису усвојени на основу Устава, већ на основу овлашћења из Резолуције 1244, те објављени у „Службеном листу УНМИК-а“. Та чињеница искључује могућност да оспорени акти представљају међународне уговоре, како по предмету регулисања, тако и према субјекту – доносиоцу.

Приликом детаљног образлагања овог става, Уставни суд се позвао и на Повељу УН<sup>50</sup>, као и на праксу Европског суда за људска права. Република Србија као чланица УН-а, дужна је да поштује одредбе Резолуције 1244, чиме је установљен напред описани режим привремене управе. Такође, у предмету *Азми против Србије*<sup>51</sup>, Европски суд је нагласио „да је правна надлежност државе на основу члана 1. примарно територијална и да се претпоставља да је држава врши на својој територији“. Истовремено констатовано је међународно цивилно и војно присуство у виду УНМИК-а и КФОР-а, те да су у свим познатим околностима, постојала објективна ограничења која су спречавала Србију да обезбеђује права и слободе на Косову.

### 3.2. Социјално-економска питања

Посебну групу уговора поводом којих су упућене иницијативе за оцену уставности, чине билатерални уговори чији предмет је регулисање социјалног осиграња. У питању су споразуми са Босном и Херцеговином, односно Црном Гором. Такође разлози оспоравања споразума били су врло слични. Наиме, прва иницијатива упућена је Суду поводом Закона о ратификацији Споразума између Савезне Републике Југославије и Босне и

---

<sup>49</sup> Уредба о овлашћењима привремене управе на Косову бр. 1999/1 од 25. јула 1999. године, чл. 1.

<sup>50</sup> United Nations, *Charter of the United Nations*, 24 October 1945, 1 UNTS XVI, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3930.html> (приступљено 03.04.2022.)

<sup>51</sup> *Азми против Србије*, представка број 11209/09, Одлука од 5. новембра 2013. године, доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22002-9116%22%7D> (приступљено 03.04.2022.)



Херцеговине о социјалном осигурању<sup>52</sup>. У првом реду истакнут је чл. 42 (1) уговора:

„Пензије које су, од 6. марта 1992. године до дана ступања на снагу овог споразума, утврђене према правним прописима једне државе уговорнице уз урачунавање пензијског стажа навршеног према правним прописима друге државе уговорнице, носиоци ће, по службеној дужности, поново одредити и обрачунати износ пензије применом одредаба овог споразума, при чему се правоснажност донетог решења неће сматрати препреком за поновно одређивање.“

Подносиоци иницијативе су навели да је цитираном одредбом дошло до повреде стечених права и тражили да се до доношења коначне одлуке, обустави извршење појединачних аката донетих на основу спорне одредбе. Наведено је, између осталог, да је дошло до дискриминације пензионера са мешаним стажом из Србије и БиХ, као и до повреде права нанеометано уживање имовине. Имајући у виду да Споразум предвиђа одступање од начела правноснажности, Суд је закључио да таква пракса постоји и у другим ситуацијама, наглашавајући Закон о општем управном поступку, те је закључио да није дошло до повреде начела правне сигурности, као елемента начела владавине права из чл. 3 Устава и иницијатива није прихваћена.<sup>53</sup>

Занимљиво је истаћи да Уставни суд наводи како није овлашћен за улогу позитивног законодавца, него само негативног. Наиме, подносиоци иницијативе указали су на то да је Споразум неуставан јер не садржи тзв. заштитну клаузулу. То није случај са другим споразумима ове врсте, а које нису сматрали неуставним. Стога се наметнуо закључак да се од Суда тражи активно поступање, што је у образложењу Решења оцењено као неосновано.

Питање обрачуна износа пензија за лица која су ово право стекла у мешовитом режиму, односно имају право на делимично потраживање и од Србије и од БиХ, нашло се још једном пред Уставном судом. Укратко, у Решењу се наводи да је о овом питању већ одлучено, да из навода нове иницијативе не произлази основ за ново одлучивање, те је иницијатива одбачена.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Закон о ратификацији Споразума између Савезне Републике Југославије и Босне и Херцеговине о социјалном осигурању (“Службени лист СЦГ – Међународни уговори”, број 7/03).

<sup>53</sup> Решење о неприхватању иницијативе, IУ-279/2006, од дана 16.12.2010. године.

<sup>54</sup> Решење о одбацивању иницијативе, Iум-67/2011, од дана 29.03.2012. године.

Наведена проблематика оспорена је пред Уставним судом и у погледу предметног споразума са Црном Гором.<sup>55</sup> Као и у случају Споразума са БиХ, спорно питање поново се тицало обрачуна износа пензија у складу са чланом 42.<sup>56</sup> Подносиоци иницијативе су истакли да је предвиђена ретроактивна примена Споразума, противно члану 197. Устава. Ипак, Суд је установио да оспорено решење „задовољава услов легитимности и разумности, као и правичности, и као такво је, по оцени Уставног суда, уставноправно прихватљиво.“<sup>57</sup> У образложењу се наводи да правноснажност даје својство непромењивости акту, док се заснива на непромењеном чињеничном и правном основу. Напротив, Суд додаје, у овом случају је створен правни оквир за утврђивање стварног (другог) чињеничног стања и с тим у вези, за промену правног стања путем примене националних прописа, а иницијатива је одбачена. Треба напоменути да набројана питања из два споразума о социјалном осигурању нису једина која су у овим предметима разматрана, али су међународноправно најрелевантнија.

Затим, пред Уставним судом се нашло и питање уставности услова и начина продаје НИС-а. Истовремено, подносиоци иницијативе тражили су од Уставног суда да обустави извршење појединачних аката усвојених након потписивања Споразума, до доношења одлуке, те да обустави реализацију продаје 51% капитала НИС-а. Иницијатива није прихваћена, а захтев за обуставу извршења је одбачен на основу чињенице да је о иницијативи за право коначно одлучено.<sup>58</sup> Важно је сагледати које основе (не)уставности су истакли подносиоци иницијативе.

Првенствено је истакнута повреда чланова који се регулишу економско уређење и јавне финансије државе.<sup>59</sup> Основа аргументације

---

<sup>55</sup> Закон о потврђивању Споразума између Републике Србије и Републике Црне Горе о социјалном осигурању (“Службени гласник РС – Међународни уговори”, број 102/07).

<sup>56</sup> “Пензије које су, од 1. јануара 2002. Године до дана ступања на снагу овог споразума, утврђене према правним прописима једне државе уговорнице уз урачунавање пензијског стажа навршеног према правним прописима друге државе уговорнице, носиоци ће, по службеној дужности, поново одредити и обрачунати износ пензије применом одредаба овог споразума, при чему се правноснажност донетог решења неће сматрати препреком за поновно одређивање.“

<sup>57</sup> Решење о одбацивању иницијативе, Iум-215/2008, од дана 20.12.2012. године.

<sup>58</sup> Решење о неприхватању иницијативе, Iум-159/2008, од дана 16.07.2009. године.

<sup>59</sup> Чл. 82, 84, 86 Устава РС.

услерена је ка повлашћеном положају купаца НИС-а, неконкурентном стицању државне имовине итд. Чланом 82 Устава начелно је одређено да „економско уређење у Републици Србији почива на тржишној привреди, отвореном и слободном тржишту, слободи предузетништва, самосталности привредних субјеката и равноправности приватне и других облика својине.“ У том погледу, подносиоци представке су навели да је цитирани члан повређен путем члана 9 Споразума<sup>60</sup>, који је предвидео обавезу Републике Србије да непосредном погодбом изврши продају нафтне индустрије. Поред тога, наводи се и то да је Руска Федерација, односно „Газпром“ стављен у неједнак - повлашћен положај у односу на друге субјекте (монополски положај), па је из тога настало и кршење члана 84 Устава РС<sup>61</sup> (наводи се и кршење Закона о приватизацији). Уз то истакнута је тврдња да је Споразум економски штетан, имајући у виду купопродајну цену.

Конечно, ни у процесном смислу, по мишљењу подносилаца представке, оспорена одредба није у складу са Уставом. Правни поредак не садржи закон којим се дозвољава отуђење државне имовине „без спроведеног поступка и кроз међународни уговор који не садржи ни конкретне и битне елементе овако крупног правног посла“<sup>62</sup>, те је на тај начин наступила и повреда члана 86(3) Устава, којим је установљено да се „средства из јавне својине отуђују на начин и под условима утврђеним законом.“ Закон о приватизацији наведен је као примењив у овој ситуацији.

---

<sup>60</sup> Чл. 9 Споразума гласи: „У циљу реализације пројекта реконструкције и модернизације технолошког комплекса Акционарског друштва „Нафтна индустрија Србије“ српска Страна продаје Отвореном акционарском друштву „Газпром“, или афилираном лицу (компанији-кћерки) коју оно одреди, 51-процентни удео учешћа у Акционарском друштву „Нафтна индустрија Србије“, под условима које они договоре, полазећи од тога да се Акционарско друштво „Нафтна индустрија Србије“ са стоји од целокупне имовине која се налази у његовом власништву на дан 31. децембар 2007. године, укључујући (али не ограничавајући се тиме) објекте за добијање, производњу, прераду, транспорт и пласман нафте и нафтних деривата.“

<sup>61</sup> Чл. 84 (1): „Сви имају једнак правни положај на тржишту.“; Чл. 84 (2): „Забрањени су акти којима се, супротно закону, ограничава слободна конкуренција, стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја.“

<sup>62</sup> Решење о неприхватању иницијативе, Јум-159/2008, од дана 16.07.2009. године.

Уставни суд није усвојио наведене аргументе. Наиме слободно тржиште уједно подразумева и слободно располагање државе својим уделом у НИС-у, уз напомену парламентарне ратификације Споразума. Исто тако, ова одредба начелне природе не имплицира нужно законско уређење поступка отуђења државне имовине. Таква обавеза се налази у члану 85 Устава<sup>63</sup>, уз алтернативно и равноправно навођење закона и међународног уговора. Стога је у образложењу закључено да је уређење услова и поступка отуђења имовине у својини државе путем билатералног уговора, у складу са Уставом. По питању економске целисходности закљученог Споразума, Уставни суд се огласио ненадлежним *ratione materiae*<sup>64</sup>, а у тексту Решења прецизирано је како „давање овлашћења Влади да преговара и одреди цену продаје имовине у државној својини у оквиру Споразумом утврђене узајамно корисне сарадње, по оцени Суда, у сагласности је са Уставом утврђеним положајем Владе да води политику и извршава законе и друге опште акте Народне скупштине.“ На крају, истим резоним оцењен је и навод у вези са Законом о приватизацији, јер Уставни суд није надлежан да одлучује о сагласности потврђених међународних уговора са законима. Притом Споразум је по члану 16 Устава непосредно примењив и има суперматију над законима и другим општим правним актима.

У светлу теме рада, претходно анализираног Решења, економскоправне проблематике у оквирима међународног права и поменутог Закона о приватизацији<sup>65</sup>, сматрамо да је вредна пажње и следећа ситуација. Европски суд за људска права тумачећи и примењујући Европску конвенцију о људским правима врши утицај на националне правне системе. Иако је Конвенција непосредно примењива, ефекти Европске конвенције „посредним“ путем (пресуда) чини се да имају најмање једнак домашај. Управо из низа готово идентичних ситуација, досуђених на штету Републике Србије, настала је снажна реакција најважнијих чинилаца српског правног система – у правцу хармонизације са стандардима примене Европске конвенције. Дошло је до кршења права на имовину и права на суђење у разумном року, због

---

<sup>63</sup> “Страна физичка и правна лица могу стећи својину на непокретностима, у складу са законом или међународним уговором“.

<sup>64</sup> У чл. 167. Устава РС набројане су надлежности Уставног суда и међу њима није оцена сврсисходности општих правних аката, па ни међународних уговора.

<sup>65</sup> Закон о приватизацији, “Службени гласник РС“, бр. 38/01, 18/03, 45/05, 123/07 и 30/10).

неоправдано дугог одлагања наплате потраживања (бивших) радника привредних субјеката у реструктурирању, тј. недовршеном поступку својинске трансформације. Укратко, чланом 20(ж) Закона о приватизацији било је онемогућено да се спроводе извршни поступци над субјектима приватизације, односно над њиховом имовином. Поред учешћа легислативне власти, важно је споменути нормативну и ефективну улогу Агенције за приватизацију и Народне банке Србије.<sup>66</sup>

У У случају *Качапор и друге подносиоце представки против Србије* где се такође радило о дуговањима друштвеног предузећа према (бившим) запосленим лицима у том предузећу, Суд је ова предузећа назвао „реликтом бившег југословенског комунизма и самоуправљања.“<sup>67</sup> Истакнуто је и то да ова предузећа од 2002. године не могу без сагласности Агенције за реституцију доносе одлуке које се односе на узимање и давање зајмова или успостављање хипотеке на њиховој имовини итд. На темељу сличних чињеница и исте правне проблематике, настао је читав низ пресуда Европског суда за људска права.<sup>68</sup>

Након што је став о прекиду извршних поступака, у наведеним случајевима<sup>69</sup> довео до кршења Европске конвенције, дошло је до

---

<sup>66</sup> У анализираним случајевима неопходно је учинити осврт и на питање приписивости аката једне специфичне категорије привредних субјеката туженој држави. Истовремено напомињемо да се кроз овај однос одговорности прожима неколико института привредног, управног и грађанског процесног права. Можемо рећи да имају двоструку улогу у том смислу што су од непосредног значаја за установљавање кршења права из Конвенције, при чему начин њихове примене некада говори и о степену укључености и одговорности државних органа у односу на друштвена предузећа. Без детаљније анализе тих материјалноправних питања, осврт је учињен на аспект самосталности друштвених предузећа у одлучивању и реализацији својих одлука. На основу тога је Суд донео закључке о сегменту поменутог односа који је у овом поглављу релевантан, а то је питање приписивања одговорности за кршење права из Конвенције настало у вези са приватизацијом и реструктурирањем друштвених предузећа у Србији.

<sup>67</sup> *Качапор и друге подносиоце представки против Србије*, (пред. бр. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 и 3046/06), Пресуда од 15. јануара 2008, 71.

<sup>68</sup> Влаховић против Србије, (пред. бр. 42619/04), Пресуда од 16. децембра 2008.; Томић против Србије, (пред. бр. 25959/06), Пресуда од 26. јуна 2007.; Гришевић и други против Србије (пред.бр. 16909/06, 38989/06 и 39235/06), Пресуда од 21. јула 2009.

<sup>69</sup> Навођење пресуда је егземпларно, њиме се не исцрпљује круг пресуда насталих из ове правне ситуације.

реакције Министарства за људска и мањинска права и Апелационог суда у Крагујевцу, који су се обратили Врховном касационом суду. Овај Суд је усвојио правно схватање супротно поменутој одредби Закона и заузео став да ће се извршни поступци наставити и окончати.<sup>70</sup> Тиме је потенцијално дошло до нарушавања начела поделе власти<sup>71</sup>. Ипак није оправдано одузети сваки легитимитет овом правном схватању, знајући да је поступио на линији аргументације Европског суда, а да је Уставни су одбацио иницијативу за оцену уставности спорног Закона, наводећи да је спорно ограничење привременог карактера и да из циља поступка приватизације произлази да ће се спровести у што краћем (разумном) року.<sup>72</sup>

Напоследку је Уставни суд самоиницијативно<sup>73</sup> и мериторно “сагласно ставу Уставног суда и Европског суда за људска права” утврдио неуставност оспореног члана Закона о приватизацији.<sup>74</sup> Вреди приметити да је до ове Одлуке дошло поводом кршења Европске конвенције о људским правима, која се систематски, логички и хијерархијски налази између Устава и оспореног Закона. Уједно Европска конвенција о људским правима је контекстуално посматрано изнад, али не и изван српског правног система, те сходно цитираној Одлуци, представља значајан корективни фактор на путу остваривања ефикасне заштите људских права у Србији.

---

<sup>70</sup> Коначни текст правног схватања о спровођењу извршења са одвојеним мишљењем од 22.2.2011., Врховни касациони суд, Билтен, 2011, бр. 1: “Извршни поступци који се односе на наплату новчаних потраживања из радног односа утврђених извршним исправама против дужника, субјекта приватизације у реструктурирању, неће се прекидати. Прекинути поступци ће се наставити и окончати.”

<sup>71</sup> Чл. 31 Закона о уређењу судова, „Сл. Гласник РС“, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016 и 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС).

<sup>72</sup> Решење о неприхватању иницијативе, Иуз-98/2009, од дана 22. јуна 2011. године.

<sup>73</sup> Решење о покретању поступка Уставног суда, Иуз-95/2013, од дана 14. новембра 2013. године.

<sup>74</sup> Одлука о утврђивању несагласности, Иуз-95/2013, од дана 14.11.2013. године.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

У погледу нормативних аспеката посматране проблематике, сматрамо да би требало прецизније и систематичније уредити питање *потврђених међународних уговора*. Уједно практичније решење поступка и ефеката уставносудске контроле међународних уговора, било би увођење претходне контроле уставности.

Из приказаних одлука, могли смо да видимо да су се у досадашњој пракси различита питања постављала као основ одлучивања о неуставности међународних уговора. Разумљиво је да специфичан међународноправни статус АП Косова и Метохије мотивише различите субјекте да уставносудским путем покушају да обезбеде пуну заштиту основних вредности Устава. У том контексту, анализирани одлуке Уставног суда сведоче о доследном тумачењу међународноправних норми, али и конзистентном приступу уставног положаја АП Косова и Метохије. Иако не би требало занемарити, у најмању руку, хибридни форму оспорених одредаба Бриселског споразума, оне и даље формалноправно не производе непосредно правно дејство у домаћем правном поретку. Узимајући у обзир и друге анализирани одлуке у вези са питањем јужне српске Покрајине, сада већ можемо говорити и о референтној пракси Уставног суда у овом пољу, истина невеликој, али значајној. Наиме, у опусу питања којима се Уставни суд бавио наша су се овлашћења УНИМИК-а, правна природа и степен обавезности одређених мултилатералних аката итд.

Када говоримо о другој групи анализираних одлука, запажамо да је и Уставни суд екстензивно приступио питању ретроактивности. Сличан принцип налазимо и у раду Европског суда за људска права, на нешто другачији начин, у примени концепта „трајне повреде права“. Дакле, ради се о правној еластичности која аптрахује строге поставке националног правног оквира и начела. Она налази примену како у билатералним уговорима о правима грађана, што је Уставни суд препознао и заштитио, тако и пред Европским судом обједињујући једну трајну чињеничну ситуацију у јединствен (портив)правни акт државе.

Без обзира на рад Уставног суда, да би се хармонизација националног и међународног права у што већој мери остварила, неопходно је језички прецизирати анализирани норме Устава. Једнако важно, не сме се занемарити потпуна телеолошка хармонизација уставних и законских норми, којима се регулише област примене међународног

права. Само тако можемо говорити о примени међународног права у домаћем правном поректу, без приказаних несавршености.

Несумњиво се намеће потреба за одређеним редефинисањем материјалноправних и процесноправних елемената од значаја за примену међународног права. Тиме не само да се чувају суштинске вредности уставног уређења и друштвено-политичког поретка државе, већ се снажно доприноси суштинском усклађивању националног и међународног правног оквира. На примеру једне Одлуке Уставног суда могли смо да видимо како, поводом примене, али и кршења, Европске конвенције о људским правима, долази до уједначавања стандарда заштите људских права.

Управо зато се предлажу механизми за превенцију неусклађености међународних уговора и Устава. Свакако најзначајнији инструмент у том погледу јесте претходна контрола уставности, како би се избегли недовршени правни институти, од којих су неки приказане у овом раду. Уједно би се избегла могућност да се држава нађе у незавидној позицији, те да сноси одговорност за кршење међународне обавезе. Можда није неопходно напомињати да осим материјалноправног аспекта, таква одговорност неупитно доводи до политичке и моралне штете, у бољем случају. Лошији сценарио упућује на материјалну накнаду штете и/или нарушавање међудржавних билатералних или мултилатералних односа. Све то засигурно није циљ. Зато се само одговарајућом уставном реформом, а нипошто производњом новог конгломерата, може формирати јасан правни след, доводећи до правне сигурности и предвидивости. Тада ће улога Уставног суда бити раритетни заштитни и интерпретативни механизам, са могућношћу да сасвим прикладно оствари и одговарајућу правнокреативну улогу.



ЛИТЕРАТУРА:

1. Basic Law for the Federal Republic of Germany, Promulgated by the Parliamentary Council on 23 May 1949 as amended up to June 2008, Published by: German Bundestag – Administration – Public Relations Division, Berlin, 2008.
2. Resolution 1244 (1999) / adopted by the Security Council at its 4011th meeting, on 10 June 1999.
3. Spain's Constitution of 1978 with Amendments through 2011, доступан на [https://www.constituteproject.org/constitution/Spain\\_2011.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=en)
4. United Nations, *Charter of the United Nations*, 24 October 1945, 1 UNTS XVI, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3930.html>
5. Аземи против Србије, представка број 11209/09, Одлука од 5. новембра 2013. године, доступна на [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22002-9116%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22002-9116%22])
6. Б. М. Ненадић, „О неким аспектима односа уставних и редовних судова“, *Зборник радова са Округлог стола на тему Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права*, 1963-2013., Београд, 2013, 71-111.
7. Б. М. Ненадић, *О јемствима независности уставних судова, са посебним освртом на Уставни суд Србије*, Београд, 2012.
8. В. Ђурић, *Устав и међународни уговори*, Београд, 2007.
9. Влаховић против Србије, (пред. бр. 42619/04), Пресуда од 16. децембра 2008.
10. Гришевић и други против Србије (пред.бр. 16909/06, 38989/06 и 39235/06), Пресуда од 21. јула 2009.
11. Закључак Уставног суда, ИУо број 756/2012, од дана 19. децембра 2013. године.
12. Закон о потврђивању Мултилатералног споразума између Европске заједнице и њених држава чланица, Републике Албаније, Босне и Херцеговине, Републике Бугарске, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Исланд, Републике ЦрнеГоре, Краљевине Норвешке, Румуније, Републике Србије и Мисије привремене управе Уједињених нација на Косову (у складу са Резолуцијом Савета безбедности УН 1244 од 10. јуна

- 1999) о успостављању Заједничког европског ваздухопловног подручја ("Службени гласник РС – Међународни уговори", број 38/09).
13. Закон о потврђивању Споразума између Краљевине Белгије и Републике Албаније, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Молдавије, Црне Горе, Републике Србије и Мисије привремене управе Уједињених нација на Косову у име Косова у складу са Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација 1244 о привилегијама и имунитетима Секретаријата Споразума о слободној трговини у централној Европи ("Службени гласник РС - Међународни уговори", број 38/09).
  14. Закон о потврђивању Споразума између Републике Србије и Републике Црне Горе о социјалном осигурању ("Службени гласник РС – Међународни уговори", број 102/07).
  15. Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране ("Службени гласник РС – Међународни уговори", број 83/08).
  16. Закон о ратификацији Споразума између Савезне Републике Југославије и Босне и Херцеговине о социјалном осигурању ("Службени лист СЦГ – Међународни уговори", број 7/03).
  17. Закон о закључивању и извршавању међународних уговора, ("Службени гласник РС", бр. 32/2013)
  18. Закон о уређењу судова, („Сл. Гласник РС“, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016 и 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС).
  19. Закон о уставном суду („Службени гласник РС“, бр. 109/2007, 99/2011, 18/13- Одлука УС, 40/15 и 103/15).
  20. *Качапор и друге подносиољке представки против Србије*, (пред. бр. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 и 3046/06), Пресуда од 15. јануара 2008.
  21. Коначни текст правног схватања о спровођењу извршења са одвојеним мишљењем од 22.2.2011., Врховни касациони суд, Билтен, 2011.

22. Одлука Владе о поништавању противправних аката привремених органа самоуправе на Косову и Метохији о проглашењу једностране независности („Службени гласник РС“, број 18/08).
23. Одлука о прихватању Извештаја о досадашњем процесу политичког и техничког дијалога са Привременим институцијама самоуправе у Приштини уз посредовање Европске уније, укључујући процес имплементације постигнутих договора („Службени гласник РС“, број 38/13), од 26. априла 2013. Године.
24. Одлука о утврђивању несагласности, Јуз-95/2013, од дана 14.11.2013. године.
25. Резолуција о основним принципима за политичке разговоре са привременим институцијама самоуправе на Косову и Метохији („Сл. гласник РС“, бр. 4/2013).
26. Решење о одбацивању иницијативе, Јум-133/2009 од дана 17. октобра 2012. године.
27. Решење о покретању поступка Уставног суда, Јуз-95/2013, од дана 14. новембра 2013. године.
28. Решење о неприхватању иницијативе, ЈУ-279/2006, од дана 16.12.2010. године.
29. Решење о неприхватању иницијативе, Јум-159/2008, од дана 16.07.2009. године.
30. Решење о неприхватању иницијативе, Јум-165/2008, од дана 09.06.2011. године.
31. Решење о неприхватању иницијативе, Јуз-98/2009, од дана 22. јуна 2011. године.
32. Решење о одбацивању иницијативе, Јум-132/2009 од дана 31. октобра 2012. године.
33. Решење о одбацивању иницијативе, Јум-215/2008, од дана 20.12.2012. године.
34. Решење о одбацивању иницијативе, Јум-67/2011, од дана 29.03.2012. године.
35. С. Гајин, *Људска права, правно-систематски оквир*, Београд, 2011.
36. С. Ђајић, „Правни положај и закључивање међународних уговора без сагласности парламента у правном систему Републике Србије“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом*

- Европске уније, тематски зборник*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 2020, 153-174.
37. С. Ђајић, „Устав, судови и међународно право: критички осврт на тумачење међународног права Уставног суда Републике Србије“, *Тематски зборник, Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2013
38. С. Орловић, *Владавина устава или уставног судства*, Центар за издавачку делатност Правног факултета, Нови Сад, 2013.
39. С. Орловић, Н. Рајић, „Застој у поступку нормативне контроле – прилог расправи о заштити објективне уставности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, 2017, 1471-1484.
40. С. Орловић, Н. Рајић, „Улога Уставног суда у развоју уставних система Италије и Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, 2020, 121-140.
41. Статут Међународног суда правде, United Nations, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946, available at: <https://www.refworld.org/docid/3deb4b9c0.html>
42. Томић против Србије, (пред. бр. 25959/06), Пресуда од 26. јуна 2007.
43. Уредба о овлашћењима привремене управе на Косову бр. 1999/1 од 25. јула 1999. године.
44. Устав Републике Србије, („Сл. Гласник РС“, бр. 98/2006).

Stefan RADOJČIĆ

Teaching Assistant, University of Novi Sad, Faculty of Law

JURISPRUDENCE OF CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC  
OF SERBIA IN DECIDING ON COMPLIANCE OF INTERNATIONAL  
TREATIES WITH THE CONSTITUTION

**Summary**

The issue of the relation of international and national law encompasses various legal institutes and different approaches. Starting from different theoretical approaches to this relation, followed by norms of international and national law, and then judicial decisions both, international and national ones. In this paper, a chosen aspect of the analysis relates to the constitutional control of international treaties, before the Constitutional Court of the Republic of Serbia. In that manner, we provide a closer determination of a compatibility of ratified international treaties with the Constitution. Also, attention is drawn to a category of 'unratified' international treaties which the Republic of Serbia is a member of. That issue is particularly important in the context of judicial control of hybrid legal acts, with elements of international treaty, which was a subject matter of cases before the Constitutional Court. Further to that, we can find several decisions on disputed bilateral treaties, from which certain principles can be derived. The aim of the paper is to analyse the role of Constitutional Court as a 'negative legislator', in light of the existing practice. In that regard, it is important to note potential constitutional and legal solutions, by which some similar doubts could be avoided in the future.

**Key words:** international treaty, Constitution, Constitutional Court of the Republic of Serbia, Brussels Agreement



прегледни рад  
достављен: 30. 03. 2022.  
прихваћен за објављивање: 30. 04. 2022.  
УДК 342.729:331.109.3

Јована МИСАИЛОВИЋ\*

## ПРАВО НА ШТРАЈК – ДЕРИВАТ ЕВОЛУЦИЈЕ ЉУДСКИХ ПРАВА\*\*

### Апстракт

Штрајк је прекид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних и економских интереса по основу рада. Иако је право на штрајк једно од најзначајних права чијем остварењу радници прибегавају са циљем да остваре своја права нарушена од стране послодавца, право на штрајк је често оспоравано, а сâм штрајк неретко посматран као акција радника која укључује насиље и принуду, крши основне либералне слободе а понекад може угрозити јавни ред и мир у држави. У раду се анализира право на штрајк као људско право кроз сумирани приказ делатности Међународне организације рада у погледу уређивања права на штрајк, јуриспруденције Европског суда за људска права и Европског суда правде, и уз приказ уређивања законитости штрајка у упоредном и домаћем праву.

**Кључне речи:** штрајк, право на штрајк, Међународна организација рада, Европски суд за људска права, Европски суд правде.

### 1. ПРАВО НА ШТРАЈК – ОДРАЗ ГРАЂАНСКЕ СЛОБОДЕ

Право на штрајк није само уставно начело и демократски стандард свих савремених правних система, већ и дериват еволуције фундаменталних људских права, који можемо посматрати из раличитих углова: као социјално и економско право запослених, као политичко право, радикалан метод исказивања радничког незадовољства, начин

---

\* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Србија, j.misailovic@iup.rs.

\*\* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Додатне анализе уз алтернативни Закон о раду“ у сарадњи Центра за достојанствен рад и *Olof Palme Center*.

притиска на послодавца (или државу)... Међутим, пре свега, право на штрајк је грађанско право и један од значајних показатеља грађанских слобода. Само потпуно слободан грађанин има право на штрајк док са друге стране, запослени која нема право на штрајк, сигурно се не може окарактерисати као потпуно слободан грађанин.<sup>1</sup> Зато, свака либерална демократија признаје право на штрајк. Независно од тога чак и за либерална друштва штрајк неретко представља озбиљан проблем – он укључује насиље и принуду, крши неке основне либералне слободе а понекад се сматра да се током процеса штрајка може угрозити јавни ред и мир у држави. Штрајкови су такође, један од најчешћих облика ометајућег колективног протеста у модерној историји. Иако се бележи пад у погледу броја штрајкова који се организују широм света, од врхунца 1970 -их година, они и даље могу играти значајне улоге у животима људи,<sup>2</sup> уколико им се прибегава са разумним и реалним захтевима.

Поред значаја који има у погледу заштите и остваривања права радника, право на штрајк често је било оспоравано. Иако је признато многим међународним инструментима укључујући Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. године, Међуамеричку повељу о социјалним гаранцијама из 1948. године, Европску социјалну повељу из 1961. године и Додатни протокол на Америчку конвенцију о људским правима на плану економских, социјалних и културних права из 1988. године, право на штрајк се готово увек доводило у контекст елемента права на слободу удруживања и/или права на колективно преговарање.<sup>3</sup> Радничка солидарност омогућава

---

<sup>1</sup> Д. Костић, *Право на штрајк у међународном и упоредном праву*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2014, 46.

<sup>2</sup> А. Gourevitch, „The Right to Strike: A Radical View”, *American Political Science Review*, 2018, <https://www.cambridge.org/>, 11.март 2022. године.

<sup>3</sup> Први међународни уговор универзалног карактера који је експлицитно признао право на штрајк јесте Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. године. У овом документу, предвиђено је чланом 8 да се право на штрајк врши у складу са законом који регулише начин остваривања овог права. Европска социјална повеља из 1961. године, са друге стране, је први међународни уговор на снази који је признао изричито право на штрајк и у случају интересних колективних спорова. Додатно, важно је указати да су ограничења права на штрајк допуштена када је то неопходно у демократском друштву због заштите права и слобода других или ради заштите јавног интереса, националне сигурности, јавног здравља и морала. Више вид. Б. Урдаревић, „Дефинисање права на штрајк у међународном и регионалном праву“, *Правна ријеч*, бр, 1, 2004, 409-425.



радницима да превазиђу ограничења својствена склапању појединачних уговора о раду, постигну поштене услове рада и учествују у доношењу одлука које утичу на њихов живот и друштво у целини. У случају одсуства права на штрајк, радницима би било значајно теже да остваре своје циљеве с обзиром на неједнаку моћ између радника и послодавца. Из ове премисе потиче став да слобода удруживања подразумева не само право радника и послодавца да слободно формирају организације по свом избору, већ и право да се баве колективним активностима за одбрану радног, друштвеног и економског положаја радника.<sup>4</sup> Право на штрајк није само уско везано за слободу удруживања, већ и за право на колективно преговарање. У теорији се истиче да би се сузбијање законитих штрајкова у циљу остваривања права на колективно преговарање значило неоправдано мешање у акције радника у циљу остваривања својих колективних права.<sup>5</sup> Без права на штрајк, право на колективно преговарање не би било ништа друго него право на „колективно просјачење“.<sup>6</sup> Ово вреди, с обзиром на претње отказом, нехумне услове рада или превазилажење обима права којима послодавци располажу, те се одговарајућа противтежа на страни радника у виду претње привременог прекида рада чини оправданом.

## 2. ПРАВО НА ШТРАЈК И МЕЂУНАРОДНА ОРГАНИЗАЦИЈА РАДА

Упркос томе што је у пракси прихваћен за један од најважнијих стандарда рада, дефиниције права на штрајк не постоји ни у једном од обавезујућих инструмената Међународне организације рада (у даљем тексту: МОР).

Право на штрајк није поменуто у Уставу МОР-а као ни у Филаделфијској декларацији. Конвенција бр. 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права (у даљем тексту: Конвенција бр. 87) не садржи специфично упућивање на право на штрајк. Додатно, не постоји текстуално препознавање нити универзална дефиниција права на штрајк у оквиру конвенција и препорука које чине скуп норми МОР-а. Ипак, може се рећи да је кроз историју активности МОР-а постојао широк консензус међу њеним члановима о постојању права на штрајк, а које произилази из

---

<sup>4</sup> J. S. Vogt, „The Right to Strike and the International Labour Organisation (ILO)”, *King’s Law Journal*, Vol. 27, No. 1, 2016, 125.

<sup>5</sup> „Enhancing the right to strike“, *Institute of Employment Rights Journal*, Vol. 1, No. 1, 2018, 48.

<sup>6</sup> J. Vogt, *op. cit.*, 125.

диспозиције Конвенције бр. 87. У том смислу, право на штрајк разуме се као темељни аспект слободе удруживања.<sup>7</sup> Као што је Џенис Белас (*Janice Bellace*) истакла: „Државе чланице МОР-а препознале су право на штрајк као нераскидиво повезано, али и као неизбежну последицу права на слободу удруживања”.<sup>8</sup>

Признавање права на штрајк као основног права у контексту стандарда МОР-а резултат је рада који су углавном обављала два надзорна тела: Комитет за слободу удруживања и Комитет експерата за примену конвенција и препорука. Оба Комитета доследно су указивала да постоји основно право на штрајк које проистиче из садржаја Конвенције бр. 87, а посебно из чланова 3 и 10.<sup>9</sup> Тумачење оба Комитета засновано је на идеји, израженој у овим члановима, да су државе чланице МОР-а дужне да поштују и штите аутономију организација послодаваца и радника чија је сврха да бране и износе интересе својих чланова. На тај начин, неједнакост моћи преговарања која постоји између послодаваца и радника може се уравнотежити путем колективних акција, које су једини начин на располагању радницима да изврше притисак на послодавце не би ли побољшали своје услове рада.<sup>10</sup> Комитет за слободу удруживања препознао је претходно наведено као стварност још током првих дана свог рада и закључио да је право на штрајк суштински аспект принципа слободе удруживања који потиче из Декларације МОР-а из Филаделфије и

---

<sup>7</sup> L. García, J. Andrés, „The right to strike as fundamental human right: recognition and limitations in international law”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, No. 3, 2017, 784.

<sup>8</sup> J. Bellace, „The ILO and the right to strike”, *International Labour Review*, Vol. 153, No.1, 2014, 29.

<sup>9</sup> Члан 3 Конвенције број 87: „Радничке и послодавачке организације имају право на доношење својих статута и административних правила, слободних избора својих представника, организовање свога управљања и делатности и формулисања свога акционог програма. Јавне власти морају се уздржавати сваке интервенције такве природе која би имала за циљ ограничење овога”.

Члан 10 Конвенције број 87: „У овој конвенцији, израз "организација" означава сваку организацију радника и послодаваца која има за циљ унапређење и заштиту интереса радника и послодаваца.“ Уредба о ратификацији Конвенције број 87 Међународне организације рада о синдикалним слободама и заштити синдикалних права, „Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори“, бр. 8/58.

<sup>10</sup> У Препоруци бр. 92 МОР-а о добровољном мирењу и арбитражи, штрајк се директно помиње - „ако добровољни споразум свих заинтересованих страна укључује поступак мирења, стране треба охрабрити у току овог поступка да се уздрже од штрајкова и локаута“. ILO Recommendation No. 92, чл. 1, ст. 4, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R092](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R092), 15.март 2022. године.

Конвенције бр. 87.<sup>11</sup> Стога, могло би се закључити да су чланови Комитета за слободу удруживања веровали да је право на штрајк имплицитно гарантовано текстом Конвенције којом се гарантује слобода удруживања. Слична концепција се може наћи у извештајима Комитета експерата који је упућивао на постојање права на штрајк под истим условима као и Комитет за слободу удруживања. Забележени су врло слични приступи које су оба тела усвојила приликом процене „положаја“ права на штрајк у оквиру стандарда МОР-а.<sup>12</sup> На тај начин, иако неписано, право на штрајк заштићено је стандардима МОР-а и установљен је значај заштите права на штрајк у контексту слободе удруживања и синдикалних права.

Међутим, последњих година све чешће долази до полемике у погледу места права на штрајк и улоге надзорних механизма МОР-а, посебно Комитета експерата. Представници послодаваца су снажно оспоравали постојање права на штрајк<sup>13</sup> указујући да је Комитет експерата прекорачио своја овлашћења стварајући оно што се чини преовлађујућим и неограниченим правом на штрајк без потпоре за то у конвенцијама МОР-а.<sup>14</sup>

У литератури се такође, могу пронаћи и мишљења према којима је Комитет експерата обављао свој задатак формулишући право на штрајк кроз далекосежну, неограничену слободу штрајка, чиме су прекршили обим овлашћења који им је дат.<sup>15</sup> Међународна организација послодаваца је непостојање гаранције права на штрајк експлицитно садржаног у тексту конвенција МОР-а искористила како би одбранила идеју о нелегитимности постојања права на штрајк упућујући да припремни материјали за Конвенцију бр. 87 као и Конвенцију бр. 98 о праву на организовање и колективно преговарање, убедљиво показују да ниједном

---

<sup>11</sup> J. Bellace, *op. cit.*, 48.

<sup>12</sup> L. García, J. Andrés, *op. cit.*, 785.

<sup>13</sup> C. La Hovar, „The ILO’s Employers’ Group and the right to strike“, *Transfer European Review of Labour and Research*, Vol. 22, No.3, 2016, 401.

<sup>14</sup> Посебно је значајна 2015. година када су владе држава чланица МОР-а изразиле подршку признавању права на штрајк као једног од права који припадају језгру људских права, супротстављајући се на тај начин организацијама послодаваца које су снажно негирале заштиту права на штрајк у оквирима нормативе МОР-а. D. Blackburn, „The right to strike is protected under international law“, *Socialist Lawyer*, No. 70, June 2015, 6.

<sup>15</sup> A. Wisskirchen, „The standard-setting and monitoring activity of the ILO: Legal questions and practical experience“, *International Labour Review*, Vol. 144, No.3, 2005, 288.

од наведене две конвенције „право на штрајк није - нити је требало да буде предвиђено“.<sup>16</sup>

Наведено становиште може се сматрати оправданим уколико се осврнемо на чињеницу да је једино тело овлашћено да пружи дефиницију тумачења стандарда МОП-а - Међународни суд правде.<sup>17</sup> С обзиром на то да не постоји текстуално признавања права на штрајк, сматрано је да је Комитет експерата - техничко тело, прекорачио свој мандат, између осталог, развивши детаљан скуп принципа у вези са обимом и границама права на штрајк.<sup>18</sup>

Иако не постоји јасна изјава којом се признаје право на штрајк у било којој конвенцији, оно је постепено прихваћено као основно право радника према Конвенцији бр. 87. Тај процес стварања праксе укључивао је и главне органе МОП-а, а не само Комитет експерата, те се оправданим може учинити закључак да за признавање права не мора постојати њихово експлицитно уређење у писаним актима. До 1959. године, мање од једне деценије након ступања на снагу Конвенције бр. 87, Комитет експерата је у свом првом Општем прегледу у којем је детаљно анализирана слобода удруживања, пружио и анализе о праву на штрајк у одељку који одговара члану 3 поменуте Конвенције. Том приликом утврђено је да „забрана штрајка радника који нису јавни функционери и који делују у име јавних овлашћења ... понекад може представљати значајно ограничење потенцијалних активности синдиката“. Додатно, Комитет експерата такође је утврдио да су забране права на штрајк у супротности са члановима 8 и 10 Конвенције бр. 87.<sup>19</sup> Неколико деценија касније,

---

<sup>16</sup> International Organisation of Employer, *Comments for the General Survey 2012 on Fundamental ILO Conventions: Comments on Conventions Nos 87 and 98?*, 2011-07-07 ILC CAS 2012 IOE Submission on the General Survey (ioe-emp.org), 17. март 2022. године.

<sup>17</sup> Међународни суд правде је главни судски орган Уједињених нација који поступа у складу са Статутом као саставним делом Повеље УН и Правилником о вођењу поступка. Од 1946. године, када је заменио Стални суд међународне правде основан под покровитељством Друштва народа, Међународни суд правде делује као независно судско тело у чију надлежност спада решавање спорова између држава и давање саветодавних мишљења о правним питањима. И. Ракић, „Међународни суд правде“, *Страни правни живот* бр. 3, 2008, 77.

<sup>18</sup> A. Wisskirchen, *op. cit.*, 288.

<sup>19</sup> ILO, 43rd Session, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations Report III, Part I, 1959, 114-115, [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1959-43\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1959-43).pdf), 15. март 2022. године.

Комитет експерата је поновио наведени закључак указујући да је „право на штрајк једно од основних средстава доступних радницима и њиховим организацијама за промоцију њихових друштвених и економских интереса“.<sup>20</sup> Промовисање и одбрана интереса радника претпоставља начине деловања којима потоњи могу извршити притисак како би се испунили њихови захтеви. У традиционалном економском односу, један од начина притиска који су на располагању радницима је привремена обустава рада, наносећи на тај начин послодавцу трошкове како би им учинио одређене уступке.<sup>21</sup> Право на штрајк једно је од основних средстава доступно радницима и њиховим организацијама ради промовисања њихових економских и друштвених интереса. Комитет експерата поновио је и проширио исти став неколико пута, указујући да је право на штрајк изведено из самог концепта слободe удруживања.

Када је реч о активности Комитета за слободу удруживања, његова улога у погледу указивања на значај и потребу заштите и остваривања права на штрајк није безвредна, имајући у виду да је ово тело указало да се право на штрајк може извести не само из Конвенције бр. 87, већ директније и из одредби Устава МОП-а које се односе на приоритет који треба дати слободи удруживања.<sup>22</sup>

### 3. ПРАВО НА ШТРАЈК У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Право на штрајк није изричито садржано у Европској конвенцији о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП). Међутим, чланом 11 прописано је следеће:

„Свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања са другима, укључујући право на оснивање и придруживање синдикатима ради заштите његових интереса“.

---

<sup>20</sup> ILO, 69th Session, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III, Part 4B, 1983, 62, [http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/download/1983\\_general\\_survey\\_en.pdf](http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/download/1983_general_survey_en.pdf), 15. март 2022. године.

<sup>21</sup> ILO, 81st Session, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4B) (1994), 66, para. 148, Information and reports on the application of Conventions and Recommendations (ilo.org), 15. март 2022. године.

<sup>22</sup> J. Vogt, *op. cit.*, 117.

У предмету, *Enerji Iapi-Iol Sen protiv Turske*,<sup>23</sup> Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) је позван да прегледа допис Управе за јавне службе премијера Турске којима се забрањује запосленима у јавном сектору учешће у националном једнодневном штрајку који је организовао Савез синдиката запослених у јавном сектору како би осигурали право на колективни уговор. У наведеној пресуди ЕСЉП је био следећег става: „Одредбе Европске конвенције о људским правима захтевају да закон дозволи синдикатима, у било ком облику на начин који није у супротности са чланом 11, да делују у одбрани интереса својих чланова. Штрајк, који омогућава синдикату да исказе своје захтеве, представља важан аспект у заштити интереса чланова синдиката“. ЕСЉП је том приликом указао и на то да право на штрајк признају и надзорна тела Међународне организације рада као неодвојиви део права на синдикално удруживања заштићено Конвенцијом бр. 87. Осим тога, указано је и да је Европском социјалном повељом такође, признато право на штрајк као средство за осигурање ефикасног остваривања права на колективно преговарање. Додатно, поводом наведеног случаја ЕСЉП ослонио се на можда најзначајнији случај у којем је одлучивао по члану 11 - *Demir i Baikara protiv Turske*,<sup>24</sup> о поништењу колективног уговора. У овој пресуди је једногласно закључено да је право на колективно преговарање кључан елемент права на слободу удруживања, узимајући у обзир том приликом и стандарде МОП-а, пре свега Конвенцију бр. 98. Позивање на случај *Demir i Baikara protiv Turske* као подршку ослањања на стандарде МОП-а и Европску социјалну повељу о успостављању штрајка као последице права на колективно преговарање заштићеног чланом 11, снажно сугерише да је ЕСЉП прихватио да је право на штрајк подједнако „неопходно“ заштити под окриљем члана 11 Конвенције о људским правима и да кршење самог права на штрајк представља кршење члана 11 Конвенције.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Case of *Enerji Iapi-Iol Sen v. Turkey*, (Application No 68959/01), +<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Application%20No%2068959/01%22%2C%2015.%20mart%202022.%20godine.%7D>

<sup>24</sup> Case of *Demir and Baykara v. Turkey*, (Application no. 34503/97), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-89558%22%7D%7D>, 18. март 2022. године.

<sup>25</sup> J. Vogt, *op. cit.*, 119.; Осим наведених још неколико пресуда потврдило је заштиту права на штрајк по основу члана 11, укључујући: *Danilenkov v Russia*, *Trofimchuk v Ukraine*, *Saime Özcan v Turkey*, *Kaya and Seyhan v Turkey*, *Dilek et al v Turkey*, *48 Urcan v Turkey*<sup>49</sup> and *Karacay v Turkey*.

#### 4. ПРАВО НА ШТРАЈК У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ

Право на штрајк такође је признато у две важне и контроверзне пресуде Европског суда правде (у даљем тексту ЕСП). Први од ових случајева је предмет *Викинг (ITF and FSU v Viking Line ABP)* <sup>26</sup> у којем је ЕСП закључио да: „Мора се подсетити да је право на колективну акцију, укључујући и право на штрајк, признато различитим међународним инструментима попут Европске социјалне повеље - на шта се, штавише, изричито позива у члану 136 Уговора о оснивању Европске заједнице, Конвенцији бр. 87 о слободи удруживања и заштити права на организовање, коју је усвојила Међународна организација рада - и другим инструментима попут Повеље Заједнице о основним социјалним правима радника која се такође помиње у члану 136 Уговора о оснивању Европске заједнице и Повељи о основним правима Европске уније“.<sup>27</sup>

Иако је признао постојање права на штрајк, ЕСП је увео низ ограничења у погледу његовог остваривања у циљу поштовања четири „пословне“ слободе заштићене Уговорима Европске уније - слобода кретања капитала, слобода кретања радника, слобода пословања и пружању услуга у другој држави Европске уније и слобода оснивања предузећа у другој држави Европске уније, пре него што је то могло да буде уређено законски у складу са правом Европске уније. Ова ограничења дају предност слободи пословања у односу на основна људска права и стога се оспоравају као неусклађена са принципима МОР-а и јуриспруденцијом ЕСЉП.<sup>28</sup>

Упркос свему, ипак је важно указати да је ЕСП признао постојање права на штрајк. У другој значјној пресуди *Лавал (Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet)*, ЕСП је закључио: „Право на колективну акцију мора бити признато као основно право које чини саставни део општих начела права Европске заједнице, о чијем се поштовању Суд стара, али упркос томе ово право може подлећи

---

<sup>26</sup> Case C-438/05, *ITF and FSU v Viking Line*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CA0438>, 18. март 2022. године.

<sup>27</sup> J. Vogt, *op. cit.*, 121-122.

<sup>28</sup> *Ibid.*

одређеним ограничењима“.<sup>29</sup> Тако је ЕСПЈ још једном потврдио постојање права на штрајк, истичући да ограничење рада узроковано штрајком може, у принципу, бити оправдано у циљу очувања јавног интереса попут заштите радника, под условом да је утврђено да је ограничење рада погодно за постизање легитимног циља и да не иде даље од онога што је потребно за постизање тог циља.<sup>30</sup>

## 5. ЗАКОНИТОСТ И ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА НА ШТРАЈК У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Право на штрајк данас припада корпусу основних људских права, међутим и поред тога, у одређеним околностима организовање штрајка може бити забрањено, или ограничено обавезом испуњења појединих услова. Општа забрана штрајка није у складу са принципима слободе удруживања али, чак и међународни радни стандарди допуштају могућност забране или ограничавања права на штрајк у оквиру јавног сектора односно делатности од посебног јавног значаја. Током 2020. године забележена су велика ограничења и забране штрајка у земљама широм света. Индустријске акције радника, брутално су прекидане од стране власти, а радници који су користили своје право на штрајк бивали су суочени са дисциплинским казнама и отказима.<sup>31</sup> Услед тога, потребно је да национална законодавства своје интерне потребе за ограничењем права на штрајк прилагоде међународним нормама, јер сваки излазак ван оквира међународно признатих услова за ограничење штрајка може представљати његову супротност, односно онемогућавање права запослених на остваривање и заштиту социјално-економских права организовањем (законитог) штрајка.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Case C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, para. 91, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0341&qid=1634304983700>, 13. март 2022. године.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Према истраживањама Међународне конфедерације синдиката из 2020. године, у 74% држава Европе крши се право на штрајк. *2020 Global Rights Index - The World's Worst Countries for Worker*, International Trade Union Confederation, 2020, 32.

<sup>32</sup> Б. Урдаревић, „Перспективе права на штрајк у Републици Србији“, Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније (Славко Ђорђевић ур.), Правни факултет Универзитет у Крагујевцу, Крагујевац, 2015, 373.



У циљу успостављања неформалне листе услова чијим испуњењем би се штрајк сматрао законитим надзорна тела МОП-а наводе да би услови требало да буду разумни и да не смеју постављати значајна ограничење на средства акције која су на располагању синдикалним организацијама. Под тим условима обухвата се следеће: 1) претходна најава штрајка; 2) могућност мирења и посредовања и (добровољне) поступке арбитраже у индустријским споровима, пре објаве штрајка, под условом да су ти процеси одговарајући, непристрасни и брзи и да странке у поступку могу узети учешће у свакој фази поступка; 3) поштовање одређеног кворума и споразум одређене већине; 4) одлуку о штрајку тајним гласањем; 5) мере за осигурање поштовања захтева сигурности и превенције несрећних случајева; 6) успостављање минимума процеса рада у одређеним случајевима; 7) гаранцију права слободе на рад за оне који не учествују у штрајку.<sup>33</sup> Дакле, законитост штрајка одређује се у зависности од испуњености формалних и материјалних питања. Да би штрајк био законит потребно је да буде испуњена клаузула очивања мира - односно да је исцрпљена могућност мирног решавања спора, спровођење гласања пре отпочињања спора, формална најава штрајка послодавцу, а од важности је и природа делатности у којој се штрајк организује, као и испуњеност услова о минимуму процеса рада.<sup>34</sup> Међутим, важно је одговорити и на питање ко и на који начин одлучује о законитости штрајка. Наиме, одлука о законитости штрајка требало би да буде на органу који има поверење страна умешаних у индустријски спор, уместо на влади држава.<sup>35</sup> Нажалост, имајући у виду велики број земаља које пропуштају да детаљним законским текстом уреде право на штрајк, врло често одлука о законитости штрајка пада на органе који нису у адекватној мери поуздани за утврђивање (не)законитости штрајка. Међународни радни стандарди охрабрују социјалне партнере да успоставе процедуре о решавању насталих спорова, но у случају штрајка, обично одлуку о законитости доноси надлежни суд. Понекад, као што је то случај у Сједињеним Америчким Државама, законитост штрајка прво цени специјализована независна федерална агенција - Одбор за радне односе.

---

<sup>33</sup> E. Xhafa, *Pravo na štrajk - na udaru?*, Friedrich Ebert Stiftung, Sarajevo, 2016, 8.

<sup>34</sup> W. Warneck, *Strike Rules in the 27 and beyond. A comparative Overview*, ETUI, Brussels, 2007, 10-11.

<sup>35</sup> Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fifth (revised) edition, International Labour Organization, Geneva, 2006, 126.

Међутим како су надлежности Одбора сведене на истрагу, као и брзо уклањање последица незаконитих поступака, коначна одлука лежи у надлежности суда.<sup>36</sup> Интересантно је истаћи да је, Врховни суд према мишљењу теорије, систематски умањивао право на штрајк кроз вишедеценијску праксу дозвољавања послодавцима да запошљавају нове раднике за време штрајка који би на крају истиснули раднике који су учествовали у штрајку са њихових радних места (по окончању штрајка).<sup>37</sup> Ово је, наравно, дестимулисало раднике да штрајкују у будућности.

На примеру Италије, видно је да постоји велика слобода у погледу остваривања права на штрајк. Устав Италије признаје право на штрајк, које се мора остваривати у границама утврђеним законом.<sup>38</sup> Међутим, постоји само један закон који регулише право на штрајк и то само у оквиру делатности од посебног јавног интереса. Према закону из 1990. године појам делатности од посебног јавног интереса односи се на остваривање одређених права заштићених Уставом - право на живот, здравље, слободу, безбедност, слободу кретања, социјалну помоћ, слободу говора. Закон даље прецизира које услуге или активности треба укључити у дефиницију услуга од посебног јавног значаја. Предвиђено је да ће се, када дође до штрајка у службама од виталног значаја, гарантовати минимум процеса рада. Даље, штрајк мора бити најављен најмање десет дана раније и мора бити назначено његово трајање. Закон из априла 2000. године, проширио је делатности од посебног јавног значаја на бројне категорије samozапослених радника, стручњака и занатлија - попут адвоката, лекара, таксиста, возача камиона. Према овом закону, апсолутна забрана штрајка односи се на војна лица и полицију. За друге, право на штрајк има одређена ограничења - на пример, поморци не могу штрајковати током пловидбе.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Т. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка и препоставка индустријске демократије*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2020, 138.

<sup>37</sup> Више о праву на штрајк у САД вид.: J. G. Getman, „The Central Role of the Right to Strike”, *The Cambridge Handbook of U.S. Labor Law for the Twenty-First Century*, Cambridge, 2019, 291-299.

<sup>38</sup>Текст Устава Италије доступан је на: [https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione\\_inglese.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf), 15. март 2022. године.

<sup>39</sup> А. De Matteis, Р. Accardo, G. Mammone, *National Labour Law Profile: Italy*, [https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS\\_158903/lang--en/index.html](https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_158903/lang--en/index.html), 19. март 2022. године.

Поједине националне судске праксе, као што је немачка, право на штрајк и услове под којима се његово организовање сматра легитимним, изводе из Уставом гарантоване слободе удруживања. Право на штрајк, међутим, није експлицитно регулисано ни Савезним уставом, нити посебним законима, већ је његово уређење и заштита резултат праксе Савезног радног суда и Савезног уставног суда.<sup>40</sup> Пракса немачких судова под штрајком подразумева планирану и извршену обуставу рада од стране значајног броја лица са циљем да се изнуди решење колективног радног спора.<sup>41</sup> С обзиром да штрајк мора бити у вези са гарантованим правима синдиката, циљ штрајка требало би да буде у вези са побољшањем услова рада уз помоћ закључења колективног уговора. Како немачки колективни уговори често садрже обавезу очувања социјалног мира, штрајк у немачком праву представља последње средство коме се социјални партнери окрећу када пропадну преговори, уз обавезу да колективне акције буду у границама правичног поступања.<sup>42</sup> Штрајк може бити забрањен државним службеницима који раде у име државне власти, односно у есенцијалним службама у ужем смислу тог појма, чији прекид рада може угрозити људске животе, безбедност и здравље целог становништва или једног његовог дела.<sup>43</sup> Питање ко има право на штрајк предмет је расправе у немачкој теорији. Већина сматра да је право на штрајк двоструко фундаментално право. Прво, право на штрајк је елемент слободе удруживања које се односи на синдикате, а право појединаца да учествују у штрајку произилази и зависи од уставне гаранције права на слободу удруживања. Међутим, у циљу остваривања права на штрајк синдикати морају доказати да имају способност за колективно преговарање. Ова способност зависи од њихове „друштвене“ моћи, односно способности да остваре своје циљеве, то јест, морају показати да су у могућности да наведу другу страну на закључивање колективног уговора. Овакав необичан захтев у погледу остваривања права на штрајк не изненађује претерано, с обзиром на чињеницу да немачко право

---

<sup>40</sup> E. Kocher, „Germany” in: *The Right to Strike in the EU - The complexity of the norms and safeguarding efficacy* (Carmen La Macchia ed.), Eddiese, Rim, 127.

<sup>41</sup> W. Warneck, *op. cit.*, 32.

<sup>42</sup> Т. Угарковић, *op. cit.*, 138.

<sup>43</sup> *Ibid.*

гарантује право на штрајк само у мери у којој се то право сматра неопходним за остваривање колективног преговарања.<sup>44</sup>

У Француској се право на штрајк штити као посебно, индивидуално право гарантовано Уставом. Формално, право на штрајк разликује се од права на синдикалну слободу и не сматра се његовим елементом а не доводи се ни у везу са правом на колективно преговарање попут решења у немачком праву.<sup>45</sup> Француска се 2019. године суочила са великим бројем штрајкова и друштвеним покретима који су настојали да утичу на рад компанија у смислу њиховог пословања и управљања. С обзиром да у француском законодавству изостаје дефиниција права на штрајк, судска пракса је морала да дефинише која врста „акције“ радника би могла да потпадне у оквир штрајка.<sup>46</sup> Тим поводом закључено је да се под легитимним штрајком подразумева следеће: 1) право на штрајк је индивидуално право које се колективно остварује - оно не може припадати једној особи, осим ако је штрајкач једини запослен или ако је укључен у национални штрајк; 2) у штрајку не морају учествовати сви запослени у компанији; 3) штрајк може бити ограничен на само један објекат у оквиру пословних просторија послодавца и/или на само једну професионалну категорију радника; 4) може бити спонтан, али мора одражавати заједничку одлуку запослених да ступе у штрајк; 5) подразумева колективно и потпуно ометање ефикасног рада, које се разликује од добровољног успоравања производње односно смањења ефикасности рада, тзв. „лагани/спори“ штрајк (фр. *greve perlee*, енг. *go slow*) и прекида рада који је ограничен на само једну од обавеза запослених (нпр. престанак дежурства); 6) штрајк се односи на професионалне захтеве (нпр. радне услове, питања здравља и безбедности на раду, права синдикалних представника итд.), под условом да су такви захтеви законити и оправдани. Само уколико су сви поменути услови испуњени, радници који ступе у штрајк уживаће заштиту коју

---

<sup>44</sup> The right to strike in the public sector - Germany, European public service union/ETUI, 2019, 5, <https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/Germany>, 18. март 2022. године.

<sup>45</sup> A. Lyon-Caen, „France” in: *The Right to Strike in the EU - The complexity of the norms and safeguarding efficacy* (Carmen La Macchia ed.), Eddiese, Rim, 114.

<sup>46</sup> The right to strike in the public sector - France, European public service union/ETUI, 2019, 5, <https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/Germany>, 18. март 2022. године.

штрајкачима гарантује француски Закон о раду.<sup>47</sup> Запослени нису у обавези да обавесте послодавце унапред о почетку штрајка, већ само када штрајк почне (наведено не важи када је реч о делатностима у оквиру пружања јавних услуга). Током штрајка уговори о раду запослених се суспендују, с тим што штрајкачи морају поштовати обавезе из уговора о раду (нпр. лојалност, чување поверљивих информација...). Са друге стране послодавци не морају да исплаћују плате осим ако сврха штрајка није да се осигура да послодавац поштује основна права (нпр. исплата плата и/или накнаде за прековремени рад, примена релевантног колективног уговора...), није обезбеђен минимум процеса рада предузећа и када споразум о решавању сукоба који су потписали послодавац и синдикати наводи другачије.<sup>48</sup> Запослени укључени у штрајк су заштићени, посебно од дисциплинских санкција или отказа. Штрајк не може, сам по себи, бити разлог за отказ уговора о раду нити дисциплинску санкцију уколико су запослени организовали законит штрајк. Радна места штрајкача су такође заштићена - не могу се заменити привременим радницима попут праксе у Сједињеним Америчким Државама. По окончању штрајка, сви учесници морају бити враћени на своја претходна радна места а учешће у штрајку не сме утицати на њихово даље напредовање. Међутим, изостанци са рада повезани са штрајком могу се узети у обзир приликом одлучивања о смањењу бонуса/премије.<sup>49</sup>

У Русији, право на штрајк дефинисано је Законом о раду, као добровољно одбијање радника да обављају своје послове (делимично или потпуно) ради решавања колективног радног спора. Наведено, је у складу са Уставом Руске Федерације, према којем је право на штрајк признато као начин за решавање колективних радних спорова.<sup>50</sup> Упоређивање ових правних аката са ставом органа МОП-а показује да право на штрајк, како је признато у Руској Федерацији, искључује поједине врсте штрајкова из корпуса законитих штрајкова и тиме значајно лимитира остваривање права на штрајк - штрајкове за изражавање солидарности, штрајкове у знак протеста против економске и политичке политике владе, штрајкове ради признања синдиката, штрајкове за решавање питања која проистичу

---

<sup>47</sup> E. Benard, S. Ouzzani, *How to deal with strikes in France?*, <https://www.jdsupra.com/legalnews/how-to-deal-with-strikes-in-france-52604/>, 19. март 2022. године.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Устав Руске Федерације, чл. 37, ст. 4, <http://www.constitution.ru/en/10003000-03.htm>, 19. март 2022. године.

из економске и социјалне политике и штрајкове за решавање проблема који настају у оквиру предузећа која директно утичу на интересе радника.<sup>51</sup> Осим тога, право на штрајк забрањено је широком броју професија у циљу заштите јавног интереса, што је неретко било критиковано од стране Комитета експерата.<sup>52</sup>

## 6. ЗАКОНИТОСТ И ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА НА ШТРАЈК У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Право на штрајк гарантовано је Уставом Републике Србије, у којем је предвиђено да „право на штрајк имају запослени у складу са законом и колективним уговором, а оно може бити лимитирано искључиво законом у складу са природом и врстом делатности“.<sup>53</sup> Осим Устава, Закон о штрајку усвојен давне 1996. године уређује право на штрајк.<sup>54</sup>

Члан 1. Закона о штрајку дефинише штрајк као прекид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних и економских интереса по основу рада.<sup>55</sup> Овако дефинисан појам штрајка у пракси доводи до одређених недоумица. Пре свега, није јасно назначено који професионални интереси запослених могу бити предмет штрајка. Друго, обим повреде постављен је на најшири могући начин, па се тако, законитим штрајком може сматрати и онај чији је разлог за његово организовање кашњење зараде од једног дана. Треће, и можда најзначајније питање које произлази из Устава односи се на концепт штрајка као права запослених.<sup>56</sup> Наиме, у члану 3. Закона о штрајку право на организовање штрајка и штрајка упозорења код послодавца, припада већини запослених и синдикату, док штрајк у грани и делатности, као и генерални штрајк, представља искључиво право синдиката.<sup>57</sup> Тиме је Законом о штрајку дозвољена широка могућност права на организовање

---

<sup>51</sup> Е. Gerasimova, „Collective Labor Disputes and Strikes in Russia: The Impact of Judicial Precedents and Enforcement“, *Russian Law Journal*, Vol. 5, No.2, 2017, 10.

<sup>52</sup> Е. Sychenko, „The Development of Russian Labor Law“, *Region*, Vol. 8, No.1, 2019, 81.

<sup>53</sup> Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006, чл. 61.

<sup>54</sup> Закон о штрајку -ЗШ, „Службени лист СРЈ“, бр. 9/96, 101/2005 и 103/2012.

<sup>55</sup> ЗШ, чл. 1.

<sup>56</sup> Б. Урдаревић (2015), *op. cit.*, 374.

<sup>57</sup> ЗШ, чл. 3.

штрајка,<sup>58</sup> што Републику Србију сврстава у ред оних држава које право на организовање штрајка признају и запосленима и синдикатима.<sup>59</sup> Да ли је право на штрајк искључиво право синдиката, или искључиво запослених, или и једних и других предмет је одлуке националних законодаваца. На том путу од значаја је текст Ревидиране Европске социјалне повеље којом је гарантовано право радника и послодаваца на колективну акцију у случају сукоба интереса, укључујући право на штрајк, у складу са обавезама које могу да проистекну из колективних уговора које су претходно закључили.<sup>60</sup> Ово даље значи да се право на штрајк мора посматрати као индивидуално право свих радника, а не само оних који су чланови синдиката. Управо зато је и Европски комитет за социјална права у својим закључцима јасно стао на становиште да све државе које ограничавају право на штрајк тиме што га условљавају да буде организован од стране синдиката, чине повреду ЕСП.<sup>61</sup>

У погледу законитости права на штрајк будуће измене закона требало би да регулишу право на штрајк као право свих радника ради заштите и унапређења њихових права, слобода и интереса на раду и у вези са радом, а не само запосленима, као што је прописано важећим Законом о штрајку, према којем, запослени могу организовати штрајк ради заштите економских и професионалних интереса по основу рада, што, ипак, сужава могуће разлоге за организовање штрајка. Међународним радноправним стандардима се право на штрајк, заједно са другим колективним радним правима, експлицитно или имплицитно, признаје свим радницима без обзира по ком правном основу раде за послодавца, а штрајк може бити забрањен само радницима у одређеним делатностима (основне делатности).<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Иако се широка законска слобода запослених у погледу организовања штрајка може учинити погодном за запослене, у пракси то често може резултирати организовањем бесмислених штрајкова, који немају превише изгледа за успех. Нажалост, подаци о броју штрајкова на територији Републике Србије не постоје, пре свега из разлога што ниједан државни орган, па ни ресорно Министарство, не води евиденцију о томе.

<sup>59</sup> Б. Урдаревић (2015), *op. cit.*, 374.

<sup>60</sup> Ревидирана Европска социјална повеља, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 42/09, чл. 6, ст. 4.

<sup>61</sup> Б. Урдаревић (2015), *op. cit.*, 376.

<sup>62</sup> *Закон о раду – Модел, Центар за достојанствен рад/Ulof Palme Centar, 2020, 150, <http://cdrsrbiija.org/wp-content/uploads/2020/12/Model-ZoR-finalna-novembar-2020.pdf>, 20. март 2022. године.*

Када је реч о забрани штрајка, у домаћем законодавству он је забрањен Војсци Републике Србије, припадницима Војнообавештајној агенцији. Будући закон којим се регулише штрајк требало би да на наведену листу експлицитно укључи и припаднике специјалне и посебних јединица полиције у смислу закона којим се уређују унутрашњи послови.<sup>63</sup>

Ограничење права на штрајк у позитивном законодавству предвиђено је у делатности од јавног интереса или у делатности чији би прекид рада због природе посла могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера.<sup>64</sup>

## 7. ЗАКЉУЧАК

Сам пут еволуције права на штрајк није још увек досегао свој врхунац, а питање је и када ће. Дискрепанца која постоји у погледу уређења законитости штрајка међу државама широм света указује да неунификованост доприноси да се праву на штрајк неретко одузима сврха због које штрајк као право радника на колективно деловање постоји - остваривање легитимних и законом предвиђених права радника с обзиром да се легитимност штрајка другачије посматра у правним системима широм света. Ово не значи да би право на штрајк требало да буде неограничено, или дозвољено у свим оквирима поједених делатности, али не би требало да буде посматрано ни као право које се нужно изводи из других права и које није „довољно“ значајно да би се о њему расправљало без довођења у неизоставан контекст са другим правима радника. У том смислу остваривање права на штрајк би требало посматрати као обележје слободног друштва, где се неслога не би смела прихватити као нормална, а сукоб као здрав. Ово, посебно вреди с обзиром на време интензивне

---

<sup>63</sup> Више о предлозима за будуће измене у погледу уређивања права на штрајк у законодавству Републике Србије вид.: Закон о раду – Модел, Центар за достојанствен рад/ Ulof Palme Centar, 2020, 141-155, <http://cdsr Srbija.org/wp-content/uploads/2020/12/Model-ZoR-finalna-novembar-2020.pdf>, 20.3.2022.

<sup>64</sup> Делатност од јавног интереса јесте делатност коју обавља послодавац у области: електропривреде, водопривреде, саобраћаја, информисања (радио и телевизија), ПТТ услуга, комуналних делатности, производње основних прехранбених производа, здравствене и ветеринарске заштите, просвете, друштвене бриге о деци и социјалне заштите. Од јавног интереса, јесу и делатности од посебног значаја за одбрану и безбедност (тадашње) Савезне Републике Југославије које утврди надлежни орган у складу са савезним законом, као и послови неопходни за извршавање међународних обавеза Савезне Републике Југославије. ЗШ, чл. 9, ст. 2-3.



глобализације где радници могу постати изузетно рањиви. Са повећаном конкуренцијом на тржишту рада, стандарди држава у погледу рада често су жртвовани зарад смањења трошкова производње и повећања профитабилности. Да би се супротставили оваквим праксама, радницима је потребно право на штрајк, повезано са низом грађанских и политичких права укључујући права на живот, имовину, достојанство, слободу изражавања и слободу удруживања.

## ЛИТЕРАТУРА

Костић Д., Право на штрајк у међународном и упоредном праву, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитет у Крагујевцу, Крагујевац, 2014.

Ракић И., „Међународни суд правде“, *Страни правни живот*, бр. 3/2008, 77-98.

Угарковић Т., *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка и препоставка унитарне демократије*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2020.

Урдаревић Б., „Дефинисање права на штрајк у међународном и регионалном праву“, *Правна ријеч*, бр. 1, 2004, 409-425.

Урдаревић Б., „Перспективе права на штрајк у Републици Србији“, Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније (Славко Ђорђевић ур.), Правни факултет Универзитет у Крагујевцу, Крагујевац, 2015, 373-382.

Bellace J., „The ILO and the right to strike“, *International Labour Review*, Vol. 153, No.1, 2014, 29-70.

Benard E., Ouzzani S., *How to deal with strikes in France?*, <https://www.jdsupra.com/legalnews/how-to-deal-with-strikes-in-france-52604/>.

Blackburn D., „The right to strike is protected under international law“, *Socialist Lawyer*, No. 70, June 2015, 6-7.

De Matteis A., Accardo P., Mammone G., *National Labour Law Profile: Italy*, [https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS\\_158903/lang--en/index.html](https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_158903/lang--en/index.html).

Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fifth (revised) edition, International Labour Organization, Geneva, 2006.

García L., Andrés J., „The right to strike as fundamental human right: recognition and limitations in international law“, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, No. 3, 2017, 781-804.

Gerasimova E., „Collective Labor Disputes and Strikes in Russia: The Impact of Judicial Precedents and Enforcement“, *Russian Law Journal*, Vol. 5, No.2, 2017, 5-32.

Getman J. G. „The Central Role of the Right to Strike“, *The Cambridge Handbook of U.S. Labor Law for the Twenty-First Century*, Cambridge, 2019, 291-299.

Gourevitch A., „The Right to Strike: A Radical View“, *American Political Science Review*, 2018, <https://www.cambridge.org/>.

ILO, 43rd Session, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations.

ILO, 69th Session, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III, Part 4B, 1983, [http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/download/1983\\_general\\_survey\\_en.pdf](http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/download/1983_general_survey_en.pdf).

ILO, 81st Session, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4B) (1994), Information and reports on the application of Conventions and Recommendations (ilo.org).

International Organisation of Employer, *Comments for the General Survey 2012 on Fundamental ILO Conventions: Comments on Conventions Nos 87 and 98?*, 2011-07-07 ILC CAS 2012 IOE Submission on the General Survey (ioe-emp.org)

Kocher E., „Germany“ in: *The Right to Strike in the EU - The complexity of the norms and safeguarding efficacy* (Carmen La Macchia ed.), Eddiese, Rim.

La Hovar C., „The ILO’s Eployers’ Group and the right to strike“, *Transfer European Review of Labour and Research* Vol. 22, No.3, 2016, 401-404.

Lyon-Caen A., „France“ in: *The Right to Strike in the EU - The complexity of the norms and safeguarding efficacy* (Carmen La Macchia ed.), Eddiese, Rim.

Sychenko E., „The Development of Russian Labor Law“, *Region* Vol. 8, No.1, 2019, 75-92.

The right to strike in the public sector, European public service union/ETUI, 2019, <https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/Germany>.

Vogt J. S., „The Right to Strike and the International Labour Organisation (ILO)“, *King’s Law Journal*, Vol. 27, No. 1, 2016, 110-131.

Warneck W., *Strike Rules in the 27 and beyond. A comparative Overview*, ETUI, Brussels, 2007.

Wisskirchen A., „The standard-setting and monitoring activity of the ILO: Legal questions and practical experience”, *International Labour Review*, Vol. 144, No.3, 2005, 253-289.

Xhafa E., *Pravo na štrajk - na udaru?*, Friedrich Ebert Stiftung, Sarajevo, 2016.

*Закон о раду – Модел, Центар за достојанствен рад/Ulof Palme Centar*, 2020, <http://cdsr Srbija.org/wp-content/uploads/2020/12/Model-ZoR-finalna-novembar-2020.pdf>.

*2020 Global Rights Index - The World's Worst Countries for Worker*, International Trade Union Confederation, 2020.

„Enhancing the right to strike“, *Institute of Employment Rights Journal*, Vol. 1, No. 1, 2018, 48-55.

## ПРАВНИ ИЗВОРИ

ILO Recommendation No. 92,

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R092](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R092).

Уредба о ратификацији Конвенције број 87 Међународне организације рада о синдикалним слободама и заштити синдикалних права, „Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори“ бр. 8/58.

Ревидирана Европска социјална повеља, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 42/09.

Устав Руске Федерације, <http://www.constituton.ru/en/10003000-03.htm>.

Устав Италије,

[https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione\\_inglese.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf)

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

Закон о штрајку, „Службени лист СРЈ“, бр. 9/96, 101/2005 и 103/2012.

## СУДСКА ПРАКСА

*Case of Enerji Iapi-Iol Sen v. Turkey*, (Application No 68959/01)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Application%20No%2068959/01%22>.

*Case of Demir and Baykara v. Turkey* (Application no. 34503/97)

dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-89558%22%5D%7D>).

Case C-438/05, *ITF and FSU v Viking Line*, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CA0438>.

Case C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0341&qid=1634304983700>.

Jovana MISAILOVIĆ

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

## THE RIGHT TO STRIKE - A DERIVATIVE OF THE EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS

### Summary

When it comes to the evolution of the right to strike - it has not yet reached its peak, and the question is when it will. The discrepancy in regulating the legality of strikes among countries around the world indicates that non-uniformity contributes to depriving the right to strike of the purpose for which strikes exist as a right of collective action - the exercise of legitimate and statutory workers' rights. This does not mean that the right to strike should be unrestricted, or allowed in all professions, but should not be seen as a right that must be derived from other rights and that is not "sufficient" to be significantly discussed without bringing in indispensable context with other workers' rights. In that sense, the exercise of the right to strike should be seen as a feature of a free society, where discord should not be accepted as normal and conflict as healthy. This is especially true given the time of intense globalization where workers can become extremely vulnerable. With increased competition in the labor market, state labor standards are often diminished in order to reduce production costs and increase profitability. To oppose such practices, workers need the right to strike, linked to a range of civil and political rights including the right to life, property, dignity, freedom of expression and freedom of association.

**Keywords:** strike, right to strike, International Labour Organization, European Court of Human Rights, European Court of Justice.

прегледни рад  
достављен: 10. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 03. 05. 2022.  
УДК 342.727(497.11)

Ања БЕЗБРАДИЦА\*  
Василије МАРКОВИЋ\*

## ТЕСТ(ОВИ) БАЛАНСИРАЊА И ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА У СРПСКОМ ПРАВУ

### Апстракт

Аутори у раду анализирају теоријски и нормативни оквир теста јавног интереса, као централног места законског уређивања права на слободан приступ информацијама од јавног значаја. Циљ анализе усмерен је ка изналагању узрока и предлагању решења за значајан проблем уочен у пракси - непримењивање, чак игнорисање теста јавног интереса од стране првостепених органа у поступцима за остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја. До потврде овакве праксе аутори су дошли након спроведеног емпиријског истраживања на узорку од 97 случајева. За један од могућих узрока овог проблема, поред кадровских капацитета и недостатка професионалне оспособљености, у раду је посебно истакнута недовољна прецизност законског текста, али и у теорији присутна термилошко - појмовна конфузија. Конфузија се односи како на питање постоји ли уопште у српском Закону о слободном приступу информацијама од јавног значаја тест јавног интереса, тако и на питање каква је његова природа у односу на друге сличне тестове балансирања. У раду се стога полази од тога да српски Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја садржи тест јавног интереса у чл.8, те да је реч о једној од фаза класичног уставног теста пропорционалности.

**Кључне речи:** Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, тест јавног интереса, тест пропорционалности, тест штете, вагање интереса

---

\* Истраживач приправник, Институт за упоредно право Београд, a.bezbradica@iup.rs

\* Истраживач приправник, Институт за упоредно право Београд, v.markovic@iup.rs

## 1. УВОД

Према Глобалном рејтингу права на информације (*Global Right to Information Rating Map*), српски Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја (даље: ЗСПИЈЗ)<sup>1</sup> континуирано је оцењиван као један од најквалитетнијих законских текстова у области слободе приступа информацијама у конкуренцији 111 држава света.<sup>2</sup> И док овакво међународно признање без дилеме може (и треба) импоновати српском законодавцу, оно не значи да се протеком времена и примене једног законског акта не може учити простор за његово уобличавање и побољшавање, а све у циљу квалитетнијег остваривања уставног права на приступ информацијама од јавног значаја, као нужног предуслова транспарентности државе и развоја општег благостања друштва.<sup>3</sup>

Предмет овог рада стога управо јесте посвећен једном од најзначајнијих проблема уочених у пракси поводом остваривања права на слободан приступ информацијама од јавног значаја. Реч је о континуираном непримењивању тзв. теста јавног интереса од стране првостепених органа при доношењу решења о одбијању захтева за приступ информацијама од јавног значаја. Наиме, тест јавног налази се у самој сржи законског уређивања слободног приступа информацијама од јавног значаја.<sup>4</sup> Неподношљива лакоћа којом првостепени органи прелазе преко њега, односно, речима *Кнежевић-Бојовић* - систематско игнорисање овог централног законског института,<sup>5</sup> за последицу има, између осталог, и преоптерећивање Повереника као другостепеног органа, те у коначници и непотребно одуговлачење поступка

---

<sup>1</sup> Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, (*Сл. Гласник РС*, бр. 120/2004, 54/2007, 104/2009, 36/2010 и 105/2021)

<sup>2</sup> С.Гајин, „Одмеравање супротстављених интереса у примени Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја“ *Српска политичка мисао* год. 25 Вол. 62, 4/2018, 231. Иако више нема статус најквалитетнијег законског текста, законско решење у овој области и даље се на поменутој листи веома добро котира, на високом трећем месту, иза Авганистана и Мексика, са чак 135 од максималних 150 и са 26 од максималних 30 бодова у категорији изузетака и одбијања захтева за приступ информацијама од јавног значаја, *Global Right to Information Map*, <https://www.rti-rating.org/country-data/Serbia/>, 20. фебруар 2022.

<sup>3</sup> С. Лилић, „Доступност јавних информација“, *Слободан приступ информацијама*, Комитет правника за људска права, Београд, 2003., 18.

<sup>4</sup> N. Pirč Musar, „Weighing tests with emphasis on public interest test in accessing information of public character“, *Slovenian Law Review* Vol. 31, 6-7/2005, 1696.

<sup>5</sup> А. Кнежевић-Бојовић, „Слободан приступ информацијама од јавног значаја“, у: *Правни механизми спречавања корупције у земљама југоисточне Европе са посебним освртом на систем одбране* (ур. А.Рабреновић), Институт за упоредно право, Београд, 2013, 140.



остваривања приступа информацијама од јавног значаја, до мере његовог обесмишљавања. Управо због тога је и предмет емпиријског истраживања које ће бити приказано у наставку фокусиран на анализу поступања првостепених органа. Добијени резултати усмерили су нас ка анализи законске формулације теста јавног интереса као једном од могућих узрока потпуног игнорисања овог института.

Пре самог указивања на могуће превазилажење недостатака нормативног оквира, биће неопходан и шири теоријски осврт и покушај систематизације појма теста јавног интереса и указивање на непостојање разлика у односу на прегршт других појмова и сличних тестова балансирања (отуд и наслов рада), који фигурирају у радовима појединих аутора, и који, по нашем мишљењу, само доприносе стварању осећаја опште пометње и неразумевања, па на концу и одустанка од примене теста јавног интереса у пракси.

## 2. ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ПРАВА НА ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА

Право на приступ информацијама од јавног значаја (или другачије: право јавности да зна) може бити посматрано у више равни. Једна раван јесте посматрање овог права као дела слободе информисања, кроз право опште јавности да има увид у јавне документе и информације од јавног значаја. Поред тога, право на приступ информацијама схвата се још и као део слободе изражавања, уз наглашавање његовог мултидимензионалног карактера, будући да се посматра као средство за борбу против корупције, али и поспешивање отворености државних институција и опште законитости и правилности у поступању органа јавне власти.<sup>6</sup> Наведени ставови само потврђују комплексност природе овог права. Штавише, одређени аутори истичу да није реч о „обичном“ праву, већ о суштинском обележју правне државе, помоћу којег грађани задобијају улогу „четврте“ власти, кроз непосредну контролу државних органа,<sup>7</sup> односно о праву у чијој самој сржи лежи јавни интерес, тј. његово остваривање.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> N. Odić, R. Galović, *Test razmjernosti i javnog interesa kao instrument uspostavljanja ravnoteže između prava na pristup informacijama (načela transparentnosti) i njegovih ograničenja u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet, Zagreb, 2015, 4.

<sup>7</sup> Д. Миленковић, „Управно процесна и други слични облици заштите права на приступ информацијама у компаративном праву“, *Страни правни живот*, Год. 59, 3/2015, 116, 129.

<sup>8</sup> D. Milovanović, M. Davinić, V. Cucić, „Free Access to information in Serbia“ in: *The Laws of Transparency in Action: European perspective* (Eds. D.Dragoš, P.Kovač,

У чл. 51 ст. 2 Устава<sup>9</sup> право на слободан приступ информацијама постулира се као део права на обавештеност, кроз прописивање да свако има право на приступ подацима који су у поседу државних органа и организација којима су поверена јавна овлашћења, у складу са законом.

Подвлачење дела одредбе „у складу са законом“ нужно је зарад заокруживања појма права на приступ информацијама од јавног значаја, али овог пута из другог угла. Наиме, са ставом да конституционализација овог права оснажује и подиже значај овог права у друштву, али и да за његово уживање, због непосредног остваривања уставних права, није потребан било који други пропис,<sup>10</sup> можемо се сагласити само делимично. Ово стога што је непосредна примена уставних права тек један од три начина прописивања људских права у уставном тексту, и то резервисан за апсолутна права. Право на приступ информацијама од јавног значаја, међутим, није апсолутно право. Други модалитет уставног прописивања људских права је да Устав предвиђа, а закон одређује начин, али не и услове остваривања људских права. И најзад, трећи начин је када Устав одређено право пропише, а разлоге и поступак ограничења препушта закону, те је закон тај који оивичава суштину тог права.<sup>11</sup> Из језичке формулације чл. 51 ст. 2 Устава, али и чињенице да Устав у погледу права на обавештеност не прописује ближе разлоге ограничења,

---

A.Marseille) PIAS, Palgrave Macmillan, 2019, 504. Иако појам јавног интереса представља један од комплекснијих појмова јавног права, поједини домаћи аутори нису устукнули пред његовом безобалношћу. Тако Димитријевић јавни интерес види као категорију ужу од општег, али ширу од државног интереса, коју краси извесна додатна вредност, а не само проста сума свих појединачних интереса (наведено према Б. Тодоровић, „Вагање између заштите јавног интереса и права на заштиту података о личности - примена европских стандарда у праву Републике Србије“ *Идентитетски преображај Србије*, Правни факултет, Београд, 2018, 92-93.) Према Томићу, у средишту јавног интереса лежи друштво и заједница, али и појединац, те легитиман јавни интерес, што је посебно важно за тему рада, не би смео да буде супротстављен појединцу. Напоследку, овај аутор конструкцију јавног интереса описује помоћу три градивна елемента- остваривање и заштиту људских права, пуно одвијање, уз нужне корекције, друштвеног живота и, напоследку, уредан рад државних органа и јавних тела. (З.Томић, „Јавни поредак- појам и структура“, *Анали Правног факултета*, LXVII 2/2019, 35-36)

<sup>9</sup> Устав Републике Србије (*Сл. Гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021)

<sup>10</sup> С. Биен, „Значај приступа информацијама од јавног значаја у правном поретку“, у: *Анализа Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја са истраживањем о примени Закона у пракси* (ур. Д. Милутиновић) Америчко удружење правника, Иницијатива за владавину права, Београд, 2007, 27.

<sup>11</sup> Више о уставним моделима регулисања основних људских права види код З.Томић, „Уставна релативизација основних људских права“, *Преиспитивање класичних уставноправних схватања у условима савремене државе и политике* (ур. М.Ђорђевић), Институт за упоредно право, Београд, 2021, 311-312.

јасно је да право на обавештеност спада у трећи модел уставног регулисања основних људских права. Релативни карактер права на слободан приступ информацијама од јавног значаја неминовно доводи и до његовог укључивања у деликатне процесе вагања и балансирања спрам других релативних људских права, али и низа различито уобличених општих интереса.<sup>12</sup>

ЗСПИЈЗ у чл. 2 ст.1 прописује да је информација од јавног значаја информација којом располаже орган јавне власти, настала у раду или у вези са радом органа јавне власти, садржана у одређеном документу, а односи се на све оно о чему јавност има оправдан интерес да зна. У вези са оправданим интересом јавности да зна, у чл. 4. прописане су законске претпоставке. Тако је у погледу информација које се односе на угрожавање, односно заштиту здравља становништва и животне средине предвиђена необорива претпоставка интереса јавности, а у погледу свих других информација предвиђена је оборива претпоставка постојања интереса јавности, при чему терет доказивања (не)постојања оправданог интереса јавности не лежи на подносиоцу захтева, већ на органу власти.<sup>13</sup>

Када су у питању законски основи и услови ограничавања права на приступ информацијама од јавног значаја, ЗСПИЈЗ најпре у чл. 8 прописује да се право на приступ може изузетно подврћи ограничењима прописаним ЗСПИЈЗ ако је то неопходно у демократском друштву, ради заштите од озбиљне повреде претежнијег интереса заснованог на уставу или закону (ст.1), а да се ниједна одредба ЗСПИЈЗ не сме се тумачити на начин који би довео до укидања неког права које ЗСПИЈЗ признаје или до његовог ограничења у већој мери од оне која је прописана у ставу 1 овог члана. Даље, у посебном одељку

---

<sup>12</sup> Све то, наравно, условљено је непостојањем унапред дате хијерархије (релативних) људских права, те постојањем тзв. *вредносног плурализма* у оквиру ког друштвени значај сваког уставног права зависи од земље до земље, али и околности сваког конкретног случаја у ком се појединачна људска права остварују. (види М. Matijević, „Some Critical Reflections on the Broad human Rights Constitutionalisation“, *Constitutio Lex Superior* (eds. О. Nikolić, V. Čolović) Institute of Comparative Law, Belgrade, 2021, 166; L. Anđelković, „The Elements of Proportionality as a Principle of Human Rights Limitations“, *Facta Universitatis* Vol. 15, 3/2017, 241-242)

<sup>13</sup> Овакво померање терета доказивања на орган власти донекле личи ономе што у оквиру европског права људских права Грир (*Greer*) назива „принципом давања приоритета праву“. Поменути принцип представља не дефинитивну, али процедуралну предност дату индивидуалном праву заштићеном Европском конвенцијом над колективним интересима, кроз, између осталог, и пребацивање терета доказивања државним органима да је уплитање у индивидуална права било оправдано. Наведено према F.Jizeng, „Rethinking the Method and Function of Proportionality Test in the European Court of Human Rights“, *Journal of Human Rights*, Vol. 15, 1/2016, 83.

који започиње чл. 9 ЗСПИЈЗ прописује претежније интересе чија озбиљна повреда може оправдати ограничење права на приступ информацијама од јавног значаја. Ти се претежнији интереси односе на: угрожавање живота, здравља, безбедности или другог важног добра неког лица (т.1), угрожавање, ометање или отежано спречавање или откривање кривичног дела, оптужење за кривично дело, вођење предистражног поступка, вођење судског поступка, извршење пресуде или спровођење казне, вођење поступака у смислу закона којим је уређена заштита конкуренције, или који други правно уређени поступак, или фер поступање и правично суђење, до окончања поступка (т.2), озбиљно угрожавање одбране земље, националне или јавне безбедности, међународних односа или кршење правила међународног арбитражног права (т.3), битно умањивање способности државе да управља економским процесима у земљи, или битно отежавање остварења оправданих економских интереса Републике Србије или угрожавање или могуће угрожавање спровођења монетарне, девизне или фискалне политике, финансијске стабилности, управљања девизним резервама, надзора над финансијским институцијама или издавања новчаница и кованог новаца (т.4), чињење доступним информације или документа за који је прописима или службеним актом заснованим на закону одређено да се чува као тајни податак или представља пословну или професионалну тајну, или податак добијен у поступку заступања за чије објављивање заступани није дао одобрење, у складу са законом којим се уређује рад правобранилаштва, а због чијег би одавања могле наступити тешке правне или друге последице по интересе заштићене законом који претежу над правом јавности да зна (т.5), повреду права интелектуалне или индустријске својине, угрожавање заштите уметничких, културних и природних добара (т.6), те угрожавање животне средине или ретке биљне и животињске врсте (т.7). Ограничење права на приступ информацијама од јавног значаја предвиђено је и чл. 14 ЗСПИЈЗ, који прописује да ће се ово право ограничити уколико би се његовим остваривањем повредило право на приватност, право на заштиту података о личности, право на углед или које друго право лица на које се тражена информација лично односи, осим у случају да је лице на то пристало, да се ради о личности, појави или догађају од интереса за јавност, а нарочито ако се ради о јавном функционеру у смислу закона којим се уређује спречавање сукоба интереса при обављању јавних функција и ако је информација везана за вршење његове јавне функције, или ако се ради о лицу које је својим понашањем дало повода за тражење информације (ст.1). Законским изменама из 2021. године додат је и став 2 овом члану, према коме информације од јавног значаја из документа који садржи податке о личности могу бити учињене доступним тражиоцу на начин којим се обезбеђује да се право јавности да зна и право на заштиту података о

личности могу остварити заједно, у мери прописаној законом којим се уређује заштита података о личности и ЗСПИЈЗ.

Вагање горепомнутих интереса и права јавности да зна приликом одлучивања органа власти да ли да тражену информацију „отвори“ за јавност, јесте централно место овог рада.

### 3. ТЕСТ ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ

Према критеријуму могућности ограничења њиховог обима, људска права се уобичајено деле на апсолутна и релативна. Апсолутна су она права која не могу бити ограничена зарад остварења људског права оног другог, или неког опште друштвеног интереса<sup>14</sup>. Као примери таквих права наводе се забрана мучења (чл. 3) и забрана ропства или ропског положаја (чл. 4 ст. 1) из Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, или право на достојанство из чл. 1 Повеље Европске уније о основним правима. У уставима и међународним документима апсолутна права могуће је препознати по томе што не садрже тзв. рестриктивну клаузулу, тј. изричиту одредбу којом се прописује њихово ограничење.<sup>15</sup> Ипак, недостатак рестриктивне клаузуле, сам по себи није гаранција да се у конкретном случају ради о апсолутном праву, већ је пре дефинитивног закључка неопходно применити не само језичко, већ и системско и циљно тумачење односне одредбе.<sup>16</sup>

Не улазећи дубље у проблематику апсолутних права, на овом месту битно је рећи да су она у свим правним порецима изузетак. Наиме, већина људских права подложна је ограничењима (тзв. релативна права). Разлог за ову „релативизацију“ крије у специфичној природи људских права, која су „захтеви оптимизације“, а не норме које захтевају нешто одређено.<sup>17</sup> Да би се оваква концепција људских права разумела, неопходно је за тренутак осврнути се на теорију принципа Роберта Алексија (*Robert Alexy*).

---

<sup>14</sup>Становиште о постојању апсолутних људских права није без својих критичара. Неки аутори, наиме, сматрају да чак и „најважнија“ људска права и слободе, као што је нпр. забрана тортуре, могу бити ограничена. Више о томе у А. Barak, *Proportionality - Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, 29-30.

<sup>15</sup>Рестриктивна клаузула може бити: 1) генерална - онда када није везана за конкретно право, већ се примењује на сва права у том документу (нпр. чл. 29 Универзалне декларације о људским правима), и 2) специјална, када се односи на тачно одређено право или групу права (нпр. чл. 8 Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода).

<sup>16</sup>А. Barak, *op. cit.* 134-137.

<sup>17</sup>R. Alexy, “Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak”, *International Journal of Constitutional Law* Vol. 16 3/2018, 872.

Алекси све уставне норме дели на норме-принципе (*principles*) и норме-правила (*rules*). Под првима подразумева оне уставне норме које не захтевају нешто одређено, већ захтевају „да се нешто оствари у највећој могућој мери, с обзиром на правне и фактичке могућности“<sup>18</sup>. Алекси их назива још и „захтевима оптимизације“. За разлику од њих, тзв. норме-правила су увек конкретно одређене заповести. Оне су увек - или примењене у пуном свом обиму (под условом да су прошле тест важења и да су услови из њихове хипотезе испуњени) - или уопште нису. Због наведене разлике у природи ових двеју уставних норми, сматра Алекси, разликује се и начин њихове примене: док је облик примене норми-правила *супсумција*, дотле је облик примене норми-принципа *балансирање*.<sup>19</sup> Иако се не можемо сагласити са Алексијем да је супсумција облик примене једино норми-правила, а не и норми-принципа,<sup>20</sup> унутрашња логика поделе на ове две врсте уставних норми чини се солидно утемељеном, а нама је на овом месту важна због питања ограничења уставних права: док се норме-правила ограничавају тако што се предвиђају изричито изузеци од ситуација обухваћених њиховом хипотезом (па се норма има применити на сваку ситуацију предвиђену у њеној хипотези, осим на ону описану изузетком), дотле се норме-принципи могу ограничити само након спроведеног поступка балансирања интереса заштићеног том нормом и супротстављеног му другог, општег или појединачног, интереса.<sup>21</sup>

Остављајући тренутно по страни проблематику разликовања норми-принципа и норми-правила, која заслужује посебну пажњу, зауставићемо се овде да бисмо закључили да Алексијева теорија принципа нуди задовољавајућу теоријску основу за разумевање поделе на апсолутна и релативна људска права, и важније, нуди објашњење зашто су нам при

<sup>18</sup> R. Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 24, 2014, 52.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> На логичкој равни сматрамо да јуристички закључак увек има силогистичку форму, где се чињенично стање (*premissa minor*) подводи под општу норму (*premissa maior*), да би се донела одлука (*conclusio*). Он је има независно од тога да ли велику премису чини норма-правило или норма-принцип. Разлика је једино у томе што, у случају примене норми-принципа (за разлику од норми-правила где је ситуација једноставнија), велику премису чини и рестриктивна клаузула у чијем језгру се налази тест пропорционалности. Ово доводи до тога да се тежиште закључивања премешта на малу премису, коју сада постаје теже утврдити јер то захтева балансирање супротстављених интереса у конкретном случају и утврђивање који од њих има већу тежину. Но, ово се балансирање дешава пре дедукције, тако да јуристички закључак задржава силогистичку форму. Ипак, баш на примеру примене норми-принципа најбоље се види се оно о чему Саша Бован говори: да јуристички закључак нема само логичку страну, већ и аксиолошку и каузалну. Више о томе у: С. Бован, „Природа јуристичког закључка“, *Анали Правног факултета*, LXI, 2/2013, 43-68.

<sup>21</sup> Према А. Варак, *op. cit.* 38.

ограничавању људских права неопходни посебни методолошки алати – тестови балансирања.

Један такав тест изнедрила је пракса пруског управног судства у 19. веку, потакнута идејом правне државе (*Rechstaat*). Реч је о тесту пропорционалности. Ово данас најважније начело ограничења људских права најједноставније се може дефинисати као критеријум оправдања за ограничење неког људског права.<sup>22</sup> Потекло из управног права, тест пропорционалности је своју ренесансу доживео у уставном праву, тј. поратној пракси Савезног уставног суда Немачке, који је тестом пропорционалности настојао да помири сукоб уставних одредби које су са једне стране гарантовале људска права, а са друге стране давала парламенту овлашћење да их ограничи.<sup>23</sup>

Тест пропорционалности појављује се у два вида: као „регулаторно начело“<sup>24</sup> за доношење прописа, и као интерпретативно начело за поступање у појединачним случајевима (судова и других органа јавне власти који доносе појединачне правне акте)<sup>25</sup>. Другим речима, начело пропорционалности служи за утврђивање уставности закона којим се ограничава неко људско право, као и за тумачење законске норме којом се ограничава људско право приликом њене примене на конкретан случај. Тест пропорционалности је, дакле, уставно начело, методолошки алат и средство тумачења.

У правној теорији се најчешће наводи да се тест пропорционалности састоји из три дела: 1) теста подесности, 2) теста неопходности, и 3) теста пропорционалности у ужем смислу (*stricto sensu*).<sup>26</sup> Тест подесности служи за процену да ли је ограничење људског права уопште адекватно средство за заштиту циља који се штити односном нормом која ограничава то право. Уколико се ограничењем права уопште не може заштити тај легитиман циљ, ограничење права је непропорционално већ у првој фази, па се осталим фазама теста ни не приступа. Ако је ограничење права, пак, подесана мера за постизање легитимног циља, у наредној фази теста (тест неопходности) проверава се да ли се на неки други начин може постићи остваривање легитимног циља, уместо ограничавањем људског права. Другим речима - да ли је неопходно ограничити право да би се постигао жељени циљ, или је легитимни циљ могуће заштитити мање рестриктивном мером. Уколико се утврди да је неопходно ограничити право зарад заштите легитимног интереса,

---

<sup>22</sup> M. Borovski, “Absolute Rights and Proportionality”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 56, 2013, 388.

<sup>23</sup> Упореди L. Anđelković, *op. cit.* 236 и F. Jizeng, *op. cit.* 48.

<sup>24</sup> N. Odić, R. Galović, *op. cit.* 40.

<sup>25</sup> A. Barak, *op. cit.* 240.

<sup>26</sup> R. Alexy (2014), 52.

приступа се спровођењу теста пропорционалности у ужем смислу, који се своди на балансирање између потребе да се оствари легитиман циљ и потребе да се људско право оствари у што већем (пожељно – пуном) обиму. Прецизније, балансирањем се процењује да ли је корист од остваривања легитимног циља довољно велика да оправда штету која ће као резултат тога настати по људско право. Поједини аутори овим фазама теста додају и четврту: постојање легитимног циља за ограничење права. Ова фаза хронолошки претходи поменути трима. Наиме, да би се уопште разматрало да ли је ограничење права подесно, неопходно, те да ли корист од ограничења права толика да оправда штету, потребно је утврдити да ли је циљ ограничења права оправдан (легитиман).<sup>27</sup>

Посебно значајна за популаризацију начела пропорционалности била је, и и даље јесте, пракса Европског суда за људска права. Тест пропорционалности који Европски суд примењује имплицитно је садржан у формулацијама Конвенције које кажу да се неко људско право може ограничити *уколико је то неопходно у демократском друштву ради заштите одређених легитимних интереса*. Суд овај тест увек примењује на чл. 8-11 Конвенције, као и на чл. 2 Протокола 4 Конвенције, док у погледу ограничења осталих људских права Суд у аргументацији чешће позива на „*fair balance*“ и „*essence of the right*“.<sup>28</sup>

У Уставу Републике Србије тест пропорционалности налази се у његовом члану 20, према којем људска права могу законом бити ограничена само ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права, те да су при ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права. Уставни суд Републике Србије при одлучивању редовно користи овај тест, али је ауторима остало непознато у којој мери се исти користи у пракси судова опште и посебне надлежности, као и управних органа. Такође, исти тест налази се и у чл. 6 Закона о општем управном

---

<sup>27</sup> Ово значи да овлашћење које је устав дао законодавцу да може ограничити неко људско право, само по себи, није довољно, јер конституционална демократија поред поштовања начела легалности, захтева да ограничење људских права буде и легитимно. Барак сматра да се ове „легитимне сврхе“ налазе у уставу, било експлицитно набројане у некој од одредаба, било имплицитно када се дедукују из принципа демократије и владавине права. Више о томе у: A. Varak, *op. cit.* 246

<sup>28</sup> L. Anđelković, *op. cit.* 236-237



поступку.<sup>29</sup> Према ставу 1 овог члана, орган може ограничити право странке само поступањем које је неопходно да се њиме оствари сврха прописа и само ако та сврха не може да се оствари другачијим поступањем којим би се мање ограничавала права или у мањој мери утицало на правни интерес странке.

#### 4. УОПШТЕНО О ОГРАНИЧЕЊУ ПРАВА НА ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА

С обзиром на релативни карактер права о на приступ информацијама од јавног значаја, у свим законодавствима предвиђени су изузетни случајеви када се ово право може ограничити. Ови изузеци тичу се угрожавања одређених општедруштвених (одбрана земље, међународни односи, важни економски интереси државе и сл.) и појединачних (људска права) интереса, које законодавац перципира као потенцијално претежније у односу на интерес јавности да зна.<sup>30</sup> У многим законодавствима су наведени интереси предвиђени као апсолутни изузеци од права на приступ информацијама од јавног значаја (Норвешка, Данска, Словачка, Молдавија, Исланд, Канада, Уједињено Краљевство итд)<sup>31</sup>, што значи да би поступајући орган одбио захтев за приступ информацијама од јавног значаја, довољно је да утврди да постоји угроженост неког од ових интереса. У другим законодавствима, пак, ти су изузеци релативни, у ком случају није довољно да орган утврди да би чињењем информације доступном јавности дошло до повреде неког од законом прописаних интереса, већ је неопходно да након тога спроведе тзв. тест јавног интереса, како би се ограничење права на приступ информацији од јавног значаја додатно оправдало узев у обзир и околности конкретног случаја, а не само апстрактну претпоставку законодавца да је неки интерес *увек* претежнији од права јавности да зна.<sup>32</sup> У том смислу Република Србија представља светао

---

<sup>29</sup> Закон о општем управном поступку (Сл. Гласник РС, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење)

<sup>30</sup> У већини законодаваста интереси који се предвиђају као основ за потенцијално ограничење (до искључења) права на приступ информацијама одговарају онима из Препоруке Савета Европе, а то су: национална и јавна безбедност, тајност одређених правно уређених поступака, приватност и друга права личности, комерцијални и други економски интереси, равноправност страна у судском поступку, економска и монетарна политика државе итд. *Препорука Р (2002) 2 Комитета министара СЕ о увиду у службене документе*

<sup>31</sup> Д. Миленковић, *Приступ информацијама, заштита података о личности и тајност информација: актуелна питања законодавства у Србији*, Комитет правника за људска права – Досије студио, Београд 2009, 20.

<sup>32</sup> Слично о томе види М. Давинић, „Сукоб између права јавности да зна и права на приватност“ *Правни живот*, 10/2016, 167-168.

пример који све изузетке третира као релативне, односно подложне тесту јавног интереса.

*Тест јавног интереса* је, дакле, својеврсни методолошки алат који служи за балансирање права на приступ информацијама од јавног значаја и супротстављених му појединачних и општих интереса који су законом предвиђени као *потенцијално* важнији од права на приступ информацијама. У ЗСПИЈЗ (чл. 8) тест јавног интереса дефинисан је на следећи начин: „Права из овог закона могу се изузетно подврћи ограничењима прописаним овим законом ако је то неопходно у демократском друштву ради заштите од озбиљне повреде претежнијег интереса заснованог на уставу или закону“ (став 1), а затим: „ниједна одредба овог закона не сме се тумачити на начин који би довео до укидања неког права које овај закон признаје или до његовог ограничења у већој мери од оне која је прописана у ставу 1. овог члана“ (став 2). Повереник у приручницима за примену ЗСПИЈЗ наведени тест образлаже на следећи начин: „испитивање (тест) да ли орган јавне власти у складу са законом ускраћује тражени приступ, има, зато, три дела: 1) да ли се тражени приступ ускраћује ради заштите неког од Законом набројаних интереса (чл. 9 и 14), и, ако се утврди да је тако, 2) да ли би омогућавањем траженог приступа тај интерес био озбиљно повређен у конкретном случају, 3) и да ли је по мерилима демократског друштва неопходно ускратити приступ информацији”<sup>33</sup>, те последњу синтагму даље прецизира: „У демократском друштву није неопходно ускратити тражени приступ: ако се тиме и онако не могу заштити интереси набројани у Закону, или ако се заштита набројаних интереса може подједнако остварити на други начин, или ако се тиме ускраћује приступ информацији у већој мери него што је довољно за заштиту побројаних интереса”<sup>34</sup>.

Док се интереси који су основ за потенцијално ограничење (до искључења) права на приступ информацијама у законима најчешће прописују таксативно, дотле се ситуације у којима постоји интерес јавности да зна информације из поседа органа јавне власти, најчешће не прописују на тај начин,<sup>35</sup> већ се претпоставља да интерес јавности постоји у погледу свих информација у поседу органа власти.

---

<sup>33</sup> *Водич кроз закон о слободном приступу информацијама*, Повереник за информација од јавног значаја и заштиту података о личности, [https://www.poverenik.rs/images/stories/Dokumentacija/16\\_cdok.pdf](https://www.poverenik.rs/images/stories/Dokumentacija/16_cdok.pdf), приступљено: 28. март 2022.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Другачије, мада и даље само примерично решење садржи закон у БиХ. Види чл. 9 ст.2 Закона о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини (*“Службени гласник БиХ”*, бр. 28/00, 45/06, 102/09, 62/11 и 100/13)

Поред теста јавног интереса, у правној теорији и пракси као тестови балансирања који се спроводе при ограничењу права на приступ информацијама помињу се и „трodelни тест“ и „тест штете“. Прегледом стручне литературе и водича за примену прописа из области слободе приступа информацијама различитих држава и међународних организација<sup>36</sup> примећује се да је тест јавног интереса најчешће коришћен термин. Повереник у образложењима својих одлука за наведени тест балансирања доследно користи термин тест јавног интереса<sup>37</sup>, али у приручницима за примену ЗСПИЈЗ објављеним на својој званичној веб-презентацији помиње и термине „трodelни тест“<sup>38</sup> и „тест пропорционалности“<sup>39</sup>, очигледно као синониме за тест јавног интереса<sup>40</sup>. Осим наведеног, у литератури се среће и појам теста штете<sup>41</sup>, који се дефинише као методолошко средство за процену да ли би се чињењем доступним информације од јавног значаја нанела штета одређеног интензитета неком од интереса заштићених законом<sup>42</sup>. Ова термилошка шареноликост буни чак и оне који се уско баве облашћу слободе приступа информацијама од јавног значаја. Наиме, ниједан од наведених појмова, осим теста пропорционалности који је сада већ традиционално уставно начело, у литератури, или уопште није дефинисан, или уколико јесте, дефинисан је тако да није јасно у чему се састоји његова специфична разлика у односу на остале тестове балансирања. Ипак, није реткост да у науци, па и правној, различити аутори утврде постојање исте појаве и назову је различитим именом. Неки ће рећи да су у том смислу термилошке расправе излишне. Или, као што Р. Лукић каже: „Име је ствар погодбе. Важно је знати шта стоји у стварности као

<sup>36</sup> Види нпр. Access NFO, *Legal Analysis: Access to Decision-Making Information in Europe*, <https://www.access-info.org/open-decision-making/legal-analysis/>, 30. март 2022. као и Information Commissioner Office, *The public interest test- Freedom of Information Act*, [https://ico.org.uk/media/fororganisations/documents/1183/the\\_public\\_interest\\_test.pdf](https://ico.org.uk/media/fororganisations/documents/1183/the_public_interest_test.pdf) 30. март 2022.

<sup>37</sup> Види извод из праксе повереника *Ставови и мишљења Повереника*, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, <https://www.poverenik.rs/sr/publikacije/%D0%BF%D1%80%D0%B8%D1%80%D1%83%D1%87%D0%BD%D0%B8%D1%86%D0%B8.html> 30. март 2022.

<sup>38</sup> С. Биен, *op. cit.* 40.

<sup>39</sup> Види нпр. Д.Миленковић, *Приручник за примену Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја*, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Београд, 2010, 44.

<sup>40</sup> Д.Миленковић у свом Приручнику наводи да су „најзначајније одредбе оне које се односе на ограничење права на слободан приступ информацијама, јер се иза њих крије тест пропорционалности, односно трodelни тест“ *Ibid.*

<sup>41</sup> С. Биен, *op. cit.* 36.

<sup>42</sup> N. Pirc Musar, *op. cit.* 1697-1698.

чињеница која се означава односим именом<sup>43</sup>. Иако се нећемо сагласити са тим да термилошке расправе саме по себи немају извештај значај, јер циљ је сваке науке, па и правне, да развије јасан појмовно-термилошки апарат, ипак је ова термилошка збрка била само повод да се упустимо у анализу природе института који стоји иза члана 8 ЗСПИЈЗ. А како ћемо исти на крају назвати, секундарно је важно, мада је пожељно да се користимо већ постојећим термином за наведену појаву, уколико он постоји.

Из поменутог језичког и појмовног шаренила проистекао је и закључак по коме српски ЗСПИЈЗ уопште не садржи тест јавног интереса у чл. 8, у горем, односно садржи само његову *квази* варијанту, у бољем случају.<sup>44</sup> У овом раду, пак, настојаћемо да тест пропорционалности повратимо у воде управног права, управо кроз оповргавање овог става, односно доказивање да тест јавног интереса постоји у чл. 8 ЗСПИЈЗ. Више од тога, указаћемо да је институт из чл. 8 ЗСПИЈЗ ништа друго до класично уставноправно начело (тест) пропорционалности, чија је једна од фаза управо тест јавног интереса. Показаћемо и да је тзв. тест штете (*harm test*) део теста пропорционалности. Другим речима, постулираћемо да је тест балансирања из члана 8 ЗСПИЈЗ истоветан тесту пропорционалности из чл. 20 Устава, ни по чему специфичан, те у том смислу логички вишак (дупла норма), али номотехнички и практички оправдан.

## 5. ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА У ЗСПИЈЗ

Да институт из члана 8 ЗСПИЈЗ јесте тест пропорционалности, говори једноставна чињеница да су у овој одредби садржани сви они делови (фазе) за које се најчешће сматра да чине тест пропорционалности. Тако се делу одредбе чл. 8 ЗСПИЈЗ, која каже да се права из овог закона могу изузетно подврћи ограничењима ради заштите од повреде „претежнијег интереса заснованог на уставу или закону“ открива прва фаза теста, и то она у којој се трага за легитимним циљем за ограничење права. Овде су то, како то законодавац каже: интереси засновани на уставу и закону. Који су то интереси, и чиме су прописани, видећемо касније. Тест неопходности крије се иза речи *неопходно* из формулације: „уколико је то *неопходно* у демократском друштву“. Тест

---

<sup>43</sup> Р. Лукић, *Теорија државе и права* II том, БИГЗ, Београд 1995, 13.

<sup>44</sup> Н. Пирц-Мусар, „Тест интереса јавности са становишта Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја“, у: *Анализа Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја са истраживањем о примени Закона у пракси* (ур. Д. Милутиновић) Америчко удружење правника, Иницијатива за владавину права, Београд, 2007, 80, 91.

адекватности не види се из језичке формулације одредбе, али логички следи из ње: наиме, не може неко средство бити неопходно за заштиту одређеног циља, а да претходно није утврђено да је подесно за то. *Тест пропорционалности у ужем смислу (stricto sensu)* налазимо у речи *претежнији* из формулације: „ради заштити од озбиљне повреде *претежнијег* интереса“. Ово из разлога што се претежнији интерес откива управо балансирањем штете настале ограничењем права на приступ информацијама, и користи од заштите супротстављеног интереса. Одредба чл. 8. ЗСПИЈЗ садржи и синтагме које логички нису неопходне. Тако у делу који гласи: „ако је то неопходно у демократском друштву“, синтагмом у *демократском друштву* законодавац је изгледа намеравао додатно да ограничи оног ко примењује тест, обавезујући га да приликом процене да ли је ограничење права на приступ неопходно зарад заштите легитимног интереса, узме у обзир вредности демократског (тачније: либерално-демократског) друштва, јер је то идеолошки оквир овог закона. Синтагма је вишак, не само јер стилски не одговара језику закона (за разлику од устава који због свог политичко-програмског карактера боље трпи овакве идеолошке фразе, закон се по правилу користи језиком који је више „технички“), већ најпре из разлога што је тумач и иначе у обавези да сваку норму тумачи циљно, што подразумева да правилно захвати и њену аксиолошку компоненту. Даље, реч *озбиљна* из формулације „*озбиљна* повреда претежнијег интереса“ (тзв. тест штете), вишак је из разлога што се процена озбиљности штете која би „отварањем“ информације наступила по супротстављени интерес, подразумева у финалној фази теста пропорционалности (тест пропорционалности у ужем смислу), када се мери да ли је корист од остваривања заштићеног интереса већа од штете која би настала по право јавности да зна. Ово значи да је тзв. тест штете, онако како се дефинише у литератури, заправо саставни део теста пропорционалности у ужем смислу.

Но, где се у структури теста балансирања из чл. 8. ЗСПИЈЗ, крије тест јавног интереса, уколико смо рекли да није реч о засебном тесту, већ о фази теста пропорционалности? Тест јавног интереса, наиме, саставни је део теста *пропорционалности у ужем смислу* и проистекао је из њега<sup>45</sup>, па се налази у оном делу одредбе чл. 8. ЗСПИЈЗ у којем је изражена та фаза теста. Наиме, како у овој фази теста пропорционалности балансирамо између интереса заштите људског права које ограничавамо (овде: права јавности да зна) и другог легитимног интереса (овде: оних из чл. 9. и 14. ЗСПИЈЗ), како бисмо утврдили који је у конкретном случају претежнији, то значи да неминовно спроводимо тестирање колики је интерес јавности. Дакле, управо то тестирање јачине

---

<sup>45</sup> N. Odić, R. Galović, *op. cit.* 40.

интереса јавности да зна називамо *тестом јавног интереса*. Интерес јавности ће по правилу бити велики уколико је значај питања велики (заштита животне средине, јавног здравља, јавне безбедности, располагање јавним финансијама и сл.), уколико се информација тиче великог броја људи, ако већ постоји дебата о том питању у јавности, уколико је велики ниво „контровезности“ информације, ако је количина јавног новца велика (када се информација тиче располагања истим), уколико је питање актуелно, уколико ће домет одашиљања информације након њеног сазнања бити велики (случај када је тражилац информације медиј) итд.<sup>46</sup>. Међутим, колика год била тежина јавног интереса, одлука о „отварању“ информације може се донети тек након стављања истог у однос са супротстављеним му интересом, те процене који од њих је претежнији.

Неки аутори, пак, сматрају да српски закон не садржи тест јавног интереса јер „у ЗСПИЈЗ не постоји интерес јавности међу добрима, односно аргументима у корист отварања информација“<sup>47</sup>. Није нам јасна тврдња да у ЗСПИЈЗ не постоји интерес јавности као заштићено добро, када је читав смисао постојања овог закона да заштити интерес јавности да зна. Уколико се, пак, мислило на то да српски законодавац није прецизирао ситуације у којим постоји интерес јавности да зна, што јесте тачно, сматрамо да је то добро. Наиме, обрнут, казуистички приступ, потенцијално је опасан из разлога што је немогуће да законодавац унапред предвиди све ситуације у којима постоји оправдан интерес јавности да зна. Зато чак и у законима који таксативно наводе такве ситуације (попут законског решења у БиХ), таква енумерација је примерична.

Дакле, у ЗСПИЈЗ тест јавног интереса недвосмислено проистиче из чл. 8, и то оног његовог дела који говори о потреби проналажења *претежнијег* интереса, а то је фаза *stricto sensu* теста пропорционалности, јер управо да би пронашли који је интерес претежнији морамо тестирати релативну тежину интереса јавности да зна. У овој тачки се види још нешто: иако је законодавац забранио поступајућем ограну да утврђује постојање интереса јавности, прописујући чланом 4. претпоставку (сматрамо - необориву<sup>48</sup>) у корист

---

<sup>46</sup> Office of the Ombudsman, Public interest A guide to the public interest test in section 9(1) of the OIA and section 7(1) of the LGOIMA, New Zealand Ombudsman, 2019, 18. [https://www.ombudsman.parliament.nz/sites/default/files/2020-07/Public\\_interest\\_August\\_2019.pdf](https://www.ombudsman.parliament.nz/sites/default/files/2020-07/Public_interest_August_2019.pdf) 30. март 2022.

<sup>47</sup> Н. Пирц-Мусар (2007), 84-85.

<sup>48</sup> Иако законодавац у чл. 4 ЗСПИЈЗ каже да оправдан интерес јавности постоји увек када се ради о информацијама којима располаже орган власти које се односе на угрожавање, односно заштиту здравља становништва и животне средине, а ако се ради о другим информацијама, сматра се да исти постоји, осим ако орган власти докаже супротно - системски и логички тумачећи ову одредбу, долази се до тога да је она

постојања интереса јавности, то не значи да поступајући орган уопште неће смети да процењује тежину јавног интереса. Напротив, он ће то морати да учини у финалној фази теста (фаза *stricto sensu* теста пропорционалности), јер другачије неће моћи да одреди претежнији интерес. Сматрамо да је интенција законодавца овде била да онемогући поступајући орган да злоупотребљава велики дискрециони маневарски простор који би имао уколико би му било допуштено да у старту доказује постојање интереса јавности да зна. Законодавац је, дакле, установивши необориву претпоставку да јавни интерес увек постоји када су у питању информације у поседу органа власти, оставио потупајућем органу једино да утврђује његову релативну јачину у сваком конкретном случају. „Отварање“ тражене информације јавности зависиће, не од постојања интереса јавности (јер он увек постоји), већ од његове јачине у односу на јачину супротстављеног му интереса.

И док је интенција законодавца, сматрамо, на правом трагу, дотле је њен номотехнички израз лош. Наиме, није јасно у каквом односу стоји чл. 8 са члановима 9 и 14 ЗСПИЈЗ, којима су прописани интереси због чијег угрожавања поступајући орган може ускратити приступ информацији од јавног значаја (живот, здравље, вођења поступка, одбрана земље, међународни односи, приватност лица, углед лица итд.). Прецизније, није јасно да ли се тест пропорционалности из члана 8 ЗСПИЈЗ има применити само на изузетке из та два члана, или можда, поред ових, и на неке предвиђене неким другим прописом. Ово из разлога што је законодавац члан 8 ЗСПИЈЗ формулисао као бланкетну норму, када је на крају формулације која каже да се права из тог закона „могу ограничити ради заштите од озбиљне повреде претежнијег интереса“, додао: „*заснованог на уставу или закону*“. Овако формулисана, ова одредба има облик генералне рестриктивне клаузуле какве се обично налазе у уставу, а која препушта прописивање ограничења права закону или другој уставној одредби. Ипак, ова норма се некако нашла у законском тексту. Уколико бисмо се зауставили на језичком тумачењу ове одредбе, то би довело до закључка да је интересе због којих се право на приступ информацијама од јавног значаја може ограничити могуће пронаћи и у неком другом закону<sup>49</sup>, односно да листа интереса из чл. 9 и 14 није исцрпна. Ипак, сматрамо да је

---

противречна норми из чл. 8. ЗСПИЈЗ, која прописује да ће орган моћи да ускрати приступ информацији ако докаже да је то неопходно зарад заштите неког од интереса из чл. 9 и 14 ЗСПИЈЗ. Доказивање да би се отварањем информације повредио неки легитимни интерес не представља обарање претпоставке о постојању интереса јавности да зна. Наиме, интерес јавности да зна може опстојати заједно са неким другим, њему супротстављеним интересом. Противречност, сматрамо, треба решити у корист члана 8 ЗСПИЈЗ, који је ближи духу закона.

<sup>49</sup> Повратно упућивање на Устав не би имало смисла, јер Устав не прописује ограничења овог права, већ, као што смо рекли, то препушта закону.

интенција законодавца била да се сва ограничења права на приступ информацијама од јавног значаја нађу у закону који на генерални начин регулише материју. Дакле, у ЗСПИЈЗ. Објаснићемо зашто.

Наиме, чл. 20 ст. 1 Устава прописује да се људска права могу законом ограничити ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта. Међутим, чланом 51 ст. 2 Устава, којим је прокламовано право на приступ информацијама од јавног значаја, те сврхе нису прописане, већ је то делегирано закону. Таква законска норма, која прописује сврхе ради којих се може ограничити право на приступ информацијама, с обзором на то да регулише оно што је *materia constitutionis* (ограничење људског права), у материјалном смислу је уставна норма. Управо свесни овог пропуста уставотворца, да сам пропише сврхе ограничења права, те чињенице да се једна, у материјалном смислу, уставна норма, нашла у формалном закону, морамо инсистирати на томе да нормирање тих сврха не прелази границе *lex generalis*-а, јер је реч о ограничењу права уставне категорије. Због свега наведеног сматрамо да синтагму „заснованог на уставу или закону“ треба брисати из чл. 8 ст. 1 ЗСПИЈЗ, те норму „затворити“, везујући је за члан 9 и члан 14 тог закона.

Посебну забуну ствара чл. 14 ЗСПИЈЗ, који прописује да орган власти може тражиоцу ограничити остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја ако би тиме повредио право на приватност, право на заштиту података о личности, право на углед или које друго право лица на које се тражена информација лично односи, осим у три случаја: 1) ако је лице на то пристало; 2) ако се ради о личности, појави или догађају од интереса за јавност, а нарочито ако се ради о јавном функционеру у смислу закона којим се уређује спречавање сукоба интереса при обављању јавних функција и ако је информација везана за вршење његове јавне функције; 3) ако се ради о лицу које је својим понашањем дало повода за тражење информације.

Најпре сама чињеница да законодавац наведене интересе издваја у засебан члан у односу на друге легитимне интересе (који се сви налазе у чл. 9 ЗСПИЈЗ), отвара питање да ли је постојала намера да се овим интересима да посебан статус, односно да се поступајући орган ослободи обавезе примене теста пропорционалности када би „отварање“ информације угрозило ове интересе. Не видимо разлог зашто би ови интереси априорно били постављени као битнији од, рецимо, интереса јавне безбедности или вођења судског поступка, те сматрамо да се тест пропорционалности има применити и у случају угрожавања интереса из чл. 14 ЗСПИЈЗ.

Међутим, уколико се тест пропорционалности има применити и приликом угрожавања приватности, заштите података о личности, угледа лица, односно другог права лица на које се тражена информација лично



односи, поставља се питање да ли су онда изузеци из тачака 1, 2 и 3 овог члана, *numerus clausus*, или је реч о некаквој отвореној (могуће примеричној) енумерацији? Језичка формулација иде у прилог затвореној енумерацији. Ово, међутим, не одговара приступу за који се законодавац стартно определио. Наиме, све до спорног члана 14 ЗСПИЈЗ, чини се да је интенција законодавца да не примењује казуистички приступ и не „прејудицира“ ситуације у којима је претежнији интерес јавности да зна, већ да препусти оном ко примењује закон да, користећи тест пропорционалности, одмери који од два супротстављена интереса претеже. Међутим, у члану 14 законодавац чини управо супротно: не само да казуистички прописује ситуације у којима постоји оправдан интерес јавности да зна, већ судећи по језичкој формулацији, чини и више од тога – он предвиђа у којим ситуацијама ће он бити претежнији. Иако наведена три изузетка, чини се, покривају вероватно већину ситуација које се могу наћи пред поступајућим органом, заиста је немогуће унапред рећи да ли постоји још нека ситуација која није обухваћена овим трима тачкама, а у којој ће интерес јавности да зна бити претежнији у односу на заштиту података о личности, углед или неко друго право лица на које се информација односи. Такође, хипотетички није немогуће замислити ни ситуацију у којој не постоји јак интерес јавности да зна информације, а постоји велика повреда приватности или угледа лица које врши јавну власт (рецимо државног службеника), премда ово вероватно неће бити чест случај.

Због наведеног, сматрамо да је потребно је уклонити ова 3 изузетка из чл. 14 ЗСПИЈЗ и препустити, као у случају члана 9, поступајућем органу да сам процењује, с обзиром на околности конкретног случаја, тежину интереса јавности наспрам интереса заштите приватности, односно података о личности, угледа итд. Ово нарочито због правила да се изузеци имају тумачити уско. Примењујући доследно ово важно логичко правило тумачења на спорни чл. 14 дошло би се у ситуацију да односну норму тумачимо следећи начин: *ако и само ако* постоји пристанак лица или се ради се о личности, појави или догађају од интереса за јавност, односно о лицу које је својим понашањем дало повода за тражење информације - има се информација учинити доступном јавности (и нити у једном другом случају). То другим речима значи да, ако се зауставимо на логичком тумачењу ове одредбе (што је најчешћи случај у пракси), примена теста пропорционалности је искључена када су у питању интереси из чл. 14 ЗСПИЈЗ.

## 6. НАЛАЗИ ЕМПИРИЈСКОГ ИСТРАЖИВАЊА

Анализа примене теста из члана 8 ЗСПИЈЗ од стране првостепених органа рађена је кроз анализу њихових одлука донетих по захтевима за приступ

информацијама, против којих је изјављена жалба Поверенику у 2020. години.<sup>50</sup> Популацију је чинило 737 негативних првостепених одлука, до којих смо дошли увидом у списе предмета које је Служба Повереника формирала по жалбама тражилаца информација.

У прелиминарној фази одређен је узорак од 97 негативних одлука (решења о одбијању и закључака о одбацивању). Узорак<sup>51</sup> је одређен методом компјутерски генерисаних случајних бројева, примењеном на листу са деловодним бројевима предмета формираних по жалбама. Из узорка је затим искључено 11 закључака о одбацивању захтева, 1 одлука погрешно донета у форми решења, 1 решење којим је орган одбио приступ информацији због неплаћања нужних трошкова издавања копије документа који садржи информацију и 2 одлуке у којима није ни било места примени теста пропорционалности.

Анализом 82 решења о одбијању захтева за приступ информацијама од јавног значаја, утврђено је да су у 27 првостепени органи грубо прекршили претпоставку постојања оправданог интереса јавности да зна, очигледно погрешним тумачењем иначе лоше формулисане одредбе члана 4 ЗСПИЈЗ, те одбили захтеве са образложењем да интерес јавности да зна не постоји. У наведеним случајевима, због стартне грешке, примењујући тзв. обрнути тест јавног интереса, у коју је замку лако упасти уколико се не примени системско тумачење члана 4, првостепени органи нису ни дошли (нити могли доћи) у ситуацију да примене тест пропорционалности.

Од преосталих 55 решења којима су одбијени захтеви тражилаца из разлога повреде неког од интереса из чланова 9-14 ЗСПИЈЗ<sup>52</sup>: у 44 органи власти не само да нису применили тест пропорционалности из чл. 8, него наведени члан нису нити поменули, било кроз цитирање, било кроз парафразирање; у 8 одлука члан 8 је цитиран али није примењен, или је примењен, али погрешно (најчешће само прве две фазе теста

---

<sup>50</sup> Анализа је, дакле, рађена на одлукама донетим пре последњих измена и допуна закона, али су њени резултати једнако релевантни и данас, с обзиром на то да новелама из 2021. године ЗСПИЈЗ није мењан у делу који је предмет наше анализе (члан 8 Закона).

<sup>51</sup> Напомена: удео одређене категорије (нпр: највиши републички органи, правосудни органи, јавна предузећа, здравствене установе, органи јединица локалне самоуправе итд.) у популацији свих органа власти, није узет у обзир приликом узорковања, што смањује репрезентативност узорка.

<sup>52</sup> У претходној верзији ЗСПИЈЗ, чланом 13 била је прописана злоупотреба права на приступ, на коју се, по ставу Повереника, такође примењивао тест пропорционалности. О томе види: *Слободан приступ информацијама: Ставови и мишљења Повереника – Публикација бр.10*, Поверник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности- Службени гласник, Београд 2021, 241-245.

пропорционалности); и напоследку, у свега 3 одлуке правилно је спроведен тест пропорционалности.

Дакле, у 96,3% анализираних случајева првостепени органи нису применили тест пропорционалности. Од тога у чак 89,9% долази до потпуног игнорисања одредбе чл. 8, тако да се она нити не помиње, док су је у 10,1% случајева поступајући органи изгледа свесни, али је не примењују како треба.

Напомињемо да ово истраживање није имало за циљ да оцени законитост одлуке (јер побијано решење може бити законито иако се темељи на погрешној аргументацији<sup>53</sup>), већ искључиво да измери учесталост примене теста пропорционалности приликом ограничења права на приступ информацијама.

Добијени резултати, који говоре о готово потпуном игнорисању члана 8 ЗСПИЈЗ од стране првостепених органа, не могу нам, међутим, ништа рећи о узроку такве лоше праксе. Ипак, у комбинацији са нормативном анализом која је показала мањкавости законске формулације теста пропорционалности, наведено може указати на корелацију између те две појаве (непримене одредбе и њене нејасне формулације), те послужити за формулисање нове хипотезе, чија би се истинитост проверавала у неком будућем, комплекснијем истраживању, применом одговарајућих метода емпиријског истраживања, као што су анкета или интервју.

## 7. ЗАКЉУЧАК

Значај јасноће законског текста увек је неспоран – то је један од основних предуслова за остваривање начела законитости. Јасан законски израз посебно је важан када се њиме формулишу институти какав је тест пропорционалности. Поред тога што је релативно нов у правној науци и пракси, у питању је институт таквих карактеристика да доживљава природан отпор у правним порецима у којима влада правни формализам и у којима се изрицају правде и даље приступа готово искључиво са становишта механичке јуриспруденције. Наиме, примена једног овако комплексног правног начела, у први план избацује одавно очигледну чињеницу да судија не може бити само логички аутомат чија се улога своди на правилно извођење правног силогизма, већ је његова најважнија, а уједно и најтежа улога, утврђивање истинитости премиса које чине тај силогизам. На примеру деликатног процеса вагања супротстављених интереса приликом примене теста пропорционалности, најбоље се види комплексност јуристичког закључивања, које од оног ко примењује норму тражи не само да правилно утврди вредности на којима се

---

<sup>53</sup> Види чл. 170 ст. 1 т. 3. Закона о општем управном поступку (*Сл. Гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење)

темељи горња премиса правног силогизма, већ и да буде, како то Х. Канторович каже, „специјалиста чињеничног стања“,<sup>54</sup> онда када одмерава чињенице случаја и доводи их у однос формирањем једног микрокаузалног контекста.<sup>55</sup>

Све док је примена једног овакво комплексног начела непознаница судијама, који би због природе свог посла требало да располажу највећим знањима међу правницима-практичарима, илузорно је очекивати да ће стање бити другачије међу овлашћеним лицима за поступање по захтевима за приступ информацијама од јавног значаја. За почетак, овлашћена лица за поступање по захтевима за приступ информацијама од јавног значаја чине једну хетерогену скупину која обухвата: од државних службеника највиших органа државне управе, преко запослених у јавним предузећима, до секретара основних школа и запослених у месним заједницама. Штавише, многа од ових лица уопште нису, нити морају да буду правници по струци. Осим тога, ни природа поступка у којем поступају, који као и сваки други управни поступак захтева брзину и ефикасност, и који је последично омеђен (кратким) законским роковима, не оставља им много времена за бављење комплексним тумачењима недовољно јасних одредаба закона.<sup>56</sup> Кад на ово додамо и то да је за највећи број овлашћених лица, поступање по захтевима за приступ информацијама од јавног значаја само један од послова (често не примарни) које обављају у органу, као и да највећи број органа власти, без обзира на величину и оптерећеност пословима из свог најужег делокруга, упошљава само по једно лице на овим пословима,<sup>57</sup> бива очигледно да међу факторима који утичу на неефикасност остваривања права на приступ информацијама од јавног значаја у Републици Србији, јесте и недовољно јасан законски текст, који само додатно

<sup>54</sup> Наведено према С. Бован, „Фундаменталне тековине европског права људских права“, у: *Људска права – између идеала и стварности* (ур. М.Крвавац), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016., 270.

<sup>55</sup> Више о томе види С. Бован (2013), 65-66.

<sup>56</sup> На овом месту чини нам се интересантним указати на решење присутно у хрватском праву, по коме је спровођење теста јавног интереса један од поименице означених разлога за продужетак рокова за остваривање права на приступ информацији од јавног значаја, и то за 15 дана од дана када је првостепени орган требао одлучити о захтеву за приступ информацији. (Види чл. 22 ст.1 т.4. Закона о праву на приступ информацијама, *Народне новине* бр. 25/13, 85/15) Сматрамо да слично прецизирање овог без сумње оправданог разлога за продужење рока за поступање првостепеног органа по захтеву у чл. 16 ст.4 ЗСПИЈЗ не би имало значајнијег ефекта, те да би представљало *de lege ferenda* одговор на последицу, а не на један од узрока проблема, који је, као што је у раду приказано, недовољно јасан и прецизан законски текст.

<sup>57</sup> М. Милошевић, „Капацитети и аутономија рада институција“, у: *Слободан приступ информацијама од јавног значаја: теорија и пракса*“ (ур. М.Милошевић, П.Петровић) Београдски центар за безбедносну политику, Београд 2013, 40-42.

подрива већ недовољне капацитете овлашћених лица за бављење комплексним правним питањима.

Свесни да су институционални разлози и ниска правна свест вероватно доминантни узроци неефикасној примени ЗСПИЈЗ, сматрамо да, иако недовољно, најмање (и примарно) што се може учинити за унапређивање остваривања овог људског права јесте инсистирање на побољшању законског текста у његовом најкомплекснијем и истовремено најважнијем делу.

## ЛИТЕРАТУРА:

Alexy R., “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 24, 2014, 51-65.

Alexy R., “Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak”, *International Journal of Constitutional Law* Vol. 16 3/2018, 871-879.

Andelković L., „The Elements of Proportionality as a Principle of Human Rights Limitations“, *Facta Universitatis* Vol. 15, 3/2017, 235-244.

Barak A., *Proportionality - Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

Биен С., „Значај приступа информацијама од јавног значаја у правном поретку“, у: *Анализа Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја са истраживањем о примени Закона у пракси* (ур. Д. Милутиновић) Америчко удружење правника, Иницијатива за владавину права, Београд, 2007, 27-45.

Бован С., „Природа јуристичког закључка“, *Анали Правног факултета*, LXI, 2/2013, 43-68.

Бован С., „Фундаменталне тековине европског права људских права“, у: *Људска права – између идеала и стварности* (ур. М.Крвавац), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016, 263-281.

Borovski M., “Absolute Rights and Proportionality”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 56, 2013, 385-423.

Гајин С., „Одмеравање супротстављених интереса у примени Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја“, *Српска политичка мисао* Вол. 62, 4/2018, 231-248.

Давинић М., „Сукоб између права јавности да зна и права на приватност“ *Правни живот*, 10/2016, 165-180.

Jizeng F., „Rethinking the Method and Function of Proportionality Test in the European Court of Human Rights“, *Journal of Human Rights*, Vol. 15, 1/2016, 47-86.

Кнежевић-Бојовић А., „Слободан приступ информацијама од јавног значаја“, у: *Правни механизми спречавања корупције у земљама југоисточне Европе са посебним освртом на систем одбране* (ур. А.Рабреновић), Институт за упоредно право, Београд, 2013, 123-142.

Лиличић С., „Доступност јавних информација“, *Слободан приступ информацијама*, Комитет правника за људска права, Београд, 2003., 15-33.

Лукић Р., *Теорија државе и права* II том, БИГЗ, Београд, 1995.

Matijević M., „Some Critical Reflections on the Broad human Rights Constitutionalisation“, *Constitutio Lex Superior* (eds. O. Nikolić, V. Čolović) Institute of Comparative Law, Belgrade, 2021, 155-172.

Миленковић Д., „Управно процесна и други слични облици заштите права на приступ информацијама у компаративном праву“, *Страни правни живот*, Год. 59, 3/2015, 115-131.

Миленковић Д., „Право на слободан простип информацијама као фундаментално људско право“, *Слободан приступ информацијама*, Комитет правника за људска права, Београд, 2003, 44-48.

Миленковић Д., *Приступ информацијама, заштита података о личности и тајност информација: актуелна питања законодавства у Србији*, Комитет правника за људска права – Досије студио, Београд 2009.

Миленковић Д., *Приручник за примену Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја*, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Београд, 2010.

Milovanović D., Davinić M., Cucić V., „Free Access to information in Serbia“ in: *The Laws of Transparency in Action: European perspective* (Eds. D. Dragoš, P. Kovač, A. Marseille) IIAS, Palgrave Macmillan, 2019, 501-541.

Милошевић М., „Капацитети и аутономија рада институција“, у: *Слободан приступ информацијама од јавног значаја: теорија и пракса*“ (ур. М. Милошевић, П. Петровић) Београдски центар за безбедносну политику, Београд 2013, 38-50.

Odić N., Galović R., *Test razmjernosti i javnog interesa kao instrument uspostavljanja ravnoteže između prava na pristup informacijama (načela transparentnosti) i njegovih ograničenja u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet, Zagreb, 2015.

Pirc Musar N., „Weighing tests with emphasis on public interest test in accessing information of public character“, *Slovenian Law Review* Vol. 31, 6-7/2005, 1694-1704.

Пирц-Мусар Н., „Тест интереса јавности са становишта Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја“, у: *Анализа Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја са истраживањем о примени Закона у пракси* (ур. Д. Милутиновић) Америчко удружење правника, Иницијатива за владавину права, Београд, 2007, 78-92.

Тодоровић Б., „Вагање између заштите јавног интереса и права на заштиту података о личности - примена европских стандарда у праву Републике Србије“ *Идентитетски преображај Србије*, Правни факултет, Београд, 2018, 89-118.

Томић З., „Јавни поредак- појам и структура“, *Анали Правног факултета*, LXVII 2/2019, 34-48.

Томић З., „Уставна релативизација основних људских права“, *Преиспитивање класичних уставноправних схватања у условима савремене државе и политике* (ур. М.Ђорђевић), Институт за упоредно право, Београд, 2021, 307-318.

Правни прописи:

Устав Републике Србије (*Сл. Гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021)

Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, (*Сл. Гласник РС*, бр. 120/2004, 54/2007, 104/2009, 36/2010 и 105/2021)

Закон о општем управном поступку (*Сл. Гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење)

Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини (*"Службени гласник БиХ"*, бр. 28/00, 45/06, 102/09, 62/11 и 100/13)

Закон о праву на приступ информацијама, *Народне новине* бр. 25/13, 85/15)

Препорука Р (2002) 2 Комитета министара СЕ о увиду у службене документе

Остали извори:

Global Right to Information Map, <https://www.rti-rating.org/country-data/Serbia/>, 20. фебруар 2022.

*Водич кроз закон о слободном приступу информацијама*, Повереник за информација од јавног значаја и заштиту података о личности, [https://www.poverenik.rs/images/stories/Dokumentacija/16\\_cdok.pdf](https://www.poverenik.rs/images/stories/Dokumentacija/16_cdok.pdf), приступљено: 28. март 2022.

Access NFO, *Legal Analysis: Access to Decision-Making Information in Europe*, <https://www.access-info.org/open-decision-making/legal-analysis/>, 30. март 2022.

Information Commissioner Office, *The public interest test- Freedom of Information Act*, [https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1183/the\\_public\\_interest\\_test.pdf](https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1183/the_public_interest_test.pdf) 30. март 2022

*Ставови и мишљења Повереника*, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, <https://www.poverenik.rs/sr/publikacije/%D0%BF%D1%80%D0%B8%D1%80%D1%83%D1%87%D0%BD%D0%B8%D1%86%D0%B8.html> 30. март 2022.

Office of the Ombudsman, *Public interest A guide to the public interest test in section 9(1) of the OIA and section 7(1) of the LGOIMA*, New Zealand Ombudsman, 2019, 18.



[https://www.ombudsman.parliament.nz/sites/default/files/2020-07/Public\\_interest\\_August\\_2019.pdf](https://www.ombudsman.parliament.nz/sites/default/files/2020-07/Public_interest_August_2019.pdf) 30. март 2022.

*Слободан приступ информацијама: Ставови и мишљења Повереника – Публикација бр.10*, Поверник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности- Службени гласник, Београд 2021

Anja BEZBRADICA

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

Vasilije MARKOVIĆ

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

## WEIGHING TEST(S) AND LIMITATION OF THE RIGHT TO ACCESS INFORMATION OF PUBLIC IMPORTANCE IN SERBIAN LAW

### Summary

The authors analyze the theoretical and normative framework of the public interest test, as the very core of legal regulation of the right to free access to information of public importance. The analysis is aimed at finding the causes and proposing solutions to a significant problem identified in practice - non-implementation, even ignoring the public interest test by first instance bodies in procedures for exercising the right to access information of public importance. The authors came to the confirmation of this practice after conducting an empirical study on a sample of almost 100 cases during 2020. As one of the possible reasons for this issue, in addition to personnel capacities and lack of professional training, the paper emphasizes the lack of precision of the legal text, but also the conceptual and terminological confusion present in theory. The confusion refers to the question of whether there is a test of public interest in the Serbian Law on Free Access to Information of Public Importance, as well as its nature in relation to other similar balancing tests. Authors therefore assume that the Serbian Law on Free Access to Information of Public Importance contains a test of public interest in Article 8, and that it is actually a phase of constitutional proportionality test.

**Key words:** Law on Free Access to Information of Public Importance, public interest test, proportionality test, harm test, weighing of interests.

# КРИВИЧНОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ



оригинални научни рад  
достављен: 02. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 29. 04. 2022.  
УДК

Др Душица МИЛАДИНОВИЋ СТЕФАНОВИЋ \*

## КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА РЕПРОДУКТИВНИХ ПРАВА \*\*

### Апстракт

Израз репродуктивна права користи се за означавање читавог скупа права која се тичу хумане репродукције, а гранају се из два основна – права на рађање и права на нерађање. Њихов развој на међународном плану, како универзалном тако и регионалном, текао је споро и постепено, да би се тек у новије доба дошло и до обавезујућих аката у овом домену. Неки од најзначајнијих извора донети су у европском правном простору, а посебно место свакако заузима Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција), јер се њоме тражи од чланица да одређена понашања којима се нарушавају репродуктивна права инкриминишу. У оквирима овога рада проучава се управо начин на који су различите европске земље уобличиле свој систем кривичноправне заштите од појединих поступака којима се доводи у питање репродуктивни избор, као што су принудна стерилизација, принудни абортус и принудна трудноћа.

**Кључне речи:** репродуктивна права, кривичноправна заштита, принудна стерилизација, принудни абортус и принудна трудноћа.

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Репродуктивна права представљају заједнички назив за корпус права која се односе на хуману репродукцију. Она омогућавају појединцу да самостално и слободно одлучује о томе да ли ће, када и колико деце имати, а у себи садрже два темељна стуба – право на рађање и право на

---

\* Ванредни професор Правног факултета, Универзитет у Нишу, dusica@prafak.ni.ac.rs.

\*\* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

нерађање. Из њих се надаље гранају право на лечење неплодности, право на зачеће природним путем, право на зачеће вештачким путем и право на рађање детета (ако се остварују рађањем), односно право на превентивне мере за спречавање нежељеног зачећа и право на прекид трудноће (уколико се остварују нерађањем).<sup>1</sup> Репродуктивна права подразумевају и то да њихови носиоци имају на располагању и одговарајуће висококвалитетне здравствене услуге у овој области, право да буду информисани и образовани у вези са тим, као и право на приступ свему наведеном без икакве дискриминације, принуде и насиља.<sup>2</sup>

Када се већ говори о титуларима ових права, требало би запазити да се у правној теорији могу пронаћи различита становишта.<sup>3</sup> Данас је мањинско схватање да су носиоци „мушкарац и жена као јединствен, целовит и двојни субјект“.<sup>4</sup> Оно је напуштено из више разлога. Прво, репродуктивна права се могу остварити и одлуком да се не постане родитељ за шта, логично, није потребан никакав двојни субјект, сваки појединац се може самостално одредити за тако нешто и друго, у случајевима вештачке инсеминације, жена ово право може остварити сама, без икакве сагласности или одобрења мушкарца.

Требало би поменути да је репродуктивни избор гарантован међународним изворима о људским правима, а да у Републици Србији представља уставну категорију, пошто свако има право да слободно одлучи о рађању деце, уз допунску напомену да држава подстиче родитеље да се одлуче на рађање и помаже им у томе.<sup>5</sup> Тиме се и отвара питање на који начин је он заштићен одредбама кривичног права, чему је и посвећено даље излагање.

---

<sup>1</sup> Детаљније у С. Константиновић-Вилић, Н. Петрушић, *Репродуктивна права и слобода – право на нерађање*, Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију, Ниш, 1999, 5-6.

<sup>2</sup> О. Јовић-Прлаиновић, „Право на планирање породице – контрацептивна стерилизација“, *Правни живот*, бр. 2, Београд, 2020, 119.

<sup>3</sup> Више о томе у З. Поњавић, „Право на слободно родитељство и субјекти овог права“, *Гласник Правног факултета у Крагујевцу*, Крагујевац, 1991/1992, 67 и надаље.

<sup>4</sup> М. Стеванов, „Право на слободно родитељство“, *Зборник радова*, бр. 11, Нови Сад, 1977, 44.

<sup>5</sup> Чл. 63 Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/06.

## 2. РЕПРОДУКТИВНА ПРАВА У МЕЂУНАРОДНИМ ИЗВОРИМА

На међународном плану постоји више извора значајних за ову тему, различитих по томе да ли су универзалног или регионалног значаја, односно да ли посредно или непосредно гарантују ова права. У неком ширем смислу, заштита репродуктивних права предвиђена је већ у Универзалној декларацији УН о људским правима из 1948. године,<sup>6</sup> која забрањује произвољно мешање у приватни живот и породицу и одређује потребу за њиховом правном заштитом од мешања и напада (чл. 12). Нешто слично стоји и у Међународном пакту о грађанским и политичким правима из 1966. године,<sup>7</sup> пошто нико не може бити предмет самовољних и незаконитих уплитања у његов приватни живот и породицу, уз обавезу успостављања и законске заштите (чл. 17). Истим актом признато је и право на склапање брака и оснивање породице сваком мушкарцу и жени који су дорасли за то (чл. 23).

Известан помак у правцу гарантовања репродуктивних права учињен је у Техеранској декларацији,<sup>8</sup> усвојеној 1968. године у оквиру УН, којом је родитељима као основно људско право дато да слободно и одговорно одлучују о томе колико ће деце имати и какав ће бити размак између рађања (чл. 16). Овде се примећују две компоненте права – слободно одлучивање о броју деце и размаку између рађања. Иако се у Техеранској декларацији непосредно говори о репродуктивним правима, сенку баца чињеница да се ради о правно необавезујућем акту.

Занимљиво је да су се надаље у току дугог периода УН бавиле овим питањем у оквиру конференција посвећених популацији и популационој политици. Тако је недуго после доношења Техеранске декларације, на Светској конференцији о популацији у Букурешту 1974. године, право на репродуктивни избор поново дошло у фокус, али се нашло у контексту забринутости за претерани пораст становништва на светском нивоу, те је посебним Акционим планом<sup>9</sup> потврђено да сви

---

<sup>6</sup> [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/cnr.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/cnr.pdf), приступ 01.03.2022. године.

<sup>7</sup> Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 7/71.

<sup>8</sup> Final Act of the International Conference on Human Rights, UN Doc. A/Conf. 32/41, [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final\\_Act\\_of\\_TehranConf.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf), приступ 01.03.2022.

<sup>9</sup> World Population Plan of Action, Adopted by World Population Conference, Bucharest 1974, <https://www.un.org/en/conferences/population/bucharest1974>, приступ 01.03.2022.

парови и појединци имају основно право да слободно и одговорно одлучују о броју и размаку између своје деце, као и да имају информације, образовање и средства за то (чл. 14ф). Овде унете новине тичу се титулара права, јер се сада говори не само о паровима, већ и о појединцима. Дошло је и до проширења опсега самог права, којем су придодати и право на приступ информацијама, образовању и средствима, у функцији остваривања основних компоненти у виду слободног и одговорног одлучивања о броју деце и размаку између рађања. Није неосновано поставити питање шта се подразумева под „одговорним“ вршењем овог права, које је назначено већ у Техеранској декларацији, да ли се кроз инсистирање на томе предност ипак даје неким другим потребама и интересима, осим оних чисто личне природе. Тешкоће у признавању ових права могу се илустровати и примером Светске конференције о популацији у Мексику 1984. године,<sup>10</sup> када је учено постојање снажног лобија против абортуса. Дисонантни тонови по питању репродуктивног избора утицали су на поједине земље, конкретније на САД да забрани финансирање страних невладиних организација које „обављају или активно промовишу абортус као метод планирања породице“.<sup>11</sup> На конференцији у Каиру 1994. године<sup>12</sup> истакнуто је да репродуктивна права подразумевају основно право свих парова и појединаца да слободно и одговорно одлучују о броју, размаку и времену рађања њихове деце, да имају доступне информације и средства за то, као и право на највиши стандард сексуалног и репродуктивног здравља. При томе, посебно је наглашено да се право на доношење одлука у вези са репродукцијом мора остваривати без дискриминације, принуде и насиља. Акциони план из Каира, такође, детаљније говори о одговорности, у смислу да носиоци у остваривању овог права треба да воде рачуна о „својим потребама, будућности своје деце, али и одговорности према заједници“. Конференција одржана 1999. године у Њујорку<sup>13</sup> као један од закључака на овом плану даје препоруку државама да предузму снажније мере на промовисању репродуктивних права, а поново се расправљало о абортусу, за који је речено да не би требало да има предност у планирању породице, али и да када се предузима мора бити безбедан. На следећој конференцији у Најробију из 2019. године, закључено је да, иако има напретка од 1994.

---

<sup>10</sup> <https://www.un.org/en/conferences/population/mexico1984>, приступ 01.03.2022.

<sup>11</sup> Више у D. Boghecho, M. Upreti, "The Global Gag Rule – An Antithesis to the Rights-Based Approach to Health", *Health and Human Rights*, no. 9 (1), 2006, 18.

<sup>12</sup> <https://www.un.org/en/conferences/population/cairo1994>, приступ 01.03.2022.

<sup>13</sup> <https://www.un.org/en/conferences/population/newyork1999>, приступ 01.03.2022.



године, још увек постоји простор за унапређење и уклањање дискриминације у овој области.<sup>14</sup>

У оквиру УН одржаване су и конференције о женама које, такође, треба поменути у овом излагању. На Светској конференцији УН о женама у Пекингу 1995. године<sup>15</sup> у Акционом плану је закључено да жена има право да контролише све аспекте свог здравља, укључујући и плодност, као и да се од држава очекује да ово право заштите (чл. 95).

Иако су утицали на развој, наведени документи нису правно обавезујући. Право прокламовање репродуктивних права извршено је под утицајем активисткиња за женска права, које су почеле да се организују на међународном нивоу и налазе јаче упориште у званичним међународним форумима.<sup>16</sup> Тако је најзначајнији пробој извршен Конвенцијом о елиминисању свих облика дискриминације жена из 1979. године,<sup>17</sup> која је женама и мушкарцима гарантовала једнака права „да слободно и одговорно одлучују о планирању породице, као и да имају приступ информацијама, образовању и средствима која ће им омогућити да се користе овим правима“ (чл. 16 ст. 1 е). Истовремено, државе чланице су обавезане да предузму одговарајуће мере ради отклањања дискриминације у свим питањима која се односе на брак и породичне односе (чл. 16). Међутим, какво је реално стање на плану репродуктивног избора, показале су многобројне резерве. Ево неких примера: Ирак и Тајланд се уопште нису сматрали везани овим правом; Бахреин, Малдиви и УАЕ изразили су резерве у мери у којој је ово право у супротности са шеријатским законом; Малта и Монако се нису сложили са тим правом у оној мери у којој би се могло тумачити као увођење обавезе да се легализује абортус; Индија је пристала да се повинује само тамо где се неће мешати у „личне послове“; Нигер је навео да се ово право не може одмах применити, јер је у супротности са постојећим обичајима и праксом, за чију промену је неопходно време и еволуција самог друштва, тако да стога и не могу бити укинута ауторитетом овог акта.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> <https://www.un.org/en/conferences/population/nairobi2019>, приступ 01.03.2022.

<sup>15</sup> <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>, приступ 01.03.2022.

<sup>16</sup> Више о доприносу феминистичког покрета у С. Константиновић-Вилић, Н. Петрушић, *op. cit.*, 7-11.

<sup>17</sup> Закон о потврђивању Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 11/81.

<sup>18</sup> Детаљније о резервама се може видети на <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations.htm>, приступ 01.03.2022.

Даљи развој се одвијао у првацу заштите репродуктивних права појединих посебно осетљивих категорија. Такав је случај са Конвенцијом УН о правима особа са инвалидитетом,<sup>19</sup> донетом са циљем да унапреди, заштити и осигура пуно и једнако уживање свих људских права и основних слобода особама које имају „дугорочна физичка, ментална, интелектуална или чулна оштећења која у интеракцији са разним препрекама могу ометати њихово пуно и ефикасно учешће у друштву на једнакој основи са другима“. Њоме је признато право да слободно и одговорно одлучују о броју и размаку између рађања деце и да имају приступ информацијама одговарајућим за њихово животно доба, приступ образовању у вези са рађањем и планирањем породице, као и потребним средствима за уживање ових права (чл. 23 ст. 1б). Занимљиво је да овај акт експлицитно помиње и право особа са инвалидитетом, укључујући и децу, да равноправно са другима очувају своју плодност (чл. 23 ст. 1ц).

Правна заштита је присутна и у актима регионалног карактера, попут Америчке конвенције о људским правима<sup>20</sup> са Допунским протоколом у области економских, социјалних и културних права (Протокол из Сан Салвадора),<sup>21</sup> или Интерамеричке конвенције о спречавању, кажњавању и искорењивању насиља над женама.<sup>22</sup> Требало би приметити да је Међуамеричка комисија за људска права решавала случајеве у вези са репродуктивним правима, мада су они малобројни, а односе се на присилну стерилизацију,<sup>23</sup> одбијање извршења абортуса када је то законом дозвољено<sup>24</sup> и забрану вантелесне оплодње.<sup>25</sup> И Афричка

---

<sup>19</sup> Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 42/09.

<sup>20</sup> Видети чл. 11 и 17, <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, приступ 01.03.2022.

<sup>21</sup> Видети чл. 15, Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights [‘Protocol of San Salvador’], <http://www.oas.org/en/sare/social-inclusion/protocol-ssv/docs/protocol-san-salvador-en.pdf>, приступ 01.03.2022.

<sup>22</sup> Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>, приступ 01.03.2022.

<sup>23</sup> *María Mamerita Mestanza Cháves v. Peru and IV v. Bolivia*, <https://www.cidh.oas.org/women/peru.12191sp.htm>, приступ 01.03.2022.

<sup>24</sup> *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto v. México*, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007eng/Mexico161.02eng.htm>, приступ 01.03.2022.

повеља о људским правима и правима народа (Банцул повеља)<sup>26</sup> са додатним Протоколом о правима жена у Африци (тзв. Мапуто протокол)<sup>27</sup> изричито наводи репродуктивна права жена.

Најзначајнији донети су, међутим, остварени на европском правном простору. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода<sup>28</sup> само оквирно гарантује право на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8), као и право да се ступи у брак и заснива породица, што је признато и мушкарцима и женама одговарајућег узраста, у складу са националним законодавством (чл. 12), на основу чега је Европски суд за људска права изградио богату јуриспруденцију везану за репродуктивна права, нарочито у вези са абортусом и принудном стерилизацијом.<sup>29</sup> Посебно место ипак припада Конвенцији Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (у даљем тексту Истанбулска конвенција),<sup>30</sup> јер предвиђа криминализацију одређених понашања, међу којима се налазе принудни абортус и принудна стерилизација. Принудни абортус је Истанбулском конвенцијом одређен као намерни абортус жене без њеног претходног информисаног пристанка (чл. 39). Са друге стране, принудна стерилизација је дефинисана као предузимање намерне „операције у сврху или уз исход онемогућавања природне репродукције код жене без њеног информисаног пристанка или разумевања процедуре“ (чл. 39). Приметно је да се за постојање ових дела није неопходна принуда у класичном смислу те речи, као силе и претње. Такође, упада у очи и то

---

<sup>25</sup> *Ana Victoria Sanchez Villalobos y otros V. Costa Rica*, <http://www.cidh.org/women/costarica.12361sp.htm>, приступ 01.03.2022.

<sup>26</sup> <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>, приступ 01.03.2022.

<sup>27</sup> Видети чл. 14, Protocol to the African Chart on Human and People's Rights on Women in Africa, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WG/ProtocolontheRightsofWomen.pdf>, приступ 01.03.2022.

<sup>28</sup> Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са допунским протоколима, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – испр. и „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/10 и 10/15.

<sup>29</sup> Више у В. Влашковић, „Услуга стерилизације са посебним освртом на праксу Европског суда за људска права“, *Зборник радова XXI век – век услуга и услужног права* (ур. М. Миховић), Правни факултет, Крагујевац, 2012: 324-333, I. Плић, “Forced Sterilization as a Violation of Article 3 and Article 8 of the European Convention”, *Facta Universitatis – Law and Politics*, no. 13 (2), 2015, 188-198 и Јовић-Прлаиновић, *op. cit.*, 125-128.

<sup>30</sup> Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, „Службени гласник РС“, бр. 12/13.

што се тражи кривичноправна реакција само када су жене у питању, али не и у односу на мушкарце. Истанбулска конвенција не садржи принудну трудноћу, али у неком ширем смислу тражи од држава чланица да инкриминишу физичко насиље, те се стране обавезују да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да намерно почињена дела физичког насиља над другим лицем буду инкриминисана (чл. 35).

### 3. КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД ПРИНУДНЕ СТЕРИЛИЗАЦИЈЕ

Стерилизација представља трајни метод спречавања зачећа који се, када су жене у питању, састоји у оклузији јајовода, тј. стварању механичке препреке за спајање сперматозоида и зреле јајне ћелије, док се код мушкараца ради о вазектомији, тј. пресецању или подвезивању семеновода, услед чега сперматозоиди не доспевају у семену течност.<sup>31</sup> Поменути поступак има своје оправдање уколико је медицински индикован, али и ако се предузима без медицинских разлога, на захтев самог пацијента, када се говори о тзв. услужној стерилизацији.<sup>32</sup> Европске земље немају јединствен приступ заштити од принудне стерилизације. Најпре, постоје оне које садрже посебно кривично дело, мада се прихваћена решења међусобно разликују по називу, елементима бића и законској казненој политици. Такав је случај са Кривичним закоником Грузије<sup>33</sup> и инкриминацијом стерилизација без пристанка (чл. 133), која се састоји у предузимању операције или неке друге радње према другом лицу без његовог пристанка, у циљу уништавања његове репродуктивне способности, за шта је прописана казна затвора од две до шест година.

---

<sup>31</sup> Детаљно о оперативним техникама, ефикасности, предностима и манана захвата видети у М. Велковић, *Контрацепција*, Серафимовић, Ниш, 2006, 318 и надаље, М. Рашевић, К. Седлеци, *Вољна стерилизација: потреба, баријере, пракса*, Службени гласник, Београд, 2002, 17 и надаље.

<sup>32</sup> Више о уговору о обављању добровољне стерилизације у Х. Мујовић-Зорнић, „Репродуктивна права: правни аспекти стерилизације“, *Становништво*, бр. 1-4, Београд, 2001, 125 и надаље и В. Влашковић, „Услуга стерилизације са посебним освртом на праксу Европског суда за људска права“, у *XXI век – век услуга и услужног права* (ур. М. Мићовић), Правни факултет, Крагујевац, 2012, 318 и надаље, В. Клајн-Татић, Н. Ђурђевић, Љ. Круљ, Х. Мујовић-Зорнић, Ј. Радишић, М. Мијачић, О. Поповић, *Медицинско право и медицинска етика*, Институт друштвених наука, Београд, 1994, 85-90.

<sup>33</sup>

[https://www.legislationline.org/download/id/9995/file/GEO\\_CC\\_July%202021\\_eng.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/9995/file/GEO_CC_July%202021_eng.pdf)  
f, приступ 02.02.2022.

Поред основног, дело има и квалификовани облик уколико је учињено од стране групе, према малолетнику, беспомоћној особи, лицу са инвалидитетом или трудници, односно у више наврата. Опасност описаних облика видљива је и у казненој политици, пошто је предвиђена казна затвора од три до седам година. Најтежи облик представља дело квалификовано тежом последицом, а у питању је наступање смрти или других тежих последица, за шта је запређена казна затвора од седам до једанаест година. Требало би поменути да ово није једина инкриминација којом се штити репродуктивна способност. Противправни, илегални абортус (чл. 133) има више облика, а у овом контексту је значајно да, ако је довео до трајног губитка способности за репродукцију, постоји његов тежи вид, са кумулативно прописаном казном затвора од четири до шест година и забраном вршења делатности и дужности у трајању до три године.

Кривични законик Малте<sup>34</sup> принудну стерилизацију (чл. 251 ф) систематизује у групу специфичног назива „Претње, насиље и узнемиравање“. Дело чини лице које, из немедицинских разлога, силом, преваром, подмићивањем или претњом хирушким путем, уклони или онеспособи репродуктивне органе особе без њеног пуног информисаног пристанка, што је довело до стерилизације, осим уколико то не представља неко друго теже дело. Осим другачијег и детаљнијег описа начина вршења, дело је у односу на претходно специфично и по изостанку тежих облика, као и по постављеном законском супсидијаритету. Што се прописане казне тиче, предвиђен је искључиво затвор у трајању од четири до десет година. Када се ово упореди, на пример, са тежим обликом телесне повреде (чл. 218) која настаје, између осталог, ако је дошло до трајног оштећења здравља или функције било ког органа, са прописаним затвором у трајању од пет до десет година, приметна је строжа казнена реакција, с обзиром на виши посебни минимум.

Кривични законик Турске<sup>35</sup> прихвата веома неуобичајна решења. Дело под неутралним називом стерилизација (чл. 101) налази се у глави посвећеној илегалном абортусу, побачају и стерилизацији, а састоји се у стерилизацији мушкарца или жене без њиховог пристанка. За основни

---

<sup>34</sup> [https://www.legislationline.org/download/id/9619/file/Malta\\_CC.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/9619/file/Malta_CC.pdf), приступ 02.02.2022.

<sup>35</sup>

[https://www.legislationline.org/download/id/6453/file/Turkey\\_CC\\_2004\\_am2016\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6453/file/Turkey_CC_2004_am2016_en.pdf), приступ 02.02.2022.

облик одређена је казна затвора од три до шест година, мада се, у случају да је дело извршило лице које није овлашћено за стерилизацију казна обавезно увећава за једну трећину. Други облик постоји ако је стерилизација обављена са пристанком мушкарца или жене, али од стране неовлашћеног лица, са запређеном казном затвора од једне до три године. Очигледно је да су се под окриљем исте инкриминације нашле и вољна и невољна стерилизација, што ово дело чини различитим у односу на друга анализирана, а приметна је и испреплетеност стерилизације са онима што би се код нас могло сматрати надрилекарством.

Када су у питању државе настале из бивше СФРЈ, требало би издвојити Кривични законик Црне Горе (у даљем тексту КЗЦГ)<sup>36</sup> и Кривични законик Републике Српске (у даљем тексту КЗРСрпске),<sup>37</sup> јер садрже самостално инкриминисану принудну стерилизацију. Истоимено дело у црногорском праву постоји када се употребом силе или претње изврши стерилизација другог лица у циљу онемогућавања његове репродукције, што се кажњава затвором од три месеца до пет година (чл. 151б). Нешто другачије одређење среће се у праву Републике Српске, јер се извршиоцем сматра лице које на другоме, без његовог пристанка, изврши операцију у сврху онемогућавања природне репродукције, а другачија је и реакција – затвор од једне до осам година. Постоји још једна разлика, како дело има и тежи облик, а за квалификаторну околност је изабрано својство пасивног субјекта; тако ће се учинилац казнити казном затвора од две до десет година, уколико је дело учињено према детету.

Други приступ присутан је у земљама које су овај проблем покушале да реше посредно, користећи постојеће инкриминације, као што су телесне повреде или поједина међународна кривична дела. С обзиром на обим овог рада и комплексност међународних кривичних дела, која заслужују да буду предмет посебне обраде, даље излагање биће фокусирано само на дела против здравља и телесног интегритета. Већина земаља насталих из бивше СФРЈ, иако су приступиле Истанбулској конвенцији, није уводила посебно дело, јер је заузет став да постојеће тешке телесне повреде пружају довољну заштиту. У том смислу, треба апострофирати следећу формулацију: „уништен или трајно и у знатној

---

<sup>36</sup> „Службени лист РЦГ“, бр. 70/03, 13/04 – испр. и 47/06, „Службени лист ЦГ“, бр. 40/08, 25/10, 32/11, 64/11 – др. закон, 40/13, 56/13 – испр., 14/15, 42/15, 58/15-др. закон, 44/17, 49/18 и 3/20.

<sup>37</sup> „Службени гласник РС“, бр. 64/17, 104/18 – Одлука УС и 89/21.

мери ослабљен неки важан део тела или који важан орган“, каква се среће у Кривичном закону Брчко дистрикта (у даљем тексту КЗБД, видети чл. 169 ст. 3),<sup>38</sup> Кривичном закону Федерације БиХ (у даљем тексту КЗФБиХ, у чл. 172 ст. 3)<sup>39</sup>, али и у нашем Кривичном законнику (у даљем тексту КЗРС, у чл. 121 ст. 2).<sup>40</sup> Док је у КЗБД и КЗФБиХ прописана казна затвора од једне до десет година, код нас је постављен распон од једне до осам година. Са друге стране, иста је квалификаторна околност – наступање смрти пасивног субјекта, мада је добила незнатно другачије одговоре у домену кажњавања – од две до дванаест година у КЗРС, односно од једне до дванаест година у КЗБД и КЗФБиХ. Тешка телесна повреда учињена према малолетном лицу, бременитој жени или лицу које обавља послове од јавног значаја (последње вероватно и није од значаја у овом контексту) издвојена је у КЗРС у посебан облик, са прописаном казном од две до дванаест година, а у случају наступања смрти од пет до петнаест година. Само детаљи одвајају Казнени законик Словеније (надаље КЗС)<sup>41</sup> од овога што је претходно речено. Тако се принудна стерилизација може подвести под посебно тешку телесну повреду из чл. 124, када је важан део тела или важан орган уништен или трајно и тешко ослабљен. За овај облик је предвиђена казна затвора од једне до десет година, а за тежи, у случају наступања смрти, од три до петнаест година.

За разлику од претходно наведених кривичних законодавстава, са оквирним одређењем телесних повреда, постоји и посебна подгрупа у којима ово дело експлицитно обухвата стерилизацију. Такав је случај са Кривичним закоником Пољске<sup>42</sup> и инкриминацијом из чл. 156. Између осталог, дело чини лице које проузрокује озбиљно оштећење здравља код другог којим се лишава способности за размножавање, за шта је прописана казна затвора у трајању од најмање три године (чл. 156 ст. 1).

---

<sup>38</sup> „Службени гласник БД БиХ“, бр. 19/20 – пречишћен текст. Детаљније о овом делу у Б. Петровић, Д. Јовашевић, А. Ферхатовић, *Кривично право II (саучесништво, кривичне санкције и посебни дио)*, Правни факултет, Сарајево, 2016, 330-331.

<sup>39</sup> „Службене новине ФБИХ“, бр. 36/03, 21/04 – испр., 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 и 75/17. Детаљније о овом делу у Б. Петровић, Д. Јовашевић, А. Ферхатовић, *op. cit.*, 330-331.

<sup>40</sup> „Службени гласник РС“, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

<sup>41</sup> „Uradni list RS“, št. 50/12 – uradno prečišćeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21 in 186/21.

<sup>42</sup><https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970880553/U/D19970553Lj.pdf>, приступ 02.02.2022.

Ако је дело имало тежу последицу у виду наступања смрти пасивног субјекта, забрањена је казна затвора од најмање пет година (за нехатно извршено дело), односно до двадесет пет година или доживотни затвор (за умишљајно извршено дело). Истом реду припада и Казнени законик Португалије,<sup>43</sup> јер се кажњава нарушавање телесног интегритета или здравља другог лица, између осталог, и одузимањем или озбиљним утицајем на способност за размножавање или сексуално уживање, за шта је прописана казна затвора од две до десет година (чл. 144). И телесна повреда по Казненом законнику Шпаније<sup>44</sup> садржи експлицитно проузроковање стерилитета, што се кажњава затвором од шест до дванаест година (чл. 149). Казнени закон Хрватске (надаље КЗХ),<sup>45</sup> такође, законским описом особито тешке телесне повреде (чл. 119) обухвата и проузроковање трајне неспособности за репродукцију, са казном затвора од једне до осам година. Постоји и квалификовани облик, ако је дело учињено из мржње, према блиској особи, посебно рањивој особи због њене доби, теже телесне или душевне сметње или трудноће, ако је учињено од стране службеног лица у вршењу службене дужности или одговорног лица у обављању јавног овлашћења, при чему је забрањена казна од три до десет година. За случај да је наступила смрт пасивног субјекта, прописана је казна затвора у распону од три до петнаест година (чл. 120).<sup>46</sup>

#### 4. КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД ПРИНУДНОГ АБОРТУСА

Један од сегмената репродуктивних права, као што је истакнуто на почетку јесте и право на рађање, тако да се надаље анализира кривичноправна реакција на ситуацију када бременита жена жели трудноћу, али се она принудно прекида. Исто као и у случају принудне стерилизације, и по овом питању законска решења у европским државама нису хомогена ни међу потписницама Истанбулске конвенције. Иако то само по себи не мора бити спорно, постоји проблем друге врсте, јер

---

<sup>43</sup> <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>, приступ 02.02.2022.

<sup>44</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>, приступ 02.02.2022.

<sup>45</sup> „Narodne novine HR“, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19 i 84/21.

<sup>46</sup> Детаљније о овом делу у L. Cvitanović, D. Derenčinović, K. Turković, M. Munivrana Vajda, M. Dragičević Prtenjača, A. Maršavelski, S. Rokšandić Vidlička, *Kazneno pravo, Posebni dio*, Pravni fakultet, Zagreb, 2018, 122-126.



поједине инкриминације, како ће бити показано, не штите слободан избор жене по овом питању.

Требало би посебно издвојити она законодавства у којима се, поред уобичајних случајева, кажњава и жена која сама над собом извршава прекид трудноће што, рецимо са аспекта нашег права, уопште не припада кажњивој зони. Оваква решења очигледно нису у скаду са циљевима Истанбулске конвенције и представљају негацију права жене на репродуктивни избор. Такав приступ постоји, на пример, у малтешком праву. Основни облик дела чини лице које храном, пићем, леком, применом силе, или на било који други начин, проузрокује побачај, било да је жена сагласна са тим или не, а кажњава се затвором у трајању од осамнаест месеци до три године (чл. 241 ст. 1). Иако би се као упитно могло оценити то што су се вољни и невољни прекид нашли „под капом“ истог облика са истом прописаном казном, спорно је, међутим, то што је та иста казна предвиђена и за саму жену која над собом изврши побачај или која пристаје да употреби средстава којима проузрокује побачај (чл. 241 ст. 2). Ако искоришћено средство изазове смрт или озбиљну повреду жене, било да је побачај довршен или не, правна квалификација се мења у намерно убиство или телесну повреду, при чему се казна смањује за један до три степена (чл. 242). Посебна одговорност у овој области лежи на медицинском особљу и фармацеутима, те ће бити санкционисани и сваки лекар, хирург, акушер или апотекар, ако свесно пропишу или искористе средства којим су проузроковали побачај (чл. 243). За наведени облик, због посебног својства активног субјекта, посебни максимум казне затвора подигнут је на четири године, док је минимум остао исти, али је додата трајна забрана обављања професије. Приметно је да одговорност за наведени *delictum proprium* постоји независно од тога да ли су радње предузете са или без пристанка гравидне жене, да ли има медицинских индикација за прекид или не. Постоји и лашки вид дела окарактерисан посебним начином извршења – несмотреност, непажња, нестручно деловање, или непоштовање прописа, уколико су резултирали побачајем, са алтернативно постављеним затвором до шест месеци и (помало необичном) новчаном казном у износу до 2.329,37 евра (чл. 143а).

Донекле су слична решења присутна у португалском праву. Најпре се абортус из чл. 149 може рашчланити на облик без пристанка или са пристанком труднице. Ова дела нису детаљније дефинисана, одређена су само последично, уз напомену законодавца да није битан начин на који се до последице дошло, тј. до уништења плода и

избацивања истог из тела гравидне жене пре него што је започео процес порођаја. Значајна је разлика у кажњавању, како је за први случај резервисана казна затвора од две до осам година, а за други казна затвора до три године. Потоња казна важи и када се у улози учиниоца нађе сама трудница, извршивши једну од алтернативно постављених радњи – давање пристанка трећем лицу да изврши прекид трудноће или изазивање прекида трудноће сопственом или туђом радњом.

Илегалним абортусом (чл. 99) се у турском кривичном законодавству сматра абортус обављен без сагласности жене, а кажњив је затвором у распону од пет до десет година. Поред основног постоје и тежи облици, ако је последица прогредирала у оштећење физичког или психичког здравља (прописана казна затвора од шест до дванаест година) или је довела до смрти жене (затвор од петнаест до двадесет година). Са друге стране, уколико постоји сагласност труднице кривичноправна репресија ће погодити и лице које је, у недостатку медицинске потребе, извршило абортус под условом да је трудноћа старија више од десет недеља, али и саму трудницу. „Повољнији“ положај жене проистиче једино из реакције на описано понашање – казна затвора до једне године и новчана казна насупрот казни затвора у трајању од две до четири године. И овај облик има исте квалификаторне околности, уз корекцију казни (затвор од три до шест година односно од четири до осам година). Разграната регулатива у овој области познаје и вршење побачаја од стране неовлашћеног лица, независно од тога да ли је постојао пристанак жене или не, који је кажњив ако је трудноћа трајала мање од десет недеља, за шта је запрећена казна затвора од две до четири године. Код свих раније објашњених случајева се, такође, као учинилац може појавити неовлашћено лице, што при одмеравању казне обавезно доводи до њеног повећања за једну половину. Уважавање женине одлуке да не задржи трудноћу признато је уколико је до трудноће дошло извршењем кривичног дела, када је искључена кажњивост, али само ако трудноћа не траје дужи од двадесет недеља, при чему је законодавац посебно нагласио да је овакве прекиде дозвољено вршити искључиво од стране доктора специјалиста у медицинским установама.

Постоји још једна инкриминација од значаја за изабрану тему, чији је законски назив побачај. Њеним учиниоцем сматра се жена која својевољно абортира, уколико је трудноћа трајала дужи од десет недеља,

за шта је прописан затвор до једне године и новчана казна без назнаке оквира (чл. 100).<sup>47</sup>

Међу анализираним европским правима постоје и она у којима је прекид трудноће без пристанка бремените жене у принципу забрањен, али су допуштени и одређени изузеци, па се при постојању одређених разлога сматра допуштеним. Тако је у Кривичном законнику Албаније<sup>48</sup> абортус без пристанка бремените жене кажњив или новчаном казном или казном затвора до пет година, а постаје дозвољен само уколико је оправдан из здравствених разлога (чл. 93), што представља фактичко питање које се решава од случаја до случаја.

Бивше СФРЈ републике немају у потпуности јединствен став по питању принудног прекида трудноће. Казнени закон Хрватске садржи једноставно одређење – када се трудној особи без њеног пристанка изврши прекид трудноће. Занимљиво је да се једино у овде не помиње жена као пасивни субјект, већ се користи неутралан термин, неодређен по полу, па се може поставити питање да ли је ово случајност или не. За овај облик дела прописан је затвор од једне до осам година, а ако је услед њега проузрокована смрт или је здравље тешко нарушено, затвор од три до петнаест година (чл. 115 ст. 3 и 4). У осталим правима радња не подразумева само извршење, већ и започињање прекида трудноће без пристанка жене, чиме је покушај по посебној одредби учињен кажњивим. Полазећи са исте основе, настају и извесне разлике у елементима дела и прописаним казнама. Тако се у Словенији и Босни за постојање дела уопштено тражи да се абортус врши без пристанка трудне жене (чл. 121 ст. 2 КЗС, чл. 171 ст. 2 КЗФБиХ и чл. 168 ст. 2 КЗБД). Остала законодавства – Републике Србије, Републике Српске и Црне Горе, изричито наглашавају да дело, када су малолетна женска лица у питању, настаје ако нема сагласности женског лица, али и писане сагласности њиховог родитеља, усвојиоца или стараоца (чл. 120 ст. 3 КЗРС, чл. 130 ст. 3 КЗРСрпске и чл. 150 ст. 2 КЗЦГ). И овде искрсава мања разлика, јер се писана сагласност поменутих лица односи на случај када су пасивни субјекти млађи од шеснаест (Србија и Република Српска) или осамнаест година живота (Црна Гора). Казна за абортус без пристанка у основном

---

<sup>47</sup> Разјашњења ради, у турском кривичном праву прихваћен је систем дани новчана казна. Број дана се креће у распону од пет до седамсто тридесет, а дневни износ од тридесет до сто турских лира. Детаљније о начину одмеравања новчане казне видети у чл. 52 тамошњег КЗ-а.

<sup>48</sup>[https://www.legislationline.org/download/id/8235/file/Albania\\_CC\\_1995\\_am2017\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8235/file/Albania_CC_1995_am2017_en.pdf), приступ 02.02.2022.

облику је у свим анализираним законодавствима иста, затвор у трајању од једне до осам година. Код тежих облика свуда се, очекивано, срећу исте квалификаторне околности, а у питању су наступање смрти, тешке телесне повреде или тешког нарушавања здравља женског лица над којем је вршен побачај, са запређеном казном затвора од две до дванаест година (Србија, Република Српска, Црна Гора), или од најмање једне године (Федерација Бих и Брчко дистрикт). Једино је у Словенији дошло до рашчлањивања, па је за наступање тешке телесне повреде прописана казна затвора од једне до десет година, а за наступање смрти жене казна затвора од три до петнаест година.

## 5. КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД ПРИНУДНЕ ТРУДНОЋЕ

Репродуктивна права обухватају и право на нерађање, тако да се у даљем току испитује кривичноправна реакција на његово кршење принудним проузроковањем трудноће, уз напомену да предмет проучавања не представљају међународна кривична дела ни кривична дела полне злоупотребе и полног искоришћавања малолетника, из раније поменутих разлога. Међу анализираним законодавствима није пронађен пример где би принудна трудноћа *per se* представљала неку издвојену инкриминацију. Заштита се отуда остварује на два начина – прво, одредбама које се односе на неко од дела против полне слободе, при чему је гравидитет тежа последица, и друго, тамо где не улази у састав тежег дела, гравидитет је могуће вредновати као отежавајућу околност приликом одмеравања казне.

Бивше СФРЈ републике имају већи број инкриминација против полне слободе, а третман трудноће није увек исти. Уз мање стилске разлике сва проучавана права из ове групе имају облик кривичног дела силовања који се састоји у принуди другог лица на полни однос или са њиме изједначени чин, применом силе или претње да ће се непосредно напасти живот или тело тог или њему блиског лица (чл. 203 ст. 1 КЗФБиХ, чл. 200 ст. 1 КЗБД, чл. 165 ст. 1 КЗРСрпске, чл. 204 ст. 2 КЗЦГ, чл. 178 ст. 1 КЗРС, чл. 170 ст. 3 КЗС, чл. 153 ст. 2 КЗХ). Уколико је ово понашање резултирало трудноћом женског лица, осим у праву Словеније, постојаће квалификовани облик, са казном затвора која се креће у оквиру од пет до петанест година (чл. 178 ст. 3 КЗРС, чл. 165 ст. 2 КЗРСрпске и чл. 204 ст. 4 КЗЦГ), од три до десет година (чл. 154 ст. 1 КЗХ), односно од најмање три године (чл. 203 ст. 3 КЗФБиХ и чл. 200 ст. 3 КЗБД).

Поред тога, већина ових законодавстава има и тзв. полну уцену, мада она није нормирана на исти начин. У КЗФБиХ постоји као самостална инкриминација – принуда на полни однос, када се друга особа присили на полни однос или са њом изједначену полну радњу озбиљном претњом неким тешким злом (чл. 206), за шта је прописана казна затвора од шест месеци до пет година, а како нема теже облике, евентуална трудноћа би могла бити само отежавајућа околност. Истоимено дело из КЗБД, поред претње тешким злом, обухвата и откривање нечега што би могло шкодити части и угледу пасивног субјекта или њему блиског лица (чл. 203) и, такође, не обухвата принудно наступање трудноће. Исто је и са полном уценом из КЗРСрпске (чл. 166), уз значајно строжију казну (затвор од једне до осам година). У законодавствима Црне Горе и Србије полна уцена представља облик силовања и као таква прераста у тежи случај, уколико је резултирала зачећем (чл. 204 ст. 3 и чл. 178 ст. 2). Иако КЗС као посебан случај силовања предвиђа принуду другог лица на полни однос или са њим изједначену радњу претњом да ће се за њега или његове сроднике изнети нешто штетно по његову част и углед, или претњом да ће њему или сродницима бити нанета већа материјална штета (затвор од шест месеци до пет година, чл. 170 ст. 5), нема реакције на принудну трудноћу у виду квалификаторне околности. Хрватско законодавство не садржи полну уцену ни на један од описаних начина, али има сексуални однос без пристанка, који би ово могао да обухвати. Ово дело чини лице које са другом особом без њеног пристанка изврши полни однос или са њим изједначену полну радњу, или наведе другу особу да без свог пристанка са трећом особом изврши полни однос или са њим изједначену полну радњу, или да без свог пристанка над самим собом изврши са полным односом изједначену полну радњу, при чему оно прераста у тешко дело против полне слободе, ако је дошло до трудноће, са прописаном казном затвора од три до десет година (чл. 154 ст. 1).

Када се већ говори о контраверзном сексуалном односу без пристанка,<sup>49</sup> требало би поменути да кривично дело полно насиље из КЗС постоји и када се без пристанка другог постигне полни однос или или са њим изједначени чин (чл. 170 ст. 1), али се не издваја случај невољне трудноће. У Црној Гори су обљуба или са њом изједначен чин без пристанка другог лица кажњиви као радње силовања, а ако је наступила

---

<sup>49</sup> Више о томе у З. Стојановић, „Силовање без принуде“, *Наука, безбедност, полиција*, бр. 21 (1), Београд, 2016, 1-23 и И. Вулетић, „Сполни одношај без пристанка у хрватском казненом праву“, *Crimen*, бр. 7 (1), Београд, 2016, 33-43.

трудоћа постоји тежи облик за који је прописана казна затвора од пет до петнаест година (чл. 204 ст. 1 и 4).

Надаље, предмет анализе могу бити и друга дела против полне слободе, која такође, могу да резултирају нежељеном трудоћом. Такав је случај са полним односом са немоћном особом (чл. 204 КЗФБиХ, чл. 201 КЗБД, чл. 167 КЗРСрпске, чл. 205 КЗЦГ, чл. 179 КЗРС, чл. 172 КЗС и чл. 153 КЗХ). Дело у основном облику чини лице које изврши обљубу или с њим изједначену полну радњу с другом особом искористивши њену душевну болест, душевну поремећеност, недовољну душевну развијеност, неку другу тежу душевну сметњу, или какво друго стање због којег она није способна за отпор, а ако је делом проузрокована трудоћа, постојаће квалификовани облик са различито прописаним казнама (у КЗФБиХ казна затвора од једне до десет година, КЗБД најмање пет година, КЗРСрпске од пет до двадесет година, КЗЦГ и КЗРС од пет до петнаест година). Међутим, ако је основно дело учињено на нарочито окрутан или нарочито понижавајући начин, или ако је истом приликом према истој жртви учињено више полних односа или с њим изједначених полних радњи од више учинилаца, а настала је трудоћа, учинилац ће се казнити затвором од најмање три године по КЗФБиХ, односно најмање десет година по КЗБД. За разлику од наведеног, слично дело из КЗС – сексуално злостављање немоћне особе не помиње трудоћу у законском опису. У КЗХ казнено дело силовања обухвата и полни однос без пристанка што, према аутентичном тумачењу, покрива и случај када се дело врши искоришћавањем стања другог лица због којег оно није способно да изрази своје одбијање. Трудоћа настала из оваквог односа квалификује се као тешко дело против полне слободе, о чему је већ било речи.

Нарушавање полне слободе ступањем у сексуални однос са другим лицем злоупотребом положаја постоји у свим анализираним законодавствима бивших СФРЈ република, мада уз извесне разлике. Док је у већини у питању самостално дело, под називом полни однос злоупотребом положаја (чл. 205 КЗФБиХ, чл. 202 КЗБД), обљуба злоупотребом положаја (чл. 181 КЗРС, чл. 207 КЗЦГ, чл. 168 КЗР Српске) или повреда полног интегритета злоупотребом положаја (чл. 174 КЗС), у Хрватској се ради о посебном облику силовања, јер је оваква злоупотреба односа зависности вољом законодавца проглашена за један од показатеља да није било пристанка (чл. 153). Биће самосталних дела је мање-више слично, уз назнаку да се негде само оквирно говори о злоупотреби односа зависности или подређености између учиниоца и жртве (КЗРС, КЗЦГ,

КЗРСрпске и КЗС), а негде се разрађује шта то конкретно значи, тј. када се има узети да таква релација постоји. У том смислу, у КЗФБиХ и КЗБД прецизирано је да зависност настаје због имовинског, породичног, друштвеног, здравственог или другог стања или тешких прилика пасивног субјекта. Оно што је свуда исто јесте да се дело састоји у изнуђеној обљуби и неком другом чину сексуалне природе који је са њом изједначен. Иако је логично очекивати да се при нормирању дела нежељена трудноћа третира као квалификаторна околност, то је учињено само у праву Србије, Црне Горе и Хрватске. Из тога не треба закључити да ће у осталим системима проузроковање трудноће вршењем кривичног дела остати несанкционисано, већ само да ће се реакција остварити у домену одмеравања казне, јер њено наступање у већој мери повређује полну аутономију и у том смислу делује отежавајуће. Тако би се одговарајућа казна имала тражити у распону од три месеца до три године (КЗФБиХ и КЗБД), од две до пет година (КЗРСрпске), до пет година (КЗС), а у осталим законодавствима дошло би до примене повишеног казненог оквира за квалификовани облик што, у крајњем, може и не мора нужно бити теже за учиниоца, како се казна затвора тада креће у распону од три до десет година (КЗХ), односно од шест месеци до пет година (КЗРС и КЗЦГ). Требало би поменути да посебан вид злоупотребе положаја постоји када наставник, васпитач, родитељ, усвојитељ, старатељ, очух, маћеха или друга особа која искоришћавају свој положај или однос према малолетнику који им је поверен ради учења, васпитања, чувања или неге изврши с њим полни однос или с њим изједначену полну радњу који, због ограниченог предмета истраживања неће бити обрађена у оквирима овог чланка.

Иако се у другим сегментима разликују, нека законодавства у теже последице појединих кривичних дела против полне слободе сврставају и последице по здравље пасивног субјекта, те се поставља питање да ли се под ову формулацију може подвести и трудноћа. Ако не мора нужно да се одрази на физичко здравље, тешко је оспоравати негативан утицај овако остварене трудноће на психичко стање и здравље жртве. Тако на пример, ниједно од кривичних дела из албанског законика, која су по природи таква да могу резултирати трудноћом жртве – сексуални напад на пунолетну жену применом силе (чл. 102), сексуалне или хомосексуалне активности са лицем неспособним за отпор (чл. 103), сексуални или хомосексуални напад извршен оружјем (чл. 104), сексуалне или хомосексуалне активности извршене злоупотребом службеног положаја

(чл. 105), сексуално насиље (чл. 107а), не садрже у опису наступање трудноће. Међутим, код неких се среће као квалификаторна околност наступање тежих здравствених последица (на пример, у чл. 102, за шта је прописана казна затвора од пет до петнаест година), али је у недостатку података о тамошњој пракси тешко проценити наведено односи на принудни гравидитет жртве.

За разлику од очито атипичних инкриминација из претходног излагања, малтешки законик прати савремене тенденције, те у том смислу има одређење силовања (чл. 198) у складу са Истанбулском конвенцијом, како обухвата и полне телесне контакте настале без сагласности, а не само оне остварене „силом, преваром, подмићивањем, лишењем слободе, претњом, било којим противправним понашањем или претњом да ће такво понашање бити предузето“, за које је у свим облицима предвиђена је казна затвора од шест до дванаест година. Занимљиво је да се у одељку одељку посвећеном тзв. сексуалним кривичним делима налази листа обавезних отежавајућих околности (чл. 202), које доводе до тога да се казна увећава за један или два степена, између осталог, и када је дело резултирало озбиљним физичким или психичким последицама за жртву (чл. 202 ст. 1м), што би се могло искористити за правно вредновање трудноће.

Пољски КЗ је традиционалан по питању одређивања силовања, јер подразумева сексуално насиље у класичном смислу, тражећи да је до полног односа дошло применом силе, претње или обмане, за шта је прописана казна затвора од две до дванаест година, односно од шест месеци до осам година, ако је на исти начин остварена нека друга радња сексуалне природе (чл. 197). Иако има теже облике међу њима се као квалификаторна околност не налази гравидитет жртве, као ни код полног однос или са њиме изједначеног чина искоришћавањем немоћи другог лица (чл. 198) или злоупотребом положаја и односа зависности (чл. 199). Сличан приступ приметан је и у турском КЗ-у, код дела против сексуалног интегритета, прецизније код сексуалног напада (чл. 102), којим су обухваћен елементи дела која препознајемо као силовање, обљубу над немоћним лицем, обљубу злоупотребом положаја и родоскрвњење.



## ЗАКЉУЧАК

Компаративни преглед је указао на различите модалитете кривичноправне заштите редродуктивних права, при чему се нека решења могу похвалити, док се другима могу упутити замерке. Када је принудна стерилизација у питању, Истанбулска конвенција правну заштиту везује искључиво за жене, што није спречило законодавце европских земаља да ту заштиту прошире, те се она, потпуно оправдано, подједнако односи на оба пола. Оно што сужава заштиту у неким правима јесте инкриминисање само стерилизације остварене применом силе или претње, што се не може поистоветити са стерилизацијом без пристанка или без пуног информисаног пристанка жртве, што је по опсегу шире. Такође, тамо где то недостаје, могло би се размислити и о увођењу квалификованих облика принудне стерилизације, због наступања смрти пасивног субјекта или због његове припадности посебно рањивој категорији (малолетници и деца, на пример), јер је питање колико су постављени казнени оквири широки да би могли да пруже адекватну реакцију и у овим случајевима. У контексту прекида трудноће, најслабија тачка свакако постоји у оним системима који још увек кажњавају жене које су саме над собом извршиле побачај, што је ипак реткост, а није у складу са циљевима Истанбулске конвенције. Може бити дискутабилна и казнена политика, јер се у неким земљама абортус са пристанком и без пристанка бремените жене налазе под окриљем истог облика дела, дакле са истом запрећеном казном, а сличан проблем искрсава и тамо где теже последице у виду наступања смрти и тешког нарушавања здравља нису одвојене. Заштита репродуктивног избора није потпуна ни у законодавствима која садрже традиционално одређење силовања, без усаглашавања са Истанбулском конвенцијом, па је изостала и реакција на нежељену трудноћу насталу из односа остварених без пристанка жртве када није употребљена принуда у класичном смислу те речи.

## ЛИТЕРАТУРА

Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights [‘Protocol of San Salvador’], <http://www.oas.org/en/sare/social-inclusion/protocol-ssv/docs/protocol-san-salvador-en.pdf>, приступ 01.03.2022.

*Ana Victoria Sanchez Villalobos y otros V. Costa Rica*, <http://www.cidh.org/women/costarica.12361sp.htm>, приступ 01.03.2022.

Афричка повеља о људским правима и правима народа (Банџул повеља), <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>, приступ 01.03.2022.

Boghecho D., Upreti M., “The Global Gag Rule – An Antithesis to the Rights-Based Approach to Health”, *Health and Human Rights*, 9 (1), 2006, 17-32.

Вељковић М., *Контрецепција*, Серафимовић, Ниш, 2002.

Влашковећ В., „Услуга стерилизације са посебним освртом на праксу Европског суда за људска права“, *XXI век – век услуга и услужног права (ур. М. Мућовић)*, Правни факултет, Крагујевац, 2012, 315-334.

Вулетић И., „Сполни одношај без пристанка у хрватском казненом праву“, *Crimen*, no. 7 (1), Београд, 2016, 33-43.

Закон о потврђивању Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, „Службени лист СФРЈ – међународни уговори“, бр. 11/81.

Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 42/09.

Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, „Службени гласник РС“, бр. 12/13.

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са допунским протоколима, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – испр. и „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/10 и 10/15.

Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 7/71.

Ilić I., “Forced Sterilization as a Violation of Article 3 and Article 8 of the European Convention”, *Facta Universitatis – Law and Politics*, no. 13 (2), Niš, 2015, 187-200.

Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>, приступ 01.03.2022.

Јовић-Прлаиновић О., „Право на планирање породице – контрацептивна стерилизација“, *Правни живот*, бр. 2, Београд, 2020, 117-132.

Kazenski zakonik Slovenije, „Uradni list RS“, št. 50/12 – uradno prečišćeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21 in 186/21.

Kazneni zakon Hrvatske, „Narodne novine HR“, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19 i 84/21.

Клајн-Татић В., Ђурђевић Н., Круљ Ј., Мујовић-Зорнић Х., Радишић Ј., Мијачић М., Поповић О., *Медицинско право и медицинска етика*, Институт друштвених наука, Београд, 1994.

Константиновић-Вилић С., Петрушић Н., *Репродуктивна права и слободе – право на нерађање*, Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију, Ниш, 1999.

Кривични закон Брчко дистрикта, „Службени гласник БД БиХ“, бр. 19/20 – пречишћен текст

Кривичном закону Федерације БиХ, „Службене новине ФБИХ“, бр. 36/03, 21/04 – испр., 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 и 75/17.

Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

Кривични законик Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 64/17, 104/18 – Одлука УС и 89/21.

Кривични законик Црне Горе, „Службени лист РЦГ“, бр. 70/03, 13/04 – испр. и 47/06, „Службени лист ЦГ“, бр. 40/08, 25/10, 32/11, 64/11 – др. закон, 40/13, 56/13 – испр., 14/15, 42/15, 58/15- др. закон, 44/17, 49/18 и 3/20.

*María Mamerita Mestanza Cháves v. Peru and IV v. Bolivia*, <https://www.cidh.oas.org/women/peru.12191sp.htm>, приступ 01.03.2022.

Мујовић-Зорнић Х., „Репродуктивна права: правни аспекти стерилизације“, *Становништво*, бр. 1-4, Београд, 2001, 119-130.

*Paulina del Carmen Ramírez Jacinto v. México*, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007eng/Mexico161.02eng.htm>, приступ 01.03.2022.

Петровић Б., Јовашевић Д., Ферхатовић А., *Кривично право II (саучесништво, кривичне санкције и посебни дио.*, Правни факултет, Сарајево, 2016.

Поњавић З., „Право на слободно родитељство и субјекти овог права“, *Гласник Правног факултета у Крагујевцу*, Крагујевац, 1991/1992, 62-74.

Protocol to the African Chart on Human and People`s Rights on the Rights on Women in Africa, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WG/ProtocolontheRightsofWomen.pdf>, приступ 01.03.2022.

Рашевић М., Седлецки К., *Вољна стерилизација: потреба, баријере, пракса*, Службени гласник, Београд, 2002.

Стеванов М., „Право на слободно родитељство“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 11, Нови Сад, 1977, 43-58.

Стојановић З., „Силовање без принуде“, *Наука, безбедност, полиција*, бр. 21 (1), Београд, 2016, 1-23.

Техеранска декларација, Final Act of the International Conference on Human Rights, UN Doc. A/Conf. 32/41, [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final\\_Act\\_of\\_TehranConf.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf), приступ 01.03.2022.

Универзална делкарација УН о људским правима. [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/cnr.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/cnr.pdf), приступ 01.03.2022.

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/06.

<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>, приступ 02.02.2022.

<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970880553/U/D19970553Lj.pdf>, приступ 02.02.2022.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>, приступ 02.02.2022.

[https://www.legislationline.org/download/id/6453/file/Turkey\\_CC\\_2004\\_am2016\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6453/file/Turkey_CC_2004_am2016_en.pdf), приступ 02.02.2022.

[https://www.legislationline.org/download/id/8235/file/Albania\\_CC\\_1995\\_am2017\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8235/file/Albania_CC_1995_am2017_en.pdf), приступ 02.02.2022.

[https://www.legislationline.org/download/id/9619/file/Malta\\_CC.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/9619/file/Malta_CC.pdf), приступ 02.02.2022.

[https://www.legislationline.org/download/id/9995/file/GEO\\_CC\\_July%202021\\_eng.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/9995/file/GEO_CC_July%202021_eng.pdf), приступ 02.02.2022.

<https://www.un.org/en/conferences/population/cairo1994>,      приступ  
01.03.2022.

<https://www.un.org/en/conferences/population/mexico1984>,      приступ  
01.03.2022.

<https://www.un.org/en/conferences/population/nairobi2019>,      приступ  
01.03.2022.

<https://www.un.org/en/conferences/population/newyork1999>,      приступ  
01.03.2022.

<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>,      приступ  
01.03.2022.

<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations.htm>,      приступ  
01.03.2022.

World Population Plan of Action, Adopted by World Population Conference, Bucharest 1974, <https://www.un.org/en/conferences/population/bucharest1974>, приступ 01.03.2022.

Сvitanović L., Derenčinović D., Turković K., Munivrana Vajda M., Dragičević Prtenjača M., Maršavelski A., Roksandić Vidlička S. (2018). *Kazneno pravo, Posebni dio*. Zagreb: Pravni fakultet

Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ, Ph.D  
Associate Professor, University of Niš, Faculty of Law

## CRIMINAL LAW PROTECTION OF REPRODUCTIVE RIGHTS

### Summary

The term reproductive rights is used to denote the whole set of rights concerning human reproduction, that branch out from two basic ones – the right to give birth and the right not to give birth. Their development at the international level, both universal and regional, has been slow and gradual, and only in recent times have binding acts in this domain been reached. Some of the most important sources in this context have been adopted in the European legal area, and the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) certainly occupies a special place, as it requires members to incriminate violation of reproductive rights. This paper examines the way in which various European countries have shaped their system of criminal protection against certain procedures that call into question reproductive choices, such as forced sterilization, forced abortion and forced pregnancy.

**Key words:** reproductive rights, criminal law protection, forced sterilization, forced pregnancy, forced abortion.

оригинални научни рад  
достављен: 03. 02. 2022.  
прихваћен за објављивање: 25. 04. 2022.  
УДК 341.231.14(=411.16)(4)  
343.971:177.82  
343.97:316.647.8

Др Дарко ДИМОВСКИ\*

## АНТИСЕМИТИЗАМ И ЕВРОПСКИ МЕХАНИЗМИ ЗАШТИТЕ\*

### Апстракт

Аутор се о раду бави представљањем случајева злочина мржње извршених према припадницима јеврејског народа. На тај начин жели да укаже на њихов тежак положај кроз различите историјске епохе. Након тога анализира међународне документе на нивоу Европе које имају за циљ (не)посредну заштиту јеврејског народа. Последњи део рада посвећен је приказу најзначајнијих случајева пред Европским судом за људска права у којима се суд бавио повредом члана 10. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода у вези негирањем злочина почињених према Јеврејима.

**Кључне речи:** Јевреји, положај, међународни документи, Европски суд

### 1. УВОД

Историја Јевреја везује се за источну обалу Медитерана. Античка област под називом Кanaan (Canaan), који у модерно доба обухвата територије Израела, Палестине, Јордана и Либана, представља место сусрета различитих цивилизација у то доба. Полазећи од података добијених из Старог завета можемо закључити да су се Јевреји населили на подручју Канана негде око 1.273 године пре нове ере.<sup>1</sup>

Касније током различитих историјских околности су почели да се насељавају широм Европе и света. Како је историја јеврејског народа препуна података, немогуће је сажети је у пар страница. Стога ће аутор у наредном делу покушати да прикаже податке о злочинима мржње

---

\*Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу и Правосудни истраживачки центар, darko@prafak.ni.ac.rs

\*Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 451-03-68/2022-14/200120, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

<sup>1</sup> [https://www.chabad.org/library/article\\_cdo/aid/3915966/jewish/Timeline-of-Jewish-History.htm#q1](https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/3915966/jewish/Timeline-of-Jewish-History.htm#q1), приступ 15.02.2018.

учињене према јеврејском народу кроз историју. На тај начин аутор би представио најзначајније примере о злочинима извршеним према овом народу ради разумевања њиховог положаја кроз историју и потребе доношења посебних међународних докумената о њиховој заштити.

## 2. ПОЛОЖАЈ ЈЕВРЕЈА КРОЗ ИСТОРИЈУ

О негативном односу према Јеврејима сведочи податак да су сви Јевреји протерани из Енглеске 1290 године. То исто им се догодило и 1306. године када су протерани из Француске. Разлог томе треба тражити у чињеници да су се у средњовековној Европи развиле предрасуде и гласине о јеврејском народу. Једна од гласина, која је умногоме одредила однос енглеског народа према Јеврејима, је везана за догађај из 1114. године у Норвичу (Norwich). Наиме, тада је нестало дете по имену Вилијам (William) које је убрзо пронађено мртво. Хришћански монах Теобалд (Theobald) је убрзо почео да шири гласине да су за убиство криви Јевреји који су Вилијама жртвовали како би добили крв за своје верске обреде. Фанатични свештеници су успели да овај нерасветљени догађај искористе како би индоктринирали своје вернике против јеврејског народа, без обзира на то што јудаизам строго забрањује било какво ритуално убиство.<sup>2</sup> Уверење да Јевреји спроводе ритуална убиства убрзо је прешло преко Ламанша у Француску где је ова оптужба 1171. године искоришћена како би се погубили Јевреји у месту Блоису (Blois). Након тога забележено је преко 150 случајева лажних оптужби за ритуално убиство што је довело до масовних убистава или протеривања Јевреја. Интересантан је случај из 1294 године у швајцарском граду Берну у којем је нестало дечак. То је искоришћено како би се лишили живота сви Јевреји који су ту живели. Уједно, подигнута је фонтана под називом Kinderfresserbrunnen како би се одало сећање несталом дечаку која дан данас постоји. О далекосежним последицама ове гласине, која је код хришћанског становништва прерасла у предрасуду, сведочи податак да је наводно ритуално убиство почињено од стране Јевреја искоришћено 1946. године у Пољској како би се убили Јевреји, међу којима и Хаим Хиршман (Chaim Hirschman), један од двојице преживелих из нацистичког логора Белзец (Belzec).<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> С. Rawcliffe, R. Wilson, *Medieval Norwich*, A&C Black, London, 2006, 42.

<sup>3</sup>[https://www.chabad.org/library/article\\_cdo/aid/2617031/jewish/10AntiSemiticMyths.html](https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/2617031/jewish/10AntiSemiticMyths.html), приступ 15.02.2018.



Још једна предрасуде према Јеврејима створена је 1215. године када је Католичка црква објавила догму трансубстанције која значи да свети хлеб и свето вино конзумирани од стране хришћана представљају тело и крв Исуса Христа. Наиме, убрзо је проширена гласина да Јевреји краду свети хлеб пробадају га иглама, што се повезује са поновним разапињањем Исуса. Иако је ширење овакве гласине било неозбиљно, она је довела до масакра великог броја Јевреја. Тако је, на пример, познати мрзилац Јевреја Риндфлајш (Rindfleisch) 1298. године проширио ову гласину у средњовековној Немачкој и Аустрији, што је имало за резултат уништење преко 150 јеврејских заједница и смрт преко 100.000 људи.<sup>4</sup>

Уједно, историјске околности су ишле у корист ширења мржње према јеврејском народу. Средином четрнаестог века куга је захватила читаву Европу, при чему је популације смањена за скоро 50%. Иако су и Јевреји били заражени, проценат смрти код њих је био знатно мањи услед њихових свакодневних навика, попут одржавања личне хигијене и сахрањивању мртвих. Због тога, широм Европе су кренуле да се шире гласине да је до куге дошло услед тровања бунара од стране припадника јеврејског народа. Без обзира на то да је папа Климент (Clement) тврдио да то епидемије куге није дошло због тровања извора воде од стране Јевреја, обичан народ је веровао да се епидемија проширила због деловања Јевреја који су отелотворење самог ђавола. На тај начин многи припадници јеврејског народа су изгубили живот у средњовековној Немачкој.<sup>5</sup>

Још један догађај који је довео до десетковања броја Јевреја у Европи, везан је за тзв. Чмиелнички погром (Chmielnicki Pogroms) из 1648. и 1649. године. Наиме, овај погром јеврејског народа назван је по Богдану Чмиелничком (Bogdan Chmielnicki) вођи украјинских козака. Чмиелнички се током 1648. године побунио против Пољака који су тада управљали Украјином. Узрок сукоба је био покушај једног пољског суседа да Чмиелничком отме земљу, што је довело да убиства његовог сина и киднаповања његове жене. Како су Јевреји, због свог образовања, радили код припадника пољског племства, такође су сматрани угњетавачима. Стога нападани и убијани од стране трупа под вођством Чмиелничког, у два наврата, Јевреји нападани и убијани. Први покољ се

---

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Ibidem.

догодио маја 1648. године, а други новембра наредне године. Том приликом је лишено живота преко 100.000 припадника јеврејског народа.<sup>6</sup>

О односу према Јеврејима сведоче догађаји из времена владавине Наполеона (Napoleon) у Француској. Наиме, у време Француске буржоаске револуције 1791. године у тој држави је живело негде око 50.000 Јевреја. Од тог броја петина су били такозвани Шефарди (Shepardim) потомци Јевреја прогнаних из Шпаније и Португала 1492. године. Остали су били Ашкенази (Ashkenazim) који су углавном живели у бившој немачкој покрајини Алзас-Лорен (Alsace-Lorraine) освојеном од стране Француза. За разлику од јеврејске популације, Французи су Шефарде сматрали себи једнакима, а на Ашкеназе били продавци, позајмљивачи новца, власници малих радњи, су гледали као на нижа бића. Након две године од када су Шефарди добили француско држављанство, ту могућност су имали и Ашкенази. Доласком Наполеона на власт дошло је до преокрета. Уједно, био је става да Јевреји као Французи могу да добију све, а да Јевреји као Јевреји неће добити ништа.<sup>7</sup> Овакав став Наполеона, иако схватљив са његовог становништва, указује нам да није постојало разумевања за специфичност Јевреја, те њихове потребе да се слободно изјашњавају као припадници свог народа, као и да слободно упражњавају своје верске обреде.

До наредног погрома је дошло је 1881. године и трајао је до 1883. године. Погром је био резултат гласине да су Јевреји криви за убиство руског цара Александра II (Alexander II), због чега је руско руководство дало дозволу да дође до новог покоља јеврејског становништва. На мети су били Јевреји на подручју које обухвата река Дњепар (Dnieper). До много већег погрома Јевреја је дошло две деценија касније. Наиме, током 1903. године у јужној Бесарабији (Bessarabia). Две године касније долази до нових напада на јеврејску популацију у Житомиру (Zhytomyr), Одеси (Odessa) и Катеринославу (Katerynoslav). Разлог нових погрома је био борба руског цара са револуционарним елементима који су били повезани са јеврејском заједницом.<sup>8</sup>

У вези дешавања у царској Русији треба споменути догађај из 1911. године који се догодио у Кијеву (Kiev). Наиме, са оптужбом да је

---

<sup>6</sup> I. Charny, Encyclopedia of Genocide: Volume 1, ABC-CLIO, Santa Barbara, 1999, 151-152.

<sup>7</sup> M. Dimont, The Amazing Adventures of the Jewish People, Behrman House, Springfield, 1984, 131.

<sup>8</sup> P. Magocsi, A History of Ukraine: The Land and Its Peoples, University of Toronto Press, 2010, 361.

извршио ритуално убиство дванаестогодишњег дечака хришћанске вероисповести Андреја Јушчинског (Andrei Yushchinsky), лишен је слободе Јеврејин по имену Мендел Бејлис (Mendel Beilis). Суђење је привукло велику пажњу не само руске, већ и светске јавности. Иако није постојао ниједан доказ против Бејлиса, он је ухапшен јер је радио у фабрици цигала која се налазила само неколико стотина метара од места на којем је нађено тело жртве. Ради доказивања да је убиство извршено од стране Беилиса, тужилаштво је морало да покуша да прибави доказе који очигледно нису постојали. Стога су били приморани да са 4.000 рубаља из тајно царског фонда подмите патолога, како би у свом налазу и мишљењу навео оно што одговара јавном тужиоцу. Највише пажње је привукло сведочење Вере Чеберак (Vera Cheberyak). Иако је било неких индиција да је она била одговорна за убиство младог Андреја, Вера се појавила на суђењу као главни сведок. На самом суђењу Бејлису, Вера је тврдила да је он убица. Међутим, одбрана је успела да побије сведочење Вере исказом сведока по имену Катарине Диаконф (Katherine Diakonoff). На опште изненађење јавности Беилис је ослобођен оптужбе да је извршио ритуално убиство. Међутим, његово име је у наредним деценијама коришћено ради распиривања мржње према јеврејском народу. Тако су, на пример, нацисти искористили овај случај како би додатно индоктринирали своје трупе с циљем убиства што више Јевреја. Хајнрих Химлер (Heinrich Himmler), вођа СС трупа и шеф Гестапоа, је групи Einsatzgruppen послао неколико стотина копија књиге о ритуалним убиствима почињеним од стране Јевреја. Ова група је била одговорна за лишење живота преко милиона Јевреја.<sup>9</sup>

Наредни погром јеврејског народа догодио се за време Октобарске револуције у царској Русији. Наиме, за време владавине вође украјинских националиста Симон Васиљович Петлиура (Symon Vasylyovych Petliura), у борби против руске доминације лишено је живота између 35.000 до 50.000 припадника јеврејског народа. У општем вихору борбе украјинских националистичких снага и совјетске централне власти страдао је велики број Јевреја. Постоје опречна мишљења које снаге су чиниле злочине против јеврејског народа. Чериковер (Tcherikowe), историчар јеврејског порекла, наводи да је повлачењем украјинских националистичких снага створен простор за погром Јевреја од стране совјетских снага. Уједно, постоје мишљења да одговорност за погром Јевреја лежи на самом

---

<sup>9</sup>[http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/history/2013/10/mendel\\_beilis\\_and\\_blood\\_libel\\_the\\_1913\\_trial\\_in\\_kiev\\_russia.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/history/2013/10/mendel_beilis_and_blood_libel_the_1913_trial_in_kiev_russia.html), приступ 15.03.2018.

Петлиураи чије су снаге, без чврсте дисциплине, кренуле да чине убиства припадника јеврејске националне мањине.<sup>10</sup>

Други светски рад, за који поједини историчари сматрају да, услед истих разлога за његово вођење и услед страна у сукобу, представља наставак Првог светског рата, довео је великог страдања припадника јеврејског народа у Европи. За разлику од Првог светског рата у којем је било око пола милиона Јевреја који су се борили на обема странама у сукобу, у Другом светском рату Јевреји су били жртве систематског уништења предвођени нацистичком Немачком. Систематско уништење Јевреје од стране нациста и њихових сателита познато је под именом Холокауст која потиче од грчких речи холос, што значи цео, и речи каустос, што значи спаљен. Пре Другог светског рата и употребе ове речи за систематско уништење Јевреја, овај термин је употребљаван од стране историчара за сакрално спаљивање на олтару.<sup>11</sup> Пре него што представимо историјске чињенице у вези холокауста, указаћемо на положај јеврејског народа у тзв. Вајмарској Немачкој. Наиме, за време Вајмарске републике Јевреји су себе сматрали пуноправним Немцима по националности, а Јеврејима по религијским уверењима. Иако је постојао покушај неких десних политичких партија да повежу Јевреје са комунизмом, већина јеврејског народа је подржавала тадашње државно уређење. Код Јевреја је преовладало мишљење да чак и појава Национал-социјалистичке немачке радничке партије (National sozialistische Deutsche Arbeiter partei) на челу са Адолфом Хитлером (Adolf Hitler) на почетку двадесетих година прошлога века не представља опасност за њихов опстанак. Доласком Хитлера на чело Нацистичке партије дошло је отворених напада на Вајмарску Републику и на Јевреје за које је део становништва сматрао да стоје из немачке Владе. Том приликом Хитлер је на јавним наступима заступао тврдњу да су Јевреји криви за пораз у Великом рату, те да су они одговорни за све недаће Немачке, као што су висока стопа незапослености, галопирајућа инфлација, немање основних животних намерница, исплаћивање високе ратне репарације државама победницима.

Убрзо је међу немачким народом прихваћена предрасуда да је ”нож у леђа” Немцима забоден од стране јеврејског народа, што је резултирало поразом у Првом светском рату. Иако Хитлер није творац

---

<sup>10</sup> Т. Hunczak, Symon Petliura and the Jews a reappraisal, Ukrainian Historical Association, Lviv, 2008, 13-19.

<sup>11</sup> <https://www.history.com/topics/world-war-ii/the-holocaust>, приступ 07.03.2018.

тврдње да је ”нож у леђа” довео до пораза Немачке, већ је то урадио генерал по имену Пол фон Хинденбург (Polvon Hindenbrug) у свом говору у Рајхстагу (Reichstag), Хитлер је на ову тврдњу додао да је нож забоден у леђа немачке нације од стране Јевреја. Уједно, представници Нацистичке партије су тврдили је да Устав Вајмарске Републике, написан од стране Јеврејина Хуга Пројса (Hugo Preuss), те да је то јеврејска новина којом је омогућено управљање државом од стране припадника јеврејског народа.<sup>12</sup>

Такође, припадници јеврејског народа, иако нису заузимали већи проценат у кључним немачким градовима попут Берлина (свега 173.000 или 5%) или Франкфурта (29.000), заузимали су кључне позиције у банкарском систему. Наиме, скоро код половине банака власници су били Јевреји, као што су породице Блајхродерс (Bleichroders), Менделсонс (Mendelssohns) и Шлесингерс (Schlesingers). Ако пак Јевреји, ако којим случајем нису били власници банака, били су на позицији високопозиционираних менаџера. Слично стање било је и у трговини. Тако је, на пример, током 1932. године израчунато да се 79% укупне куповине обавља у радњама у власништву Јевреја. У погледу медија, Јевреји су били власници једне од највећих издавачких кућа по имену Улштајн (Ullstein) и Мозе (Mosse). Уједно, у правосудном систему Јевреји су имали значајну улогу, јер су током 1933. године заузимали 16% од укупног броја правника. У Берлину је тај проценат био знатно већи, јер су током двадесетих година XX века чинили половину стручњака за право. Једанаест процената од укупног броја лекара су 1933. године били јеврејског порекла.<sup>13</sup>

Не треба заборавити да је до 1933. године четвртина добитника Нобелове награде из Немачке било јеврејског порекла. И у војним круговима Јевреји су имали одређену репутацију. Наиме, у Великом рату су Јевреји дали 100.000 војника, иако су их националистичке партије годинама оптуживале да су избегавали служење војног рока и учествовање у рату. О репутацији Јевреја као војника сведочи и чињеница да је 35.000 њих било одликовано због заслуга у ратним дешавањима.<sup>14</sup>

Све ове заслуге нису спречиле ширење антисемитизма у Немачкој, јер је Нацистичка партија успела да представи немачком народу Јевреје као људе које треба идентификовати са болшевизмом, те их треба сматрати одговорним за све лоше ствари које су се догодиле Немачкој

---

<sup>12</sup> J. Fischel, *The Holocaust*, Greenwood Press, Westport, 1998, 1-4.

<sup>13</sup> J. Fischel, *Op. cit.*, 7-8.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

након Великог рата.<sup>15</sup> Доласком Хитлера, за канцелара, на чело Немачке 1. фебруара 1933. године, однос према Јеврејима се убрзо додатно погоршао. Наиме, немачка Влада убрзо предлаже законске текстове, а парламент под контролом нациста усваја, на основу којих расна нетрпељивост према Јеврејима постаје званична државна политика, те се њима ускраћују грађанска права ради уклањања из јавног живота. Уједно, долази до бојкота јеврејских радњи. У случају да неко од Немаца не поштује бојкот, ту су се налазили припадници Нацистичке партије који су их узнемиравали како би одустали од тога да пазаре код Јевреја. Дошло је до забране одржавања интимних односа припадника немачког народа са особа јеврејског порекла. Ради илустрације ове забране, навешћемо случај када један немачко-јеврејски пар био приморан да на улици носи увредљив натпис због њихове везе.<sup>16</sup>

Нетрпељивост према Јеврејима кулминирала је 9. новембра 1938. године када се догодила тзв. Кристална ноћ (Kristallnacht). Она представља погром Јевреја у Немачкој и Аустрији. Као повод за погром Јевреја послужило је убиство немачког дипломате у Паризу, наводно почињено од стране јеврејског младића, што је резултирало тиме да се Немци ”спонтано” окупе испред јеврејских радњи и њихових домова. Касније је утврђено да је Кристална ноћ била организована од стране врхушке Нацистичке партије. Том приликом уништено је 7.500 трговачких радњи у власништву Јевреја, док је 400 синагога спаљено. Убијен је 91 припадник јеврејског народа, а 20.000 их је послато у концентрационе логоре. Кристална ноћ је за последицу имала и драстично повећање броја припадника јеврејске популације који се одселио из Немачке. Према проценама, од тренутка доласка Хитлера на власт па све до 1939. године скоро половина укупног броја Јевреја, што је око 250.000, је емигрирало из земље.<sup>17</sup>

Нападом на Пољску 1. септембра 1939. године нацистичка политика према јеврејском народу настављена је у окупираним државама. Наиме, одмах по окупирању западне Пољске дошло је до присилног слања десетине хиљада Јевреја у концентрационе логоре, уз заплону њихове покретне и непокретне имовине и њеног уступања Немцима на коришћење. Уједно, освајањем других држава, попут Данске, Норвешке,

---

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> D. Bergen, *The Holocaust: A Concise History*, Rowman and Littlefield Publishers, Lanham, 2009, 58.

<sup>17</sup> Panel of authors, *Biographies of World Famous Leaders*, Sura Books, Chennai, 2005, 44.

Холандије, Белгије, Луксембурга и Француске, дошло је до новог слања Јевреја из поменутих држава у логоре. Нападом на Совјетски Савез јуна 1941. године настављена је праска убијања Јевреја и њиховог слања у концетрационе кампове. У убијању Јевреја на територији Совјетског Савеза је предњачио већ спомињани одред Einsatzgruppen, одговоран за смрт преко пола милиона јеврејског и других народа. Битно је споменути меморандум од 31. јула 1941. године потписаном од стране Хермана Геринга (Hermann Goering), заповедника немачке авијације Луфтвафе (Luftwaffe) и Рајнхарда Хајдриха (Reinhard Heydrich), генерала СС-обергрупенфирер, шефа главног безбедоносног уреда и гувернера Чешке и Моравске, у којем они објашњавају потребу за финалним решењем тзв. јеврејског питања. Као последица тога, од септембра 1941. године уведено је правило да сваки Јеврејин на територији под контролом немачких снага мора да носи жуту звезду, што их је само још више таргетирало. Током јуна 1941. године почела је примена отровног гаса у концетрационом логору Аушвиц Биркенау (Auschwitz Birkenau) у близини пољског града Кракова. Прве жртве масовног убијања од стране нациста били су пољски Јевреји, при чему су на почетку највише страдали они коју су по схватању нациста били безвредни: изразито млади, стари, болесни и слаби. Уједно, 17. марта 1942. године долази до употребе отровног гаса ради убиства Јевреја у концентрационом кампу Белзец (Belzec) који се налазио југоисточно од главног града Пољске - Варшаве. На територији под контролом нацистичке Немачке убрзо је дошло до изградње још четири концетрационих логораи то: Челмно (Chelmno), Собибор (Sobibor), Треблинка (Treblinka) и Мајданек (Majdanek).<sup>18</sup>

У логору Челмну је отрован гас почео да се примењује 8. децембра 1941. године када је убијено 1.200 Јевреја из Бухенвалда (Buchenwald). Пракса убијања Јевреја, али и припадника других народа, настављена је и у наредним годинама. Уједно, овај логор је био познат такође по различитим медицинским експериментима који су имали за циљ да утврде ефикасност вакцина против тифуса, колере, дифтерије и других болести. Оваква пракса резултирала је смрћу на стотине затвореника. Такође, дански доктор Карл Ваернет (Carl Vaernet) је у логору спроводио бизарни експеримент лечења хомосексуализма применом хормонских транспланата. У логору је током рата било затворено преко 250.000 људи из држава широм Европе, при чему је

---

<sup>18</sup> <https://www.history.com/topics/world-war-ii/the-holocaust>, приступ 08.03.2018.

лишено живота најмање 56.000 особа, од тога је најмање њих 11.000 било јеврејског порекла.<sup>19</sup>

Логор Собибор смештен је у близини истоименог села у Пољској, само пет километара од границе са Украјином. Ради што ефикаснијег убијања Јевреја коришћен је отровни гас на тај начин што је жртвама од стране званичника немачке војске речено да уђу у наводна купатила како би се спречило ширење било какве болести пре него што буду послати на рад, а затим је кроз тушеве пуштан гас. Само до краја 1942. године на тај начин је убијено преко 100.000 људи јеврејског порекла, а до краја рата до 250.000 Јевреја. Ипак, према процени Ериха Бауера (Erich Bayer), немачког званичника који је радио у логору, број убијених је много већи и износи око 350.000 особа.<sup>20</sup>

Треблинка, као концентracиони логор, је почео са радом 8. новембра 1942. године када је доведено око 2.500 Јевреја из Бранска (Bransk). За разлику од других логора, Треблинка је била фабрика смрти, јер није постојао део у којем су Јевреји терани на физички рад. У Треблинци је постојало тринаест гасних комора у којима је убијено између 750.000 и 850.000 људи од којих је преко 95% било јеврејског порекла.<sup>21</sup>

Уједно, треба споменути и логор Мајданек који се налазио у предграђу пољског града Лублин. Иако је Мајданек био радни логор и у њему су вршене масовне егзекуције. Наиме, истраживања показују да је у овај логор депортовано између 74.000 и 90.000 Јевреја. Процењено је да је смртно страдало око 10.000 особа јеврејског порекла од којих неки услед нехуманих услова за рад, а неки су лишени живота у гасним коморама, због тога што више нису могли да раде. До убистава Јевреја је долазило не само због тога што је од стране Немаца оцењено да не могу више да раде, већ и због решавања тзв. коначног питања.<sup>22</sup>

На крају треба навести логор Аушвиц Биркенау који се сматра највећим концентрационим логором током Другог светског рата. Све до почетка 1942. године релативно мало број Јевреја је депортовано у овај логор. До тада већину затвореника су чинили Пољаци. Тако је, на пример, током 1940. године било око 8.000 затвореника од којих су велика већина били пољског порекла. Наредне године број затвореника се попео на

---

<sup>19</sup><https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005198>, 08.03.2018.

<sup>20</sup> <http://www.holocaustresearchproject.org/ar/sobibor.html>, приступ 08.03.2018.

<sup>21</sup><https://www.holocaust.cz/en/history/concentration-camps-and-ghettos/treblinka-3/>, приступ 08.03.2018.

<sup>22</sup> <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005190>, 09.03.2018.



26.000 од којих је било 15.000 Пољака, 10.000 Совјета и 1.000 Јевреја. Међутим, са тежњом нациста да истребе Јевреје, њихов број у овом концетрационом логору је нагло скочио. Током 1942. године 197.000 Јевреја је пристигло у овај концентрациони камп, док је наредно године тај број био још већи - 270.000. Највећи број Јевреја је депортовано у Аушвиц 1944. године - 600.000.<sup>23</sup> Према проценама у логору Аушвиц лишено је живота 1.1 милион људи, од чега су милион Јевреји.<sup>24</sup>

На основу свега наведеног можемо закључити да је највећи злочин мржње према Јеврејима почињен за време Другог светског рата када је од стране нацистичке Немачке лишено живота преко 6 милиона особа јеврејског порекла, што је значило да је две трећине од укупне јеврејске популације у Европи било обијено, што у гасним коморама, што од лоших услова у концетрационим камповима и гетоима, што од стране Einsatzgruppen у источноевропским земљама.

Предрасуде, које су биле у основи вршења свих злочина према Јеврејима кроз историју, постоје и данас. С тим у вези у наставку рада представимо међународни оквир заштите Јевреја, али праксу међународних судова везаних за припаднике јеврејске популације.

### 3. МЕЂУНАРОДНИ ЕВРОПСКИ ДОКУМЕНТИ О ЗАШТИТИ ЈЕВРЕЈА

Јевреји су од стране разних међународних организација на нивоу Европе препознати као посебно угрожена заједница. С тим у вези је организације попут Савета Европе или Европске Уније донели су одговарајућа документа којима се на посредан или непосредан начин штите припадници јеврејске заједнице од говора мржње. Тако је, на пример, Савет Европе донео 2003. године Додатни протокол уз Конвенцију о рачунарском криминалу који се односи на кажњавање аката расизма и ксенофобије учињених путем рачунарских система (Additional Protocol on the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems). У члану 2 Додатног протокола прописано је да се сваки писани материјал, свака слика или свака друга репрезентација идеја или теорија који помажу, промовишу или подстрекавају мржњу, дискриминацију или насиље против било којег појединца или група појединаца, базирано на раси, боји коже, наследном, националном или етничком пореклу, као и вери, ако се користи као

---

<sup>23</sup><http://auschwitz.org/en/history/the-number-of-victims/>, приступ 09.03.2018.

<sup>24</sup><https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005189>, 09.03.2018.

изговор за било који од тих фактора, означава расистичким и ксенофобичним материјалом. Од држава чланица Савета Европе захтева се, сходно члану 3, усвојити оне законске и друге мере које буду биле потребне да би се неко понашање прописало као кривично дело по њеном домаћем праву, ако је то дело извршено намерно и противправно путем дистрибуције или ширења расистичког и ксенофобичног материјала у јавности путем рачунарског система. Ипак, постоји један изузетак који се односи на могућност да стране потписнице Додатног протокола не припишу кривичну одговорност оном понашању које је дефинисано у ставу 1 овог члана, у случајевима када материјал, онако како је дефинисан у члану 2 став 1 овог Протокола, помаже, промовише или подстиче дискриминацију, а који није повезан са мржњом или насиљем, под условом да су у том случају доступни други правни лекови.<sup>25</sup>

Посебан део Додатног протокола односи се на заштиту Јевреја у смислу инкриминације дела учињена намерно и противправно дистрибуцијом или на неки други начин омогућавањем доступности јавности, путем рачунарских система у смислу оспоравања, минимизирања у већем обиму, одобравања или оправдавања дела која представљају геноцид онако како је то дефинисано у међународном праву и признато као такво путем коначних и обавезујућих одлука Међународног војног суда, успостављеног Лондонским споразумом од 8. августа 1945. године, или било којег другог међународног суда успостављеног путем релевантних међународних докумената, а чију јурисдикцију та страна признаје.<sup>26</sup>

Поред Савета Европе, и друге регионалне организације су донеле одлуке с циљем заштите, између осталог, припадника јеврејског народа. Стога је Европска Унија 28. новембра 2008. године донела Оквирну одлуку о борби против расизма и ксенофобије (Framework Decision on Combating Racism and Xenophobia). Ова Одлука обавезује све државе чланице ЕУ да усагласе сопствено законодавство са решењима из ње. Другим речима, основна сврха Одлуке је обезбеђивање хармонизације кривичног права с циљем стварања јединственог одговора у виду ефикасне, пропорционалне и одговарајуће казне за извршене расистичке и ксенофобичне злочине мржње. Тако је Одлуком истакнута обавеза

---

<sup>25</sup>Additional Protocol on the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008160f>, приступ 17.03.2019.

<sup>26</sup> Ibidem.

инкриминације јавног подстицања на насиље или мржњу према групи лица или припадника такве групе дефинисане на основу расе, боје коже, порекла, вере или уверења, или националног или етничког порекла. Ово кривично дело се може вршити јавним ширењем или дистрибуцијом флајера, слика или другог материјала.<sup>27</sup>

Посебан део посвећен је Јеврејима као жртвама Холокауста. Наиме, Оквирном одлуком у члану 1. став д прописана је обавеза инкриминације јавног одобравања, порицања или грубе тривијализације геноцида, злочина против човечности и ратних злочина како је дефинирано у Статуту Међународног кривичног суда (чланови 6, 7 и 8) и злочина дефинисаних у члану 6 Повеље Међународног војног суда, када се понашање спроводи на начин који може изазвати насиље или мржњу према таквој групи или члану такве групе.<sup>28</sup>

Подстрекивање, помагање или подржавање наведених кривичних дела је такође кажњиво. Иако се већина решења из поменуте Одлуке односе на говор мржње, у члану 4. је прописано да се у свим случајевима расистичка или ксенофобична мотивација сматра отежавајућом околношћу или је судови морају узети у обзир приликом одређивања казни. Такође, чланом 8. Одлуке захтева се од држава да покретање истраге или кривичног гоњења услед извршења расистичких и ксенофобичних кривичних дела не сме зависити од извештаја или оптужбе жртве.<sup>29</sup>

#### 4. ЈЕВРЕЈИ КАО ЖРТВЕ ПОВРЕДЕ ЧЛАНОВА ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Европски суд за људска права није непосредно бавио случајевима у којима су жртве припадници јеврејског народа. Ипак, постоји неколицина случајева који на посредан начин штите његове припадника. Наиме, у случају *Garaudy v. France*<sup>30</sup> се радило о француском националисти Роџеру Гарауду (Roger Garaudy). Наиме, апликант је у децембру 1995. године је објавио књигу под називом Митови о оснивању

---

<sup>27</sup> Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, Official Journal of the European Union L328/55. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32008F0913>, приступ 17. 03. 2019.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> *Garaudy v. France*, Application no. 65831/01.

израелске политике (The Founding Myths of Israeli Politics). Књига је првобитно издата од стране некомерцијализованих издавача, а наредне године је поновно публикована од стране самог апликанта. Између фебруара и јула 1996. године, против подносиоца представке поднете су четири кривичне пријаве због негирања злочина против човечности, објављивања расно клеветничких изјава и подстицања на расну или верску мржњу или насиље. На основу Закона о слободи штампе, против господина Гарауда покренуто је пет посебних кривичних поступака. Иако је апликант тражио спајање поступака, до тога није дошло. Поред кривичних пријава, организације за људска права су покренуле парнични поступак против апликанта. Апликант је проглашен кривим за негирање злочина против човечности, јавну клевету јеврејске заједнице, подстицање на дискриминацију и расну мржњу. Наиме, надлежни суд је нашао да су радови господина Гарауда ревизионистички.

Подносилац представке се жалио на основу члана 10. Конвенције, јер је сматрао да је повређено његово право на слободу изражавања. Између осталих тачака које је изнео, он је тврдио да је његова књига политички рад написан са да се бори против ционизма и критикује израелску политику и да нема расистичких или антисемитских садржаја. Тврдио је да, будући да се не може сматрати ревизионистом, треба да ужива неограничену слободу изражавања. Такође се жалио да је поступци пред домаћим судови су били неправични, јер му је прекршен члан 6. Конвенције - право на правично суђење). Уједно, апликант је у својој представи Суду навео да је дошло до кршења члана 4. Протокола бр. 7 (право да се не суди или казни двапут). На крају, апликант Гарауди сматра да је дошло до повреде чланова 9. и 14. Конвенције.

Суд је нашао да је његова представка недопуштена због члана 10. Конвенције. Наиме, Суд је приликом разматрања наводне повреде права на слободу изражавања позвао на члан 17. Конвенције чија је сврха забране злоупотреба права тако да се нико није могао позвати на право из Конвенције са намером да то право злоупотребава. Након анализе спорне књиге господина Гарауда, Суд је утврдио да је подносилац представке усвојио ревизионистичке теорије и систематски оспоравао постојање Холокауста. Уједно, Суд је нашао да негирање јасно утврђених историјских догађаја, попут Холокауста, не представља историјско истраживање с циљем потраге за истином. Сврха публиковања књиге је била рехабилитације нацистичког режима, те оптужити жртве Холокауста за фалсификовање историје. Оспоравање злочина против човечности

представља један од најтежих облика расне клевете и подстицања на мржњу према Јеврејима. Поступање апликанта је било неспојиво са демократијом и заштитом људских права, при чему је било неспорно да су тврдње и поступци господина Гарауда представљали злоупотребу права из члана 17. Конвенције. Другим речима апликант је, користећи се својим правом на слободу изражавања из члана 10. Конвенције, желео да скрене од основне сврхе поменутог права, што је довело до тога да Суд прогласи његову жалбу у погледу члана 10. неспојиву са Конвенцијом.

Још један случај, у којем је дошло до негирања Холокауста, односи се на предмет *Marais v. France*.<sup>31</sup> Наиме, апликант *Pierre Marais* је био француски држављанин, рођен 1921. године. Септембра 1992. године публиковао је чланак под називом Смртоносна гасна комора у Струхоф-Назвајлеру, посебан случај (*The lethal gas chamber at Struthof-Natzweiler, a special case*) у часопису Ревизија (*Revision*) у којем негира Холокауст. Надлежни јавни тужилац је убрзо покренуо истрагу против господина *Marais*-а и главног уредника часописа Ревизија. Апликант је осуђен за негирање злочина против човечности на новчану казну од 10.000 франака, уз обавезу плаћања трошкова прикључења гоњењу одређеним невладиним организацијама. Господин *Marais* се обратио Суду, између осталог, због наводног кршења његовог права на слободу изражавања из члана 10. Конвенције. Суд је разматрао да ли је понашање државе представљало кршење слободе изражавања, полазећи од критеријума из става 2. члана 10. С тим у вези Суд је нашао да је мешање државе било у складу са законом, јер је као основ за мешање у апликантово право на слободу изражавања држава навела спречавање нереда и криминалитета и заштита угледа и права других. Уједно, Суд је разматрао да ли је мешање било неопходно. Исто тако, Суд је нагласио, имајући у виду члан 17. Конвенције, да је апликант са својим чланком промовисао идеје у супротности са идејама Конвенције. Стога је Суд нашао да је апликантова тврдња у вези повреде члана 10. Конвенције очигледно неоснована.

Суд је имао сличан став у предмету *Honsik v. Austria*.<sup>32</sup> Апликант је био Герд Хонсик (*Gerd Honsik*), рођен 1941. године у Кенигстетену (*Königstetten*). Он је био писац и издавач разних периодичних издања. Септембра и новембра 1986. године публиковао је контроверзни чланак у којем негира постојање гасних комора за време Другог светског рата, те политику истребљења Јевреја. Децембра исте године надлежни јавни

---

<sup>31</sup> *Marais v. France*, Application no. 31159/96.

<sup>32</sup> *Honsik v. Austria*, Application no. 25062/94.

тужилац је покренуо истрагу против господина Хонсика, сматрајући да је поменути чланком прекршио члан 3г из Закона о забрани национал-социјализма (National Socialist Prohibition Act). Надлежни суд је донео осуђујућу пресуду и казнио господина Хонсика затворском казном.

Подносилац представке се жалио Суду да његова осуда према члану 3г Закона о забрани национал-социјализма представља кршење права на слободу изражавања из члана 10. Конвенције. Суд је констатовоао да је осуђујућа пресуда против подносиоца представке због објављивања поменутог чланка представља мешање у његову слободу изражавања. Мешање државе је није дозвољено, осим ако је то оправдано на основу критеријума из става 2. члана 10. Конвенције. Суд примећује да је осуда подносиоца представке била заснована о члану 3г Закона о забрани национал-социјализма, те да је с тим мешање државе било "прописано законом" у смислу члана 10. става 2. Конвенције. Приликом разматрања наводне повреде члана 10. Конвенције, Суд се позвао на своју ранију праксу по којој је забрана подржавања идеја национал-социјализма у Аустрији законита, при чему је потврђено да дешавања за време Другог светског рата представља историјску позадину за доношење Конвенције. На тај начин се испуњава критеријум неопходности у демократском друштву у смисли заштите интереса националне безбедности и територијалног интегритета, као и спречавања криминалитета.

Уједно, Суд се позива на члан 17. Конвенције. Наиме, Суд наглашава да је публикација апликанта била пристрасна и да није била заснована на научним чињеницама, те да није било научне објективности, јер је њоме негирано систематско убијање Јевреја у концентрационим логорима коришћењем отровног гаса за време национал-социјализма. Исто тако, Суд је сматрао да изјаве господина Хонсика, издатим у његовом чланку, су супротстављене једној од основних идеја Конвенције, изражене у преамбули, а односи се на пропагирање правде и мира. С тим у вези, Суд закључује да је апликант желео да користећи своје право на слободу изражавања садржану у члану 10. Конвенције предузме активности које су у супротности са текстом и духом Конвенције, која би, ако се признају, допринела уништавању права и слобода утврђених Конвенцијом.

Полазећи од свега наведеног, Суд закључује да је мешање у слободу изражавања апликанта било неопходно у демократском друштву, те да је апликантово обраћање Суду у погледу наводног кршења члана 10. Конвенције било очигледно недопуштеним.

Још један интересантан случај у вези наводне повреде члана 10. Конвенције јесте *M'Bala M'Bala v. France*<sup>33</sup> Подносилац представке је био господина Диеудоне М'Бала М'Бала (*Dieudonne M'Bala M'Bala*), француски држављанин, рођен 1966. године. Поред тога што је био комичар, бавио се и политиком. На крају представе, коју је извео 26. децембра 2008. године, господин Диеудоне је позвао Роберта Фаурисона (*Robert Faurisson*), академика, који је у Француској више пута осуђиван због неонацистичких и ревизионистичких мишљења, нарочито о погледу негирања постојања гасних комора у концентracионим камповима за време Другог светског рата. Том приликом господин Фаурисон се појавио на позорницу у пругастој пицами која подсећа на одећу коју су носили депортовани Јевреји, при чему му је на пицами била пришивена Давидова звезда. Сврха овог перформанса је била додељивање награде Фаурисону за "непобитност и дрскост". Инцидент је одмах пријављен полицији која је истрагу отворила убрзо. Дана 27. марта 2009. године јавни тужилац је позвао апликанта да се појави пред надлежни суд под оптужбом за јавне увреде усмерене на особу или групу лица због њиховог порекла или припадности или припадности некој етничкој заједници, нацији, раси или религији, посебно у овом случају особе јеврејског порекла или вере.

Суд у Паризу је 27. октобра 2009. године прогласио господина Диеудона кривим и осудио га на новчану казну од десет хиљада евра. Судије су посебно нагласиле да апликант није могао да не буде свестан да господин Фаурисон је један од водећих заговорника порицања Холокауста, те да његов наступ представља увреду за лица јеврејског порекла. Такође, истакнуто је да се апликант није могао користити изговором да је била у питању комедија, јер чак и карикатура и сатира, чак и кад је намерно провокативна и вулгарна, није у складу са слободом изражавања, која обухвата изражавања идеја и мишљења, услед тога што "право" на хумор има одређења ограничена у погледу поштовања достојанства друге особе. У поменутом случају, како су то судије нагласиле, дозвољена граница хумора је превазиђена. Апликант се жалио вишем суду. Међутим, виши суд је потврдио првостепену одлуку тиме да је изласком господина Роберта Фаурисона на позорницу, перформанс прерастао из забаве у политички наступ. Карактеристичним подизањем руке под називом "glissage de quenelle", која се повезује са антисемитизмом, дошло је до повреде достојанства жртава Холокауста.

---

<sup>33</sup> *M'Bala M'Bala v. France*, Application no. 25239/13.

Апликант се жалио Суду да му је повређено право из члана 10. Конвенције. Као што су домаћи судови одлучили, Суд је исто констатовао антисемитски садржај дела перформанса апликанта, јер је дозволио наступ особе познате по својим негацијским и ревизинистичким идејама, при чему му је чак и доделио награду. Уједно, Суд је истакао да је апликант, кандидујући се на изборима, више пута показао своју политичку посвећеност, при чему је више пута био осуђен за расну увреду. У вези саме представе је примећено да тиме што је она аплаudirала на антисемитске изјаве јасно показала да цени овакве перформансе. Исто тако, апликант је јасно изразио жељу да своју представу учини још бољу у поређењу са једном од својих претходних представа која је од стране јавности оцењена као највећи антисемитски митинг још од Другог светског рата. На тај начин се Суд сложио са образложењем домаћих судова да се перформанс апликанта не може сматрати забавом, већ као врста политичког састанка. Тиме што је у току своје представе позвао господина Фаурисона, једног од најпознатијих француских промотера негирања Холокауста, који се представио као Јеврејин, при чему је оповргнуо постојање истребљење јеврејског народа за време Другог светског рата, није могао, по мишљењу Суда, да ужива заштиту по члану 10. Конвенције, јер се ова представа не може подвести под перформансе, која чак и кад су сатиричне и провокативне, спадају под заштиту права на слободу изражавања. У конкретном случају перформанс је био израз идеологије у супротности са вредностима Конвенције.

Исто тако, Суд је разматрао евентуално злоупотребу права из члана 17. Конвенције. Наиме, за разлику од праксе Суда у неким другим случајевима у којима је принцип забране злоупотребе права примењен да експлицитне и директне примедбе за која није постојала потреба било каквог тумачења, Суд је закључио да приказивање мржње и антисемитизма у оквиру уметничког перформанса је подједнако опасно као и изненадни напад. Стога у конкретном случају перформанс господина Диеудонеа не може бити заштићен у оквиру члана 10. Конвенције. Сходно свему реченом Суд је закључио, пошто су акти о којима је реч били несумњиво негативни и антисемитски по својој природи, да је апликант покушао да искористи члан 10. Конвенције изван његове стварне сврхе. Другим речима, господин Диеудоне је желео да искористи своје право на слободу изражавања за циљеве који су неспојиви са словом и духом Конвенције и која би, ако се прихвати, допринела уништењу права из Конвенције. Суд је утврдио да према члану



17. Конвенције, М'Бала М'Бала није имао право на заштиту члана 10. Конвенције из чега произилази да је његова апликација морала бити одбачена као неспојиве са одредбама Конвенције, у складу са чланом 35. став 3 (а) и 4.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Јевреји су један од народа који је током целе људске историје био изложен различитим предрасудама који чине основ извршења бројних кривичних дела према њима. Представљени су само најпознатији случајеви такве праксе. Несумњиво је да су у појединим деловима света припадници јеврејског народа стално изложени предрасудама. Чак и у државама, које су у погледу степена заштите људских права највише одмакла, бележе се такви случајеви. Стога је неопходно наставити са улагањем додатних напора како би се постојеће предрасуде према њима ублажиле и у крајњем случају отклониле.

Из приказане праксе Европског суда за људска права можемо видети да, иако су историјске чињенице неспорне, постоје особе, који се позивајући се на слободу изражавања из члана 10. Европске конвенције о људским правима, негирају страдање јеврејског народа. Управо ови случајеви треба да представљају показатељ у ком правцу је неопходно радити ради побољшања положаја јеврејског народа.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Additional Protocol on the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems, приступ 17.03.2019. године, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008160f>
2. Bergen, D., *The Holocaust: A Concise History*, Rowman and Littlefield Publishers, Lanham, 2009, 58.
3. Charny, I., *Encyclopedia of Genocide: Volume 1*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 1999, 151-152.
4. Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, Official Journal of the European Union L328/55. приступ 17.03.2019, <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex:32008F0913>
5. Dimont, M., *The Amazing Adventures of the Jewish People*, Behrman House, Springfield, 1984, 131.
6. Fischel, J., *The Holocaust*, Greenwood Press, Westport, 1998, 1-4.
7. *Garaudy v. France*, Application no. 65831/01.
8. *Honsik v. Austria*, Application no. 25062/94.
9. Hunczak, T., *Symon Petliura and the Jews a reappraisal*, Ukrainian Historical Association, Lviv, 2008, 13-19, приступ 07.03.2018. године; <https://www.history.com/topics/world-war-ii/the-holocaust>
10. *M' Bala M' Bala v. France*, Application no. 25239/13.
11. Magocsi, P., *A History of Ukraine: The Land and Its Peoples*, University of Toronto Press, 2010, 361.
12. *Marais v. France*, Applicationno. 31159/96.
13. Panelofauthors, *Biographies of World Famous Leaders*, Sura Books, Chennai, 2005, 44.
14. Rawcliffe, C., Wilson, R., *Medieval Norwich*, A&C Black, London, 2006, 42.
15. <http://www.holocaustresearchproject.org/ar/sobibor.html>, приступ 08.03.2018. године.
16. <http://www.holocaust.cz/en/history/concentration-camps-and-ghettos/treblinka-3/>, приступ 08.03.2018. године.
17. <https://www.history.com/topics/world-war-ii/the-holocaust>, приступ 08.03.2018. године.
18. <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005198>, приступ 08.03.2018. године.

19. <http://auschwitz.org/en/history/the-number-of-victims/>,       приступ  
09.03.2018. године.
20. <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005190>,  
приступ 09.03.2018. године.
21. <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005189>,  
приступ 09.03.2018. године.
22. [https://www.chabad.org/library/article\\_cdo/aid/3915966/jewish/Timeline-of-Jewish-History.htm#q1](https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/3915966/jewish/Timeline-of-Jewish-History.htm#q1),       приступ 15.02.2018. године.
23. [https://www.chabad.org/library/article\\_cdo/aid/2617031/jewish/10-Anti-Semitic-Myths.htm](https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/2617031/jewish/10-Anti-Semitic-Myths.htm),       приступ 15.02.2018. године.
24. [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/history/2013/10/mendel\\_beilis\\_and\\_blood\\_libel\\_the\\_1913\\_trial\\_in\\_kiev\\_russia.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/history/2013/10/mendel_beilis_and_blood_libel_the_1913_trial_in_kiev_russia.html),       приступ  
15.03.2018. године.

Darko DIMOVSKI, Ph.D

Associate Professor, University of Niš, Faculty of Law

Judicial Research Center, Niš

## ANTI-SEMITISM AND EUROPEAN PROTECTION MECHANISMS

### Summary

The author deals with the presentation of cases of hate crimes committed against members of the Jewish people. In this way, he wants to point out their difficult position through different historical epochs. After that, international documents at the European level are analyzed, which have the goal of (in)direct protection of the Jewish people. The last part of the paper is dedicated to the presentation of the most significant cases before the European Court of Human Rights in which the court dealt with Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms regarding the denial of crimes against Jews.

**Keywords:** Jews, position, international documents, European Court

оригинални научни рад  
достављен: 04. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 02. 05. 2022.  
УДК 342.729  
351.77:[616.98:578.834

Др Иван ИЛИЋ  
Драгана МИЛОВАНОВИЋ\*

## СЛОБОДА МИРНОГ ОКУПЉАЊА У УСЛОВИМА ПАНДЕМИЈЕ<sup>1</sup>

### Апстракт

Право на слободу мирног окупљања није апсолутно право. Међународна документа предвиђају ограничења, на која које државе у одређеним случајевима могу позивати, при чему су у обавези да своја национална законодавства ускладе са међународним стандардима. У периоду глобалне пандемије, која је преокупирала свет последњих година, ограничење слободе окупљања постало је више правило, а не изузетак. Поједине државе пронашле су аргумент за баланс између предметног права, с једне стране и неопходне потребе да се заштити здравље људи, с друге стране. Ограничења слободе мирног окупљања имају за последицу бројне поступке пред домаћим и међународним судовима. Аутори у раду настоје да прикажу потребу за одржавање баланса између права на мирно окупљање и наспрам потребе државе да заштити јавно здравље становништва. Аутори анализирају праксу националних и међународних судова, с циљем доношења закључка, да ли је у условима пандемије тај баланс постигнут.

**Кључне речи:** слобода мирног окупљања, пандемија, међународна документа, људска права.

### 1. УВОД

Прокламовање људских права, како домаћим, тако и међународним документима, често у себи носи и ограничење, које се може спроводити под одређеним условима. Ограничења се никако не могу тумачити као правило, већ

---

\*Доцент, Правни факултет у Нишу, Универзитет у Нишу, ivan@prafak.ni.ac.rs

\*Млади истраживач, Иновациони центар Универзитета у Нишу, draganaamm@gmail.com

<sup>1</sup> Овај истраживачки рад финансијски је подржало Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (Уговор бр. 451-03-68/2022-14/200371).

искључиво као изузетак и то само онда, кад се такво поступање оцени као неопходно. Међутим, чак и у случају ограничења права, мора се водити рачуна о балансу. Наиме, ограничење само по себи означава могућност да се смањи опсег конкретног права, до допуштеног нивоа, а не да се предметно право у потпуности дерогира.

Као једно од основних права, које егзистира у међународним документима од давнина, јесте право на мирно окупљање. У првом реду, ово право је загарантовано чланом 21. Међународног пакта о грађанским и политичким правима<sup>2</sup> (у даљем тексту: ICCPR), док се даље овим правом бави, између осталог, и Европски суд за људска права (у даљем тексту: Европски суд), сходно чињеници да је ово право директно предвиђено и чланом 11. Европске конвенције о људским правима<sup>3</sup> (у даљем тексту: Европска конвенција).

Како је ICCPR предвидео право на мирно окупљање, те легитимне основе за потенцијална ограничења наведеног права, у време пандемије која је задесила цео свет, било је неопходно установити нове међународне принципе, који ће додатно прецизирати шта потпада под заштиту предметног права, као и ограничења, услове, правила и одговорности. Сходно томе, усвојен је Општи коментар бр. 37, донет од стране Комитета УН за људска права,<sup>4</sup> који омогућава далеко лакше сагледавање проблема данашњице у оквиру конкретног права.

Бројна питања одгонетнута су управо доношењем наведеног документа, при чему је и све већи број представки постао предмет разматрања пред Европским судом. Услед пребукираности, већински су предмети тренутно у фази одлучивања, а самим тим ће се у периоду који следи установити и судска пракса, која ће бити својеврсна пилот одлука за представке чије се подношење очекује у будућности.

## 2. АКТИВНОСТ КОМИТЕТА УН ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Одредбама ICCPR предвиђено је право на мирно окупљање, те прецизирано да се ограничења могу наметнути уколико су “у складу са законом, уколико су неопходна у демократском друштву, у интересу

---

<sup>2</sup> Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Усвојен и отворен за потписивање, ратификацију и приступање резолуцијом Генералне скупштине 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. која је ступила на снагу 23. марта 1976. године, у складу са чланом 49.

<sup>3</sup> Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима Службени лист СЦГ – Међународни уговори бр. 5/2005 и 7/2005

<sup>4</sup> General Comment No. 37, Human Rights Committee, 27. јул 2020, CCPR/C/GC/37.

националне или јавне безбедности, јавног реда, заштите здравља или морала или заштите права и слобода других”.<sup>5</sup> До ограничења људских права невиђених размера посегло се последњих година као последица пандемије изазване вирусом SARS-CoV-19 (у даљем тексту: Covid 19), при чему је предмет ограничења било и право на мирно окупљање. Наиме, државе широм света заговарале су и/или постале присталице мишљења да се људима мора ограничити право на мирно окупљање, имајући у виду податке да се заразна болест која влада светом лако шири, те преноси далеко брже уколико се не поштује социјална дистанца, наводећи да је кршење овакве мере очекивано у случају масовног окупљања.

Од државе до државе су почеле да се разликују одлуке које су ступале на снагу, при чему се главна разлика уочавала између тога, да ли се забрана окупљања односила искључиво на отворене, или затворене просторе, те да ли је то у себи садржало и додатна ограничења, или је било речи једино о ограничењу као што је нпр. максималан број људи који може истовремено боравити у истом простору, држање социјалне дистанце итд. Међутим, проблем који се изнедрио, је у првом реду био изазван ограничењима које су наметале државе, те се на тај начин стварао зачаран круг. Наиме, државе, у намери да заштите становништво, посезале су чешће за забранама људских права, што је стварало незадовољство код становништва, а затим рађало и бројне побуне и демонстрације грађана. Поједине државе су се затим определиле за додатно ограничење људских права, на тај начин што су прописивале забране протеста на својим територијама (уместо првенствено просторног и временског ограничења, те броја људи, ношења маски и сл), позивајући се на то, да је овакво ограничење неопходно ради заштите здравља.

Разматрајући околности које су задесиле читав свет, потенцијално систематско кршење права на слободу окупљања, те незадовољство које је владало међу грађанима, Комитет УН за људска права (у даљем тексту: Комитет) усвојио је Општи коментар бр. 37. апропо члана 21. ICCPR, 27. јула 2020. године. Наведеним документом, Комитет је успоставио додатне критеријуме у погледу права на мирно окупљање, правдајући их неопходношћу, имајући у виду све чешће, масовне демонстрације, од којих су се бројне завршавале нередима, што због поступања самих учесника, што због (не)оправдане употребе силе органа, који су били надлежни за спровођење

---

<sup>5</sup> Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Усвојен и отворен за потписивање, ратификацију и приступање резолуцијом Генералне скупштине 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. која је ступила на снагу 23. марта 1976. године, у складу са чланом 49, члан 21.

закона.<sup>6</sup> Ти критеријуми су недвосмислено сузили опсег права на мирно окупљање.

Општи коментар подељен је на осам поглавља. Неопходно је пре свега напоменути, да је тачком 6. Општег коментара бр. 37. прописано да у мирна окупљања, која подлежу заштити, спадају: демонстрације, протести, митинзи и сви други облици окупљања у затвореним и отвореним, јавним и приватним просторима, док је тачком 8. децидирано наведено, да иако држава пропише ограничења овог права, та ограничења не могу ићи толико далеко да ово право потиру у потпуности. На овај начин је недвосмислено разјашњено првенствено питање, које је остајало широм света без одговора - да ли се ради заштите здравља становништа, може забранити било који вид окупљања, или је могуће само ограничење у прописаним границама. Оваквим решењем појашњен је баланс између два супротстављена права, која у крајњем имају исти циљ. С једне стране је право државе на предузимање мера ради спречавања ширења заразне болести ради заштите становништва (права на заштиту јавног здравља), док с друге стране право грађана на мирно окупљање не остаје само мртво слово на папиру.

Тачка 46. експлицитније указује на ограничење слободе окупљања, између осталог, ради заштите јавног здравља. У складу са тим, државе се могу позивати да у случају постојања заразне болести, окупљања могу бити опасна по становништво. Такође, ово ограничење је оправдано, ако се сходно ситуацији која влада у земљи услед заразне болести, јавља значајан ризик како за саме учеснике окупљања, тако и за ширу популацију. Управо због овако постављених правила, можемо се осврнути на два проблема.

### 2.1. Засташујући (одвраћајући) ефекат

Први проблем, јавља се због тзв. “засташујућег ефекта”. Наиме, у Општем коментару се јасно наводи да ограничења која намеће држава апропо слободе окупљања не смеју имати за циљ обесхрабрење учешћа на скуповима нити се сме изазивати застрашујући ефекат.<sup>7</sup> Позивање грађана, те упућивање молби, да не присуствују скуповима у условима пандемије, уз недвосмислено дата образложења да се на тај начин шири смртоносна болест, може бити један од видова одвраћајућег ефекта. Упркос страху који се потенцијално може

---

<sup>6</sup> U.N. Human Rights Committee General Comment No. 37 on Freedom of Assembly: An Excellent and Timely Contribution, <https://www.justsecurity.org/71754/u-n-human-rights-committee-general-comment-no-37-on-freedom-of-assembly-an-excellent-and-timely-contribution/>, 27. фебруар 2022. године.

<sup>7</sup> General Comment No. 37, Human Rights Committee, 27. јул 2020, CCPR/C/GC/37, члан 36.



јавити, сваки грађанин има право на коришћење свог права на мирно окупљање, уз потенцијално постављање граница ради заштите становништва.

Осим наведеног, застрашујући ефекат види се и кроз акте на нивоу држава којима је утврђена апсолутна забрана окупљања, уз навођење да ће свако супротно поступање бити кажњено. Као казне, најчешће су биле предвиђене новчане казне и казне затвора. На овај начин, одлуке држава косиле су се са међународним стандардом да се слобода окупљања не сме забранити, већ једино ограничити. Претња казном, уколико се појединац односно група лица служи својим загарантованим правом, јасно се сврстава у наведену проблематику.

## 2.2. Ограничење од стране државе

Други проблем је да ли су државе, у постављању својих граница, поштовале усвојене међународноправне стандарде. Једна од највећих дилема данашњице, јесте то да ли државе имају право да ограниче број људи приликом окупљања, који потпада под заштиту члана 21. ICCPR, те да ли се окупљања могу ограничити у погледу времена и места окупљања, чиме се овако наведени проблем, рачва на даље проблеме. Кумулативни проблеми настају самом чињеницом да ограничењем слободе окупљања, аутоматски долази и до ограничење слободе кретања. Такође, реакцијом државе услед потенцијалног кршења забране или ограничења кретања, често је доводило и до произвољног притварања грађана, без разматрања да ли су одлуке на нивоу државе биле у складу са домаћим законима и међународним документима.

### 2.2.1. Ограничење броја људи

Једна од најчешћих мера, примењиваних у стању глобалне пандемије, јесте ограничен број људи по метру квадратном, ради одржавања социјалне дистанце. Неке од земаља у којима су се одржавали протести због доношења одлуке од стране државе о неопходности ношења маске и одржавања социјалне дистанце су Немачка, УСА и Аустралија.<sup>8</sup> Доношењем Општег коментара, искристалисала су се потенцијална кршења права од стране државе. Утврђено

---

<sup>8</sup> Freedom of peaceful assembly and the covid-19 pandemic: a snapshot of protests and restrictions, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Freedom%20of%20Peaceful%20Assembly%20-%20CIVICUS%20-%20Tracking%20conditions%20for%20citizen%20action.pdf>, 06. март 2022. године.

је да се може ограничити број људи приликом окупљања,<sup>9</sup> само из разлога који су стриктно наведени чланом 21. ICCPR, где се недвосмислено сврстава и заштита јавног здравља. Овако гледано, држава се сме користити ограничењем права ради заштите, како грађана који се определе за присуство на неком скупу, тако и ради заштите целокупног становништва.

Разлог ограниченог броја људи на истом простору, државе су правдале научним чињеницама, утврђеним од стране стручњака из релевантних области, да се пандемија неће свести на ниво епидемије, а затим довести временом и у стање нормалног функционисања живота, уколико се не спречи даље ширење вируса рапидном брзином. Уз то, научници су тврдили да до ширења вируса Covid 19 долази уколико не постоји одређена физичка дистанца између људи, која се, логично, теже обезбеђује уколико имамо неконтролисан, енорман, број људи по квадратном метру односно на истом јавном, и/или приватном простору. У складу са тим, изводи се закључак да је овакво ограничење државе у складу са међународним правом, што не искључује обавезу државе да такво поступање уреди законским текстом и на националном нивоу.

## 2.2.2. Ограничење слободе окупљања и слободе кретања

Друго ограничење овог права је лимитирање времена трајања окупљања. Овде долазимо до преклапања права на слободу мирног окупљања и права на слободу кретања. Државе које су се определиле за ограничење слободе кретања, на тај начин што је грађанима било забрањено напуштање својих домова у одређено доба дана или места свог пребивалишта, услед забране путовања из једног града у други град, у оквиру државних граница, ограничиле су аутоматски и право на слободу окупљања, у одређеним временским интервалима. Овакав став почива на наводима тачке 54. Општег коментара да, ограничење било ког вида окупљања грађана, у погледу тачно одређеног дана, или датума, изазива забринутост у вези са компатибилношћу оваквог режима са ICCPR.

Уколико се држава определи за ограничење слободе кретања, аналогно томе, држава је ограничила и слободу окупљања својим грађанима. Уколико би појединац, односно група грађана одлучила да супротно одлуци државе, организује окупљање у делу дана, када је то стриктно забрањено, ради исказивања свог незадовољства, коришћењем права на слободу говора, они се излажу ризику у погледу кажњавања од стране поступајућих органа. Према

---

<sup>9</sup> General Comment No. 37, Human Rights Committee, 27. јул 2020, CCPR/C/GC/37, члан 49.

томе, потенцијално би у оваквим случајевима могло бити утврђено кршење оба права, односно слободе, на мирно окупљање и слободе кретања.

### 2.2.3. Ограничење слободе окупљања и произвољност приликом лишавања слободе грађана

Осим кумулативног кршења два људска права, посебна забринутост на светском нивоу јављала се и из следећих разлога. Наиме, сведоци смо енормног повећања примене мера привременог задржавања и/или притварања грађана, како би се предупредило учествовање на окупљањима. Овакве радње државних органа могу бити у контрадикцији са правом на мирно окупљање.

Тачком 82. Општег коментара је јасно одређено да неселективно хапшење великог броја учесника протеста пре, у току или након окончања окупљања представља произвољно и незаконито поступање државних органа. Предузимање оваквих радњи, коси се са правом на мирно окупљање, без обзира на чињеницу, да ли је притвор предвиђен у оваквим ситуацијама, националним законодавством. Овакав закључак може да се изведе анализом целокупног новодонетог документа, имајући у виду да се државама јасно наметнула обавеза уздржавања од предузимања радикалних мера, а да се оне могу предузимати једино у случају постојања насиља на окупљањима, које се не може спречити или окончати ни на један други начин. Одређивање притвора под претпоставком да се могу десити немири приликом окупљања, и/или ради заштите јавног здравља услед пандемије, ниподаштава загарантовано право на мирно окупљање, имајући у виду одредбе које јасно забрањују застрашивање појединаца од стране државе. Овакав став се пресликава и на све случајеве задржавања, под истим условима и са истим последицама.

### 2.3. Неадекватност примењених мера

Статистички подаци који су прикупљени од стране невладине организације “Human rights watch” указују на непоштовање међународних принципа од стране земаља широм света. Од јануара 2020. године, преко 83 земаља учинило је повреду више људских права, оправдавајући своја недозвољена поступања пандемијом коју је изазвао Covid 19. Неспорно је да се незадовољство људи ширило изрицањем ограничавајућих мера од стране државних органа, чиме су бројна људска права подлегла рестрикцијама. Управо овакви потези довели су до већег отпора грађана, што је резултирало све већим бројем одржаних протеста широм света. У складу са прикупљеним информацијама, утврђено је да је преко десетине земаља произвољно забранило, или прекинуло протесте који су представљали реакцију грађана на

одлуке влада, предузетих као вид покушаја сузбијања Covid 19. Неке од тих земаља су Турска, Украјина, Русија, Хонг Конг и многе друге.<sup>10</sup>

Да је такво поступање било непропорционално мешање држава, изводимо на основу свих одредби Општег коментара, услед чега је јасно и недвосмислено да сваки вид јавног окупљања, где се убрајају и демонстрације, не могу бити у потпуности забрањени, услед пандемије корона вируса. Рестрикције које се могу разматрати и самим тим бити дозвољене, ради заштите здравља становништва, јесу ограничити број људи, и/или одржавање физичке дистанце.<sup>11</sup> Осим тога, учечавајући бенефите предузимања радњи путем онлине платформи, под одредбама члана 21. СПРР потпада и заштита онлине окупљања.<sup>12</sup> У складу са наведеним, можемо закључити да су бројне државе забраниле протесте, како би спречиле ширење супротног мишљења од званичне политике влада, услед чега се јавила и повреда права на слободу говора, чиме се ствара нови зачарани круг систематског кршења права. Поступање у складу са одредбама тачке 13. Општег коментара, би, уместо апсолутне забране окупљања, било примера ради позивање људи да своје мишљење искажу путем било које онлине платформе.

#### 2.4. Кршење права на приватност учесника демонстрација

Анонимност је сегмент права на приватност, може се рећи круцијалан у призми овог права. Осим што кршењем анонимности појединца долази до повреде права на приватност, не обезбеђује се ни заштита података о личности у пуном обиму.

Како је заштита података о личности посебно заживела у време већих технолошких достигнућа и веће модернизације друштва, тако је националним и међународним актима, који су посвећени овој теми, пружена могућност сваком појединцу да заштити своје приватне податке, на тај начин што је за њихово прикупљање и обраду неопходно да постоји сагласност предметног лица, у сваком конкретном случају. Међутим, проблем настаје када се употребом савремене технологије снимају учесници протеста. Забележени су случајеви прикупљања њихових приватних података (посебно имена, презимена, адресу пребивалишта и сл) на основу препознавања лица, а затим

---

<sup>10</sup> Covid-19 triggers wave of free speech abuse, <https://features.hrw.org/features/features/covid/index.html?#assemble>, 07. март 2022. године.

<sup>11</sup> General Comment No. 37, Human Rights Committee, 27. јул 2020, ССРР/С/СР/37, члан 59.

<sup>12</sup> General Comment No. 37, Human Rights Committee, 27. јул 2020, ССРР/С/СР/37, члан 13.

су након такве обраде свих доступних података кажњавање учесника демонстрација.

Општи коментар решио је проблематику, у првом реду, да ли употреба маске, капуљаче или било ког другог одевног предмета, којим се може сакрити лик човека, може указивати на потенцијално насилничко понашање тог лица; односно, да ли је разлог таквог одевања, немогућност откривања потенцијалног учуниоца неког прекршаја или кривичног дела од стране поступајућих органа. Како би се на овај начин директно кршила претпоставка невиности, не изненађује став да је било који вид одевања, без ношења оружја или оруђа, дозвољен, те да је прекривање лица дозвољено, посебно уколико учесник жели да остане анониман.<sup>13</sup>

С обзиром да смо сведоци поступања влада широм света, да су мирни протестанти бивали кажњени услед учествовања на протестима, без обзира на чињеницу да нису применили било који вид силе и насиља, поставило се питање на који начин се дошло до личних података присутних лица. Сходно томе да су сви протести обезбеђени од стране поступајућих службеника, ради адекватне реакције у случају наступања нереда, поставља се питање ко је био надлежан за прикупљање и складиштење видео записа. Под претпоставком да је видео запис постојао у датом моменту, анализа снимака ради откривања идентитета лица грубо крши право на анонимност појединца, где се, кажњавањем, учесник протеста истовремено лишава и права на мирно окупљање.

## 2.5. Неадекватна употреба силе

Да би држава оправдала своје поступање, односно ограничење права у мањем или већем обиму, евентуално кажњавање учесника мирног окупљања и сл, неопходно је да за своје поступке поседује правни основ и одговарајуће доказе. Како би се обезбедила адекватна заштита становништа од произвољног деловања поступајућих службеника, Општим коментаром је прописана обавеза државе, да се свака употреба силе службеника мора евидентирати, те да је неопходно постојање транспарентног извештаја услед таквог поступања. Састављање извештаја је преко потребно, јер уколико настане било који вид повреде, или штете, на основу информација које чине извештај, долази се до закључка, да ли је употреба силе била неопходна и пропорционална. У складу са наведеним, неопходно је да информације у извештају буду што детаљније,

---

<sup>13</sup> General Comment No. 37, Human Rights Committee, 27. јул 2020, CCPR/C/GC/37, члан 60.

те да обухвате предметни инцидент, разлог за употребу силе, ефикасност њене примене, као и последице.<sup>14</sup>

Овакво правило било је неопходно сходно дешавањима који владају у условима пандемије, јер су се рестрикције држава заснивале на неопходности зарад заштите јавног здравља, а употреба силе често је била правило, а не изузетак, чак и онда кад немири нису проузроковани од стране протестаната. Ограничења никад не смеју нарушити саму суштину права, те самим тим непропорционалност у самим мерама, те употреба силе, доводе до грубе повреде члана 21. ICCPR. Као последица таквих пропуста, Европски суд за људска права разматрао је енорман број представки од периода кад је пандемија погодила свет, при чему се већина одлука тек ишчекује у наредном периоду, о чему ће детаљније бити речи у наредном делу овог рада.

### 3. СКОРАШЊА ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Одредбама члана 11. Европске конвенције, загарантовано је право на мирно окупљање и удруживање, при чему је ставом 2. прецизирано да се ограничења овог права могу јавити уколико су прописана законом и неопходна у демократском друштву, као и уколико такво ограничење има легитиман циљ. Да би окупљање, на начин на који је загарантовано, уживало заштиту, неопходно је да Европски суд у сваком појединачном случају узме у обзир кумулативно одређене факторе и то: да ли организатори предметног скупа позивају на насиље, те да ли је скуп био миран, затим да ли је сам подносилац представке примењивао насиље приликом окупљања, као и да ли је некоме нанео телесне повреде.<sup>15</sup> Међутим, поред свих поменутих критеријума, а имајући у виду глобалну пандемију, неопходно је осврнути се, уједно, и на један од легитимних циљева који је доминантан у данашње време - заштита јавног здравља. Доминантно питање пред Европским судом током протеклих година, од почетка ширења вируса Covid 19, јесте то, да ли и у случају испуњења три поменута кумулативна услова, уколико постоји опасност од даљег ширења заразне болести, државе имају право да ограниче, или чак у потпуности ускрате могућност уживања права из члана 11. Европске конвенције.

Како су за бројна прокламована права предвиђена ограничења под одређеним условима, тако је сегмент Европске конвенције и члан 15, који недвосмислено пружа могућност државама уговорницама да одступе од

---

<sup>14</sup> *Ibid*, члан 91.

<sup>15</sup> *Shmorgunov and Others v. Ukraine*, представка бр. 15367/14 and 13 others, § 491, 21. јануар 2021, ECHR.

појединих загарантованих права, у случају опасности која прети опстанку нације, при чему се ова одредба, имајући у виду став 2 наведеног члана, може применити и на члан 11. Европске конвенције, којим је прописано право на мирно окупљање. Међутим, упркос чињеници да су државе већински поступиле у складу са ставом 3. члана 15, обавестивши генералног секретара Савета Европе о дерогацији такстативно наведених права, не сме се пренебрегнути чињеница да се, тумачењем става 1, не даје могућност државама да у потпуности суспендују људска права и слободе. Опасност која прети опстанку нације је шире одређен појам, но његово тумачење не сме ићи превише екстензивно. Без обзира на актуелну ситуацију, сама суштина права не може се занемарити, већ се минимални захтеви морају очувати, чак и у ванредним ситуацијама. Да је реч само о дозвољеним одступањима, а не тоталној суспензији права (за шта су се заправо најчешће определиле државе) указује став 2, који јасно наводи да став 1. члана 15. не допушта потпуно укидање права поводом такстативно наведених чланова, већ њихово ограничење.

У претходним деловима овог рада, аутори су указали на најчешће пропусте држава приликом одређивања рестрикција у погледу права на слободу окупљања, у условима пандемије. Услед све већег незадовољства грађана, који заштиту и одштету нису пронашли на националном нивоу, јер је аналогно претхоним одлукама владе, сматрано да људска права нису повређена, те да је ради заштите здравља становиштва, сваки појединац морао да сноси одређена ограничења у погледу уживања својих права, број представки пред Европским судом бивао је све већи. Један од примера, који указују на пребукираност представкама, јесте случај *Zambrano v. France*, која је проглашена недопуштеном. Оваква одлука је донета, након што је утврђено да је апликант злоупотребио право на подношење представке, сходно чињеници да је, незадовољан увођењем ковид пропусница, које су ограничиле бројна људска права и слободе, путем свог њеб сајта позвао људе да попуне одређени формулар, на основу чега ће се прикупити што већи број представки, које ће бити поднете Европском суду, као колективна представка. Међутим, имајући у виду наводе, који су били јавно доступни путем сајта, уочено је да је циљ оваквог поступања да се доведе до преоптерећености Европског суда, те да се изазове застој у раду. На наговештај апликанта, прикупљено је скоро 21000 пријава, које су биле предмет разматрања.<sup>16</sup>

Донекле се може разумети, макар у самој фази настанка и првих тренутака масовног ширења заразне болести, ограничење одређених људских

---

<sup>16</sup> *Zambrano v. France*, app. no. 41994/21, press Release issued by the Registrar of the Court, 07. октобар 2021, ECHR 295 (2021).

права, међу које се убраја и право на слободу окупљања. Међутим, проблем се јавио кад су као резултат незадовољства због доношења одређених мера од стране власти ради спречавања ширења заразне болести (попут ношења маски, ограничења кретања, увођења ковид пропусница итд), грађани одлучили да своје незадовољство покажу путем протеста. У тим ситуацијама, државе су се, уместо разматрања бенефита, или недостатака већ уведених рестрикција, определиле за експанзију већ донетих мера, на тај начин што су забраниле, или ограничиле слободу окупљања. На тај начин створио се зачаран круг: дерогација одређених права од стране државе - организовање протеста од стране грађана - увођење забрана односно ограничење права на окупљање и самим тим демонстрације - додатан гнев на страни грађана, који су се супротстављали држави кршећи изречене забране, услед чега су често пролазили са осуђујућим прекршајним и кривичним пресудама. Сходно оваквим чињеницама, као посебно битно, јесте пружити јасан одговор на питање, да ли су државе имале право да у потпуности ускрате уживање права на слободу мирног окупљања, или су надлежне да право ограниче уколико такво ограничење има легитиман циљ.

Уколико се одржавање демонстрација одобри, али се постави услов о томе да се одржи на неком другом месту, или се уз одобрење наложи краће трајање демонстрација од планираног (или се и без навођења датумца, од стране државе пропише ограничење у погледу трајања), недвосмислено долази до мешања у остваривање права предвиђених чланом 11.<sup>17</sup> Најчешће, државе су тежиле ка потпуном укидању права на слободу окупљања, до смиривања пандемијске ситуације, занемарујући могућност примене мање рестриктивних мера. Пример позитивног приступа и заправо дубиозног разматрања о мањој рестрикцији, показала је Ирска, која се определила за давање дозвола за одржавање демонстрација, уз препоруку ношења маске и држања социјалне дистанце.<sup>18</sup>

Током прве половине 2020. године, десетак држава уговорница, које су потписнице Европске конвенције, проследили су обавештење генералном секретару Савета Европе о дерогацији одређених права предвиђених конвенцијом, услед пандемије изазване Covidom 19. Међу државама, налазимо и нашу земљу, као и Румунију, Албанију, Македонију, Литванију и друге. Најчешћа дерогација тичала се права предвиђених чланом 8, 5, 11, као и права

---

<sup>17</sup> *Berladir and others v. Russia*, представка бр. 34202/06, §§ 47-51, 10. јул 2012. године, ECHR.

<sup>18</sup> *Protests block Spanish and French trawlers from unloading their catch over virus fears*, <https://www.independent.ie/irish-news/protests-block-spanish-and-french-trawlers-from-unloading-their-catch-over-virus-fears-39070681.html>, 16. март 2022. године.



прописаних Протоколом бр. 1, 2 и 4.<sup>19</sup> У складу са овим податком, не изненађује чињеница да је највећим бројем представки управо захтевано од Европског суда да се донесе одлука о повреди горе наведених чланова. Као што је већ претходно назначено, тек је незнатан број пресуда донет, где је и међу тим случајевима, најчешће решено о оним где је несумњиво утврђено да су представке неприхватљиве и то најчешће услед злоупотребе права на подношење представке, како је то већ детаљније објашњено кроз случај *Zambrano v. France*.

Анализирајући доступне податке о представкама, које је Европски суд узео у разматрање, поводом којих још увек не постоје коначне одлуке, посебно ћемо се осврнути на случај *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*. Наиме, мере које су донете на нивоу Швајцарске, ради спречавања даљег ширења пандемије изазване вирусом Covid 19, предвиђале су, између осталог, забрану слободе окупљања и самим тим слободу организовања и присуства демонстрацијама, при чему је предвиђена новчана казна, или казна затвора за сваког ко поступи супротно оваквој наредби. Сходно наведеном, удружење, које је уједно подносилац представке, повукло је свој захтев за одобрење демонстрација, које су биле планиране, што је детаљније образложено у својим наводима, међу којима се налази и податак да су поједини демонстранти процесуирани услед кршења предметне забране, на другим организованим демонстрацијама. Удружење је уједно истицало да је пре доношења мера, редовно своје ставове исказивало управо путем организовања мирних демонстрација.<sup>20</sup>

Готово идентичан случај долази и из Шпаније, где је право на мирно окупљање било забрањено током пандемије изазване вирусом Covid 19. Реч је о случају *Central Unitaria de Traballadores/AS v. Spain*. Упркос поднетом обавештењу о намери одржавања демонстрација одређеног дана, при чему је апликант предложио и мере које се могу предузети ради сузбијања ширења пандемије, административни органи су одбили предлог о одржавању демонстрација. Проблем настаје услед одсуства било каквог објашњења и доказа, на који начин ће одржавање демонстрација озбиљно угрозити и погоршати већ насталу пандемијску ситуацију. На националном нивоу, највиша инстанца је једино навела да у сукобу два основна права, право на здравље однело је превагу у односу на право на мирно окупљање, те је држава

---

<sup>19</sup> Јовичић, С. "COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights", *Era Forum*, 545–560 (2021), 2020, 547.

<sup>20</sup> *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*, представка бр. 21881/20, 22. март 2022, ECHR.

заузела коначан став да је одлука о суспендовању права апликанта била оправдана.<sup>21</sup>

Одлуке Европског суда поводом наведених случајева, биће од круцијалне важности, посебно имајући у виду одредбе Општег коментара дате у претходном делу ово рада. Уједначена судска пракса, а посебно уједначени међународноправни стандарди, далеко умањују могућност за кршење људских права у будућности, чак и у непредвиђеним условима са којима се боре државе, као што је то случај са пандемијом. Државе широм света су се, приликом појаве вируса Covid 19, определиле за ограничење људских права у већем обиму, што би на самом почетку борбе против пандемије и могло да се разуме као оправдано поступање. Овакав став недвосмислено се изводи из саме чињенице да појава нове болести која погађа становништво у већој размери и са тежим последицама, оправдава став државе да привремено суспендује, односно ограничи поједина људска права, зарад добробити целокупног становништва. Чињеница да је болест која се шири непозната, може бити повод за ограничавање окупљања људи зарад спречавања ширења заразне болести. Међутим, након открића свих непознаница у вези са вирусом Covid 19, остало је нејасно из ког разлога су државе спречавале појединце да се користе својим међународно признатим правима, сходно чињеници да је вируленција вируса била појачана чак и ситуацијама тоталног затварања становништва у своје домове.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Изложена проблематика недвосмислено указује да су сходно новонасталој епидемиолошкој ситуацији, били неопходни нови међународни стандарди. Државе потписнице ИССПР-а у обавези су да се придржавају одредби предметног документа. Ограничење људских права не сме бити правило, већ једино изузетак, услед чега се мора направити и јасна граница шта је заправо ограничење, а шта суспензија. Државе су често пренебрегле ову разлику, те чешће прибегавале суспензији људских права и слобода и/или и приликом прописивања ограничења се нису водиле правилом да ограничење мора бити мање, уколико се сврха може постићи на тај начин. Европски суд се јавио се као најчешћи арбитер у насталој проблематици. Иако су случајеви пред Европским судом још увек у току, јер осим броја пристиглих представки, које се темељно морају размотрити, Европски суд мора да заузме и ставове поводом горућих питања, већ сада се може се закључити да су многе државе

---

<sup>21</sup> Central Unitaria de Trabajadores/AS v. Spain, представка бр. 49363/20, 13. октобар 2021, ECHR.

прекорачиле границе слободне процене поводом питања какве врсте и мера ограничења права су у складу са одредбама Европске конвенције, а која нису.

Неспорно је да, услед пандемијске ситуације која је погодила свет, Европски суд неће имати дилену о постојању, или непостојању непосредне опасности по опстанак нације, али то уједно не значи да ће наћи дас у државе имале оправдања за своје крајње ресриктивне потезе. Недвосмислено је да је на државама, сходно међународно заузетим ставовима, терет доказивања о пропорционалности предузетих мера ради заштите јавног здравља. Иако се намера државе не спори, потешкоће у доказивању се очекују. Мере предузете на самом почетку развијања болести имају покриће, сходно непознаници о болести, која је задесила читаво становништво. Међутим, блокада читавих градова, ограничена слобода кретања, окупљања и сл, након сазнања о начину како се вирус шири и предузимањем којих мера се вируленција вируса смањује, баца сумњу на касније поступке и предузете мере држава, јер се намеће питање да ли су озбиљна ограничења људских права била неопходна.

У ишчекивању коначних одлука Европског суда, на државама је да своје поступање и мере зарад заштите становништва од ширења заразних болести ускладе са међународним документима којима су приступиле. Иако је здравље људи императив, неопходно је успостављање равнотеже између конзумирања људских права у пуном обиму и њиховог ограничења само у мери у којој је то неопходно, ради постизања допуштеног циља.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Berladir and others v. Russia, представка бр. 34202/06
2. Central Unitaria de Traballadores/AS v. Spain, представка бр. 49363/20
3. Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland, представка бр. 21881/20
4. Covid-19 triggers wave of free speech abuse, <https://features.hrw.org/features/features/covid/index.html?#assemble>
5. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима Службени лист СЦГ – Међународни уговори бр. 5/2005 и 7/2005,
6. Freedom of peaceful assembly and the covid-19 pandemic: a snapshot of protests and restrictions, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Freedom%20of%20Peaceful%20Assembly%20-%20CIVICUS%20-%20Tracking%20conditions%20for%20citizen%20action.pdf>
7. General Comment No. 37, Human Rights Committee, 27. јул 2020, CCPR/C/GC/37, <https://www.independent.ie/irish-news/protests-block-spanish-and-french-trawlers-from-unloading-their-catch-over-virus-fears-39070681.html>
8. Human Rights Committee General Comment No. 37 on Freedom of Assembly: An Excellent and Timely Contribution, <https://www.justsecurity.org/71754/u-n-human-rights-committee-general-comment-no-37-on-freedom-of-assembly-an-excellent-and-timely-contribution/>
9. Јовичић, С. “COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights”, *Era Forum*, 545–560 (2021)
10. Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Усвојен и отворен за потписивање, ратификацију и приступање резолуцијом Генералне скупштине 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. која је ступила на снагу 23. марта 1976. године, у складу са чланом 49.
11. Protests block Spanish and French trawlers from unloading their catch over virus fears, <https://www.independent.ie/irish-news/protests-block-spanish-and-french-trawlers-from-unloading-their-catch-over-virus-fears-39070681.html>
12. Shmorgunov and Others v. Ukraine, представка бр. 15367/14
13. Zambrano v. France, представка бр. 41994/21

Dr Ivan ILIĆ, Ph.D.

Assistant Professor, University of Niš, Faculty of Law

Dragana MILOVANOVIĆ

Young researcher, Innovation Centar at University of Niš

## FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY IN THE TIME OF PANDEMIC

### Summary

Prescribing certain human rights, such as the right to freedom of peaceful assembly, cannot be considered absolute. International instruments provide restrictions, which States Parties may invoke in certain cases and are obliged to bring their national legislation into line with international rules. In the period of the global pandemic, which has occupied the world in recent years, the restriction of freedom of assembly appeared more as a rule than as an exception. Some countries have found a balance between the right in question on the one hand and the necessary need to protect human health, on the other hand. Other states have encountered condemnations and objections, which have resulted in proceedings in front of domestic and international courts. In this paper, the authors try to show the need and ways to maintain a balance between the rights and freedoms of people versus the duty of the state to protect the population. Also, the authors point out the novelties in making certain decisions at the international level, as well as case law, which ultimately leads to the conclusion which actions were assessed as necessary and justified, and which as premature and inadmissible.

**Key words:** freedom of peaceful assembly, pandemic, international documents, human rights.



прегледни рад  
достављен: 04. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 29. 04. 2022.  
УДК 343.852(497.11)

Жарко КЕШАНСКИ\*

## ИЗВРШЕЊЕ МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНОГ ЛЕЧЕЊА АЛКОХОЛИЧАРА КРОЗ ПРАКСУ СПЕЦИЈАНЕ БОЛНИЦЕ

### Апстракт

Медицинско одељење „С“ Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац има капацитет 46 постеља. Лица која су хоспитализована на овом одељењу учинила су противправно дело законом одређено као кривично дело. Она се налазе на извршењу мера безбедности обавезног лечења алкохоличара. У фокусу пажње аутора биће извршење мера безбедности обавезног лечења алкохоличара кроз праксу специјалне болнице. Централни део рада посвећен је истраживању које је спроведено на медицинском одељењу „С“ за период 2015. године, 2016. године, 2017. године и 2018. године.

**Кључне речи:** санкција, извршење, мера безбедности, лечење, чување и специјална болница.

### УВОД

Један број лица који врше кривична дела није у стању да схвати значај свог чињења или нечињења. Реч је о лицима која су неурачунљива или имају битно смањену урачунљивост. За учињена кривична дела или противправна дела у закону дефинисана као кривична дела наведеним лицима се може изрећи и мера безбедности.

Мере безбедности у крајњој линији као и казна имају исти циљ, а то је обављање заштитне функције кривичног права. Међутим, њихова природа и сврха значајно се разликују у односу на казну.

Мере безбедности, као вид санкција уводе се у наше законодавство још почетком 19 века, мада је рад на њиховом доношењу и спровођењу текао веома споро.<sup>1</sup>

---

\* Руководилац за правне, кадровске и административне послове - начелник одељења, Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац, zarko.kesanski@gmail.com

Упућивање лица на извршење мере безбедности обавезног лечења алкохоличара врши надлежни суд који је изрекао меру у првом степену. Ова мера може да траје уз казну затвора или као самостална мера. Мера обавезног лечења алкохоличара може се извршити и са слободе.

На почетку рада аутор ће се осврнути на чињенице под којим се може изрећи ова мера и којим лицима.

Централни део рада посвећен је истраживању извршења мера безбедности обавезног лечења алкохоличара на медицинском одељењу „С“ Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац.

## 1. ОСНОВНЕ НАПОМЕНЕ О МЕРИ БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНОГ ПСИХИЈАТРИЈСКОГ ЛЕЧЕЊА АЛКОХОЛИЧАРА

Обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи је мера безбедности која се може изрећи лицима која су учинила кривично дело или противправно дело законом одређено као кривично дело.<sup>2</sup>

У оквиру опште сврхе кривичних санкција, сврха мере безбедности је да се отклоне стања или услови који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела<sup>3</sup>

Према нашем Кривичном законнику учиниоцу кривичног дела може се изрећи мера безбедности обавезно лечење алкохоличара. Ова мера се изриче у случајевима да суд процени да је лице које је учинило кривично дело и даље опасно за себе или околину и да се једино изрицањем мере безбедности обавезног лечења алкохоличара може утицати на промену тог стања.

Предметну меру суд може изрећи ако је учиниоцу изречена казна, условна осуда, судска опомена или је учинилац ослобођен од казне.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Мастер рад број СМ55/17 Жарко Кешански ментор проф.др Драгиша Дракић Извршење мера безбедности обавезног психијатријског лечења у здравственој установи кроз праксу СБПБ Вршац

<sup>2</sup> Иван Милић, Жарко Кешански Извршење мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи-пракса једне специјалне болнице, научни скуп „Правна традиција и интегративни процеси“, Косовска Митровица, 2020. година, стр 176.

<sup>3</sup> члан 78 Кривичног закона („Сл.гласник РС“бр. 85/2005, 88/2005 - испр, 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019)



## 1.1. Карактеристике истраживања

Аутор је у овом раду урадио истраживање за период од 4 (четири) године и то 2015. годину, 2016. годину, 2017. годину и 2018. годину. Истраживање је обухватило лица хоспитализована на медицинском одељењу „С“ Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац.

Истраживање је урађено на основу увида у расположиву документацију, а у складу са Законом о заштити лица са менталним сметњама.

Истраживање је обухватило укупно 9 (девет) параметара и то:

1. Пол,
2. Градови,
3. Старост – година рођења,
4. Радни статус,
5. Брачни статус,
6. Да ли хоспитализовано лице има деце, ако има онда колико има деце,
7. Степен стручне спреме,
8. Дело које је учињено и
9. мера која је изречена.

## 2. СПЕЦИЈАЛНА БОЛНИЦА ЗА ПСИХИЈАТРИЈСКЕ БОЛЕСТИ „ДР СЛАВОЉУБ БАКАЛОВИЋ“ ВРШАЦ

Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац је основана Решењем Извршног већа Народне Републике Србије од 29. децембра 1953. године, када постаје самостална установа. Постојање Болнице за душевно оболеле датира од 1952. године, у адаптираним објектима бивше касарне – пастувске станице, када је ова Болница била депаданс београдске психијатријске болнице. Временом је Болница проширивала своје капацитете и 1970. године отворено је Неуролошко одељење, тако да Болница добија назив Неуропсихијатријска болница. Од 1979. године Болница носи назив Неуропсихијатријска болница „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац чиме је одато признање лекару

---

<sup>4</sup> члан 80 став 4 Кривичног закона („Сл.гласник РС“ бр.85/2005, 88/2005 - испр. , 107/2005 испр. , 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014,94/2016 и 35/2019)

који је био један од најзначајнијих твораца ове институције, Др Славољуб Бакаловић (1927-1976). У том периоду у бившој Југославији (СФРЈ) било је 20 специјалних психијатријских Болница. Ова Болница, са капацитетом од 1.040 постеља, била је једна од највећих у то време. Болница је примала на лечење пацијенте из читаве Југославије и тада је имала 450 запослених свих профила за рад у оваквој институцији. Током 1981. године урађена је реконструкција и адаптација постојећих павиљона и изграђени су савремени објекти амбулантно-поликлиничког тракта, кухиње и топлане. Болница је у претходном периоду била организатор многих стручних скупова, семинара, едукација, од којих су неки постали и традиционални. Болница је била домаћин спортских игара душевних болесника са територије СФРЈ 1970. и 1983. године и четири стручна скупа под називом „Психијатрија и религија“, од којих је последњи одржан 2006. године. Дневна болница са капацитетом за лечење од 30 болесника основана је 1999. године. Од 2007. године, изменом Статута болнице, Болница носи назив Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац. Данас је Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац са капацитетом од 900 постеља је једна од највећих психијатријских институција у Србији.<sup>5</sup>

У оквиру Специјалне болнице налази се и медицинско одељење „С“. Одељење „С“ је затворено мушко одељење, у оквиру којег се врши спровођење мере безбедности обавезног лечења алкохоличара у здравственој установи, као и мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања.

У оквиру самог одељења спроводи се, осим фармакотерапијског третмана и индивидуална и групна психотерапија, социотерапија, радно окупациона и рехабилитациона терапија. Приступ сваком пацијенту је индивидуалан, према процењеним потребама пацијента и из тог разлога за сваког пацијента се прави индивидуални план лечења.

---

<sup>5</sup> Извор: 5. Извештај о ревизији правилности пословања Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“, Вршац у 2018. години у делу који се односи на: - увођење скраћеног радног времена за послове на радним местима са повећаним ризиком - набавку оброка и намирница намењених за исхрану болесника у стационарним здравственим установама - обрачун и исплату накнаде за рад члановима управног и надзорног одбора. Број: 400-114/2019-05/8 Београд, 24. октобар 2019. године. Доступан на: <https://www.dri.rs/revizije/izvestaji-o-reviziji/arhiva-2019.457.html>

У третман пацијента су укључени лекар специјалиста, психолог, социјални радник, главна сестра одељења, медицинске сестре-техничари, болничари, радни терапеут и фискултурни педагог.

Медицински третман се обавља према принципима и ставовима који важе у савременој форензичкој психијатрији, уз уважавање важећих законских прописа.

Води се одговарајућа судско-медицинска документација и евиденција, као и периодично извештавање суда који је донео решење о мери безбедности о здравственом стању пацијента. Извештаји суду односе се на тимски процењено стање пацијената и у складу са тим суду се предлаже продужетак, преиначење или евентуално укидање мере, о чему суд доноси коначно решење.<sup>6</sup>

3. Пол лица која се налазе на медицинском одељењу „С“ за 2015. годину, 2016. годину, 2017. годину и 2018. годину.

	Пол	
	Мушки	Женски
2015.	23	/
2016	31	/
2017	44	/
2018	17	/



Из приложеног можемо лако закључити да су на медицинском одељењу „С“ искључиво лица мушког пола. На овом одељењу извршена

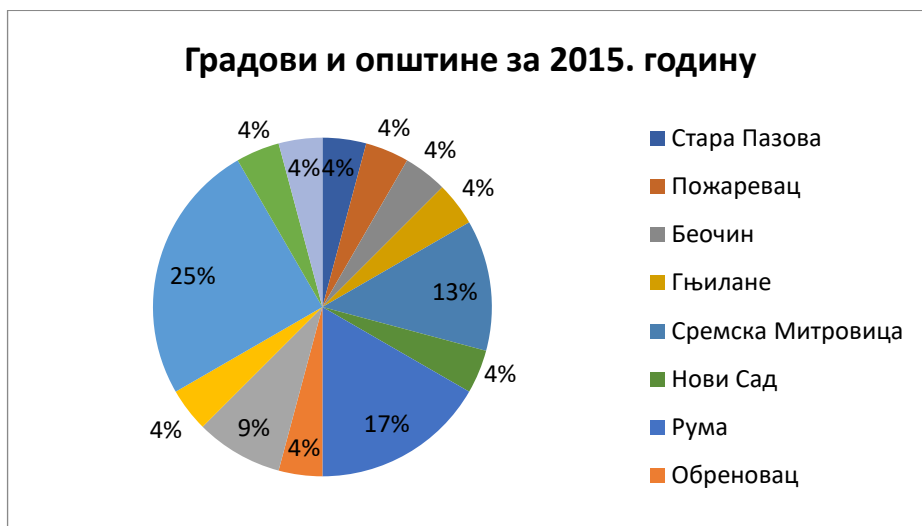
<sup>6</sup> Правилник о организацији и систематизацији послова у Специјалној болници за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац бр.01-576/1 од 7.4.2021.г. ст 12

је индивидуализација по полу. Искључена је могућност да се на истом медицинском одељењу налазе лица оба пола.

4. Градови - општине из којег су лица хоспитализована на медицинском одељењу „С“ за 2015. годину су

Стара Пазова	1
Пожаревац	1
Бечин	1
Гњилане	1
Сремска Митровица	3
Нови Сад	1
Рума	4
Обреновац	1
Вршац	2
Бела Црква	1
Зрењанин	6
Томашевац	1
Суботица	1

На основу горе добијених података можемо закључити да је највећи број лица је са простора Аутономне покрајине Војводине.



5. Градови - општине из којег су лица хоспитализована на медицинском одељењу „С“ за 2016. годину су

Пријепоље	1
Киkinда	2
Пећинци	1
Сечањ	1
Суботица	1
Шимановци	1
Шид	1
Рума	3
Младеновац	2
Вршац	2
Нова Црња	1
Нова Пазова	2
Зрењанин	6
Сремска Митровица	2
Чока	1
Ириг	2
Костолац	1
Пожаревац	1

Из горње табеле за 2016. годину можемо закључити да је највише лица било из Аутономне покрајине Војводине, али су свакако други региони били заступљенији у односу на претходну табелу-годину.

5.1 Градови - општине из којег су лица хоспитализована на медицинском одељењу „С“ за 2017. годину су:

Прибој	1
Зрењанин	6
Мачванска Митровица	1
Бачки Петровац	1
Рума	12
Стара Пазова	1
Вршац	5
Нови Сад	2

Нова Црња	1
Сремска Митровица	6
Киkinда	3
Шид	1
Пећинци	1
Пландиште	1
Бела Црква	1
Меленци	1

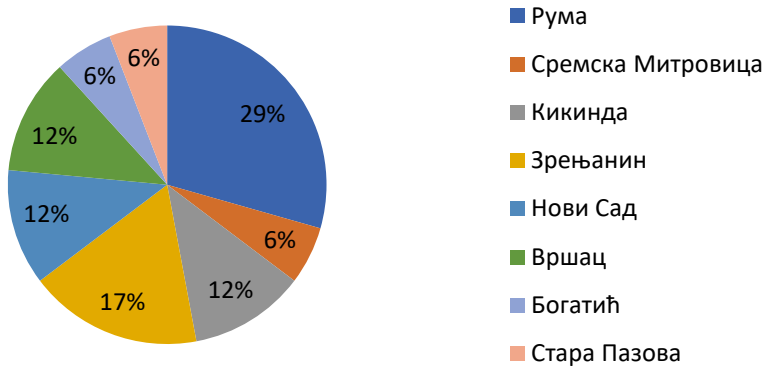
За 2017. годину резултат је сличан. Најзаступљенија лица су са простора Аутономне покрајине Војводине. У овом случају свакако је најзаступљенија општина Рума.



5.2 Градови - општине из којег су лица хоспитализована на медицинском одељењу „С“ за 2018. годину су

Рума	5
Сремска Митровица	1
Киkinда	2
Зрењанин	3
Нови Сад	2
Вршац	2
Богатић	1
Стара Пазова	1

## Градови и општине за 2018. годину



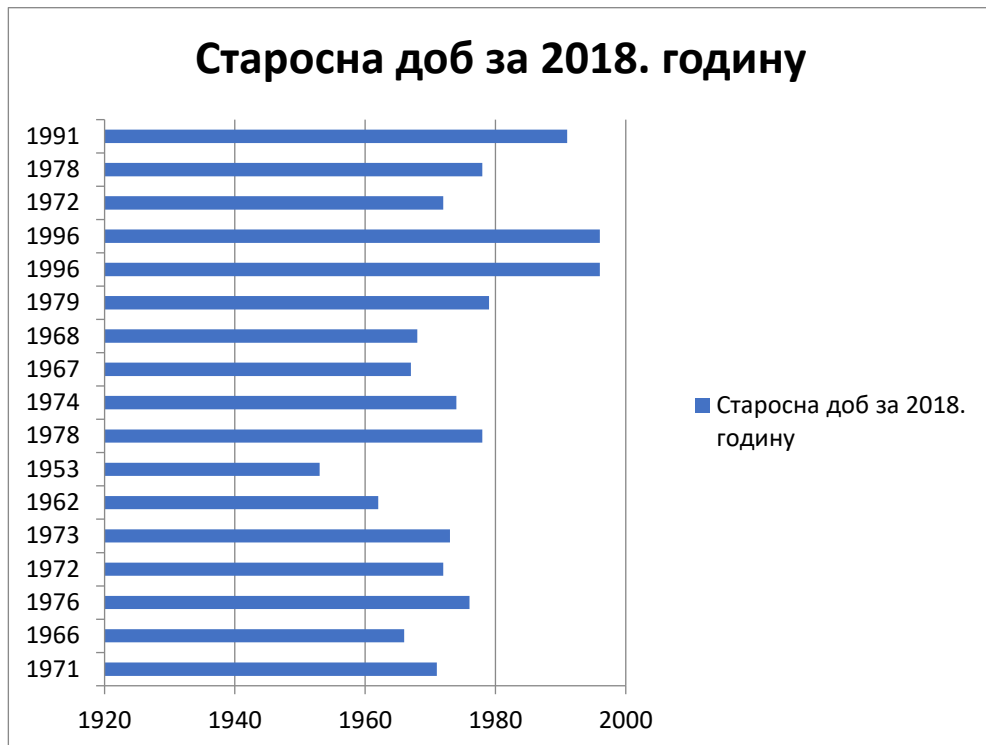
Из горње табеле резултат је готово исти као и у претходним. Разлика је што је у овој години било најмање хоспитализованих лица. Напомена- Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац прима – хоспитализује пацијенте из целе државе. На основу горе наведеног истраживања може се закључити да се кроз праксу поларизовале установе специјалног типа те и судови упућују у најближу.

6. За старосну доб хоспитализованих лица на медицинском одељењу „С“ У 2016. години резултати истраживања показали су следеће;

## Старосна доб за 2016. годину



6.1. За старосну доб хоспитализованих лица на медицинском одељењу „С“ У 2018. години резултати истраживања показали су следеће;



Из горње табеле можемо видети да је најстарије лице 1953. годиште, што значи да има 68 година старости, док је најмлађе лице 1996. годиште (са напоменом да су два лица 1996. годиште) што значи да има 26 година старости.

Из свих табела које нам говоре о старосној доби можемо да закључимо да се није могла урадити селекција лица по старосној доби. Аутор је у току свог рада кроз праксу стекао сазнање да се лица при самом пријему на медицинско одељење „С“ разврставају по собама водећи рачуна о старосној доби лица као и дела које му се ставља на терет.

Узимајући у обзир да је неопходно да се дуже време конзумира алкохол у великим количинама да би лице постало зависник до стадијума да му је неопходно лечење, а често је потребно више времена да због неконтролисаног и прекомерног конзумирања алкохола учини кривично



дело због којег ће бити приведен правди. Познато је да породица у великом броју случајева дуго штити свог члана који је склон претеривању у конзумирању алкохола углавном због саме стигме друштва. Само питање се намеће када су лица која имају до 30 година почела са конзумирањем ахохола и шта су друштво и породица урадили по том питању док је све било још колико толико под контролом.

7. У току истраживања један од параметара био је и радни статус. Резултати добијени истраживањем су следећи

7.1 За период 2015. године имамо;

Пензионер	6
Незапослен	15
Запослен	1
Корисник социјалне помоћи	1

7.2 За период 2016. године резултати добијени истраживањем су следећи;

Пензионер	5
Незапослен	19
Запослен	1
Корисник социјалне помоћи	1

7.3 За период 2017. године резултати добијени истраживањем су следећи;

Пензионер	4
Незапослен	37
Запослен	3
Корисник социјалне помоћи	/

7.4 За период 2018. године резултати добијени истраживањем су следећи;

Пензионер	1
Незапослен	13
Запослен	2
Корисник социјалне помоћи	1

Посматрано у процентима за укупан период истраживања (све четири године) резултат је:



Узимајући у обзир добијене резултате можемо да закључимо да је нај већи број лица незапослен. Овакво стање засигурно за последицу има првенствено лош материјални статус лица што умногоме отежава његов самосталан живот и евентуалну бригу о породици уколико је има. Свакако треба узети у обзир и враћање у околину из које је изашао док је трајало лечење, а у којој је углавном и навика прекомерног конзумирања алкохолних пића стечена. Вишак слободног времена услед недостатка запослења је проблем код оваквих случајева.

8. У току истраживања везана за брачни статус резултати добијени за 2015. годину су;

Ожењен	1
Неожењен	13
Разведен	7
Удовац	2

8.1. У току истраживања везана за брачни статус резултати добијени за 2016. годину су;

Ожењен	5
Неожењен	18
Разведен	8
Удовац	/

8.2. У току истраживања везана за брачни статус резултати добијени за 2017. годину су;

Ожењен	14
Неожењен	15
Разведен	14
Удовац	1

8.3. У току истраживања везана за брачни статус резултати добијени за 2018. годину су

Ожењен	6
Неожењен	5
Разведен	6
Удовац	/

8.4. Резултати истраживања за укупан период истраживања (све четири године) гледано процентуално је следећи;



Из добијеног резултата можемо са сигурношћу рећи да највећи број лица тренутно није у браку. Статус разведеног постоји у респектабилном проценту. Ако нам за основу у овом делу истраживања служи чињеница да је породица један од већих покретача воље за лечењем у шта свакако улазе и редовне контроле након хоспитализације, није тешко закључити да већина лица не може добити овакав вид подршке.

Свакако је неизбежно напоменути да и лица која имају породицу често се дешава да подршка исте изостане. Углавном су то разлози дуготрајног трпљења и ублажавања непријатних ситуација у којима су били због претераног конзумирања алкохолних пића њиховог члана. У оваквим ситуацијама чланови породице нису у потпуности расположени за повратк у породични дом њиховог члана који је био на лечењу. Овакав став рађа се углавном из страха.

Породице које пружају подршку својим члановима који су хоспитализовани дешава се да пристају на породичне терапије које су препоручљиве. За овакве одлуке породице углавном су заслужни лекари специјалисти психијатрије. На оваквим (групном) терапијама чланови породице имају прилику да се ближе упознају са болешћу свог члана као и последицама до којих долази услед исте. Чланови породице имају прилику да се упознају са начином опхођења према свом члану када дође до отпуста хоспитализованог лица. Све наведено помаже једном враћању у нормалне токове функционисања породице као заједнице.

9. У току истраживања као пети параметара био је и да ли хоспитализовано лице има деце и ако их има колико их има. Резултати добијени истраживањем су следећи;

9.1. За 2015. годину резултати су следећи;

Са једном дететом	3
Са двоје деце	5
Са троје деце	1
Без деце	14

9.2. За 2016. годину резултати су следећи;

Без деце	13
----------	----

Са једним дететом	5
Са двоје деце	5
Са троје деце	1
Са четворо деце	1
Са петоро деце	1

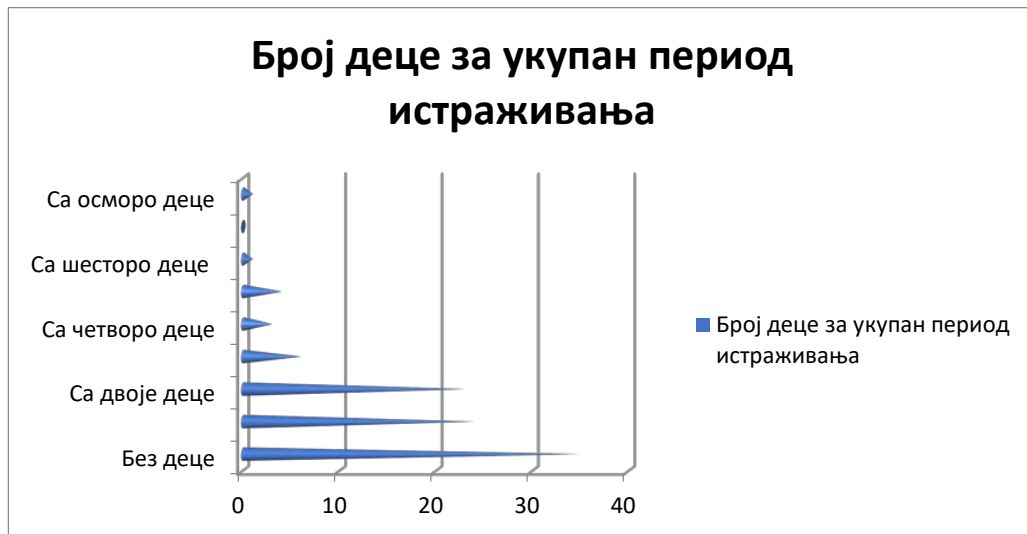
9.3. За 2017. годину резултати су следећи;

Без деце	14
Са једним дететом	12
Са двоје деце	10
Са троје деце	2
Са четворо деце	2
Са петоро деце	2
Са шесторо деце	1

9.4. За 2018. годину резултати су следећи;

Без деце	4
Са једним дететом	6
Са двоје деце	3
Са троје деце	2
Са петоро деце	1
Са осморо деце	1

9.5. Исказано у процентима за цео период истраживања (све четири године) добијамо резултат да;



Добијени резултати нам говоре у прилог томе да већина хоспитализованих лица из нашег истраживања нема децу. Лица са једним или двоје деце су у значајном броју. Деца свакако могу да буду велики подстицај за одлуку о даљем животу и току лечења.

10. Степен стручне спреме је свакако један од битних параметара за истраживање. Овај податак помаже јаснијем стварању слике о категорији лица која имају проблем са прекомерним конзумирањем алкохолних пића, стим у вези аутор је у свом истраживању уврстио и овај параметар. Након завршеног истраживања за задати временски период резултати су показали следеће;

10.1. За 2015. годину резултати су следећи;

Без образовања	1
Непотпуна основна школа	1
Специјална школа	/
Основна школа	6
Средња школа	14
Виша школа	1
Висока школа	/

10.2. За 2016. годину резултати су следећи;

Без образовања	/
Непотпуна основна школа	3
Специјална школа	1
Основна школа	10
Средња школа	17
Виша школа	/
Висока школа	/

10.3. За 2017. годину резултати су следећи;

Без образовања	/
Непотпуна основна школа	1
Специјална школа	/
Основна школа	17
Средња школа	23
Виша школа	2
Висока школа	1

10.4. За 2018. годину резултати су следећи;

Без образовања	/
Непотпуна основна школа	3
Специјална школа	/
Основна школа	2
Средња школа	12
Виша школа	/
Висока школа	/



Резултати су показали да је највећи број лица са завршеном средњом школом (средња стручна спрема), затим лица са основним образовањем, на трећем месту су лица са непотпуном основном школом, виша стручна спрема заузима четврто место док су лица са завршеном специјалном школом и факултетом у најмањем броју.

11.У даљем тексту покушаћемо да прецизирамо која су дела извршила лица који су хоспитализовани на медицинском одељењу „С“ Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац.

11.1.Подаци за 2015. годину. (два лица имају приписана по два кривична дела);

Кривично дело уништавање и оштећење туђих ствари	1
Тешка крађа	3
Насиље у породици	14
Кривично дело убиство	1
Кривично дело напад на службено лице	1



Кривично дело угрожавање сигурности	1
Кривично дело тешка телесна повреда	1
Кривично дело лажно пријављивање	1
Преиначена мера због нејављања на контроле (недисциплина)	1
Кривично дело изазивање опште опасности	1

11.2. Подаци за 2016. годину. (два лица имају приписана по два кривична дела);

Кривично дело тешка крађа	3
Насиље у породици	19
Лака телесна повреда	1
Угрожавање сигурности	3
Ометање овлашћеног службеног лица у вршењу службене дужности	1
Кривично дело изазивање опште опасности	1
Напад на службено лице	1
Кривично дело тешка телесна повреда	1
Изазивање опште опасности	2
Ометање службеног лица у вршењу службене дужности	1

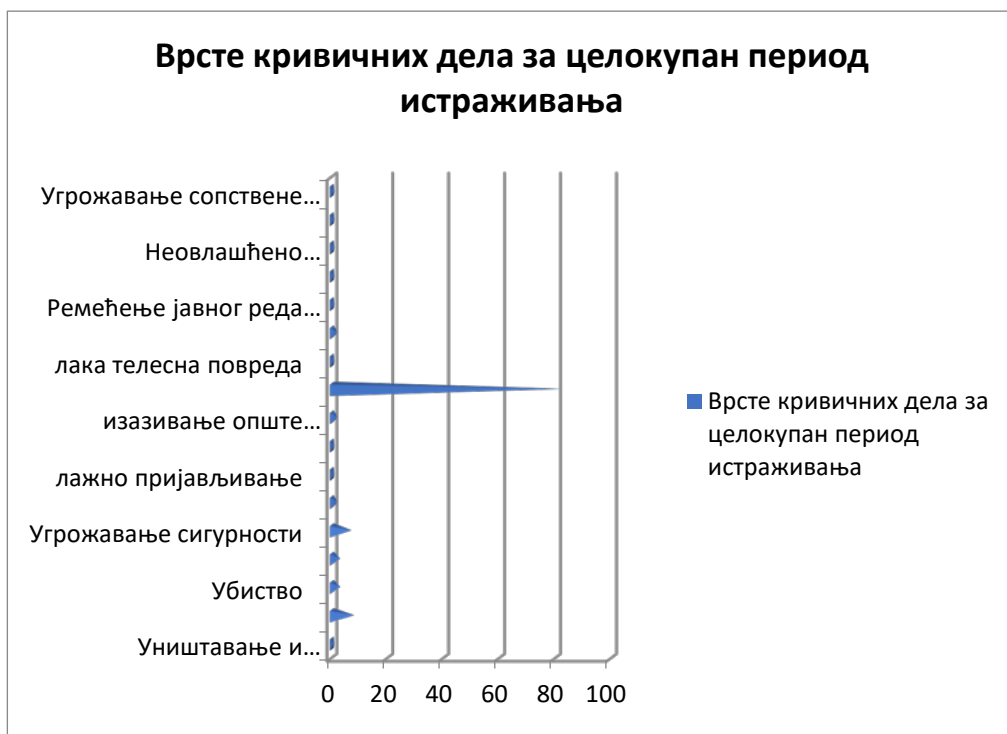
11.3. Подаци за 2017. годину. (једно лице је учинило два кривична дела);

Убиство	2
Насиље у породици	35
Ремећење јавног реда и мира	1

у алкохолисаном стању	
Кривично дело угрожавање сигурности	3
Кривично дело тешка крађа	2
Кривично дело насилничко понашање	1
Кривично дело неовлашћено коришћење туђег возила	1

11.4.Подаци за 2018. годину. (једно лице има два кривична дела);

Кривично дело напад на службено лице	1
Насиље у породици	15
Кривично дело разбојништва	1
Угрожавање сопствене сигурности и безбедности	1



Узимајући у обзир добијене резултате извођењем параметра „Врста извршеног кривичног дела“ део рада посветићемо једном осврту на насиље у породици као кривичног дела.

Када се разговара на тему насиље у породици свакако нам је прва асоцијација Закон о спречавању насиља у породици. Наравно да је поменути закон регулисана шира област ове теме и да је физичко насиље над женама само једна од регулатива поменутог закона. Истим је регулисано како психичко тако и финансијско насиље, а иста нису занемарљива. Карактеристика последња два вида насиља је то што исто у пракси врше оба пола док је физичко насиље својствено физички јачем полу над физички слабијем полу. Један од циљева Закона о спречавању насиља у породици је да у наш правни систем унесе стандард према коме учинилац насиља не сме да остане код куће, не само када је насиље (тима и кривично дело) учињено, већ и када постоји непосредна опасност од настанка било ког облика насиља (кривичног дела). Практично, остварује се принцип такозване нулте толеранције на насиље. Свакако је неопходно заузети јасан и недвосмислен став да је сваки облик насиља над женама, укључујући и све облике полног насиља, што значи силовање, било у браку или не, насиље које треба строго санкционисати.

Кривично дело ја нашло своје место у кривичном законодавству 2002. године, а појава је уређена породичним законодавством 2005. године, тада донетим породичним законом. Народна скупштина Републике Србије у српско законодавство уноси „Закон о спречавању насиља у породици“ 2016. Године. Свакако не треба заборавити да је појава било ког вида насиља регулисана и Кривичним правом Републике Србије.

Као најчешће разлоге за насиље у породици, то јест насиље над женама, можемо да кажемо да су то углавном болести зависности. Чланови породице пријављују проблем када је њихов сваки праг толеранције пређен одавно. Тада по правилу и члановима породице треба лекарска помоћ коју често не желе да прихвате већ им је само циљ да се ослободе проблематичног члана породице и да се по њиховом мишљењу брука што пре заборави.

Љубомора је својство нормалних људи. Међутим, код зависника она се јавља у виду правих суманутих идеја, који имају карактер систематизованости, и представља тежак психички поремећај. Ова, слободно можемо да кажемо, душевна болест се најчешће назива „суманута љубомора“. У оваквом стању лице је у потпуности

неурачунљиво. Свакако да члан породице може да примети промену понашања код свог супружника и у том тренутку кључно је да на време реагује. Сигурно је да се тај проблем неће решити сам од себе.

Неретко се дешава да жена пријави насиље које је било у вербалном облику у току свађе са мужем која се десила услед неког неслагања. Оваква пријава обично је следила у афекту. Без обзира на ту чињеницу надлежи органи поступају у складу са законом и могућег насилника удаљавају из његове породице и на тај начин штите у датом тренутку жртву. У великој већини случајева, жена, свесна учињеног повлачи пријаву. Јасно је да ће супружницима требати много више времена да превазиђу ову ситуацију, него да је она остала на пукој свађи.

Наравно да постоје пријаве жена које нису исхитрене и крајње су реалне, исте прихватају помоћ која им је заиста неопходна, не само у датом тренутку већ и у будућем временском периоду који им је потребан да се опораве од по обичају дугог малтретирања како саме жене тако и деце. Све наведене ситуације улазе у статистику тако да је заиста тешко проценити тачан степен присутности насиља у породици.

12. Преглед изречених мера за задати временски период истраживања дао је следеће резултате.

12.1. За 2015. годину резултати су следећи;

Мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи	12
Мера безбедности обавезно лечење алкохоличара	11

12.2. За 2016. годину резултати су следећи;

Мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи	16
Мера безбедности обавезно лечење алкохоличара	15

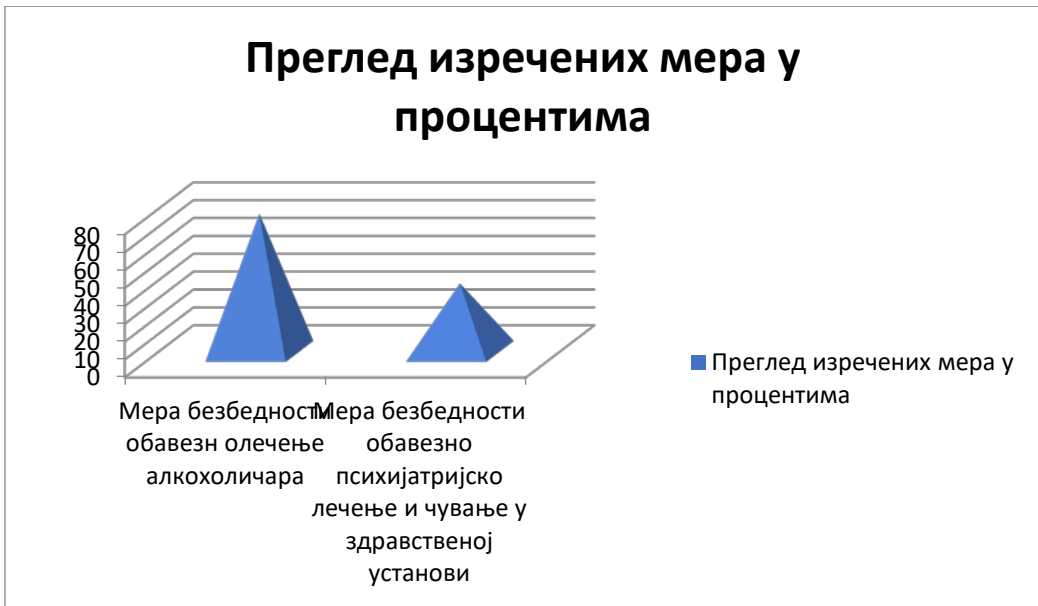
12.3. За 2017. годину резултати су следећи;

Мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи	7
Мера безбедности обавезно лечење алкохоличара	37

12.4. За 2018. годину резултати су следећи;

Мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи	3
Мера безбедности обавезно лечење алкохоличара	14

Исказано у процентима за целокупан период истраживања:



Хоспитализованим лицима којима је изречена Мера обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, а налазе се на медицинском одељењу „С“ значи да су учинила кривично дело услед прекомерног конзумирања алкохолних пића и као таква не могу се распоредити на медицинско одељење на којем се извршавају мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, већ се распоређују на медицинско одељење које се бави лечењем болести зависности лица која су учинила кривично дело.

Свакако треба напоменути да у Специјалној болници за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац постоји и медицинско одељење „М“ које је отворено мешовито социопсихијатријско одељење за лечење алкохоличара у оквиру кога се организује

- Пријем, испитивање и лечење алкохоличара,
- Пријем и лечење органских психосиндрома алкохолне генезе,
- Пријем и лечење алкохолних психоза.

На овом медицинском одељењу спроводи се одговарајућа медикаментозна психотерапија (индивидуална или групна) и социотерапија (терапијска заједница) као и индивидуални план лечења пацијената.

У оквиру медицинског одељења учествује се у раду саветовалишта за болести зависности од алкохолизма и дрога.

Примењује се брачна и породична терапија, односно примењује се системска терапија у лечењу болести зависности. За сваког пацијента постоји индивидуални план лечења.

У оквиру медицинског одељења организује се радно окупациона и рехабилитациона терапија индивидуална или групна.

На медицинском одељењу води се одговарајућа медицинска документација.<sup>7</sup>

## ЗАКЉУЧАК

Мера безбедности обавезног лечења алкохоличара је истинска мера безбедности и као таква искључиво се бави пацијентом, а не делом које је извршио својим чињењем или нечињењем.

---

<sup>7</sup> Правилник о организацији и систематизацији послова у Специјалној болници за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац бр.01-576/1 од 7.4.2021.г. ст 12

Положај лица којем је изречена наведена мера у току извршења се разликује у зависности од тога у којој се специјалној болници мера извршава. Ова мера безбедности бави се пацијентом и његовим понашањем у будућности на основу његовог понашања из прошлости, а никако његовог тренутног статуса на основу извршеног дела. Другим речима мера безбедности у себи не садржи мере ретрибуције. Овом мером остварују се искључиво превентивни циљеви.

Предметна мера безбедности је несумњиво најбољи пут до квалитетног решавања проблема извршиоца кривичног дела и једина може да пружи оправдано очекивање да се кривично дело неће поновити или пак да је битно смањена вероватноћа понављања кривичног дела.

Пацијенти који су хоспитализовани у Специјалној болници за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац осим класичног лечења медикаментозна и разни видови психо-терапије пружа им се здравствено едукативни третман у оквиру кога пацијенти добијају информације о својој болести. У оквиру давања информација пацијенту о његовом здравственом стању исти се едукује о нежељеним обрасцима понашања. У оквиру наведене едукације пацијентима се посебно скреће пажња на препознавању окидача који доводе до погоршања његовог здравственог стања. Посебно му се наводи чињеница да своје окидаче не упоређује са другим лицима, јер су исти код већине различити. У оквиру дела едукативне терапије пацијентима се скреће посебна пажња о препознавању тренутка када се јавила неопходност за јављање лекару за помоћ. Описано јављање јако је битно да пацијент препозна зато што се у пракси дешава ситуација да пацијенти чекају на заказан редовни преглед. У случају таквог понашања често се дешава да се стање увелико погорша што поступак и ток лечења обично враћа на почетак.

1. На медицинском одељењу „С“ мера безбедности извршава се према лицима мушког пола,
2. На медицинском одељењу „С“ мера безбедности извршава се према учиниоцима кривичних дела која су исто учинила због прекомерне употребе алкохолних пића,
3. Правило је да се у судској одлуци наводи где ће се мера извршити,
4. Највећи број лица на медицинском одељењу „С“ учинило је противправно дело насиља у породици,
5. Највећи број лица хоспитализованих на медицинском одељењу „С“ је са простора Аутономне покрајине Војводине,

6. Најстарије лице у задатом временском периоду истраживања је 1952. годиште док је најмлађе лице 1997. годиште,
7. Највећи број лица је са средњом стручном спремом,
8. Највећи број лица је незапослено,
9. Највећи број лица хоспитализована на медицинском одељењу „С“ тренутно није у браку,
10. Највећи број лица нема деце, док су лица са једним или двоје деце у значајном броју.
11. Лицима хоспитализованим на медицинском одељењу „С“ изречена је мера обавезног лечења алкохоличара мада има и лица којима је изречена мера обавезног лечења и чувања у специјалној установи, ова лица су учинила кривично дело услед прекомерног конзумирања алкохолних пића.



## ЛИТЕРАТУРА

Кривичног закона („Сл.гласник РС“бр.85/2005,88/2005-испр.,107/2005 испр., 72/2009,111/2009,121/2012,104/2013,108/2014,94/2016 и 35/2019)

Иван Милић, Жарко Кешански Извршење мера безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи-пракса једне специјалне болнице, научни скуп „Правна традиција и интегративни процеси“, Косовска Митровица, 2020. година, стр 176.

Извештај о ревизији правилности пословања Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“, Вршац у 2018. години у делу који се односи на: - увођење скраћеног радног времена за послове на радним местима са повећаним ризиком - набавку obroka и намирница намењених за исхрану болесника у стационарним здравственим установама - обрачун и исплату накнаде за рад члановима управног и надзорног одбора. Број: 400-114/2019-05/8 Београд, 24. октобар 2019. године. Доступан на: <https://www.dri.rs/revizije/izvestaji-o-reviziji/arhiva-2019.457.html>

Мастер рад број СМ55/17 Жарко Кешански ментор проф.др Драгиша Дракић Извршење мера безбедности обавезног психијатријског лечења у здравственој установи кроз праксу СБПБ Вршац

Правилник о организацији и систематизацији послова у Специјалној болници за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац бр.01-576/1 од 7.4.2021.г. ст 12.

Žarko KEŠANSKI,  
Manager of legal, staffing and administration - Head of department

Special Hospital for Psychiatric Diseases „Dr Slavoljub Bakalović“  
Vršac

EXECUTION OF SECURITY MEASURES OF OBLIGATORY  
TREATMENT OF ALCOHOLICS THROUGH THE PRACTICE OF THE  
SPECIAL HOSPITAL

**Summary**

Medical department "S" of the Special hospital for psychiatric diseases "Dr. Slavoljub Bakalović Vršac" has the capacity of 46 beds. Hospitalized persons in this department committed an illegal act which, by law, is determined as a criminal act. They are under the execution of security measures of obligatory treatment of alcoholics. Author's focus is on the execution of security measures of obligatory treatment of alcoholics through the practice of the special hospital. Main portion of the article is dedicated to the investigation conducted in the medical department "S" during the period of year 2015, 2016, 2017 and 2018.

**Keywords:** sanction, execution, security measures, treatment, keeping, special hospital.

ПРАВНОТЕОРИЈСКА,  
ИСТОРИЈСКОПРАВНА И  
ПРАВНОЕКОНОМСКА  
НАУЧНА ОБЛАСТ



оригинални научни рад  
достављен: 25. 03. 2022.  
прихваћен за објављивање: 30. 04. 2022.  
УДК 340.12

Др Саша БОВАН\*

## ХЕРМЕНЕУТИЧКИ РЕЛАТИВИЗАМ И СОЦИОЛОШКИ ХОЛИЗАМ У ТЕОРИЈИ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

### Апстракт

У раду се разматра структура правничког расуђивања полазећи од хипотезе којом се хипостазира мала премиса јуристичког закључка. То подразумева дискусију о значају мале премисе, која се води са становишта херменеутичког релативизма Х. Г. Гадамера, те дискусију о природи мале премисе, која се посматра са једног контекстуалног, у крајњој линији - социолошког становишта. Иначе, шири епистемолошки оквир ове расправе и извор изложене хипотезе темељи се на идеји да однос велике и мале премисе јуристичког закључка морамо посматрати имајући у виду њихову суштину а не логичку везу. Посматрано из овог угла, у раду следи покушај да се формулише колико толико поуздан критеријум тумачења права. Коначно, имајући у виду да се овде заступа објективна теорија тумачења права, за коју сматрамо да у главним токовима представља облик недореченог прагматизма и неосвешћеног социологизма, следи и покушај да се одговори на питање зашто се објективна теорија тумачења права не означи својим правим именом које најбоље изражава њену најдубљу суштину – као социолошка теорија тумачења права – а према томе како се тумачење права и заиста одвија у судници у непосредном судијском одлучивању.

**Кључне речи:** Тумачење права. – Субјективна теорија правног расуђивања. – Објективна теорија правног расуђивања. – Социолошка теорија тумачења права.

---

\* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду,  
bovan@ius.bg.ac.rs

## 1. СПОР ИЗМЕЂУ СУБЈЕКТИВНЕ И ОБЈЕКТИВНЕ ТЕОРИЈЕ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

О односу субјективне и објективне теорије тумачења права изјашњавали смо се више пута, а најисцрпније у једном чланку из 2018. године.<sup>1</sup> Тада је наша правничка јавност добила могућност да се упозна, између осталог, можда са најважнијим догађајем у развоју савремене правне херменеутике. У питању је била дискусија, заправо оштар спор између Б. Ритерса и В. Хасемера, два великана правне теорије, о предностима и манама субјективне и објективне теорије тумачења права. У позадини овог спора била је брига за очување принципа поделе власти о којој говори Б. Ритерс заговарајући субјективну теорију тумачења права, односно брига за несметаним функционисањем читавог правног поретка у условима друштвених промена на чему је инсистирао В. Хасемер, заступајући објективну теорију.<sup>2</sup> У овој дискусији су поновљени стандардни аргументи „за“ и „против“ једне или друге теорије. Међутим, драгоценост овог сучељавања јесте у томе што су до краја, у изричитом облику и прегледно, изведене базичне теоријске премисе обе ове теорије. Оно што је посебно интригантно у овој дискусији је њен коначни исход: у разрешавању дилема везаних за ове теорије испоставило се нешто поражавајуће за обе, а заправо да нити једна нити друга не нуде поуздане критеријуме тумачења општих правних норми.

У овој дискусији, Б. Ритерс, сасвим очекивано, инсистирао је на томе да је тумачење права трагање за вољом законодавца. На једном месту, где тврди и да је објективна теорија тумачења права као размишљање сходно конкретном поретку (*Denken in konkreten Ordnungen*) субјективнија од субјективне,<sup>3</sup> он сажето и убедљиво износи суштину субјективно – телеолошког (историјског) тумачења када каже: „Тумачити се може само оно што се налази у закону као воља за регулисањем и циљ регулисања. Не постоји једна засебна воља закона. Таква фикција води у свет правних бајки. Ако се призивају воља и дух закона, онда се не појављује ништа друго него воља призивача. Закон садржи само

---

<sup>1</sup> Саша Бован, „Појам тумачења права посматрано са становишта једне социолошке теорије правног расуђивања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, 991-1012.

<sup>2</sup> Winfried Hassemer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechtstheorie* 1/2008, 1-22. Bernd Rüthers, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie* 3/2009, 253-284.

<sup>3</sup> B. Rüthers, *op. cit.*, 260.

законодавчеву вољу за регулисањем и сврху норме, и ништа више“.  
(*Ausgelegt werden kann nur das, was im Gesetz als Regelungswille und  
Regelungsziel der Gesetzgebung vorhandeng ist. Ein eigenen „Willen des  
Gesetzes“ gibt es nicht. Seine Fiktion führt in eine juristische Märchenwelt.  
Wen der Wille und der Geist des Gesetzes beschworen werden, erscheint nichts  
anderesd als der Wille des Beschwörers. Das Gesetz enthält nur den  
Regelungswillen und die Normzwecke der Gesetzgebung, sents nichts*).<sup>4</sup> Тако  
ствари стоје и када се ради о већини аутора који заговарају субјективну  
теорију теорију тумачења права: изрицање правде и примена права се  
посматрају као откривање једног од могућих језичких значења које  
изражава вољу законодавца, или као откривање правог значења правне  
норме (ово последње је доминантно код наших аутора).<sup>5</sup>

Ипак, када се коначно постави питање критеријума тумачења  
права с обзиром на неспорну чињеницу да је воља законодавца по  
правилу неодређена, субјективне теорије не нуде поуздан одговор на то  
питање. Овде је опет парадигматичан Ритерсов став на ову тему, који је  
неубедљив, па и бизаран, када каже како је кључни критеријум тумачења  
права размишљајућа послушност (*denkedem Gehorsam*) према закону.<sup>6</sup>

Објективне теорије тумачења права указују на креативни,  
конструктивни и контекстуални карактер правне интерпретације. Другим  
речима, за ауторе ове оријентације тумачење права је превасходно  
формирање а не откривање значења опште правне норме. Најважнији  
разлог овог приступа, сасвим оправдан, крије се у чињеници да је воља  
законодавца непоуздан критеријум тумачења због намерне  
недовршености закона,<sup>7</sup> инхерентне неодређености правних вредности

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, 262.

<sup>5</sup> Robert Alexy, „Juristische Interpretation“, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur  
Rechtsphilosophie* (hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main 1995, 78. Neil MacCormik,  
„Argumentation and Interpretation in Law“, *Ratio Juris* 6/1993, 20. Aharon Barak,  
*Purposive Interpretation in Law*, Princeton-Oxford 2005, 7, 23, 89, 91, itd. Antonin  
Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton-New Jersey  
1997, 23-24. Rishard A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, 364-365.  
Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961, 75, 185. Будимир Кошутић, *Увод  
у јуриспруденцију*, Подгорица 2008, 264.

<sup>6</sup> B. Rüthers, *op. cit.*, 283.

<sup>7</sup> Arthur Kaufmann, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik: sowie weitere  
rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln-Berlin-Bonn-München 1993, 30, 61.  
Намерну недовршеност закона Х. Харт означава „као отворени садржај закона“:  
Херберт Харт, *Појам права*, Подгорица-Цетиње 1994, 163.

које се промовишу и штите законима,<sup>8</sup> те због сложености, променљивости и идеологичности друштвених односа који се регулишу правним нормама.<sup>9</sup>

У изложеној херменеутичкој матрици најмање је споран креативни и конструктивни карактер поступка изрицања правде. Заједничко за све дефиниције унутар објективне теорије тумачења права јесте став да је у питању трагање за вољом закона, када то може бити објективна воља закона као у случају правнохерменеутичког идеализма К. Ларенца (*objektiver Geist, objektivierte allgemeinen Rechtswillen*),<sup>10</sup> или када се воља закона испољава кроз савремене потребе, интересе и културне вредности неке заједнице. Тако је на пример код Р. Ципелијуса, који каже: „Онда када јасно препознатљиве законодавне одлуке о циљевима и сврсисходности више не одговарају социјално – етичким представама које данас важе, сасвим је легитимно закон интерпретирати сходно савременим представама“ (*Auch dann aber, wenn deutlich erkennbare gesetzgeberische Ziel und Zweckmäßigkeitentscheidungen den heute herrschenden sozialethischen Vorstellungen nicht mehr entsprechen, ist es legitim, das Gesetz den heutigen Vorstellungen gemäß umzuinterpretieren*).<sup>11</sup> Тако је и код Ф. Бидлинског који каже да тумачење права представља „откривање релевантне садржине закона тако што се стручно и са дужном пажњом оцењује објављени текст у контексту садашњих односа“.<sup>12</sup>

С обзиром да се унутар објективне теорије, а према изложеном, правна интерпретација неспорно испољава као врста вредновања и креативна делатност (формирање значења правне норме),<sup>13</sup> кључно питање које се тада поставља јесте оно о границама судијске слободе, а коначно, да ли објективно тумачење права као трагање за вољом закона заправо постаје пример једног арбитарног одлучивања.

Иначе, конструктивни карактер изрицања правде нарочито долази до изражаја у екстремним облицима објективне теорије, на пример у

---

<sup>8</sup> Хаим Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983, 40, 86-87, 92.

<sup>9</sup> Никола Висковић, *Појам права*, Сплит 1980, 127. Карл Ренер, *Социјална функција правних института*, Београд 1997, 138-169.

<sup>10</sup> Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 239-240.

<sup>11</sup> Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2003, 51-52.

<sup>12</sup> Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 31-32.

<sup>13</sup> О тумачењу права као облику вредновања убедљиво код: Алф Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996, 163, 165, 166, 171-173.



варијанти радикалног правнохерменеутичког релативизма, на почетку поменутог В. Хасемера. Овај аутор развија концепт „судијске прагматике“ (*Richterliche Pragmatik*) у одбрани објективне теорије,<sup>14</sup> унутар којег, када се постави питање о критеријуму тумачења правних норми, тај критеријум почива у глави особе која тумачи (*versteckt die objektiv – teleologische Methode ihren Maßstab im Kopf der jeweils auslegenden Person*),<sup>15</sup> при чему, коначно, предности објективног метода брани тек упутством да га треба употребљавати пажљиво (*einzusetzen*) и опрезно (*verwendet*).<sup>16</sup> Овом релативизму и радикализму можемо додати, када се ради о француским ауторима, доктрину тумачења права М. Тропера који сматра да сваки акт тумачења правне норме подразумева не само стварање појединачне норме већ и стварање више (опште) норме која се у поступку тумачења оживотворује.<sup>17</sup> Како видимо, у објективним теоријама још више долази до изражаја неодређеност циљева регулисања (воље закона).

Коначно, имајући оправдане критике упућене објективној теорији тумачења права, може се закључити да ни она не нуди поуздане критеријуме изрицања правде. У том смислу парадигматични су ставови двојице америчких аутора, А. Мармора и Р. Дворкина, где први, заступајући објективну теорију тумачења,<sup>18</sup> закључује како се судије у свом раду морају придржавати здравог моралног расуђивања (*sound moral judgment*) трагајући за вољом закона.<sup>19</sup> Исто тако, Р. Дворкин који каже да приликом одлучивања на основу правних принципа судија „компликован случајеве треба да пресуђује са свом потребном смерношћу“.<sup>20</sup>

Према томе, и објективне теорије тумачења права које полазе од реалних друштвених односа као критеријума тумачења општих правних норми, услед непоузданости тог критеријума, поготово када се он идеализује кроз формулу етичких вредности или савремених схватања једне заједнице, не нуде ништа друго него, као и субјективне теорије, чак можда и више, један персоналистички и волунтаристички критеријум

---

<sup>14</sup> W. Hassemer, *op. cit.*, 17.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 10.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 11.

<sup>17</sup> Мишел Тропер, *Правна теорија државе*, Београд 2014, 299.

<sup>18</sup> Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Portland 2005, 15-16, 127-129.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 168.

<sup>20</sup> Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Београд-Подгорица 2001, 170.

изрицања правде који се може врло лако извргнути у судско стварање права и судијску арбитражност.

На крају овог одељка враћамо се на почетну констатацију. У спору субјективне и објективне теорије правне интерпретације нема победника него само губитника, с обзиром да обе ове теорије као критеријум тумачења истичу једну телеолошку фикцију, односно циљеве регулисања у облику воље законодавца (субјективна теорија) или воље закона (објективна теорија). Како су циљеви регулисања готово увек неодређени из разлога о којима је било речи и који су неспорни у литератури и правној пракси, слободно се може закључити да се тумачење права полазећи од циљева регулисања не може засновати на поузданим критеријумима.

Посматрано на равни структуре јуристичког закључка оба ова модела тумачења права подразумевају хипостазирање велике премисе на уштрб мале премисе, па се тумачење права испољава као вагање чињеница полазећи од вагања интереса, а не онако како је једино могуће када се одговорно врши судијска функција и када можемо формулисати колико толико поуздане критеријуме тумачења, а наиме, када се тумачење права испоставља као вагање интереса полазећи од вагања чињеница. Хипостазирање велике премисе последица је тога што се однос велике и мале премисе посматра имајући у виду њихову логичку везу (силогистика) а не њихову природу. Наиме, када кренемо са становишта формалне логике однос горње и доње премисе јуристичког закључка сагледава се полазећи од појма „логичког подвођења“, а у поступку примене права механизам тог подвођења изражен је путем појма „правне квалификације“. Тај поступак сам по себи подразумева онтолошко разликовање и успостављање хијерархије између велике и мале премисе у корист ове прве, јер, логичко подвођење, подразумева усклађивање и саобразбу мале премисе са великом премисом. Практично, у поступку свакодневне примене права, поготово када се положј судије посматра са становишта механичке јуриспруденције (топос судије као логичког аутомата), његово одлучивање добија изглед скраћеног силогизма где почетну тачку поступка тумачења, и у субјективној и објективној теорији, чине циљеви регулисања. Овим се коначно и по правилу, одвија концептуална дискриминација стварности када се осиромашује фактички капацитет случаја тумачења што нас начелно и практично удаљава од праведне, разумне и прихватљиве судске одлуке.

Телеологизација поступка изрицања правде, односно осиромашење фактичког капацитета случаја показују да одговарајући логички облик (силогизам) не може бити гарант ваљане и исправне судске одлуке, или како каже Х. Перелман: „Изједначити судско расуђивање са неким силогизмом, чији би закључак био истинит јер се може формално доказати полазећи од истинитих премиса, то значи маскирати саму природу практичног расуђивања, то значи преобразити га у безлично расуђивање из којег би био одстрањен сваки чинилац одлучивања, који је, међутим, битан“.<sup>21</sup> Или, како закључује Ј. Хасанбеговић управо полазећи од Перелмана: „Правно расуђивање је пре свега проблемско, па тек потом системско. Тек када се конкретан случај као проблем реши, може му се, дакле, само накнадно, дати силогистички облик. А правни проблем се силогизмом не може решити, већ само решен уврстити у систем, при чему ни давање силогистичке форме, ни увршћивање у систем немају сами по себи никакву ни логичку, ни друштвену вредност“.<sup>22</sup>

На крају крајева, може се закључити да субјективна и објективна теорија тумачења права, оптерећене телеологизмом (воља законодавца или воља закона), не успевају да заснују колико толико поуздане критеријуме тумачења права с обзиром на специфичност херменеутичког задатка у овој области (имајући у виду изложене тешкоће тумачења права). Све то значи да једини пут изласка из овог зачараног круга морамо тражити на некој другој страни а не у вечитом и сада већ јаловом позивању на постојеће теорије тумачења права. Полазећи од емпиријског критеријума правности да је право оно што правници раде, са реалним увидом у оно што се и заиста дешава у судници, и са идејом да се тада ствари означе својим правим именом, чини се да је прави пут за дубље и потпуније сагледавање поступка тумачења права окретање ка малој премиси јуристичког закључка (премиси чињеничног стања). Тада, треба размотрити како изгледа поступак примене права полазећи од значаја и природе мале премисе правне интерпретације. Теоријско упориште за дискусију о значају мале премисе проналазимо у филозофској херменеутици Х. Г. Гадамера, а за дискусију о природи мале премисе у социолошкој прагматици са ослонцем на идеју о контекстуалном карактеру поступка тумачења права. О томе ће бити речи у следећа два одељка.

---

<sup>21</sup> Х. Перелман, *op. cit.*, 95.

<sup>22</sup> Јасминка Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 2006, 198.

## 2. ФИЛОЗОФИЈА ХЕРМЕНЕУТИЧКОГ РЕЛАТИВИЗМА Х. Г. ГАДАМЕРА

Гадамерова духовна теорија је изразито слојевита, вишезначна али и противречна. Овде смо је означили синтагмом „духовна теорија“ стога што се њени доприноси могу посматрати на најмање два важна теоријска колосека, а наиме, у области теорије сазнања и у области теорије тумачења. У првој области она представља пример радикалног историзма, а у другој један вид херменеутичког релативизма.

Овом првом облашћу се нећемо бавити, али потребно је ипак указати на њене базичне премисе стога што ова епистемолошка позиција производи одређене последице и на равни херменеутичке теорије. Гадамер у теорији сазнања стоји на позицији епистемолошког ниҳилизма Пола Фајербенда јер негира могућност објективног сазнања у духовном наукама. Како примећује Ж. Гронден, „разрачунавање са историзмом, које је за Хајдегера било само споредна ствар, код Гадамера је постало главни задатак“,<sup>23</sup> при чему је у својој критици историзма, која је коначно облик једног радикалног историзма, Гадамер заправо спровео „темељну критику опседнутости методом у брзи за научност духовних наука“.<sup>24</sup>

Наиме, он оспорава принцип „јединства метода“, тј. полази од историзма када тврди да се методи истраживања друшва не могу изједначити са онима у природним и техничким наукама. Али, исто тако, Гадамер тврди да у области духовних наука које се баве разумевањем, нема објективног сазнања, односно да не постоји нека посебна метода својствена духовним наукама. Пренето на терен теорије тумачења то подразумева да, када се, и ако се разумева, увек се разумева другачије,<sup>25</sup> или у једној широј формулацији: „Не само понекад, него увек смисао једног текста премашује свог аутора. Стога разумевање није само репродуктивно, већ увек и продуктивно понашање. Вероватно није правилно за овај продуктивни моменат у разумевању рећи да је он боље разумевање“.<sup>26</sup>

Херменеутички антиинтенционализам који очигледно заступа Гадамер, као и његове последице у области јуристичке херменеутике, не

---

<sup>23</sup> Жан Гронден, *Увод у филозофску херменеутику*, Нови Сад 2010, 160.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 162.

<sup>25</sup> Ханс Георг Гадамер, *Истина и метода*, Сарајево 1978, 330.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 329-330.

могу се адекватно сагледати и разјаснити без увида у кључне принципе и кључне појмове Гадамерове херменеутичке филозофије.

Што се тиче кључних принципа, они се могу свести на два основна: (1) језичност битка, и (2) темпоралност (историчност) битка: Први принцип подразумева одвајање текста од његовог аутора јер се писани текст не посматра као забележени говор већ као самостални семантички ентитет. У том правцу, Гадамер каже како се у писаности (забележености) „одвајање од писца или аутора, као и одвајање од одређене адресе примаоца или читаоца доводи до сопственог опстојања“,<sup>27</sup> и даље: „Методска предност писмености је у томе што се у њој појављује херменеутички проблем у својој одвојености, чист од свега психолошког“.<sup>28</sup>

Други принцип (историчност битка) подразумева одвајање текста не само од његовог аутора већ и од традиције којој припада (унутар које је настао). Гадамер каже да, за разлику од романтичарског приступа где се традиција појављује као оно наслеђено које се чува неокрњено од било какве сумње и критике, традиција подразумева њено сопствено критичко освешћење,<sup>29</sup> стога што: „ Свако доба ће предани текст морати разумети на свој начин, јер он спада у целину предаје за коју то доба има стварни интересе и у којој покушава да разуме само себе“.<sup>30</sup> Или како Ж. Гронден каже на ову тему у својој интерпретацији Гадамера: „Разумети неки текст из прошлости значи преместити га у нашу ситуацију“.<sup>31</sup> Ова се онтологија доследно спроводи и на равни појумовног апарата који Гадамер користи. Тада, као кључни појмови његове херменеутичке теорије искрсавају појам предрасуда, тј. предразумевања (*Vorurteil*), и појам стапања хоризоната (*Horizontverschmelzung*).

Под предрасудама (предразумевање, предубеђење) Гадамер подразумева садашњу традицију, тј. традицију којој припада и сам тумач.<sup>32</sup> У контексту основне идеје овог рада (и теорије тумачења права

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, 426.

<sup>28</sup> *Ibid.*,

<sup>29</sup> *Ibid.*, 314.

<sup>30</sup> *Ibid.*, 329.

<sup>31</sup> Ж. Гронден, *op. cit.*, 171.

<sup>32</sup> Овде треба указати на свеобухватну синонимност и замењивост, а то значи и двосмисленост те неодређеност кључних појмова које је Гадамер конструисао. То се нарочито односи на појам предрасудности. Предрасуде код њега значе на пример предубеђење, тј. суд (*Urteil*) „који се доноси пре коначног испитивања

коју смо формулисали у ранијим радовима), основно питање односи се на херменеутички третман ове категорије. Наиме, за Гадамера, а полазећи од Хајдегерове онтологије фактичности, суочавање са предструктуром разумевања не подразумева њихово отклањање како би се постигла некаква „објективност“ у разумевању. Напротив, ради се о њиховом признавању и тумачећем разумевању како би се оне расветлиле у својој суштини. Коначни циљ овог поступка је осветљавање „саме ствари“, тј. случаја тумачења како би се открио повод тумачења, заправо, како би се осветлиле потребе на основу којих и у контексту којих спроводимо тумачење неког текста.

Стапање хоризоната је термин још двосмисленији него предрасудност. У сваком случају, овај појам подразумева прихватање и неговање традиције, али кроз њено непрестано преиспитивање које је једно саучествовање и саобликовање, и које у крајњој линији представља сопствено критичко осветљење прошлости.<sup>33</sup> Но, на крају, ипак се може рећи да Гадамерово стапање хоризоната, као што тврди Х. Кремер, увек завршава „усисавањем прошлог у сопствено становиште“.<sup>34</sup>

У сваком случају, слободно се може рећи да Гадамер заговара једну херменеутику садашњости, до које долази полазећи од појма предрасудности, и то чврстом хеуристиком, а наиме, јасним разликовањем повода и предмета тумачења. Та херменеутика садашњости се ослања на Хајдегрову онтологију као херменеутику фактичности,<sup>35</sup> а код Гадамера је додатно заокружена и кроз категорију херменеутичког

---

свих момената киоји одређују ствар“: Х. Г. Гадамер, 303. Тако овај појам тумачи и Е. Д. Хирш један он највећих Гадамерових критичара: Ерик Д. Хирш, *Начела тумачења*, Београд 1983, 291-293. Међутим, предрасуде код Гадамера имају и значење предструктуре разумевања где се под овим појмом подразумева (ово је доминантно гледиште а полазећи од Хајдегера) садашња традиција, тј. традиција којој припада и тумач. О неодређености Гадамеровог појмовног апарата код његовог ученика и следбеника В. Шулца: Walter Schulz, „Anmerkungen zur Hermeneutik Gadamer’s“, *Hermeneutik und Dialektik* (hrsg. R. Bubner), Tübingen 1970, Bd I, 311. У том правцу и: Ж. Гронден, *op. cit.*, 173.

<sup>33</sup> Х. Г. Гадамер, *op. cit.*, 315.

<sup>34</sup> Ханс Кремер, *Критика херменеутике: филозофија интерпретације и реализам*, Нови Сад 2010, 51, 252.

<sup>35</sup> За Хајдегра је разумевање „Како“ самога опстанка, а тумачење бригаује разумевања. Другим речима, тумачење је суочавање са опстанком, тј. са садашњошћу: Мартин Хајдегер, *Онтологија: херменеутика фактичности*, Нови Сад 2007, 21. 53, и даље.

питања и херменеутичке примене. Терминолошки посматрано, ова херменентика садашњости код Гадамера се испољава синтагмом „конкретна херменеутичка ситуација“, што коначно значи да тумачење подразумева постављање неког текста у однос са том ситуацијом.<sup>36</sup>

Коначно, у најјаснијем облику, овај се приступ теорији тумачења испољава позивањем на јуристичку херменеутику која је и најубељивији пример херменеутике садашњости. У том правцу, Гадамер каже како „јуриста смисао закона схвата полазећи од датог случаја“,<sup>37</sup> како „јуриста садржину закона мора да усклади са са садашњом животном актуелношћу“,<sup>38</sup> или како је задатак судије да „баштињени закон прилагођава потребама садашњице“<sup>39</sup>.

Посматрано на терену теорије правног расуђивања, Гадамеров херменеутички релативизам подразумева заговарање објективне теорије тумачења права. Међутим, прављењем разлике између повода и предмета тумачења, полазећи од случаја тумачења као херменеутичке категорије првог реда, Гадамерови ставови пружају прилику да се успостави и јасна дистинкција у односу на објективну теорију тумачења права. Овде је заправо на делу та херменеутика садашњости која подразумева да тумачење закона није откривање воље законодавца или воље закона по себи, већ откривање воље законодавца или воље закона полазећи од случаја тумачења, када се у скрупозној и дубинској обради чињеница тог случаја открива повод тумачења (потребе које иницирају тумачење), и када чињенице тог случаја, коначно, представљају и кључни критеријум тумачења норми по принципу да је тумачење права вагање интертеса полазећи од вагања чињеница, а не обрнуто, вагање чињеница полазећи од циљева закооноа (скраћени силогизам), како се по правилу тумачење испољава у правној пракси.

Коначно, херменеутика садашњости, тј. херменеутика случаја тумачења, која се полазећи од Гадамера темељи на дистинкцији између повода и предмета тумачења, подразумева да је почетна тачка херменеутичког процеса питање „зашто“ тумачимо, а не „шта“ тумачимо или „ко“ тумачи. Ово поготово важи за јуристичку херменеутику, чиме се отвара простор да се заснује једна прагматична теорија тумачења права у

---

<sup>36</sup> Х. Г. Гадамер, *op. cit.*, 358.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 359.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 360.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 362.

пуном капацитету, која, на крају, добија изглед једне социолошке теорије правног расуђивања.

### 3. КОНТЕКСТУАЛНИ КАРАКТЕР ТУМАЧЕЊА ПРАВА

У уводном одељку рада било је речи о томе да се унутар објективних теорија тумачења права судијско одлучивање посматра као креативна, конструктивна и контекстуална делатност. Међутим, из разлога изложених на крају тог одељка контекстуални карактер тумачења права измиче пажњи правне херменеутике те добијамо искривљену слику онога што се и заиста дешава у судници.

У том правцу изузетно је важно истаћи да указивање на контекстуални карактер поступка правног расуђивања није тек један теоријски украс у обради ове проблематике, или пак, само моменат употпуњавања слике о поступку изрицања правде који не мења основне идеје о том поступку онако како су оне изложене на почетку овог рада.

Напротив, сматрамо да је разматрање контекстуалног карактера поступка тумачења права најпогоднији начин указивања на значај мале премисе јуристичког закључка, односно да овај моменат представља најчвршћу епистемолошку подлогу за дискусију о структури, природи и херменеутичком статусу мале премисе (премисе чињеничног стања), и коначно, за правилно сагледавање структуре јуристичког закључка и поступка тумачења права онако како се он стварно одвија или мора одвијати у пракси.

Иначе, не чини никакво откриће онај ко говори о контекстуалном карактеру поступка примене права. Контекстуалност је опште место сваке дискусије о људском језику, мишљењу, сазнању и тумачењу људских поступака. Тако је и у науци где се контекстуалност најчешће испољава и образлаже кроз идеју мултидисциплинарности (синтетичности) у научном раду. Тако ствари стоје и у правној херменеутици. На пример, и Гадамер у свом систему херменеутичког релативизма изричито упућује на контекстуални карактер поступка тумачења права када каже: „У идеји правног уређења имамо да пресуда судије не проистиче из непредвидиве произвољности, већ из праведног одмеравања целине“.<sup>40</sup> Када говоримо о ауторима који проблематизују феномен контекстуализације у оквиру правне херменеутике, а да нису специјалисти из ове области, треба

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, 364.



поменути и знаменитог стручњака са поља лингвистике М. Даскала који на тему контекстуалног карактера тумачења прво каже: „Контекстуални фактори као што су идеолошке и политичке позиције учесника у полемици утичу на тумачење подједнако као и чисто текстуални фактори“.<sup>41</sup> Даље, када се ради о правној интерпретацији, а позивајући се на Гадамера (контекст као израз позадинских претпоставки тумача),<sup>42</sup> овај аутор говори о различитим равнима контекста када „у једном случају имамо широку културолошки одређену позадину, а у другом, специфичну ситуацију конкретног случаја на који се примењује закон“ (*in one case, the broad culturally determined background, in the other, the specific situation of the particular case to which the law is being applied*).<sup>43</sup>

Једно овакво схватање и третирање контекста у објашњењу правног расуђивања, а чини се да не може ни бити другачије, указује на значај мале премисе за разумевање процеса тумачења права и како се у том процесу ради пре свега о једном каузално – нормативном а не телеолошко – нормативном поступку, односно о једном специфичном облику микросоциолошке анализе.

Сваки увид у судску праксу, независно од тога да ли то радимо из теоријских или практичних разлога, прегнантно упућује на један овакав закључак. Међутим, шта се дешава у правној теорији. Посматрано и даље у контексту идеје контекстуализације, окрећемо се стручњацима из правне области и призивамо у помоћ А. Роса, знаменитог представника скандинавског правног реализма, који посвећује посебну пажњу овој тематици. У том правцу, он се прво позива на сада већ стандард у лингвистичкој науци по питању контекстуалног карактера језика,<sup>44</sup> па каже: „Само контекст и жеља да се нађе добро или разумљиво значење у односу према датој ситуацији одређује значење појединачних речи“.<sup>45</sup> У истом смислу ево још једног његовог цитата: „У свакодневном говору контекст и ситуација представљају најзначајније чиниоце у одређивању

---

<sup>41</sup> Marcelo Dascal, *Interpretation and Understanding*, Amsterdam-Philadelphia 2003, 326.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 328.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 333.

<sup>44</sup> У нашој лингвистичкој литератури о томе код: Ранко Бугарски, *Језик у друштву*, Београд 1986, 262-263, 290-291, Милка Ивић, *Правци у лингвистици III*, Београд 2001, 125-126. Иначе, нарочито инспиративно о томе код: Едмунд Лич, *Култура и комуникација*, Београд 2002, 51-55.

<sup>45</sup> А. Рос, *op. cit.*, 143.

значања“.<sup>46</sup> Исто је и када се ради о правном тумачењу: „Пошто се правне директиве претежно користе свакодневном терминологијом, контекст и ситуација су од фундаменталног значаја за судско тумачење“.<sup>47</sup>

Не треба ићи даље у изложеном правцу јер је контекстуалност језика ноторна чињеница у лингвистици, правној херменеутици и теорији тумачења уопште. Међутим, Росово изјашњавање на тему контекстуализације носи са собом његово велико чуђење с обзиром да се смисао и функција херменеутичког контекста, како Рос каже, узима здраво за готово, па ова проблематика измиче пажњи у теорији значења и тумачења.<sup>48</sup> Ово поготово важи за правну херменеутику где се проблематици контекстуализације приступа прећутно, изненађујуће површно, на крају и погрешно, али у тој мери да теорија тумачења права даје потпуно искривљену слику онога што се и заиста дешава у судници онда када се судовање одвија стручно, савесно и одговорно.

Росова констатација о томе како се у теорији правног расуђивања сасвим олако приступа проблему контекста у најоштријем виду отвара питање третмана мале премисе (премисе чињеничног стања) у литератури из ове области. И на ову тему смо се више пута изјашњавали, последњи пут у једном чланку из 2021. године.<sup>49</sup> У том правцу, као што је већ речено пар пута и у овом раду, проблематика мале премисе је само наличје медаље чија је друга страна феномен контекстуализације. Овде је у питању једно онтолошко јединство које изражава теоријску и практичну, односно статичку и динамичку страну ове проблематике.

У сваком случају, површан приступ материји мале премисе испољава се тако што се чињенице случаја тумачења третирају као нешто подразумевајуће, као нешто профано (свакодневно и банално), као нешто непосредно дато и самоочигледно, што не захтева посебан херменеутички третман.<sup>50</sup> Чак и код аутора који проблематици мале премисе приступају скрупулозно, изостаје једна дубинска анализа која омогућава откривање значаја мале премисе, а коначно како дискусија о малој премиси из угла

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, 144.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 144-145.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 143.

<sup>49</sup> Саша Бован, “Примена права као микросоциолошка анализа: Пример Закона о заштити становништва од заразних болести РС“, *Зборник радова Копаоничке школе природног права*, Београд 2021, том 4,

<sup>50</sup> Типично код: Carsten Bäcker, „Der Sillogismus als Grundstruktur des juristischen Begründus“, *Rechtstheorie* 3/2009, 411 (нарочито фн. 17.).

контекстуализације поступка примене права указује да тај поступак има димензију једног пре свега каузално – нормативног поступка, односно да тумачење права у највећој мери представља модел једне микросоциолошке а не логичке или телеолошке анализе.<sup>51</sup>

Укзивањем на социолошку природу поступка тумачења права у контексту феномена контекстуализације, заправо, и коначно, желимо рећи да тежина и одговорност правничке професије, онда када се ова посматра из угла примене права, кореспондира у највећој могућој мери са социолошком анализом посматраном као најкомплекснијим обликом контекстуалне анализе. Другим речима, тада се успоставља знак једнакости између термина социолошки – синтетички – холистички, и указујен да поступак примене права морамо посматрати управо на тај начин, значи као облик најкомплексније контекстуалне (социолошке) анализе.<sup>52</sup>

#### 4. ПРАГМАТИЧКА ИЛИ СОЦИОЛОШКА ТЕОРИЈА ТУМАЧЕЊА ПРАВА

На овом месту не можемо детаљно улазити у разлоге овог стања теорије тумачења права, односно зашто се у правној херменеутици прећуткује, запоставља или превиђа права (каузално – нормативна, социолошка) природа јуристичког закључка, с обзиром на консеквенце везане за природу и значај премисе чињеничног стања, али, пре свега, за консеквенце које се односе на каноне тумачења права, што је, коначно, и најважније, питање од прворазредног значаја за примену права онако као се она одвија у правној пракси.

(1) Овде ћемо поменути пре свега концептуалну дискриминацију стварности присутну у теорији доказивања у процесним дисциплинама. Тада, мислимо пре свега на начело процесне (формалне) истине,<sup>53</sup> али и на друге позитивно правне процесне институте (на пример, везаност суда

---

<sup>51</sup> Hans Joachim Koch, Helmut Rüsman, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, 271-345. Arne Upmeier, „Der Sachverhalt im juristischen Streit“, *Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (Hrsg. G. Kreuzbauer, S. Augeneder), Stuttgart 2004, 124-133.

<sup>52</sup> О социолошкој анализи као синтетичкој анализи убедљиво код: Georges Gurvitch, *Dialectique et Sociologie*, Paris 1962, 6-28. Жорж Гурвич, *Савремени позив социологије*, Сарајево 1962, 14-16, 57-64, У нашој литератури код: Михајло Ђурић, *Проблеми социолошког метода*, Београд 1962, 211-236, 284-291.

<sup>53</sup> Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2020, 83-88. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2022, 462-466.

доказним предлозима странака, случајеви у којима се доказивање не изводи, итд.)

(2) Осим тога, теоретичари права немају много додира са примерима из правне праксе (познато је да су на пример Дворкин и Харт своје доктрине примене права развијали тек на неколико случајева из праксе, Харт чак на оним хипотетичким).<sup>54</sup>

(3) Посебан проблем су аутори који због уских теоријских видика не успевају да сагледају ову проблематику у свој њеној комплексности, тј. који не увиђају да примена права не припада само области *tehne* и *phronesis* већ и *episteme*. Код нас такав пример пружа Ј. Хасанбеговић која повезује правно расуђивање са моралним, па и филозофским расуђивањем, али одбија било какву везу тумачења права са научном анализом. Она полази од погрешне, наивне па и бизарне претпоставке да је научно истраживање трагање за истином (па тиме за ставовима који су нужни), док је правно расуђивање дијалектичког типа. Опште је место у том смислу да је научна анализа покушај да дођемо до исказа који се могу потврдити чињеницама (што га не чини нужним), и да увек у себи подразумева и дијалошку, расправну, па према томе и дијалектичку димензију. Ставови Ј. Хасанбеговић су у том правцу школски пример ограниченог теоријског хоризонта (можда и ограничених интелектуалних капацитета ауторке).<sup>55</sup>

(4) Најзад, када се ради о херменеутичким алатима путем којих се чињенице обрађују у поступку тумачења правних норми где спадају: правно релевантне чињенице, утврђивање чињеница и квалификација чињеница – управо њихова примена подразумева једну поједностављену анализа факата, заправо својеврсни херменеутички редукционизам јер се сужава чињенична основа мале премисе (мноштво чињеница битних за склапање микросоцијалног мозаика случаја бива одбачено или занемарено када се пропусти кроз „филтере“ правно релевантних чињеница).

(5) Сваки од наведених разлога који ограничавају домете теорије тумачења права, поготово у правцу потпунијег сагледавања природе и значаја мале премисе јуристичког закључка, омогућава па и захтева посебну расправу. О томе смо већ писали у неким ранијим радовима те се нећемо понављати. Осим тога, тиме би подоста одступили од основних

---

<sup>54</sup> Х. Харт, *op. cit.*, 159-185. Када се ради о Дворкину, на ову тему, у нашој литератури код: Жаклина Харашић, „Проблем разграничења лаких и тешких случајева,“ *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1/2006, 85-116.

<sup>55</sup> Ј. Хасанбеговић, *op. cit.*, 101-103.

циљева овог рада. Међутим, постоји још једна околност која ограничава домете правне херменеутике, сасвим интересантна, околност снажно присутна у дискусијама на ову тему, а коју нисмо до сада помињали (нити је довољно обрађивана у литератури). Ради се о конзервативизму и догматизму стручне јавности, који имају различите изворе, а који чине да се повезивање теорије тумачења права са социолошким приступом сматра потпуно јеретичком замисли.

Овом приликом пратићемо трагове тог конзервативизма и догматизма на појмовно – терминолошком плану, кроз питање зашто се антиинтенционалистичка теорија тумачења права означава као објективна (најчешће), или као реалистичка и прагматичка теорија, а апсолутно се избегава, иако је аргументација у том правцу снажна, да се она назове правим именом – као социолошка теорија тумачења права.

Овај нас упит и претпоставка коју тестирамо враћа на почетке 20. века, када се, према литератури, може закључити да је означавање објективне (реалистичке, прагматичке) теорије правног расуђивања као пример и модел социолошког тумачења права било сасвим легитимно. На пример, у то време познати и цењени правни теоретичар у САД био је Џозеф Дрејк. Он је посебно интресовање показивао за теорију тумачења права, а познат је био као заговорник објективне теорије тумачења права који је своје идеје тестирао на великом броју случајева из судске праксе, нарочито Врховног суда САД. Такође, за њега је карактеристично да је прагматичко тумачење права означавао готово неизоставно синтагмом „социолошко тумачење“, као у свом најпознатијем чланку на ову тему.<sup>56</sup>

Поменути аутор, пре свега, сасвим у духу наше оановне хипотезе, а позивајући се на О. В. Холмса, каже како опште пропузиције не одлучују о конкретним случајавима, већ да одлука судије зависи више од процене чињеница него од било које артикулисане велике премисе.<sup>57</sup> Затим се осврће на прошлост правне херменеутике, и долази до модерних хуманиста, када њихов метод проширења закона (*the method of expansion of law*) проглашава социолошкоправном анализом.<sup>58</sup> Мало даље, коментаришући једну судску одлуку Дрејк јасно стаје на позицију објективне теорије тумачења права следећим речима: „Дакле, ми морамо престати да гледамо уговор искључиво са становишта психилишке идеје

---

<sup>56</sup> Joseph H. Drake, „The Sociological Interpretation of Law”, *Michigan Law Review* 16/1918, 599-616.

<sup>57</sup> *Ibid.*, 599.

<sup>58</sup> *Ibid.*, 605.

договора, и мораћемо да га тумачимо у његовој корелацији са свим чињеницама живота друштва“ (*It follows therefore that we must cease to look at a contract solely from the standpoint of the psychological idea of agreement but will have to interpret it in its relation to all the facts of the life of society*).<sup>59</sup> Он потом даје упутство адвокатима, када, позивајући се на објективни метод тумачења каже: „Са одговарајућом обуком у примени социолошког метода адвокати ће престати да замишљају закон као пуку дословну заповед и научиће да схвате његову природу као друштвени феномен“ (*With proper training in the sociological method lawyers will cease to conceive of the law as a mere naked command and learn to comprehend its nature as a social phenomenon*).<sup>60</sup> Најзад, критикујући субјективну теорију он закључује: „Ако би се стриктно придржавали ове теорије, тумачење не би могло да превазиђе граматичку или логичку фазу: социолошко тумачење би било онемогућено“ (*If this theory were rigidly adhered to, interpretation could not go beyond the grammatical or logical stage: sociological interpretation would be barred*).<sup>61</sup>

Као што видимо, сасвим је очигледно да Дрејк ставља знак једнакости између објективног и социолошког метода тумачења права, заправо инсистира на термину „социолошки метод тумачења права“. Међутим, и он сам каже како судови избегавају да користе термин „социолошко тумачење закона“, да од тога зазиру и конзервативни адвокати,<sup>62</sup> а да је највећи проблем заправо у томе што у врховима правосуђа постоји тенденција да се изједначавају термини „социолошки“ и „социјалистички“.<sup>63</sup>

Можда не чуди овакво стање ствари с обзиром на велике турбуленције у америчком друштву у то време, те велике борбе унутар Врховног суда САД поводом ширења социјалног законодавства.<sup>64</sup> У сваком случају, а имајући у виду како Дрејк на више места и разним другим поводима указује на конзервативност правничког staleja, можемо закључити да је то и најважнији разлог што се термин

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, 607.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 608.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 609.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 612.

<sup>63</sup> *Ibid.*, 615.

<sup>64</sup> Типичан пример је пресуда *Lochner v. New York* (1904).

„социолошко тумачење права“ није одомаћио у употреби у стручним круговима САД.<sup>65</sup>

Исти тај конзервативизам правничког сталеза, само у још већој мери, био је изражен у Немачкој са почетка 20 столећа. Немачка је тада била полуфеудална монархија, а како примећује А. Молнар, носиоц конзервативизма у друшву била је грађанска интелигенција, она класа која је у осталим земљама била носилац просветитељства.<sup>66</sup> Стање у правничким круговима је било кудикамо горе. Правном теоријом је владала идеја пандектног права, а теорија правног расуђивања била је утемељена на топосу судије као логичког аутомата.<sup>67</sup> Покрет слободног права, као реакција на ово стање правосуђа и правне теорије изазвао је још конзервативнију реакцију. Ако се успостави паралела са малопре изреченом констатацијом Ц. Дрејка да се у америчкој правној теорији успостављала једнакост између појмова социолошки и социјалистички, у немачким правним круговима се то изједначавање испоставило између појмова социолошки и слободног права (методике јуристичке слободе). Тако се и у Немачкој, посматрано у овом смислу, с обзиром на невиђену реакцију (отпор и осуду) према идеји слободног права, може констатовати тврдокорни догматизам и конзервативизам због којег се и данас зазире од појма „социолошког тумачења права“. Све ово нарочито када се има у виду теоријски опус Х. Канторовича.<sup>68</sup> Када се ради о овом аутору, а посматрано у контексту циљева овог рада, нарочито је интересантно, да је он фаворизовао значај мале премисе за разумевање поступка тумачења и примене права. То се нарочито види из његове изјаве да судију морамо посматрати као специјалисту чињеничног стања а не као опсенара правног прописа,<sup>69</sup> али и из серије других изјава где говори о томе да је судији најнеопходније социолошко знање ради пресуђивања.<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> О социолошком приступу у правној теорији у САД у нашој литератури код: Александар Молнар, *Друштво и право*, Београд 1994, књ. 1., 207-212.

<sup>66</sup> *Ibid.*, књ. 2., 360.

<sup>67</sup> Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumptionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986, 365-366.

<sup>68</sup> Иначе, у делу најзнаменитијег представника слободноправног покрета, Х. Канторовича јасно долази до изражаја заговарање објективне теорије тумачења права. Код: Зоран Покровац, „Методика јуристичке слободе или слобода јуристичке методике у делу Хермана У. Канторовича“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 2/1993, 585-615.

<sup>69</sup> Херман У. Канторович, *Борба за правни науку*, Београд 2006, 38.

<sup>70</sup> *Ibid.*, 91-92, 93, 100, итд.

Либералне тенденције у правној теорији и теорији тумачења права у то време нарочито су биле изражене у Француској. Тамо је почев од Женија, аналогија у разним облицима (разног нивоа) била кључни канон прагматичког, тј. социолошког тумачења права. Међутим, с обзиром на одомаћеност овог појма није се користио темин „социолошки метод тумачења права“ иако је њихова синонимност била неспорна у литератури.<sup>71</sup>

У нашој правној теорији, према сопственим истраживањима које смо спровели, могло би се рећи да су Ж. Перић и Ђ. Тасић били заговорници објективне теорије тумачења. Међутим, они су објективно тумачење права означавали појмом „рационално тумачење“, при чему се може рећи да је и код нихј био у питању један јуристички конзервативизам имајући у виду њихове разноврзне ставове о друштву и праву, а поготово што нису прихватили темин „социолошки метод тумачења права“ коју је у нашу теорију као њихов савременик већ увео Ж. Спасојевић.<sup>72</sup>

У сваком случају, један недогматски и на чврстим аргументима заснован приступ, а полазећи од традиције филозофске херменеутике у њеном зениту (Х. Г. Гадамер) и кореспонденције социолошке и јуристичке анализе, поготово када се поступак тумачења права посматра полазећи од структуре, природе и значаја мале премисе јуристичког закључка, чине да је сасвим легитимна, чак и самоосвешћујућа терминологија коју предлажемо, када се објективно (прагматичко, реалистичко, рационално) тумачење права означава синтагмом „социолошко тумачење права“ (социолошки метод тумачења права). Даље, ово није само легитимно означавање поступка правног расуђивања, него можда и напогодније имајући у виду шта се у судници и заиста дешава у поступку одлучивања, тј. изрицања правде. У том правцу, остаје нам да још једном, у кратким цртама, изложимо основне идеје једне социолошке теорије тумачења права коју смо формулисали у серији ранијих радова на ову тему.

---

<sup>71</sup> Видети код: Живан Спасојевић, *Нацрт једне опште теорије права*, Београд 1989, 87.

<sup>72</sup> Живан Спасојевић, *Аналогија и тумачење*, Београд 1996, 117.



## 5. СОЦИОЛОШКА ТЕОРИЈА ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Све изложено разлог је што поменути великани из разних области друштвено – духовних дисциплина, а када се ради о тумачењу *инциденето*, сматрају да почетна тачка поступка тумачења права нису циљеви регулисања већ чињенице случаја који се нашао пред судијом, или, још једном, како то сажето исказује Гадамер: “Јурист смисао закона схвата полазећи од датог случаја и ради тог случаја”,<sup>73</sup> или у једној сличној формулацији, где се каже да нормативну садржину закона „треба одредити на основу датог случаја на који га треба применити“.<sup>74</sup> Да теорија тумачења права заправо представља херменеутику случаја тумачења потврђује још једно велико име филозофске херменеутике, а наиме Р. Бултман, који тврди да тумачење увек почиње неким случајем (животним односом) који иницира херменеутички процес и однос између текста и тумача.<sup>75</sup>

Тако се враћамо на идеју водиљу овог рада и читаве социолошке теорије тумачења права односно став да почетну тачку поступка тумачења права чини случај тумачења а не циљеви регулисања (хипостазирање мале премисе јуристичког закључка). Изложено путем једне развијене хипотезе херменеутика случаја тумачења подразумева да чињенице случаја који се нађе пред судијом представљају: (1) повод тумачења; (2) извор интерпретативних питања; (3) основ за заузимање перспективе тумачења (ужи или шири социјални контекст); (4) основ за дефинисање граница тумачења; (5) коначно, и све заједно, чињенице случаја су базични критеријум тумачења закона (закон као иницијални а чињенице случаја као завршни и кључни критеријум тумачења права).

Стога се, изложено кроз једну плаузибилну дефиницију, може рећи да је тумачење права испуњавање садржином требања из опште правне норме полазећи од чињеница случаја посматраних у ужем или ширем социјалном контексту. Једна оваква дефиниција подразумева у себи да је тумачење права вагање интереса полазећи од вагања чињеница; да се овде ради о једној креативној, конструктивној и контекстуалној делатности; да је у питању једна врста вредновања на основу контекста, а

---

<sup>73</sup> Х. Г. Гадамер, *op. cit.*, 359.

<sup>74</sup> *Ibid.*, 361

<sup>75</sup> Рудолф Бултман, „Проблем херменеутике“, *Филозофска херменеутика* (ур. Ж. Павић), Загреб 1998, 265, 266-267.

то коначно значи и да тумачење права подразумева формирање а не тек откривање значења опште правне норме. Последње, и најважније, изложена дефиниција тумачења права показује како је овде у питању једна пре свега каузално – нормативна, па тек потом телеолошко – нормативна анализа, односно да тумачење права представља пре свега један развијен модел микросоциолошке анализе, а тек накнадно, и дефинитивно мање битно, пример логичког поступка.

Понављамо, овај приступ почива пре свега на херменеутици садашњости Х. Г. Гадамера који указује на значај мале премисе (тумачење се не посматра кроз питање „ко“ тумачи и „шта“ се тумачи, него „зашто“ се тумачи). Осим тога, промишљање изложене дефиниције заснива се и на моделу социолошке анализе, када се указује на природу мале премисе јуристичког закључка, односно како рад на чињеницама неког случаја увек подразумева да се између утврђивања и квалификације чињеница одвија њихово објашњење (повезивање факата унутар ужег или ширег социјалног контекста и утврђивање релативног детерминистичког значаја појединих чињеница). Све ово поготово имајући у виду тежину и одговорност правничке професије. Коначно, све ово заједно поступку тумачења права даје изглед пре свега једне развијене социолошке анализе.

Овај приступ додатно учвршћује разматрање природе велике премисе. Наиме, када се ради о природи велике премисе, заправо се говори о тешкоћама које стоје на путу тумачења права, а због којих су циљеви правног регулисања увек неодређени и магловити. Те тешкоће су: намерна недовршеност закона, садржинска неодређеност основних правних вредности и динамика, сложеност те идеологичност друштвених односа који захтевају правно регулисање. Ове околности чине да су воља законодавца или воља закона увек магловите и нејасне, и да тек полазећи од мале премисе схваћене као у овом раду, и тек полазећи од дефиниције тумачења формулисане полазећи од хипостазирања мале премисе, можемо донети исправну судску одлуку.

Све ово, тим, пре, када имамо у виду да дубљи увид у оно што судије раде у судници, а према изложеном, показује како прецизирање циљева закона увек подразумева претходну идентификацију циљева, и готово увек и напоре, решавање односа између циљева (онда када су ти циљеви противречни или када треба утврдити хијерархију између њих) и редефинисање циљева (онда када су циљеви застарели или по било ком другом основу долази до несклада између циљева и друштвеног развоја).

## ЛИТЕРАТУРА

Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton-Oxford 2005.

Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Portland 2005.

Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton-New Jersey 1997.

Arne Upmeyer, „Der Sachverhalt im juristischen Streit“, *Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (Hrsg. G. Kreuzbauer, S. Augeneder), Stuttgart 2004.

Arthur Kaufmann, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik: sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln-Berlin-Bonn-München 1993.

Bernd Rütters, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie* 3/2009.

Carsten Bäcker, „Der Sillogismus als Grundstruktur des juristischen Begründus“, *Rechtstheorie* 3/2009.

Georges Gurvitch, *Dialectique et Sociologie*, Paris 1962.

Hans Joachim Koch, Helmut Rüsman, *Juristische Begründungslehre*, München 1982.

Joseph H. Drake, „The Sociological Interpretation of Law“, *Michigan Law Review* 16/1918.

Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heildeberg 1960.

Marselo Dascal, *Interpretation and Understanding*, Amsterdam-Philadelphia 2003.

Neil MacCormik, „Argumentation and Interpretation in Law“, *Ratio Juris* 6/1993.

Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumptionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986.

Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2003.

Rishard A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008.

Robert Alexy, „Juristische Interpretation“, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main 1995.

Walter Schulz, „Anmerkungen zur Hermeneutik Gadamers“, *Hermeneutik und Dialektik* (hrsg. R. Bubner), Tübingen 1970, Bd I.

Winfried Hassemer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechtstheorie* 1/2008.

- Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2022.
- Александар Молнар, *Друштво и право*, књ. 1., Београд 1994.
- Алф Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996.
- Будимир Коштутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008.
- Едмунд Лич, *Култура и комуникација*, Београд 2002.
- Ерик Д. Хирш, *Начела тумачења*, Београд 1983.
- Жаклина Харашић, „Проблем разграничења лаких и тешких случајева“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1/2006.
- Жан Гронден, *Увод у филозофску херменеутику*, Нови Сад 2010.
- Живан Спасојевић, *Аналогија и тумачење*, Београд 1996.
- Живан Спасојевић, *Нацрт једне опште теорије права*, Београд 1989.
- Жорж Гурвич, *Савремени позив социологије*, Сарајево 1962.
- Зоран Покровац, „Методика јуристичке слободe или слобода јуристичке методике у делу Хермана У. Канторовича“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 2/1993.
- Јасминка Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 2006.
- Карл Ренер, *Социјална функција правних института*, Београд 1997.
- Мартин Хајдегер, *Онтологија: херменеутика фактичности*, Нови Сад 2007.
- Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2020.
- Милка Ивић, *Правци у лингвистици III*, Београд 2001.
- Михајло Ђурић, *Проблеми социолошког метода*, Београд 1962.
- Мишел Тропер, *Правна теорија државе*, Београд 2014.
- Никола Висковић, *Појам права*, Сплит 1980.
- Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961.
- Ранко Бугарски, *Језик у друштву*, Београд 1986.
- Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Београд-Подгорица 2001.
- Рудолф Бултман, „Проблем херменеутике“, *Филозофјска херменеутика* (ур. Ж. Павић), Загреб 1998.
- Саша Бован, „Појам тумачења права посматрано са становишта једне социолошке теорије правног расуђивања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018.

Саша Бован, „Примена права као микросоциолошка анализа: Пример Закона о заштити становништва од заразних болести РС“, *Зборник радова Копаоничке школе природног права*, том 4, Београд 2021.

Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011.

Хаим Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983.

Ханс Георг Гадамер, *Истина и метода*, Сарајево 1978.

Ханс Кремер, *Критика херменеутике: филозофија интерпретације и реализам*, Нови Сад.

Херберт Харт, *Појам права*, Подгорица-Цетиње 1994.

Херман У. Канторович, *Борба за правни науку*, Београд 2006.

Saša BOVAN, Ph.D

Full-time professor, University of Belgrade, Faculty of Law

## HERMENEUTIC RELATIVISM AND SOCIOLOGICAL HOLISM IN THE THEORY OF INTERPRETATION OF LAW

### Summary

The paper discusses the nature of the legal reasoning starting from H. G. Gadamer's philosophical hermeneutics and sociological analysis as a synthetic view of reality (sociological holism). Starting from Gadamer, we come to the conclusion about the importance of a small premise in the legal reasoning, i.e. the position that the starting point of interpretation of law is not the purpose of regulation, but the facts of the case which are in front of the judge. This means making a distinction between the reason of interpretation and its subject, i.e. that the interpretation of law is based on the question "why" is something being interpreted, and not "what" are we interpreting or "who" is interpreting. Starting from the sociological approach, we discover the nature of the small premise: working on the facts of a case always implies not only establishing and qualifying the facts, but also their explanation which is the step inserted between previous two operations. In the community, these two epistemological points indicate that the interpretation of law is primarily manifested as a causal - normative operation, i.e. as a model of a microsociological analysis.

**Key words:** Interpretation of law, Subjective theory of interpretation of law, Objective theory of interpretation of law, Sociological theory of interpretation of law.

Оригинални научни рад  
достављен: 04. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 05. 05. 2022.  
УДК 347.65

Др Андреја КАТАНЧЕВИЋ\*

## НАЧЕЛО ПРЕДСТАВЉАЊА У НАСЛЕДНОМ ПРАВУ – ИСТОРИЈСКИ КОНТЕКСТ НАСТАНКА И ИЗАЗОВИ МОДЕРНОГ ЗАКОНОДАВСТВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ<sup>1</sup>

### Апстракт

Начело репрезентације је једно од многобројних римских правила реципираних у модерно законодавство, па и савремено српско наследно право. Последњим изменама законодавства из 1995. године, оно је проширено у трећем наследном реду. Циљ рада је да испита када и зашто је формулисано правило о представљању предака у интестатском наследном праву, те да реконструише његов развој и ширење у историји римског права до Јустинијана. Примењене методе су језичко, системско и историјско тумачење Гајевих и Јустинијанових Институција, као и новеле 118. и 127. из 543. односно 548. године.

**Кључне речи:** *per stirpes*, *per capita*, репрезентација, Новела 118, Новела 127.

### 1. УВОД

Законом о наслеђивању из 1995. године („Сл. гласник РС”, бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015) у праву Републике Србије је проширено права представљања. Према пертходним правним решењима, у трећем наследном реду су се налазили деде и бабе оставиоца, чији су репрезентанти могли бити само њихова деца. То право је проширено на све њихове потомке. Право репрезентације, као и неограничено и једностепено представљање, какво је донедавно постојало код нас,

---

\* Ванредни професор, Универзитет у Београду, Правни факултет, andrejakatancevic@gmail.com

<sup>1</sup> Рад је настао у оквиру пројекта Универзитета у Београду - Правног факултета „Савремени проблеми правног система Србије”.

настало је у римском праву. Овај рад је посвећен историјском контексту њихове појаве и развоја.

## 2. НАСТАНАК

Према доминантном мишљењу правних романиста, тестамент је најважнији оригинални римски наследноправни институт реципиран у данашње право. Претпоставља се да је у Риму био чешћи него данас. Ипак, према неким писцима, интестатско наслеђивање није било ретка појава.<sup>2</sup>

Закон дванаест таблица је, према свим реконструкцијама текста, у петој табlici садржавао одредбе о наслеђивању. Њена четврта одредба се односила на оно што ће се касније назвати законским наслеђивањем.<sup>3</sup> Реконструкција те нормe гласи:

SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT,  
ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO<sup>4</sup>

Одредба је лапидарна, како је то уобичајено у децемвирском тексту. Иако кратка пружа неколико значајних информација. Прво, тестамент има предност над законским наслеђивањем. Друго, први наследни ред чини „свој наследник“. Треће, у други наследни ред спада најближи агнат.<sup>5</sup>

Дефинисање последњег је релативно лако. Реч је о најближем агнатском сроднику. У петом веку пре нове ере то је по свој прилици био најближи сродник мушкарац по мушкој линији. Условно би то могла да буде и жена сродница по мушкој линији, уколико је неудата и у својој примарној породици. Сродници који су еманциповани се нису убрајали у агнатске.

О томе ко је свој наследник сазнаје се тек из неколико векова млађих извештаја. То могу бити мушки потомци, женски пре удаје, супруга, као и жене мушкараца под оставиочевом влашћу. Притом важи

---

<sup>2</sup> Alan Watson, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford 1971, 176–176.

<sup>3</sup> За Брунсову, Рикобонову, Жирарову и Крофордову реконструкцију види <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 30. фебруар 2022.

<sup>4</sup> О могућем другачијем тексту извора Watson, *Rome of the XII Tables*, Princeton 1974, 54.

<sup>5</sup> Како се термин „heres“ употребљава само за првог Солаци верује да други није био наследник. Siro Solazzi, *Diritto ereditario romano, Napoli 1932*, 48–50. Међутим, не треба заборавити да је наследник првог реда „suus (подвукао А.К.) heres“, што значи ипак наследник, али посебне врсте.



правило да живи очеви искључују своју децу, муж жену, а свекар снају из круга сопствених наследника. За потребе одређења ко спада у ту групу, жена се сматрала ћерком свог мужа (*Institutiones Gaii* 3.2–3). Како се види, дефиниција круга наследника је широка да би се нашла у првој римској кодификацији. Према општем мишљењу, она се није налазила у Закону дванаест таблица. Није тешко закључити да је то због тога што је значење речи „*suus heres*” било довољно јасно и потпуно неспорно у Риму петог века пре Христа, као и због језгровитог стила тог правног споменика.

У оквиру првог наследног реда настало је правило да деца представљају своје мртве или еманциповане родитеље, односно наслеђују уместо њих. Гај је за потребе наставе у свом уџбенику то објаснио на следећи начин:

*Institutiones Gaii* 3.7. Igitur cum filius filiaue et ex altero filio nepotes neptesue extant, pariter ad hereditatem uocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. aequum enim uidebatur nepotes neptesue in patris sui locum portionemque succedere. pari ratione et si nepos neptisue sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisue, simul omnes uocantur ad hereditatem. 8. Et quia placebat nepotes neptesue, item pronepotes proneptesue in parentis sui locum succedere, conueniens esse uisum est non in capita, sed in stirpes hereditatem diuidi, ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresue nepotes alteram dimidiam, item si ex duobus filiis nepotes extent et ex altero filio unus forte uel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat et ad tres aut quattuor altera dimidia.<sup>6</sup>

Текст је вековима касније скоро дословно преузет у Јустинијанове Институције I.3.1.6. Из њега следи правило да се заоставштине дели на линије. На свако дете оставиоца под његовом влашћу долази по једна лоза нижег реда. Ако је дете умрло или еманциповано пре смрти оставиоца,

---

<sup>6</sup> <http://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>, 8. фебруар 2022. „7. Ако постоји син или кћер и унуци или унуке од другог сина, једнако се позивају на наслеђе; ко је ближег степена не искључује оне даљег степена. Правично је изгледало да унуци и унуке наслеђују место и део свог оца. Из истих разлога се позивају истовремено на наслеђе и ако има унука и унуке од сина, а праунука или праунуке од другог унука. 8. И као што се сматра да унуци или унуке треба да наследе уместо свога родитеља, тако и прауници и праукуке долазе на место својих родитеља, тако да се сматра погоднијим да се наслеђе не дели по главама (*per capita*), него по линијама (*in stirpes*), тако да син добија половину заоставштине, а два или више унука од другог сина другу половину; исто тако, ако постоје унуци од два сина, и од једног један или два унука, а од другог три или четири, један или два унука добијају половину заоставштине, а три или четири другу половину.” Превод Станојевић 197, 199.

онда се његова линија даље дели на онолико колико оно има деце и тако даље. Иако се то на том месту не каже, подразумева се да се удате ћерке и њихово потомство не позивају на наслеђе, баш као ни мушки потомци који су еманциповани или адоптирани од стране другог патерфамилијаса. Са друге стране, жена оставиоца има улогу и део неудате ћерке. Илустративни су примери које наводи Гај. У њима наслеђују: жив син или жива ћерка и деца претходно умрлог сина; жив унук или жива унука и деца претходно умрлог унука, чији је отац такође преминуо пре свог оца оставиоца; више унука од двојице синова, који су изгубили живот пре свог оца оставиоца.

Неколико параграфа касније, Гај говори о изменама које је претор увео у такав начин наслеђивања:

Institutiones Gaii 3.25. Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt. 26. Nam eos omnes, qui legitimo iure deficiuntur, uocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, siue soli sint, siue etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.<sup>7</sup>

На том месту он излаже проблем, који је постојао у цивилном интестатском наследном праву, а који се састојао у томе што се деца која нису била под влашћу декујуса у тренутку смрти нису позивала на наслеђе. Неправичност је укинуо претор, који је едиктом *Unde liberi* на наслеђе позивао све оне које би наслеђивали да су били под влашћу оставиоца онда када је он умро. Таква новина је могла бити уведена тек после Ебуцијевог закона из средине другог века пре нове ере, пошто пре тога претор није имао овлашћења да то учини. Вотсон верује да је одговарајући едикт донет после седамдесетих година првог века.<sup>8</sup> Станојевић речи „*eos omnes*” преводи као „сва деца”, иако би бољи превод био „сви они”. Наиме, извесно је да Гај тим речима не означава само биолошку децу дефунктуса, већ и све његове потомке, без обзира на степен сродства, односно да се ту ради о неограниченом, а не једноступеном представљању.

---

<sup>7</sup> <http://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>, 8. фебруар 2022. „25. Међутим, ове неправичности *ius civile*-а уклоњене су едиктом претора. 26. Тако се сва деца, која по цивилном праву не испуњавају услове, позивају на наслеђе као да су била под влашћу оца у време његове смрти, и то или сама конкуришу или заједно са *sui heredes*, тј. онима који су били под влашћу патерфамилијаса.” Превод Обрад Станојевић, *Гај. Институције*, Београд 2009, 203.

<sup>8</sup> *Watson*, 183; David Daube, „The Preponderance of Intestacy at Rome”, *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt am Main 1991, 1087–1096. Супротно у новијој литератури *Éva Jakab*, „Inheritance”, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society* (ed. Paul J du Plessis, Clifford Ando, Kaius Tuori), Oxford 2016, 505.

Претор је користио механизам узукапије да би кориговао наследне редове цивилног права. Римским одржајем је могла да се стекне не само својина, већ и различита друга права па и имовинска целина какво је наследство. Претор би онеме за кога мисли да треба да наследи додељивао државину заоставштине или једног њеног дела. Узукапијент би у року од годину дана постајао не само титулар свих права из заоставштине, већ би одржајем стекао и својство наследника са свим неимовинским правима и обавезама, какве су оне према култу оставиоца и његове породице.

Одржај својства наследника (*usucapio pro herede*) је древан и дуготрајан институт римског права.<sup>9</sup> Он је настао можда и пре Закона дванаест таблица, а најкасније до средине републике. Постојао је и у Јустинијановој кодификацији и укинут његовим новелама из четрдесетих година шестог века, којима је извршена реформа римског „законског“<sup>10</sup> наслеђивања. Претор је почео да користи тај инструмент вековима после децемвира. Хонорарно право није увело установу, али је јесте искористило како би контруисало нова и заобишло стара цивилна наследна правила.

Јустинијанове Институције на сличан начин објашњавају историјску генезу наслеђивања потомака у првом наследном реду:

I.3.1.9. *Emancipati autem liberi iure civili nihil iuris habent: neque enim sui heredes sunt, quia in potestate esse desierunt parentis, neque alio ullo iure per legem duodecim tabularum vocantur. sed praetor naturali aequitate motus dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint sive cum suis heredibus concurrant. itaque duobus liberis extantibus, emancipato et qui mortis tempore in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit solus iure civili heres est, id est solus suus*

---

<sup>9</sup> О узукапји *pro herede* Андреја Катанчевић, *Преткласични услови узукапије*, Београд 2022, 145–156.

<sup>10</sup> Интестатско наслеђивање у старом Риму није било уређено само скупштинским законима и императорским конституцијама, за које се употребљава латински термин „*leges*“, већ и преторским едиктима и сенатским одлукама. Законски наследници („*legitimi*“) су били само они који наслеђују према правилима из Закона дванаест таблица. Тако интестатско и законско наслеђивање у Риму није било исто, за разлику од данашњег права. Због тога се термин ставља под знаке навода, јер се користи у данашњем, а не у римском правничком жаргону.

heres est: sed cum emancipatus beneficio praetoris in partem admittitur, evenit ut suus heres pro parte heres fiat.<sup>11</sup>

За разлику од Гајевог, Јустинијанов уџбеник на том месту говори само о еманципованим потомцима. Захваљујући претору, они постају наследници узупапијом. Они могу да конкуришу својим наследницима, када добијају део који би имали да нису били еманциповани у тренутку смрти оставиоца.

Реконструисани текст Закона дванаест таблица не прави разлику у правилима наслеђивања између прва два наследна реда, јер се и један и други дефинишу једнином („*suius heres*”, „*adgnatus proximus*”). С друге стране, у трећем наследном реду се употребљава множина:

SI ADGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM HABENTO<sup>12</sup>

Чини се да децемвири претпостављају да ће у првом и другом реду најчешће бити само једно лице, а да ће их бити више тек у трећем. Притом нема никаквих прописа о томе како ће се оставина поделити међу наследницима, уколико их је више. Како се види, начело репрезентације није дефинисано у Закону дванаест таблица, а увелико јесте у Гајево време средином другог века нове ере. Оно се вековима после децемвира спроводило само у првом наследном реду, где се радило о својим наследницима, односно о потомцима.<sup>13</sup> У другом наследном реду, у коме је наслеђивао најближи агнат, оно није примењивано, већ се наслеђивало *per capita*. Није познато правило деобе заоставштине међу гентилима, иако је несумњиво да су у Цицероново време гентили наслеђивали.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 30. фебруар 2022. „Еманципована деца немају по цивилном праву никакво право, је они нису ни „своји“ наследници, будући да су изашли испод очинске власти, нити су по неком другом основу по Закону дванаест таблица били позвани (на наслеђе). Претор је, међутим, подстакнут осећајем природне правичности, њима допуштао државину добара као деци, исто као да су она била под очевом влашћу у часу његове смрти, било да то траже сами, били да конкуришу својим наследницима. Стога, уколико постоје два потомка од којих је један еманципован, а други је у часу смрти оставиоца био под његовом влашћу, само је онај који је био под влашћу наследник по цивилном праву, то јест он је једини свој наследник. Али како се еманципованом, по повластици коју му даје претор, признаје део, долази до тога да и свој наследник постаје наследник само дела заоставштине.“ Певод према Ante Romac, *Institutiones Iustiniani*, Zagreb 1994, 276.

<sup>12</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 30. фебруар 2022.

<sup>13</sup> Стога није тачан став изнет у уџбеничкој литератури да је право представљања уведено 118. новелом. Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 2002, 82.

<sup>14</sup> Watson 1971, 180–185; Watson 1974, 67–68.

С тим у вези се јавља неколико важних питања. Ако се начело репрезентације подразумевало у петом веку пре нове ере, зашто то није било случај и пола миленијума касније? Зашто је оно морало да буде дефинисано? Када се јавила потреба за његовом формулацијом? Зашто је стриц искључивао братанца у другом, а не и у првом наследном реду? Какве везе има то што су наслеђивали оца једног, а деду другог, а не стрица првог и деда-стрица другог?

Одговор на та питање може бити скривен у Гајевим примерима које даје својим студентима, у старим римским правилима о тутроству, изгледу римске породице, али и правилима о наслеђивању.

Републикански Рим, у коме је настало наслеђивање по линијама, није познавао ни посебна процесна правила слична данашњим о расправљању заоставштине, нити јавне регистре у којима би се наводио титулар неког права од посебног значаја за правну сигурност, какво је данас право својине на непокретностима. Више наследника који не желе да живе заједно су имали на располагању *actio familiae erciscundae*. Реч је о посебној тужби у облику легисакције *per iudicis postulationem*, код које се није полагала опклада. Опкладу код легисакције *sacramento* је губио онај ко изгуби спор и представљала је својеврсну казну за олако упуштање у парницу. С друге стране, код *actio familiae erciscundae* није било чињеничног спора, слично данашњем ванпарничном поступку. Њена друга специфичност је била у томе што се њоме могло неке доделити у искључиву својину оно на чему је претходно постојала сусвојина или заједничка својина. Међутим, она се није подизала нужно нити *ex officio* увек када долази до наслеђивања. Деобу су могли захтевати сувласници. Уколико то не би желели, могли су да остану у истој фамилији, односно заједничком домаћинству и облику породице који су Римљани називали *consortium*,<sup>15</sup> коју српски романисти традиционално пореде са породичном задругом. Према Казеровом мишљењу, у најранијем периоду развоја римског права, конзорцијум је био правило.<sup>16</sup>

Како би то изгледало у Гајевим примерима из *Institutiones Gaii* 3.7. Ако мушки малолетник или жена наслеђује заједно са стрицем, онда долазе под његово законско туторство, јер им је он најближи агнат, и настављају заједницу живота. Уколико пунолетни мушкарац наслеђује са неудатом тетком<sup>17</sup>, онда она долази под његову власт и породица остаје

---

<sup>15</sup> Watson 1974, 70; Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, München 1971, 189–191.

<sup>16</sup> Kaser, 189.

<sup>17</sup> Уколико је удата не спада у своје наследнике.

„на окупу”. Тек уколико пунолетни мушкарац конкурише свом стрицу може се очекивати са већом вероватноћом да ће они живети одвојено, те имати две посебне породице, па се може очекивати деоба заоставштине.

С друге стране, уколико је један од наследника еманципован, до деобе мора да дође. Како је он еманципацијом напустио породицу декујуса, нема заједницу живота са њим и његовим својим наследницима. Еманциповани постаје друга породица, која се касније може ширити женидбом, рађањем или усвајањем деце. У сваком случају већ постоје две фамилије, оставиочева и еманципованог наследника, и између њих нема конзорцијума. Тада по природи ствари мора да дође до деобе релативно брзо после декујусове смрти. Последица тога је и потреба за одређивањем јасног начина на који ће потомци различитог степена сродства поделити заоставштину. Све и да је обичајно правило о представљању постојало и раније, за шта нема доказа, оно је тада имало важан разлог да постане правно.

### 3. ПРОШИРЕЊЕ

Наслеђивање по линијама било је прихваћено у првом наследном реду још у време републике и примењивало се на децу оставиоца и његове потомке по мушкој линији, укључујући и неудате жене. Оно није било универзално правило у свим наследним редовима. Није имало места не само код потомака ћерки и унука декујуса, већ ни у осталим наследним редовима у којима су се позивали сродници. Начело репрезентације је проширено тек 543. године, 118. Јустинијановом новелом, у којој се каже:

NOV 118: *Idem Aug. Petro pp.*<sup>18</sup> ...

#### CAPUT I.

... si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alias descendentes in proprii parentis loco succedere, sive sub potestate defuncti sive suae potestatis inveniantur, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quantumque sint, quantum eorum parens si viveret habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quaeri non volumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla. introducenda differentia sive

---

<sup>18</sup> Текст преузет са <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 30. децембар 2021.

masculi seu feminae sint, et sive ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis seu sub potestate sint constituti ...<sup>19</sup>

## CAPUT II.

Si igitur defunctus descendentes quidem non derelinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto, sicut per subsequencia declarabitur. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus qui proximi gradu reperiuntur masculos et feminas, sive materni seu paterni sint. Si autem eundem habent gradum, ex aequo inter eos hereditas dividitur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticumque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscumque eos inveniri contigerit. Si vero cum ascendentibus inveniuntur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem ... Differentia nulla. servanda inter personas istas, sive feminae seu masculi fuerint qui ad hereditatem vocantur, et sive per masculi seu per feminae personam copulantur, et sive suae potestatis seu sub potestate fuerit cui succedunt. ...<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> „Глава 1. ... ако неко од тих потомака умре остављајући децу, његови синови, кћери и остали потомци ће наследити уместо својих родитеља, било да су под влашћу оставиоца или самовласни, добијајући онај део наследства, који би имао њихов родитељ, да је жив. Такво наслеђивање се од давнина зове „по тракама“. Не желимо да у овом наследном реду правимо разлику између степена сродства, те прописујемо да се позивају на наследство и синови и ћерке синова и ћерки које су умрле пре оставиоца. Нема разлике између особа мушког и женског пола, потомака мушке или женске деце, својевласних и лица под туђом влашћу ...”. Превод Андреја Катанчевић, „Епидемија Јустинијанове куге и интестатско наслеђивање”, *Епидемија. Право. Друштво*, Београд 2022, у штампи.

<sup>20</sup> „Глава 2. Последично, уколико оставилац нема потомака наследника, наређујемо да отац, мајка и други преци који га надживе, имају предност над бочним сродницима, са изузетком пунородне браће [и сестара], како се ниже прописује. Уколико има више живих предака, наређујемо да предност имају они ближег сродства, без обзира на то да ли су мушког или женског пола, патрилинеарни или матрилинеарни. Уколико су истог степена сродства, заоставштина се дели између њих, тако да патрилинеарни добијају половину ма колико да их има, а половину матрилинеарни, ма колико да их има. Ако пунородна браћа и сестре конкуришу прецима за наследство, позивају се на наследство са сродницима оставиоца најближег степена сродства. Ако мајка или отац надживе оставиоца, заоставштина се дели између наследника према

### CAPUT III.

Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primum ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus qui ex uno parente coniuncti sunt defuncto, sive per patrem solum seu per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre hiis masculis et feminis, et quanticumque fuerint, tantam ex hereditate portionem percipient, quantam eorum parens futurus esset accipere si superstes esset. ... Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum aut feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant; nulli <autem> alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc ius largimur. ... 1. Si vero neque fratres neque filios fratrum ... omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniore gradu ipsi reliquis praeponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividitur, quod in capita nostrae leges appellant.<sup>21</sup>

Како се из цитираног текста види, Јустинијан је изједначио наследнике оба пола, матрилинеарне и патрилинеарне сроднике, као и својевласна и лица под нечијом влашћу. Понављање речи којима се то прописује указује на потребу да се реформа посебно нагласи. Новина је

---

њиховом броју, тако да родитељ и браћа [или сестре] имају исти део. ... Нема разлике да ли је реч о мушким или женским особама које се позивају на наследство, патрилинеарним или матрилинеарним сродницима, својевласним или под влашћу. ...” Превод Катанчевић 2022, у штампи.

<sup>21</sup> „Глава 3. Уколико оставилац нема децу ни претке, последично позивамо прво на наследство пунородну браћу и сестре, које позивамо и заједно са оцем или мајком. Уколико они не постоје, позивамо полуродну браћу [и сестре], било по оцу или по мајци. Уколико оставилац има браћу [и сестре] и децу претходно преминулог брата или сестре, заједно се позивају на наследство без обзира на њихов број и последњи добијају део који би добио њихов родитељ да је жив, без обзира на пол и то да ли су сродници по мушкој или женској линији. ... Такву привилегију у овом наследном реду дајемо само деци браће и сестара, да могу представљати своје родитеље. Остали из тог реда немају то право. ... 1. Уколико нема браће и сестара, нити њихове деце ... позивамо на наследство све остале бочне крвне сроднике, по степену сродства, тако да предност имају они у ближем степену. Уколико их има више истог степена, заоставштина се дели према броју наследника, што наши закони називају „по главама”.” Превод Катанчевић 2022, у штампи.



довела до тога да у првом наследном реду представљање буде могуће и код потомака по женској линији, односно потомци оставиочеве ћерке или унуке могу да је репрезентују у наслеђивању.

Са друге стране, Јустинијан је остао већим делом веран правилу које се приписује још Закону дванаест таблица да наследници који нису потомци не наслеђују *per stirpes*. Према римској традицији, најближи аганти децемвирског права су наслеђивали по главама. Исти случај је био и са крвним сродницима неагнатима, које је претор додао у посебан наследни ред одмах иза агната. У другом Јустинијановом наследном реду се позивају преци и, када конкуришу прецима, браћа и сестре који су понородни, односно од истог оца и исте мајке. Још једном се наслеђује *per capita*, осим у једном изузетном случају када је то правило ублажено. Уколико су преци који се позивају на наслеђе истог степена сродства, а међу њима има и патрилинеарних и мартилинеарних, заоставштина се прво дели на две једнаке линије, прву за претке по мајци, а другу за претке по оцу. Свака од тих лоза се даље дели по главама. То значи да ће оба родитеља добити по половину уколико конкуришу за наслеђе. Уколико нпр. конкуришу баба и деда по оцу и баба по мајци, очеви родитељи би добили по  $\frac{1}{4}$ , а мајчина мајка  $\frac{1}{2}$  оставине.

Ако у том наследном реду не дође до наслеђивања, позивају се пунородна,<sup>22</sup> а иза њих полуродна браћа и сестре, односно они који са оставиоцем деле само мајку или само оца. У том наследном реду долази до ограниченог представљања, тако да деца браће и сестара могу да репрезентују своје претходно преминуле родитеље. По свој прилици то не могу и унуци и потомци даљег степена сродства.

Последњи корак у Јустинијановом законодавству ка проширењу наслеђивања по линијама се догодио пет година после поменуте конституције. Цар је 548. године донео Новелу 127, у којој је прописао: NOV. 127. Idem Aug Basso pp. ... CAPUT I. ... si quis moriens relinquat ascendentium aliquem et fratres qui possunt cum parentibus vocari et alterius fratris praemortui filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur et praemortui fratris filii, et tantam accipiant portionem, quantam futurus erat eorum pater accipere si vixisset. Haec vero sancimus de illis fratris filiis quorum pater ex utroque parente iungebatur defuncto, et absolute dicendum quem eis dedimus ordinem quando cum solis vocantur fratribus, eundem eos habere

---

<sup>22</sup> Чини се да се пунородна браћа и сестре према Јустинијановом праву позивају у два наследна реда, зависно од тога коме конкуришу, слично брачном другу у савременом српском праву.

iubemus et quando cum fratribus vocantur ascendentium aliqui ad hereditatem: hoc iubentes ex kalendis Ianuariis praesentis undecimae indictionis.<sup>23</sup>

Новела се састоји у томе што се дозвољава деци пунородне браће и сестара да представљају своје родитеље у другом наследном реду, где се конкурише прецима оставиоца. Такво право имају само потомци браће и сестара првог степена сродства, а не и остали. Тако је правило о једностепеној репрезентацији, каква је постојала у трећем наследном реду (када се позивају на наслеђе браћа и сестре, а не и преци) проширено и на други наследни ред.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Начело репрезентације у наследном праву је форумилисано за потребе наслеђивања од стране потомака у римском праву. Оне међу њима, који су се у тренутку декујусове смрти нашли под његовом влашћу, Закон дванаест таблица је груписао у први наследни ред. Три века касније, користећи цивилни институт узукапије заоставштине, претор је њима додао и оне потомке који се више нису налазили под оставиочевом влашћу, на првом месту оне који су еманциповани. Тада се и јавила већа потреба за дефинисањем правила представљања, јер је по правилу долазило до деобе заоставштине, пошто санаследници нису били у заједници живота, нити су настављали да живе у конзорцијуму.

До проширења правила репрезентације на остале сроднике наследнике је дошло тек у Јустинијановом праву и то после окончања његовог кодификаторског подухвата. Новелом 118. године 543. су уведене три значајне новине: репрезентација женских предака у првом наследном реду, деоба на очеву и мајчину лозу уколико конкуришу преци истог степена сродства и представљање браће и сестара декујуса од стране њихове деце када не конкуришу прецима. Пет година касније прописано је и правило према коме деца браће и сестара декујуса у наслеђивању увек репрезентују своје родитеље.

---

<sup>23</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 30. децембар 2021. „Исти Август [Јустинијан] Басу, преторијанском префекту: ... ГЛАВА 1. Уколико оставилац има претке и браћу [или сестре], који могу да се позову са родитељима на наследство и децу друге претходно умрле браће [и сестара], са прецима и браћом [и сестрама] позивају се и деца претходно преминуле браће [и сестара], и добијају онај део, који би добио њихов родитељ да је жив. То наређујемо за децу пунородне браће [и сестара], и безусловно и за случај да се она позивају на наследство само са браћом [и сестрама] и када се заједно позивају и преци. Ово ступа на снагу од 1. јануара једанаестог индикта [548. године]”. Превод Катанчевић 2022, у штампи.

ЛИТЕРАТУРА И ПРЕВОДИ ИЗВОРА:

- Антић, Оливер, *Наследно право*, Београд 2002;  
Daube, David, „The Preponderance of Intestacy at Rome”, *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt am Main 1991;  
Jakab, Éva, „Inheritance”, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society* (ed. Paul J du Plessis, Clifford Ando, Kaius Tuori), Oxford 2016;  
Катанчевић, Андреја, „Епидемија Јустинијанове куге и интестатско наслеђивање”, *Епидемија. Право. Друштво*, Београд 2022, у штампи;  
Катанчевић, Андреја, *Преткласични услови узуканије*, Београд 2022;  
Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, München 1971;  
Romas, Ante, *Institutiones Iustiniani*, Zagreb 1994;  
Solazzi, Siro, *Diritto ereditario romano*, Napoli 1932;  
Станојевић, Обрад, *Гаж. Институције*, Београд 2009;  
Watson, Alan, *Rome of the XII Tables*, Princeton 1974;  
Watson, Alan, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford 1971.

Andreja KATANČEVIĆ, Ph.D

Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

## THE REPRESENTATION PRINCIPLE IN THE ROMAN LAW OF INHERITANCE

### Summary

Rule of representation is one of the many Roman rules received in the modern legal systems. The same is true for the Serbian contemporary law of succession. The 1995 Inheritance Act expanded its application in the third line of succession. The aim of the paper is to investigate when and why the representation principle was formulated and to reconstruct its historical development within its Roman history, until the time of Justinian. Applied methods are linguistic, systemic and historical interpretation of Gaius' and Justinian's institutes, as well as the novels 118 and 127, from 543 and 548 AD.

**Key words:** *per stirpes*, *per capita*, *ius representationis*, Novel 118, Novel 127

прегледни рад  
достављен: 04. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 22. 04. 2022.  
УДК 347.243(497.11)

Др Стефан САМАРЦИЋ\*  
Др Лука БАТУРАН\*  
Марија МИТРОВИЋ\*

## НЕОБРАЂЕНО ПОЉОПРИВРЕДНО ЗЕМЉИШТЕ: УЗРОЦИ И РАЗМЕРЕ ПРОБЛЕМА И ПОСТОЈЕЋИ ПРАВНИ ОКВИР

### Апстракт

У фокусу овог истраживања је проблем необрађеног пољопривредног земљишта на територији Србије. Значај истраживања се огледа у чињеници да пољопривредно земљиште представља ограничен природни ресурс, од кључне важности за производњу хране. Укључењем тренутно неискоришћеног земљишта у функцију производње утицало би се на повећање вредности производње и квалитета живота у Србији. Циљ је да се констатују размере проблема необрађеног пољопривредног земљишта и узроци настанка проблема, као и значај пољопривредног земљишта у процесу производње. Такође, циљ је и да се сагледа постојећи правни оквир за алокацију пољопривредног земљишта у Србији. Закључак рада је да максималан ниво искоришћености пољопривредног земљишта није сам по себи оптималан, те да приликом дефинисања правног оквира за коишћење земљишта треба водити рачуна о томе да се ресурси не користе ни испод, али ни изнад оптималног нивоа.

**Кључне речи:** пољопривредно земљиште; обрадиво земљиште; необрађено земљиште; ограничење права својине.

---

\* Асистент са докторатом, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, ssamardzic@pf.uns.ac.rs.

\* Асистент са докторатом, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, lbaturan@pf.uns.ac.rs.

\* Студент докторских студија, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, marija.mitrovic@lawoffice-rs.com.

## 1. УВОД

**Пољопривредна производња** заузима веома значајан удео у креирању бруто домаћег производа Србије. Према подацима Републичког завода за статистику, удео пољопривредне производње у укупном БДП Србије креће се између 9 и 11%, што је доста висок проценат у односу на просек земаља ЕУ. Пољопривредна производња ангажује за европски просек значајан део расположиве радне снаге. Према подацима државних органа, запослени у пољопривреди чине чак око 21% укупно запослених у Републици Србији.<sup>1</sup>

Велики допринос пољопривреде националној економији Србије резултат је више фактора. Иако је томе у значајној мери допринео лош резултат осталих привредних сектора због закаснелог реструктурирања и трансформације и озбиљне реформе које су у пољопривредном сектору учињене последњих деценија (промена власничке структуре у процесу приватизације и реституције, организационе промене када је у питању газдовање пољопривредним земљиштем у јавној својини итд.), основни разлог јесу богати природни ресурси којима Србија располаже, као и оптимални климатски услови за пољопривредну (пре свега биљну) производњу. У том смислу, Србија располаже великим површинама земљишта погодним за развој пољопривредне производње.

До **Пописа пољопривреде 2012. године**, Србија није располагала прецизним подацима потребним за сагледавање структуре пољопривредних газдинстава. Годишњи подаци који су се односили на биљну производњу добијани су индиректно – проценом на основу података катастра непокретности Републичког геодетског завода. Поређењем дотадашњих података са подацима Пописа пољопривреде из 2012. године, утврђено је да су површине коришћеног пољопривредног земљишта мање у односу на приказиване површине дотадашњих истраживања.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Стратегија пољопривреде и руралног развоја Републике Србије за период 2014-2024. године, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2014 (у даљем тексту: Стратегија пољопривреде 2014-2024).

<sup>2</sup> До ове разлике дошло је заправо услед различитог метода прикупљања података и због разлике у дефиницијама коришћеног пољопривредног земљишта. Д. Гавриловић, *Статистички годишњак РС*, Републички завод за статистику, Београд, 2019, 196.

Према резултатима Пописа (2012), **расположиво земљиште**<sup>3</sup> у Србији износи 5.346.597 ha.<sup>4</sup> Од те површине, површина пољопривредног земљишта износи 3.861.477 ha, односно 72,2% расположивог земљишног фонда. Од укупне површине пољопривредног земљишта, за пољопривредну производњу користи се 3.437.423 ha, што представља око 64,3% расположивог земљишног фонда.<sup>5</sup> „Земљишта у Републици Србији су веома разноврсна, што је резултат велике хетерогености геолошке структуре, климе, вегетације и микрофауне. Две трећине пољопривредног земљишта је у областима где је захваљујући повољном распореду падавина гајење усева могуће преко 200 дана годишње. Око 45% пољопривредног земљишта чини пољопривредно земљиште погодно за обраду без значајних ограничења, док остатак чини пољопривредно земљиште које углавном није погодно за обраду или се може обрађивати уз значајна ограничења.“<sup>6</sup>

**Коришћено пољопривредно земљиште** дефинише се у литератури као земљишна површина која се користи за пољопривредну производњу и чине га оранице и баште, воћњаци, виногради, ливаде и пашњаци и остале пољопривредне површине. Највећи део коришћеног пољопривредног земљишта отпада на оранице и баште (74,1%). Ливаде чине 10,1%, пашњаци 9,3%, воћњаци 5,3% и виногради 0,6% површине коришћеног пољопривредног земљишта.<sup>7</sup>

Оно што забрињава је да је „у Србији је дошло до повећања површина некоришћеног пољопривредног земљишта. У поједним општинама које су изразито руралне, забрињавајуће велике површине пољопривредног земљишта су напуштене.“<sup>8</sup> Према подацима Пописа (2012), површина пољопривредног земљишта које се не користи за пољопривредну производњу износи чак 424.054 ha, што представља 7,9% укупног расположивог земљишта у Србији или 11% укупног пољопривредног земљишта у Србији. Другим речима, сваки девети хектар пољопривредног земљишта није у функцији пољопривредне производње.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> У расположиво земљиште улази коришћено пољопривредно земљиште, некоришћено пољопривредно земљиште, шумско земљиште и остало земљиште.

<sup>4</sup> М. Шеварлић, *Попис пољопривреде*, Републички завод за статистику, Београд, 2015, 37.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Стратегија пољопривреде (2014-2024).

<sup>7</sup> Д. Гавриловић, *op.cit.*, 195. Подаци се односе на 2018. годину.

<sup>8</sup> М. Шеварлић (2015), *op.cit.*, 6.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 67.

Управо ће **проблем необрађеног пољопривредног земљишта** бити тема овог истраживања.

**Значај** овог истраживања огледа се у чињеници да пољопривредно земљиште представља ограничен природни ресурс, од кључне важности за производњу хране. Укључењем тренутно неискоришћеног земљишта у функцију производње утицало би се на повећање вредности производње и квалитета живота у Србији.

**Циљ** истраживања је да се, коришћењем постојеће литературе и релевантних извора, констатују размере проблема необрађеног пољопривредног земљишта и узроци настанка проблема, као и значај пољопривредног земљишта у процесу производње. Такође, истраживање треба да послужи и као полазна основа да се сагледају правни институти којима се може подстаћи оптимално коришћење пољопривредног земљишта, што ће бити предмет истраживања у наредном периоду.

**Предмет** истраживања јесу општи правни акти којима се регулише право на коришћење расположивог пољопривредног земљишта у Србији, у оним деловима који отварају могућност стављања у функцију оног пољопривредног земљишта које је тренутно ван функције и не користи се из различитих разлога. Ово се пре свега односи на Закон о пољопривреди и руралном развоју, Закон о пољопривредном земљишту и Стратегију пољопривреде и руралног развоја Републике Србије.

Специфичност предмета истраживања захтева комбинацију економских и правних **метода**. За економску анализу проблема користиће се метод неокласичне и неоинституционалне економије и економије благостања.<sup>10</sup> Од метода правне науке, биће коришћени нормативни и упоредно-правни метод.

Основна **хипотеза** рада је да максималан ниво искоришћености пољопривредног земљишта није сам по себи оптималан, те да приликом дефинисања правног оквира за коришћење земљишта треба водити рачуна да се ресурси не користе испод, али ни изнад оптималног нивоа. Зато

---

<sup>10</sup> Управо је коришћење методологије савремене микроекономске теорије оно што разликује ову анализу од других анализа истог проблема. Као последица коришћења различите методологије, произлазе и различити закључци. Упореди: М. Исаковић, М. Шеварлић, Необрађене ораничне површине у Србији. *Зборник радова Географског факултета*, год. XLVI, 1996, 49-60; М. Шеварлић, *Друштвено-економске потребе и могућности смањивања необрађене ораничне површине у СР Србији ван територија САП* (докторска дисертација), Пољопривредни факултет Универзитета у Београду, 1988; М. Шеварлић (2015), 13-15.



економска теорија сугерише да правни оквир буде креиран тако да омогући ефикасно коришћење земљишта као фактора производње, ослањајући се на тржишни механизам који подстиче конкурентско надметање привредних субјеката.

## 2. ПОЉОПРИВРЕДНО ЗЕМЉИШТЕ У СТРАТЕГИЈИ ПОЉОПРИВРЕДЕ (2014-2024)

Држава је одговорна да дефинише политички и правни оквир који ће омогућити економским субјектима да максимизују ефикасност производње, у циљу максимизације друштвеног благостања. У том смислу, обавеза државе је да стабилном, дугорочном и ефикасном политиком реагује на актуелне изазове. У настојању да се што јасније трасира правац будућих реформи пољопривредног сектора у склопу спољних и унутрашњих изазова са којима се он суочава, као и да се дефинишу мере и активности за обнову и активирање развојних потенцијала руралних средина, Влада Србије је на предлог Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде<sup>11</sup> усвојила **Стратегију пољопривреде**, која као основни и дугорочни стратешки документ дефинише циљеве, приоритете и оквире политичких и институционалних реформи у области пољопривреде и руралног развоја. Овим документом успостављени су темељи нове пољопривредне политике, дефинисани у складу са принципима модерног управљања јавним политикама.<sup>12</sup>

Као **стратешки циљ** пољопривредне политике, Стратегија пољопривреде поставља очување и унапређење плодности пољопривредног земљишта, као и креирање ефикасног система управљања земљишним ресурсима. Као оперативни циљеви наводе се, између осталог и: већи степен коришћења пољопривредних површина; ефикасније коришћење земљишта слабијег квалитета, односно необрадивог пољопривредног земљишта; успостављање ефикасног система управљања земљиштем (катастар, ГИС, ЛПИС).<sup>13</sup>

Стратегија пољопривреде предвиђа усвајање и прилагођавање закона који регулишу промет, закуп и наслеђивања земљишта, али и обавезу одржавања земљишта у добрим производним условима. Предвиђа

---

<sup>11</sup> У даљем тексту: министарство пољопривреде.

<sup>12</sup> Стратегија пољопривреде (2014-2024).

<sup>13</sup> Стратегија пољопривреде (2014-2024).

се и обраћање више пажње на заштиту пољопривредног земљишта, у смислу ограничавања претварања најквалитетнијег пољопривредног земљишта у земљиште за друге намене. Посебан скуп активности предвиђа се на јачању институционалних капацитета за ефикасно управљање земљиштем, као што је успостављање функционалних система евиденције, регистара и база података (ЛПИС, земљишне књиге, педолошке карте и др.). Посебно је интересантно што Стратегија пољопривреде предвиђа увођење пореских и буџетских подстицаја, чији је циљ повећање и консолидација земљишта одрживих пољопривредних газдинстава и успостављање активнијег тржишта земљишта.<sup>14</sup>

### 3. ЕФИКАСНОСТ ПРОИЗВОДЊЕ И УЛОГА ПОЉОПРИВРЕДНОГ ЗЕМЉИШТА

**Производња** представља процес прилагођавања природе људским потребама у којем се обликују предмети природе и обезбеђују материјални услови егзистенције становништва и задовољење друштвених потреба. Она представља природан услов опстанка друштва и сваког припадника друштвене заједнице. Сваки облик производње представља процес коришћења и трансформације ресурса или фактора производње у различите корисне облике: производе.<sup>15</sup>

**Друштвени производ** представља збир вредности свих произведених роба и услуга у једној привреди у току године дана. Потенцијални друштвени производ представља ону вредност производње која би се реализовала у стању пуне запослености, уз коришћење постојећих ресурса. Циљ вођења сваке економске политике јесте да се текући (остварени) друштвени производ што више приближи потенцијалном.<sup>16</sup>

**Привредни развој** представља процес увећања материјалног богатства друштва уз истовремене структурне промене привреде које укључују и промене у алокацији расположивих ресурса. Привредни раст, као непрекидан пораст вредности производње по становнику, представља квантитативни и основни фактор постизања привредног развоја. Два су

---

<sup>14</sup> Стратегија пољопривреде (2014-2024).

<sup>15</sup> А. Драгићевић, *Leksikon političke ekonomije*, Informator, Zagreb, 1983, 478; М. Јакшић и др. *Економски речник*. Економски факултет Универзитета у Београду, 2010, 740.

<sup>16</sup> Е. Вукадин, *Економска политика*. Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 65-66 и 74-77.

могућа извора повећања стопе раста друштвеног производа: већа понуда фактора производње или повећање њихове продуктивности.<sup>17</sup>

Питање које се на овом месту поставља је каква је позиција пољопривредног земљишта у процесу производње, те како би се постојећи потенцијал неискоришћеног пољопривредног земљишта могао ставити у функцију производње и привредног раста и развоја.

**Пољопривредно земљиште** у економском смислу представља један од три основна и традиционално схваћена фактора производње, поред рада и капитала. У пољопривредно земљиште спада земљиште које се користи за пољопривредну производњу, као и земљиште које се може привести намени за пољопривредну производњу. Обрадиво земљиште, у које спадају њиве, вртови, воћњаци, виногради, ливаде, користи се за добијање биљних и сточарских производа, док се необрадиво земљиште (пашњаци, рибњаци, трстици и мочваре) користи за испашу стоке, производњу рибе и сакупљање биљних и анималних производа, у процесима алтернативне пољопривредне производње и/или тзв. сакупљачких делатности.<sup>18</sup>

**Тржиште** представља механизам за међусобно усклађивање понуде и тражње. Произвођачи на тржишту прибављају факторе производње (који су ретки- ограничени), трансформишу их у различите корисне облике, које на тржишту производа нуде потрошачима- домаћинствима. Економска ефикасност максимизује се на конкуретном тржишту, у међусобном надметању економских субјеката. Оптимална алокација представља стање на тржишту у коме су ресурси којима друштво располаже искоришћени тако да дају максималну вредност производње на дуги рок.<sup>19</sup>

**Економска ефикасност** се посматра кроз четири своја вида, а то су алокативна, производна, динамичка и селективна ефикасност.

---

<sup>17</sup> *Ibid*, 78-82.

<sup>18</sup> Закон о пољопривредном земљишту, чл. 2, ст. 1, тч. 1. *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 65/2008, 41/2009, 112/2015, 80/2017, 95/2018; М. Шеварлић (2015), *op.cit*, 14.

<sup>19</sup> Оно што је важно истаћи, у економији максимално није увек оптимално. Оптималан ниво производње је онај при коме су се граничне корисности производње изједначиле са граничним трошковима. У том случају, ресурси су тако алоцирани да се не може поправити положај једног субјекта, а да то не буде на штету неког другог (Парето-оптимум), и тада је максимизована економска ефикасност. Обим производње преко овог нивоа, доводи до тога да су друштвени трошкови већи од корисности која произлази из производње додатне јединице производа, што даље доводи до смањења друштвеног благостања.

Алокативна ефикасност значи да произвођачи нуде тачно оне производе и услуге који су људима потребни, и то у количинама које апсолутно одговарају тражњи. Производна ефикасност представља производњу уз најниже могуће трошкове по јединици производа. Динамичка ефикасност подразумева улагања у истраживање и развој постојећих и креирање нових производа и процеса производње. Последица тога је постизање економског раста уз обарање цене производње по јединици производа, тако да ће у будућности доћи до задовољења неких људских потреба које су данас незадовољене. Селективна ефикасност значи раздвајање успешних произвођача од неуспешних, при чему успешни опстају на тржишту и постижу раст, док су неуспешни приморани или да одговоре на конкурентски притисак повећањем ефикасности, или да напусте грану.<sup>20</sup>

На овом месту, у фокусу анализе је **тржиште пољопривредног земљишта**. Као и код осталих фактора производње, тражња за пољопривредним земљиштем је изведена (деривирана) из тражње за производима који се добијају коришћењем тих фактора. У конкретном случају, тражња за пољопривредним земљиштем, односно цена коју су произвођачи спремни да понуде за једну јединицу, зависи од цене пољопривредних производа који се могу произвести на том земљишту. Што је цена пољопривредних производа већа, то су произвођачи спремнији да понуде већи износ за куповину/закуп земљишта, и обрнуто. Оно што је одлика свих економских ресурса, јесте да су бројем и количином ограничени. Међутим, за разлику од оних чији је број варијабилан, понуда земљишта је и на дуги рок нееластична. Количина земљишта на тржишту је непромењива, што доводи до тога да је његова цена на тржишту условљена једино тражњом.

**Тражњу** пољопривредног земљишта чине произвођачи. Понашајући се економски рационално, они су заинтересовани да земљиште прибаве по што нижој цени, како би максимизовали сопствени

---

<sup>20</sup> Б. Беговић, В. Павић, *Увод у право конкуренције*. Правни факултет Универзитета у Београду, 2021, 14-16, наведено према: Л. Батуран, *Економска анализа правног режима за пренос права својине на непокретностима у Републици Србији* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, 2016, 15-16. Доступно на: <https://uvidok.rcub.bg.ac.rs/bitstream/handle/123456789/1720/Doktorat.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

профит. Под претпоставком да не постоји монопол на страни тражње („монопсон“), тржишна цена закупа јавља се као унапред дата величина.<sup>21</sup>

**Понуду** пољопривредног земљишта чине његови власници. Један део пољопривредног земљишта налази се у приватној својини. Власници земљишта су заинтересовани да остваре што је могуће већу корисност од ресурса којим располажу. Да ли ће то учинити давањем земљишта у закуп, или ће се сами упустити у производњу, одлука је на њима, и они ће је донети у зависности од сопствене процене тога шта им се више исплати. Други део пољопривредног земљишта, око 515.000 ha,<sup>22</sup> налази се у државној својини, које се издаје у закуп на основу Закона о пољопривредном земљишту.<sup>23</sup>

#### 4. РАЗЛОЗИ ЗА НЕКОРИШЋЕЊЕ ЗЕМЉИШТА

Теорија набраја **већи број разлога за некоришћење земљишта**, који се могу класификовати у три групе:

- (1) гео-био-физички разлози (надморска висина, геолошка подлога, нагиб, плодност, дубина тла, ерозија, клима и климатске промене);
- (2) социо-економски разлози (подстицаји на тржишту, миграција и депопулација руралних подручја, технолошки развој, индустријализација, правни режими на земљишту и правна сигурност, карактеристике фарми, старост пољопривредника, доступност путне инфраструктуре и близина градова); и
- (3) неприлагођеност пољопривредног система и лоше управљање земљиштем, што доводи до деградације тла, честих поплава, прекомерне експлоатације и губитка продуктивности.<sup>24</sup> У најопштијем економском

---

<sup>21</sup> Након пропасти социјализма, произвођачи који су били у државном и друштвеном сектору углавном нису успели да издрже тржишни притисак, тако да је највећи део пољопривредне производње тренутно у приватном сектору. Ако су државни произвођачи успели да опстану на тржишту, то значи да су се или прилагодили захтевима тржишта и послују ефикасно изложени конкуренцији приватних произвођача, или преживљавају захваљујући државној помоћи.

<sup>22</sup> И. Албуновић, Већи порез за власнике запустених њива, *Politika Online*, <http://www.politika.rs/scc/clanak/433995/Veci-porez-za-vlasnike-zapustenih-njiva>, 19.07.2019.

<sup>23</sup> Један мањи део даје се на коришћење државним образовним, научноистраживачким, саветодавним и социјалним установама без плаћања накнаде.

<sup>24</sup> J.M.R. Banayas et al. Abandonment of agricultural land: an overview of drivers and consequences. *CAB Reviews Perspectives in Agriculture Veterinary Science Nutrition and Natural Resources*, Vol. 2, No.057, 2007, 1-14.

смислу, постоје два основна приступа објашњењу настанка проблема земљишта које се не користи. Узрок се може дефинисати као релативно **високи трошкови производње** који не оправдавају коришћење одређених парцела пољопривредног земљишта. Различити су фактори који утичу на постојање високих трошкова производње. Удаљеност парцела од простора где постоји расположива радна снага генерише високе транспортне трошкове. Проблем постаје све израженији са депопулацијом појединих региона. У таквим регионима (Сјеница, Црна Трава...) по правилу је проблем неискоришћеног земљишта и највећи.<sup>25</sup> Дакле, може се закључити да овде проблем можда и није у самом земљишту као једном, већ у радној снази као другом фактору производње, због њеног израженог недостатка.

Друго објашњење јесте релативно **ниска продуктивност** одређених парцела или типова земљишта, која не обезбеђује покривање трошкова производње. Разлога је више. Као што је већ више пута примећено, најчешће је у питању необрадиво земљиште: пашњаци, мочваре, трстици и рибњаци. Технолошке промене довеле су до промене начина сточарске производње: у односу на ранија времена када су с пролећа сточари излазили са стоком у планину у потрази за пашњацима, да би се зими спуштали у насеља и стоку хранили у шталама, модерна сточарска производња одвија се готово искључиво на фармама. Самим тим, некадашња вредност пашњака је драстично умањена. Такође, мала вредност производа који се могу добити у мочварама, трстицима и рибњацима такође тренутно не оправдава њихово коришћење.

## 5. НЕИСКОРИШЋЕНО ПОЉОПРИВРЕДНО ЗЕМЉИШТЕ У ПРИВАТНОЈ СВОЈИНИ

При дефинисању **правног режима на пољопривредном земљишту** потребно је отклонити одређене недоумице и дилеме. Наиме, према Закону о јавној својини, пољопривредно земљиште је дефинисано као добро од општег интереса, због чега ужива посебну заштиту и налази се у јавној, односно државној својини.<sup>26</sup> Ово се односи на земљиште као материју. Сво земљиште на одређеној територији је у складу са Законом о

---

<sup>25</sup> М. Исаковић, М. Шеварлић (1996), *op.cit.*, 56-57

<sup>26</sup> Закон о јавној својини, чл. 10 ст. 1 и 6. *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 88/2013, 105/2014, 104/2016, 113/2017, 9/2018. Д. Дабовић, *Пољопривредно право*. Београд, 2016, 200-210.

државном премеру и катастру издељено на катастарске парцеле. Катастарска парцела је основна катастарска територијална јединица и представља део земљишта у катастарској општини одређен границом (међом) и означен јединственим бројем, на коме постоји право својине.<sup>27</sup> Парцела пољопривредног земљишта може бити у приватној или у јавној својини.<sup>28</sup> Дакле, појединац који је „власник пољопривредног земљишта“ нема у својини земљиште као материју нити са њим може радити шта му је воља, већ је он власник парцеле земљишта на ком има право својине,<sup>29</sup> и на тој парцели има право да обавља пољопривредну производњу, у складу са општим интересом дефинисаним законима, пре свега Законом о пољопривредном земљишту.

Како је већ наведено, највећи део пољопривредног земљишта у Србији налази се у **режиму приватне својине**. Због специфичног значаја пољопривредног земљишта као општег добра, права власника земљишта су ограничена јавним интересом. Пољопривредно земљиште користи се за пољопривредну производњу и не може се користити у друге сврхе, осим у случајевима и под условима утврђеним Законом о пољопривредном земљишту.<sup>30</sup> Власник, односно корисник пољопривредног земљишта дужан је да обрадиво пољопривредно земљиште редовно обрађује и да примењује мере прописане законом, те да том приликом поступа као добар домаћин и по правилима кодекса добре пољопривредне праксе.<sup>31</sup>

**Основни циљ свих произвођача**, па тако и оних који се баве пољопривредом, јесте максимизација профита. Произвођач максимизује свој профит тако што на оптималан начин користи ресурсе којима располаже, односно бира оптималан обим производње. Профит је максимизован у моменту у ком су гранични приходи и гранични трошкови изједначени. Обим производње који прелази оптимални (равнотежни) ниво карактеришу већи гранични трошкови од граничних прихода, што значи да ће производња додатне јединице производа

---

<sup>27</sup> Закон о државном премеру и катастру, чл. 41 и 42. *Сл. гласник РС*, бр. 72/09, 18/10, 65/13, 15/15, 96/15, 47/17, 113/17, 27/18, 41/18, 9/20.

<sup>28</sup> Закон о основама својинскоправних односа, чл. 9 ст. 1. *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90; *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96; *Сл. гласник РС*, бр. 115/05.

<sup>29</sup> Под појмом власник пољопривредног земљишта, за потребе овог рада подразумеваће се власник парцеле пољопривредног земљишта.

<sup>30</sup> Закон о пољопривредном земљишту, чл. 15.

<sup>31</sup> Закон о пољопривредном земљишту, чл. 59.

негативно утицати на доходак произвођача. Производња преко тог нивоа је неодржива на дуги рок, и нипошто није економски оправдана.<sup>32</sup>

Као и сваку ствар, власник пољопривредног земљишта може своју ствар **непосредно користити** за пољопривредну производњу, а може је и **издати у закуп** другим произвођачима. Уколико се власник одлучи за производњу у сопственој режији, део дохотка у висини закупнине представља његову земљишну ренту, део дохотка у висини најамнине представља његов приход по основу рада, а преостали износ представља доходак произвођача. Уколико се пак одлучи да земљиште изда у закуп, он остварује само земљишну ренту, док профит и најамнину остварује произвођач купац и радници које он ангажује. Да ли ће се власник одлучити да своје земљиште да другом произвођачу у закуп, или ће се самостално упустити у производњу, зависи од процене власника шта му се више исплати, односно шта му доноси већи прираст корисности.

Суштински, одлука приватног власника, који се према претпоставци економске теорије понаша рационално, да **своје земљиште остави ван пољопривредне производње**, може се објаснити на два начина. На првом месту, трошкови производње толико су високи да производња није рентабилна. Само илустрације ради, разлози за некористићење могу бити ниска продуктивност земљишта, високи транспортни трошкови због неповољног географског положаја, нарушени или нерешени сувласнички односи, технолошка превазиђеност одређеног начина производње (нпр. када су у питању пашњаци), демографски проблеми због којих у одређеном региону нема довољно радне снаге, итд. Са друге стране, цена пољопривредних производа која се може постићи на тржишту производа је толико ниска, да приходи које би произвођач могао остварити не оправдавају производњу на одређеним површинама земљишта.

На више места је могуће наћи економски рационална објашњења узрока неискористићености земљишта. Стратегија пољопривредне, наводи да „поред површина које се остављају за угар, значајан део површина под ливадама и пашњацима се не користи због неприступачности, закоровљености или услед економске неисплативости.<sup>33</sup> Ови разлози се могу класификовати на различите начине: „Разлози за напуштање

---

<sup>32</sup> Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, *Економија за правнике*. Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 148-155; Г. Милошевић, *Основи економије*. Правни факултет у Новом Саду, 2016, 110-111.

<sup>33</sup> Стратегија пољопривреде 2014-2024



земљишта су вишедимензионални и могу се разликовати на следећи начин: природна ограничења, деградација земљишта, социо-економски фактори, демографска структура и институционални оквир.<sup>34</sup> И Јелчић има сличан, врло сликовито изражен став: „*Teško je, naime, pretpostaviti da su vlasnici neobrađenih obradivih poljoprivrednih zemljišta svojevrsni »kolekcionari« i čudaci koji uživaju u posjedovanju i kupovanju obradivih poljoprivrednih površina da bi s nepomučenom radošću mogli 'pasti oči' na oranicama obraslima korovom. Puno bliže stvarnosti je da to zemljište (a) ne mogu obrađivati sami; (b) ne mogu ga dati u zakup jer za to nema interesenata; (c) nemaju ga kome pokloniti; a (d) niti prodati; (e) nemaju ekonomskog smisla da bi ga obrađivali; (f) odnosno, ne samo da ga ne mogu obrađivati, nego mu se zbog kontaminiranosti minama ne mogu ni približiti i sl.*“<sup>35</sup>

Тешко је проценити колика површина пољопривредног земљишта у приватној својини није у функцији. У Стратегији пољопривреде и руралног развоја Србије (2014-2024) наводи се да се сваке године не обради између 200 и 350 хиљада хектара ораница и ливада, док је површина некоришћеног пољопривредног земљишта са пашњацима знатно већа. Од тог броја, на пољопривредно земљиште у државној својини које се не обрађује према последњим подацима отпада око 235.000 ha.

Током 90-их година површине необрађеног пољопривредног земљишта у приватном власништву биле су много веће, чак и у Војводини. У условима ратних дешавања и економских санкција, немогућност пласмана производа на инострана тржишта, ниска куповна моћ домаћег становништва, диктиране цене производа, релативно висока цена погонског горива итд., учиниле су да је за многе пољопривреднике производња постала нерентабилна. Међутим, након отварања државе и привреде после 2000. године, дошло је до обрнутог процеса: Србија је укључена на међународно тржиште, дошло је до пораста цена пољопривредних производа на иностраном тржишту, отворено је тржиште капитала за домаће произвођаче, напредне технологије су постале доступне, а дошло је до значајног раста субвенција које се

---

<sup>34</sup> Управа за пољопривредно земљиште, званични интернет сајт: Идентификација напуштеног државног пољопривредног земљишта, (20. децембар 2019. године), [https://upz.minpolj.gov.rs/sadrzaj/vest/identifikacija-napustenog-drzavnog-poljoprivrednog-zemljista/?script=lat\\_](https://upz.minpolj.gov.rs/sadrzaj/vest/identifikacija-napustenog-drzavnog-poljoprivrednog-zemljista/?script=lat_)

<sup>35</sup> В. Јелчић, *Najavljene promjene u oporezivanju imovine u Republici Hrvatskoj. Informator*, br. 6076, 2012.

исплаћују домаћим произвођачима из земље и иностранства. Последица тога је била очекивана: драстично смањење необрађеног пољопривредног земљишта у приватној својини.<sup>36</sup>

Простор за повећање искоришћености пољопривредног земљишта које се тренутно не обрађује ограничен је са једне стране правима које Устав гарантује власницима, а са друге стране ставом економске теорије да је производња оправдана једино ако гранична корисност превазилази граничне трошкове. Поставља се питање **шта се дешава ако власник не користи пољопривредно земљиште**. Ово питање је важно с обзиром на посебну заштиту коју земљиште ужива као опште добро.<sup>37</sup>

На првом месту, треба рећи да овде **нема места примени члана 46 Закона о основама својинскоправних односа**. Овај члан предвиђа да право својине престаје напуштањем ствари. Међутим, ствар се сматра напуштеном тек када њен власник на несумњив начин изрази да не жели више да је држи.<sup>38</sup> Дакле, овај члан регулише ситуацију у којој се власник „на несумњив начин изрази“ да не жели више да *држи ствар у својини*. Међутим најчешћа ситуација код пољопривредног земљишта је да власници само не желе да ствар *користе*. Штавише, по правилу су изразито заинтересовани да ту ствар у својини задрже. Ово се посебно односи на непокретности које су остале у завичају власника, које можда и немају велику употребну вредност колико имају афекциону вредност којом се власник веже за родни крај, своје детињство, младост, родитеље и сл. У тим случајевима (дакле по правилу) нема места примени члана 46 Закона о основама својинскоправних односа.

Пољопривредно земљиште које се не користи често је предмет узурпације од стране других произвођача, посебно уколико су власници одсутни. Уколико власник зна да му друга лица користе земљиште али не реагује (у смислу да не тражи да се таква активност обустави или захтева исплату закупнине), могло би се сматрати да је на овај начин дошло до

---

<sup>36</sup> Штавише, долази и до незаконитих појава попут узурпације државног пољопривредног земљишта, обрађују се и сужавају атарски путеви, површине око канала за наводњавање и сл. У многим општинама на северу земље необрађено је остало само земљиште које из различитих разлога није доступно произвођачима, или није подобно за обраду.

<sup>37</sup> Ипак, требало би са друге стране скренути пажњу и на то да је значај овог питања често пренаглашава. Некад је то из чисто доктринарног разлога (инсистирање на јакој улози државе на свим друштвеним пољима, па тако и у области грађанских права), а некад је то резултат појачаног сензибилитета јавности за питања која се односе на производњу хране.

<sup>38</sup> Закон о основама својинскоправних односа, чл. 46 ст. 2 и 3.

прећутног закључења уговора о закупу. Оно што је битно истаћи, на непокретној ствари коју је њен власник напустио, укључујући наравно и пољопривредно земљиште, лице које је узело ту ствар у државину са намером да је присвоји (окупација) не може стећи право својине.<sup>39</sup>

Законом о пољопривредном земљишту је предвиђен још један правни инструмент којим држава може да утиче на повећање искоришћености обрадивог пољопривредног земљишта. Наиме, **обрадиво пољопривредно земљиште које није обрађено у претходном вегетационом периоду, Министарство пољопривреде може дати у закуп физичком, односно правном лицу за период до три године, уз плаћање закупнине власнику земљишта, а по одбијању трошкова поступка.**<sup>40</sup> Па ипак, тренутно је у питању само законска могућност, коју због сложености процедуре и осетљивости својеврсног ограничавања права приватне својине није могуће операционализовати без даље конкретизације и прецизирања одговарајућим подзаконским актом.

Овлашћење за доношење подзаконских аката, пренето је на ресорног Министра пољопривреде,<sup>41</sup> који се осим овлашћење за доношење кодекса добре пољопривредне праксе, овлашћује да ближе пропише управо начин и поступак давања у закуп обрадивог пољопривредног земљишта које није обрађено у претходном вегетационом периоду. С обзиром на то да овај подзаконски акт још увек није донет, ово решење, које се у удбеницима грађанског права редовно наводи као пример ограничења права својине власника у општем друштвеном интересу,<sup>42</sup> ни после 40 година важења Закона о основама својинскоправних односа, касније преузето у Закон о пољопривредном земљишту још увек није заживело у пракси.

Приликом дефинисања поступка привременог присилног узимања необрађеног земљишта, треба водити рачуна о аргументима које је користио Уставни суд Хрватске када је укинуо слично решење које је постојало у њиховом Закону о пољопривредном земљишту. Према оцени тог суда, неспорно је да је правни институт којим се пољопривредно земљиште у приватној својини може дати у присилан закуп усаглашен са Уставом Хрватске јер има легитиман циљ: повећање пољопривредне производње, односно стављање у функцију некориштеност

---

<sup>39</sup> Закон о основама својинскоправних односа, чл. 32.

<sup>40</sup> Закон о пољопривредном земљишту, чл. 59 ст. 2.

<sup>41</sup> Закон о пољопривредном земљишту, чл. 80 ст. 1 тач. 11.

<sup>42</sup> Вид. нпр. О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*. IX издање, Номос, Београд, 2013, 61.

пољопривредног земљишта. Прописан је у интересу Хрватске (чл. 52. Устава), а сам закуп, као ограничење које је власницима наметнуто, начелно остаје у оквирима доприноса општем добру (чл. 48. ст. 2. Устава). Томе у прилог иде и чињеница да је закон предвидео и накнаду закупнине, која начелно задовољава захтев за накнадом из чл. 52. ст. 2. Устава Хрватске.<sup>43</sup>

Међутим, суд је оценио да наведене одребе тадашњег хрватског Закона о пољопривредном земљишту, које су биле сличне нашем постојећем решењу, нису у складу са тамошњим Уставом јер присилно давање у закуп пољопривредног земљишта у приватном власништву, на начин на који је оно било до тада уређено није мера која одговара начелу сразмерности, пошто лишава власника могућности да употребљава своју имовину, док истовремено не предвиђа никакве друге мере за постизање истог легитимног циља које би претходиле мери присилног закупа, а којима би се мање задирало у права власника пољопривредног земљишта. Поред тога, разлог за неуставност ове одредбе тамошњи Уставни суд види и у недостатку било каквих средстава правне заштите која би била на располагању власнику против одлуке којом се његова имовина даје у присилан закуп.<sup>44</sup>

## 6. НЕИСКОРИШЋЕНО ПОЉОПРИВРЕДНО ЗЕМЉИШТЕ У ДРЖАВНОЈ СВОЈИНИ

За време трајања **социјалистичког система** у деценијама након Другог св. рата, доминантна је била улога државе у организовању пољопривредне производње. Иако је у Србији до одређене мере толерисано приватно власништво на пољопривредном земљишту, безбројни су правни и економски инструменти којима је држава каналисала њихов начин привређивања, док је у једном великом делу производња била непосредно организована кроз државне и друштвене организације. Крајњи резултат био је колапс читавог економског, политичког, правног и друштвеног система. У области пољопривреде,

---

<sup>43</sup> Наведено према: О. Jelčić, Poljoprivredno zemljište – korištenje, prenamjena i raspolaganje, Hrvatska gospodarska komora – Sektor za trgovinu, Šesnaesti forum poslovanja nekretninama, 2011, 3.

<sup>44</sup> *Ibid.*

огромне површине пољопривредног земљишта су остале напуштене и необрађене.<sup>45</sup>

Након привођења крају процеса реституције и приватизације, у власништву Републике Србије остале су велике површине пољопривредног земљишта, распоређене по територији целе државе. Према последњим подацима, **Србија располаже са око 515.000 ха земљишта.**<sup>46</sup>

**Према Стратегији пољопривреде (2014-2024), основни циљеви управљања пољопривредним земљиштем у јавној својини Републике Србије су ефикасно коришћење тог земљишта у складу са принципима одрживости, повећање поседа пољопривредних газдинстава и укрупњавање парцела.**<sup>47</sup> Ефикасна алокација постиже се на тржишту, где се кроз функционисање тржишног механизма одређени ресурс (у овом случају пољопривредно земљиште) алоцира оном субјекту који је за њега спреман највише и да плати. На тај начин, постиже се максимално ефикасна производња, а приходи власника земљишта су максимизовани.<sup>48</sup> Ефикасна производња сама по себи подразумева (економску) одрживост, што значи да је вредност производње на дуги рок већа у односу на трошкове ангажованих ресурса.

Коришћење пољопривредног земљишта у државној својини регулисано је **Законом о пољопривредном земљишту**. Према Закону, пољопривредним земљиштем у државној својини се располаже и управља држава преко министарства пољопривреде.<sup>49</sup> Министарство користи земљиште на начин што га даје у закуп по тржишним условима правним и физичким лицима на период од једне до 30 година, а рибњаке и винограде до 40 година.<sup>50</sup>

Законом је регулисан и поступак давања у закуп пољопривредног земљишта. Пољопривредно земљиште издаје се у закуп јавним

---

<sup>45</sup> М. Исаковић, М. Шеварлић (1996), *op. cit.*, 49-60.

<sup>46</sup> Албуновић (2019).

<sup>47</sup> Стратегија пољопривреде (2014-2024). Постизање што већих прихода државе као власника земљишта није одређено као циљ. Л. Батуран, Закуп државног пољопривредног земљишта. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. 48, бр. 3, Нови Сад, 2014, 397.

<sup>48</sup> Батуран (2014), *Op.cit.*, 397-398

<sup>49</sup> Закон о пољопривредном земљишту, чл. 60.

<sup>50</sup> Закон о пољопривредном земљишту, чл. 62 ст. 1. Изузетно од овог правила, ограничене површине земљишта могу дати на коришћење без плаћања накнаде образовним установама у својини државе. Закон о пољопривредном земљишту, чл. 61.

надметањем у два круга. Почетна цена закупа земљишта у првом кругу не може бити нижа од 80% просечно постигнуте цене закупа по хектару. Уколико се у првом кругу не појаве заинтересовани субјекти који су спремни да прихвате понуђену закупнину, спроводи се други круг јавног надметања. Цена која се нуди у другом кругу не може бити нижа од 60% просечно постигнуте цене по хектару.<sup>51</sup> Ако пољопривредно земљиште у државној својини није било издато најмање последње три агроекономске године и није било предмет коришћења, јавним надметањем по почетној цени од 0 динара, то пољопривредно земљиште може се дати на коришћење за пољопривредну производњу физичким и правним лицима која су уписана у Регистар пољопривредних газдинстава и налази се у активном статусу, на период до пет година.<sup>52</sup>

Дакле, у потпуности је напуштен социјалистички систем управљања државним земљиштем, где се држава јављала као организатор пољопривредне производње на државном земљишту преко државних и друштвених правних субјеката. Овај сектор је **препуштен привредним субјектима, који се по тржишним условима** такмиче за добијање права на закуп државног земљишта. Држава се пре свега јавља као закуподавац који са закупцем заснива уговорни однос.<sup>53</sup>

Ипак статистика показује да нешто мање од половине државних ораница нема закупце. Србија располаже са око 515.000 хектара државне земље, а према последњим подацима из 2019. не издаје се око 235.000 хектара. Према подацима Управе за пољопривредно земљиште то су углавном пашњаци, ливаде и мочваре који се на лицитацијама нуде у закуп у два, три круга али се на ове позиве нико не јавља.<sup>54</sup>

Проблем Србије је и **неажурна и непотпуна евиденција** пољопривредног земљишта у државној својини. „У циљу побољшања делотворности управљања пољопривредним земљиштем, Управа за пољопривредно земљиште је током 2018. године за целокупно државно пољопривредно земљиште имплементирала географско – информациони систем за припрему Годишњег програма заштите, уређења и коришћења

---

<sup>51</sup> Закон о пољопривредном земљишту, чл. 64.

<sup>52</sup> Закон о пољопривредном земљишту, чл. 61 ст. 4

<sup>53</sup> Правни институти којима се најозбиљније нарушава тржишна алокација пољопривредног земљишта јесу право првенства закупа и право пречег закупа, као и забрана издавања земљишта у подзакуп. Закон о пољопривредном земљишту, чл. 62 ст. 2 и чл 64а. О проблемима изазваним нарушавањем тржишне алокације видети: Ј. Батуран (2014), *op. cit.*, 395-406.

<sup>54</sup> Албуновић (2019).

пољопривредног земљишта. У централној бази података налази се скоро 19 милиона катастарских парцела са комплетним подацима о власништву за целу територију Србије. Постојећем информационом систему тренутно недостају подаци о напуштеном земљишту у државној својини. Његово укључивање у информациони систем створиће основу за ефикасно управљање напуштеним пољопривредним земљиштем у државној својини, а све у циљу стављања тог земљишта у функцију у складу са његовом наменом.“ Планирано је да се све пољопривредне парцеле у Србији на којима се заиста обавља пољопривредна производња евидентирају до 2023. године.<sup>55</sup>

## 7. ДУГОРОЧНА ОЧЕКИВАЊА

Потребно је на овом месту дати и **дугорочну процену стања**. Не треба изгубити из вида да се Србија налази на путу придруживања Европској унији. Успешан завршетак процеса отвориће Србији могућност коришћења европских пољопривредних фондова. Ово ће бити прилика да се вештачки, кроз механизам субвенционисања, подигне конкурентност домаћих произвођача (боље рећи смањи постојећи вештачки јаз између европских и домаћих произвођача створен високим ЕУ-субвенцијама) на међународном и домаћем тржишту. На тај начин, створиће се нова мотивација произвођачима да у производњи ангажују и додатне ресурсе, који су тренутно неискоришћени.

## 8. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

**Пољопривредно земљиште представља ограничен ресурс**, од огромног значаја за производњу хране. Као такав, представља добро од општег интереса за целокупну друштвену заједницу, због чега се налази у јавној, односно државној својини. Значајне површине пољопривредног земљишта којим располаже Србија издељене су на парцеле, од које су неке у јавној својини, а неке у приватној својини физичких или правних лица. Држава је итекако заинтересована за пољопривредну производњу. У том смислу, њена основна улога је **креирање правног оквира који ће омогућити оптималну искоришћеност ограничених економских**

---

<sup>55</sup> Управа за пољопривредно земљиште, 20.12.2019. године. <https://upz.minpolj.gov.rs/sadrzaj/vest/identifikacija-napustenog-drzavnog-poljoprivrednog-zemljista/>

**ресурса.** Када су у питању парцеле које су у државној својини, оне су поверене на управљање министарству пољопривреде. Министарство користи земљиште на начин што га даје у закуп по тржишним условима правним и физичким лицима. Код парцела у приватној својини, о управљању одлучује власник који може непосредно да организује производњу, или да је препусти закупцу.

Чињеница је да у постојећим условима, **један део пољопривредног земљишта остаје годинама ван функције.** Ово се односи и на земљиште у јавној и у приватној својини. У питању су парцеле чије коришћење генерише високе трошкове пољопривредне производње, чија продуктивност не може да оправда њихово коришћење. Напори које је у последњих неколико година учинила Управа за пољопривредно земљиште у оквиру Министарства пољопривреде у пописивању пољопривредног земљишта и успостављању јединственог информационог система управљања пољопривредним земљиштем, корак су ка стварању оптималних услова за модерно управљање пољопривредним земљиштем какво можемо видети у најразвијенијим државама Европе и света.

Уколико **пољопривредно земљиште у државној својини** није било издато најмање последње три агроекономске године и није било предмет коришћења, Министарство пољопривреде то пољопривредно земљиште може дати на коришћење за пољопривредну производњу физичким и правним лицима на период до пет година, јавним надметањем по почетној цени од 0 динара. На тај начин држава је омогућила стављање у функцију производње и оног земљишта које има најмању продуктивност, уколико је она довољно висока да оправда трошкове производње, одричући се у потпуности земљишне ренте. Али, инсистирање на стављању у функцију целокупног фонда пољопривредног земљишта, није оправдано из економског угла. Потребно је наставити процес увођења технолошких промена, како би се омогућило ефикаснија контрола и управљање земљиштем, што је процес који увелико траје у оквиру Управе за пољопривредно земљиште.

Када је у питању **пољопривредно земљиште у приватној својини**, ситуација је нешто другачија. Прописана је дужност власника пољопривредног земљишта да то земљиште обрађује, као и прекршајна одговорност уколико то не учини. Такође, законом је прописана и могућност да Министарство пољопривреде може издати у закуп обрадиво пољопривредно земљиште које није обрађено у претходном вегетационом периоду, физичком, односно правном лицу за период до три године, уз



плаћање закупнине власнику земљишта, а по одбијању трошкова поступка. Па ипак, тренутно је у питању само законска могућност, коју због сложености процедуре и осетљивости својеврсног ограничавања права приватне својине није могуће операционализовати без даље конкретизације и прецизирања одговарајућим подзаконским актом.

## ЛИТЕРАТУРА

- А. Dragičević, *Leksikon političke ekonomije*, Informator, Zagreb, 1983.
- В. Jelčić, Najavljene promjene u oporezivanju imovine u Republici Hrvatskoj. *Informator*, br. 6076, 2012.
- Б. Беговић, В. Павић, *Увод у право конкуренције*. Правни факултет Универзитета у Београду, 2021.
- Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, *Економија за правнике*. Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011.
- Г. Милошевић, *Основи економије*. Правни факултет у Новом Саду, 2016.
- Д. Гавриловић, *Статистички годишњак РС*, Републички завод за статистику, Београд, 2019.
- Д. Дабовић, *Пољопривредно право*. Београд, 2016.
- Е. Вукадин, *Економска политика*. Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.
- J.M.R. Vanayas et al. Abandonment of agricultural land: an overview of drivers and consequences. *CAB Reviews Perspectives in Agriculture Veterinary Science Nutrition and Natural Resources*, Vol. 2, No.057, 2007, 1-14.
- Л. Батуран, *Економска анализа правног режима за пренос права својине на непокретностима у Републици Србији* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, 2016. Доступно на:  
<https://uvidok.rcub.bg.ac.rs/bitstream/handle/123456789/1720/Dokorat.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Л. Батуран, Закуп државног пољопривредног земљишта. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. 48, бр. 3, Нови Сад, 2014, 395-406.
- М. Исаковић, М. Шеварлић, Необрађене ораничне површине у Србији. *Зборник радова Географског факултета*, год. XLVI, 1996, 49-60.
- М. Јакшић и др. *Економски речник*. Економски факултет Универзитета у Београду, 2010.
- М. Шеварлић, *Друштвено-економске потребе и могућности смањивања необрађене ораничне површине у СР Србији ван територија*

САП (докторска дисертација), Пољопривредни факултет Универзитета у Београду, 1988.

М. Шеварлић, *Попис пољопривреде*, Републички завод за статистику, Београд, 2015.

О. Јелчић, *Poljoprivredno zemljište – korištenje, prenamjena i raspolaganje*, Hrvatska gospodarska komora – Sektor za trgovinu, Šesnaesti forum poslovanja nekretninama, 2011, 1-18.

О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*. IX издање, Номос, Београд, 2013.

#### ПРАВНИ ИЗВОРИ:

Закон о државном премеру и катастру. *Сл. гласник РС*, бр. 72/09, 18/10, 65/13, 15/15, 96/15, 47/17, 113/17, 27/18, 41/18, 9/20.

Закон о јавној својини. *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 88/2013, 105/2014, 104/2016, 113/2017, 9/2018.

Закон о основама својинскоправних односа. *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90; *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96; *Сл. гласник РС*, бр. 115/05.

Закон о пољопривредном земиљшту РС. *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 65/2008, 41/2009, 112/2015, 80/2017, 95/2018;

Стратегија пољопривреде и руралног развоја Републике Србије за период 2014-2024. године. *Сл. гласник РС*, бр. 85/2014.

#### ОСТАЛИ ИЗВОРИ:

И. Албуновић, Већи порез за власнике запуштених њива, *Politika Online*, <http://www.politika.rs/scc/clanak/433995/Veci-porez-za-vlasnike-zapustenih-njiva>, 19.07.2019.

Управа за пољопривредно земљиште, званични интернет сајт: Идентификација напуштеног државног пољопривредног земљишта, (20. децембар 2019. године), <https://upz.minpolj.gov.rs/sadrzaj/vest/identifikacija-napustenog-drzavnog-poljoprivrednog-zemljista/?script=lat>

Stefan SAMARDŽIĆ, Ph.D

Assistant with Ph.D, University of Novi Sad, Faculty of Law

Luka BATURAN, Ph.D

Assistant with Ph.D, University of Novi Sad, Faculty of Law

Marija MITROVIĆ,

Ph.D Student, Faculty of Law, University of Novi Sad

## UNCULTIVATED AGRICULTURAL LAND: CAUSES AND SCOPE OF THE PROBLEM AND THE EXISTING

### Summary

The research is focused on the problem of uncultivated agricultural land on the territory of Serbia. The importance of the research is reflected in the fact that agricultural land is a scarce economic resource, crucial in food production. Engaging of currently unused land in the agricultural production would increase the output value and the quality of life in Serbia. The aim is to ascertain the extent of the problem of uncultivated agricultural land and the causes of the problem, as well as the importance of agricultural land in the production process. Also, the aim is to review the existing legal framework for the allocation of agricultural land in Serbia. The conclusion of the paper is that the maximum level of utilization of agricultural land does not have to be optimal (and as a rule it is not), and that when defining the legal framework for land use, care should be taken not to incentive use of resources below or above the optimal level.

**Keywords:** agricultural land; arable land; uncultivated land; restriction of property rights.

прегледни рад  
достављен: 24. 02. 2022.  
прихваћен за објављивање: 05. 05. 2022.  
UDK 349.6"20"  
502.14"20"

Александра МИТРОВИЋ\*

## ПОСТИЗАЊЕ СОЦИЈАЛНО - ЕКОНОМСКЕ ПРАВДЕ НА ПОЉУ РЕШАВАЊА ЕКОЛОШКИХ ПРОБЛЕМА

### Апстракт

Овај рад има за циљ да укаже на еколошки проблем, као цивилизацијски проблем који би требало посматрати као неминовност и нужност и који треба решавати мултидисциплинарним приступом односно, са становишта економије, социологије, политике, екологије, културе, права, али и етике, а која наглашава да је решавање еколошких проблема за човека и морално дужност. У том контексту, овај рад чини покушај да теоријском, аналитичком, дедуктивно – индуктивно методолошком платформом али и упоредно-правним приступом сагледа и истакне суштину еколошког проблема, као цивилизацијског проблема у тражењу решења са становишта правде, односно социјалне правде. Будући да су еколошки проблеми, заправо проблеми друштва како на глобалном тако и на индивидуалном плану, овај рад упућује на неопходност постојања правне регулативе (правно нормирање и санкционисање) ради подизања свести о важности бриге појединца и глобалног друштва за планету Земљу.

**Кључне речи:** еколошки проблем, мултидисциплинарни приступ, социјална правда, глобално друштво, правна регулатива.

### УВОД

У демократски уређеним друштвима, питање заштите животне средине је уједно и питање људског опстанка јер се демократија као вид државног уређења залаже за поштовање принципа одрживог развоја и посматра питање заштите животне средине као једно од најважнијих, те га у том циљу сагледава са аспекта људских права као приоритетно питање сваке државе. Тако се право и природа доводе у директну везу, па је заштита животне средине постала

---

\* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, [aleksandra.mitrovic@gmail.com](mailto:aleksandra.mitrovic@gmail.com)

предмет правне регулативе не само на државном, већ и на међународном плану. Питање животне средине је стога, егзистенцијално питање човечанства и у том смислу потребно је „да животна средина има будућност, јер без ње будућности неће ни бити”.<sup>1</sup> 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. Питање очувања и заштите животне средине дакле, није само еколошко питање, већ и економско, социолошко, политичко и правно, односно питање и успостављања социјалне правде. Еколошки проблеми су проблеми савременог друштва и уједно цивилизацијски проблем који се поставља као изазов садашњости пред глобалним друштвом, те као такав изискује мултидисциплинаран приступ у решавању. Са становишта глобалне друштвено – етичке парадигме, овај проблем је цивилизацијска неминовност и нужност, па се у том контексту тражи решење које ће у себи обухватити не само екологију, већ и економију, социологију, политику, право, али и етику. Угрожавање природне компоненте човекове животне средине, односно нарушавање еколошке равнотеже и непоштовање природних законитости је проблем који добија глобални карактер, те зато као глобални проблем постаје један од највећих изазова савременог друштва.

## 1. ТЕОРИЈА О НООСФЕРИ

Човек је одувек 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. Само као део природе човек може доживети своју пуну афирмацију као биолошко, морално и

---

<sup>1</sup> 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 II- бр. 9*, Удружење правника Србије, Београд 2008, 452.

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.<sup>2</sup> „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.“<sup>3</sup> 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. Како 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. Стога, изградити нову етику ради решавања еколошких проблема и обезбеђивања будућности за људски род на планети Земљи значи постављање потпуно другачијег погледа на свет.<sup>4</sup> „Нови поглед на свет је нужан јер без њега, без доброг умовања о принципима и тражењу истине о свету, нема ни добре праксе већ се перманентно угрожава егзистенција људи на Земљи у будућности.“<sup>5</sup> Суштина новог погледа на свет, тј. новог односа према природи јесте успостављање неког новог склада између природе и човека, односно природе и друштва.

---

<sup>2</sup> [www.bebamur.com/blog/v-vernadski-noosfera-i-biosfera](http://www.bebamur.com/blog/v-vernadski-noosfera-i-biosfera)

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Кенеди, П., „Припрема за двадесет први век“, *Новинско-издавачка установа Службени лист СРЈ*, Београд 1997, 134.

<sup>5</sup> Пантић, Н. К., „О јединству природног и духовног“, Београд 1997, 7.

## 2. ОДНОС НОВЦА И ДРУШТВЕНЕ ПРАВЕДНОСТИ

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 перманентно<sup>6</sup>, док се са становишта социјалне правде решавање еколошког питања заснива на схватању правде као односа човека и праведности<sup>7</sup>, са становишта природног права човека, право се налази у основи човека као природне појаве.<sup>8</sup> 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.”<sup>9</sup> Савремено друштво стога 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. Ова противуречност се посебно 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.<sup>10</sup> 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. Акумулација која се базира на саморегулацији, тежи 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 криза<sup>11</sup> које су праћене многобројним социјалним потешкоћама. Извесно је стога, да су Марксова разматрања и данас актуелна, јер су се показала као тачна кроз периоде развоја, али и периоде кризе либералног и савременог глобалног

---

<sup>6</sup> Алечковић-Николић, М., „Психологија идеја слободе и правде и српски национални интерес”, *Институт за криминолошка и социолошка истраживања*, Београд 2007, 25.

<sup>7</sup> Гозобов, И. А., „Социјална философија”, *Академически Проект*, Москва 2007, 264-270.

<sup>8</sup> Перовић, С., „Вратимо се школи природног права” (у књизи „Беседе са Копаника”), Београд 2003, 69.

<sup>9</sup> Бадју, А., „Демократско друштво није праведно”, *НИН 21/08/08*.

<sup>10</sup> Ђорђевић, Р., „Од интуиције до хипотезе – изабрани списи из филозофије науке”, *Институт за филозофију Филозофског факултета у Београду*, Београд 2006, 69.

<sup>11</sup> Опширније о овоме видети: Маркс, К., „Капитал” (књига прва), *Култура*, Београд 1951.



капитализма (*светска финансијска криза 2008. године*). У том контексту, 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. Неопходно је стога, регулисање тржишта као још једаног од изазова садашњости, 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.“<sup>12</sup> Тако би грађанско друштво тежило да постане праведније друштво које би било засновано на вредностима социјално - економске правде. Како је „једно друштво 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 појединаца или друштвених група над осталима.“<sup>13</sup>

Праведност и равноправност би се у том случају мерила расподелом онога што је добијено растом економског и техничког потенцијала.<sup>14</sup> Правичност овог типа била би у складу са самопоштовањем и самовредновањем које поседују сва људска бића.<sup>15</sup> 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. „Без обзира на то јесмо ли или нисмо грађани Европске уније, наша дужност је да за будуће генерације очувамо природно окружење.“<sup>16</sup> То је могуће заједничким активностима научника, политичара и медија који ће удруженим снагама

<sup>12</sup> Гозобов, И. А., 283.

<sup>13</sup> Марковић, М., „Расподела моћи у праведном друштву“, *Српски политички лист 1-4/1994*, Београд 1994, 21-22.

<sup>14</sup> Мајор, Ф., „Сутра је увек касно“, *Југословенска ревија*, Београд 1991, 81.

<sup>15</sup> Фукујама, Ф., „Крај историје и последњи човек“, *ЦИД*, Подгорица 1997, 198.

<sup>16</sup> Jovana Dinić, Jovan Bukovala, Nikolaj Ivanninkov, „Ekološka politika Evropske unije“, *Ecologica Vol.28, UDC:502.7 ISSN 0354- 3285, No – 101, Beograd 2021, 20.*

радити на обликовању и подизању еколошке свести и унапређењу заштите животне средине.”<sup>17</sup>

### 3. СОЦИЈАЛНА ПРАВДА КАО ОСНОВ ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА

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.”<sup>18</sup> 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. Човек, односно друштво се стога, 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. У том контексту 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 ефикасности 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.<sup>19</sup>

Према томе, „основни циљ „државе благодатања“ 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

---

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Станковић, С., „Организација и поредак у живим системима”, *Дијалектика*, Београд 1966, 2.

<sup>19</sup> Жуков, В. И., „Универзитетско образование”, *Универзитетски пројект*, Москва 2006, 359.

ефикасности и социјалне правичности, с друге стране.<sup>20</sup> Не може се говорити о било каквом развоју и напретку човечанства, ако развој и напредак нису постигнути на најосновнијем нивоу – нивоу екологије, који се односи на очување човекове животне средине. Како 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. Еколошка криза, као таква је феномен који би требало посматрати као цивилизацијски проблем, 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 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 „добра“ (*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.<sup>21</sup> 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)*<sup>22</sup> 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*).<sup>23</sup> Будући да је овај програм за

<sup>20</sup> Вукмирица, В., „Економски државни менаџмент“, *Завод за уџбенике и наставна средства*, Београд 1993, 213.

<sup>21</sup> Baxter, В., „A Theory of Ecological Justice“, *Routledge*, London – New York 2005, 6.

<sup>22</sup> UNEP – *United Nations Environmental Protection Program* ([www.unep.org](http://www.unep.org))

<sup>23</sup> Погледати: Lee, М., „EU Environmental Law“, *Oxford and Portland*, 2005.

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.

#### 4. ПРОГРАМ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Програм заштите животне средине (*UNEP*) је програм заснован на основима социјалне правде и права човек да живи и ради у здравој животној средини. Дакле, применом овог програма гарантује се право и штити правда, у овом случају „еколошка правда” која је неопходна за опстанак и даљи прогрес човечанства. У контексту *Стокхолмске декларације*, 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)*. Тако је очување животне средине препознато као неизоставна компонента постојања и заштите људских права и права на живот.<sup>24</sup> Сама конференција је већ у припреми имала став да је заштита животне средине од велике важности за „физичку, менталну и друштвену добробит човека, за његово достојанство и за уживање основних људских права.”<sup>25</sup> 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

---

<sup>24</sup> Sueli, G., „The Right to a Healthy Environment, Human Rights and Sustainable Development”, Vellinga, Pier (Ed): INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL AGREEMENTS: POLITICS, LAW AND ECONOMICS 2, *Kluwer Academic Publishers*, Netherlands, Dordrecht 2002, 175.

<sup>25</sup> Вукасовић, В., „Међународноправно регулисање информисања о животној средини у Европи”, *Зборник радова Прве регионалне конференције „ЖИВОТНА СРЕДИНА КА ЕВРОПИ”*, Амбасадору животне средине, Београд 2005, 91.

ту животну средину како за садашње, тако и за будуће генерације.”<sup>26</sup> 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.”<sup>27</sup> 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. Ова конвенција гарантује и омогућава приступ правди, јер почива на неким од основних људских права, тако што се доводи у везу са најважнијим 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.)*. *Архуншка 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.<sup>28</sup> Потписнице *Архуншке конвенције* су на првом састанку одржаном у октобру 2002. године у граду *Lucca* 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.”<sup>29</sup> Србија је између осталог приступила потписивању *Архуншке 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

<sup>26</sup> *Stockholm Declaration*, United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 June 1972, UN doc. A/CONF.48/14, part II (Principles), Principle 1..

<sup>27</sup> *Rio Declaration on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 13 June 1992, UN doc. A/CONF.151/5/rev.1.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Mason, M., „Information Disclosure and Environmental Rights: The Aarhus Convention”, *Global Environmental Politics 10:3*, 2010, 16

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 промјенама – *UNFCCC* је креирала Кјото протокол који је за сада главна окосница глобалног одговора светске политике на изазов климатских промјена. 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 промјене, тако да производња хране није угрожена, а развој је омогућен у одрживом правцу.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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

---

<sup>30</sup> Nations Framework Convention on Climate Change, UNITED NATIONS 1992, FCCC/INFORMAL/84, GE.05-62220 (E), 200705, article 2.

<sup>31</sup> *Ibid.*, article 4.

потпуности операционализовати *Зелени климатски фонд* кроз нови капитализацију, што је могуће реализовати.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> *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. *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. Штити 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

Подизање нивоа индивидуалне и колективне свести о важности заштите животне средине и климатским променама своди се на чињеницу да природа има сопствену тежњу ка саморегулацији уколико је њена равнотежа нарушена. Како би дошло до промене у односу према природи, потребно је извршити

---

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> [www.politika.rs/scc/clanak/353634/SAD-i-Kina-potpisale-Pariski-sporazum-o-klimi](http://www.politika.rs/scc/clanak/353634/SAD-i-Kina-potpisale-Pariski-sporazum-o-klimi)

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, потребно је спровести неку врсту друштвене иницијативе, где ћемо сви тежити ка подизању „еколошке свести”, будући да смо сви једнако одговорни пред овим изазовом. Потребно је дакле, да постоји међународна иницијатива где ће свака држава инсистирати на решавању еколошких проблема и питања заштите животне средине. Може се рећи да је важније од свих планова, пројекција и аналогија, постојање индивидуалне и друштвене свести о неопходности заштите животне средине. Постизање социјалног циља захтева правно нормирање и санкционисање небриге појединца и друштва за планету Земљу. У том контексту, свака држава би требало да обезбеди адекватну заштиту права у области заштите животне средине кроз формирање посебних надлежних органа за дату област. Стога би сваки вид неадекватног спровођења реформе у области заштите животне средине био санкционисан, а уједно била би 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. Еколошка заштита дакле, мора бити мултидисциплинарна и истовремено је треба видети као дужност сваког појединца и приоритет глобалног друштва, јер здрава животна средина је основ људске егзистенције на планети Земљи.



## ЛИТЕРАТУРА

1. Алечковић-Николић, М., „Психологија идеја слободe и правде и српски национални интерес`, *Институт за криминолошка и социолошка истраживања*, Београд, 2007.
2. Бадју, А., „Демократско друштво није праведно`, *НИН 21/08/08*.
3. Baxter, В., „A Theory of Ecological Justice`, *Routledge*, London – New York, 2005.
4. 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.
5. Вукасовић, В., „Међународноправно регулисање информисања о животној средини у Европи`, *Зборник радова Прве регионалне конференције „ЖИВОТНА СРЕДИНА КА ЕВРОПИ`*, Амбасадори животне средине, Београд, 2005.
4. Вукмирица, В., „Економски државни менаџмент`, *Завод за уџбенике и наставна средства*, Београд, 1993.
5. Mason, М., „Information Disclosure and Environmental Rights: The Aarhus Convention`, *Global Environmental Politics 10:3*, 2010.
6. Гозобов, И. А., „Социјална философија`, *Академически Проект*, Москва, 2007.
7. Dinić J., Bukovala J., Ivanninkov N., „Ekološka politika Evropske unije`, *Ecologica Vol.28, UDC:502.7 ISSN 0354- 3285, No – 101*, Београд, 2021.
8. Ђорђевић, Р., „Од интуиције до хипотезе – изабрани списи из филозофије науке`, *Институт за филозофију Филозофског факултета у Београду*, Београд, 2006.
9. Кенеди, П., „Припрема за двадесет први век`, *Новинско-издавачка установа Службени лист СРЈ*, Београд, 1997.
10. 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 II- бр. 9*, Удружење правника Србије, Београд, 2008.
11. Lee, М., „EU Environmental Law`, *Oxford and Portland*, 2005.
12. Мајор, Ф., „Сутра је увек касно`, *Југословенска ревија*, Београд, 1991.
13. Марковић, М., „Расподела моћи у праведном друштву`, *Српски политички лист 1-4/1994*, Београд, 1994.
14. Маркс, К., „Капитал` (књига прва), *Култура*, Београд 1951.
15. Пантић, Н. К., „О јединству природног и духовног`, Београд, 1997.

16. Перовић, С., „Вратимо се школи природног права” (у књизи „Беседе са Копаоника”), Београд, 2003.

17. Станковић, С., „Организација и поредак у живим системима”, *Дијалектика*, Београд, 1966.

18. Sueli, G., „The Right to a Healthy Environment, Human Rights and Sustainable Development”, Vellinga, Pier (Ed): INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL AGREEMENTS: POLITICS, LAW AND ECONOMICS 2, *Kluwer Academic Publishers*, Netherlands, Dordrecht, 2002.

19. Фукујама, Ф., „Крај историје и последњи човек”, ЦИД, Подгорица, 1997.

20. Жуков, В. И., „Универзитетско образование”, *Универзитетски проект*, Москва, 2006.

21. *Stockholm Declaration*, United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 June 1972, UN doc. A/CONF.48/14, part II (Principles)

22. *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.

23. *Rio Declaration on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 13 June 1992, UN doc. A/CONF.151/5/rev.1.

24. Nations Framework Convention on Climate Change, UNITED NATIONS 1992, FCCC/INFORMAL/84, GE.05-62220 (E), 200705

UNEP – *United Nations Environmental Protection Program* ([www.unep.org](http://www.unep.org))

25. [www.politika.rs/scc/clanak/353634/SAD-i-Kina-potpisale-Pariski-sporazum-o-klimi](http://www.politika.rs/scc/clanak/353634/SAD-i-Kina-potpisale-Pariski-sporazum-o-klimi) (Преузето: 06.01. 2021.)

26. [www.bebamur.com/blog/v-vernadski-noosfera-i-biosfera](http://www.bebamur.com/blog/v-vernadski-noosfera-i-biosfera) (Преузето: 06.01. 2021.)

Aleksandra MITROVIĆ

Teaching Assistant

University of Pristina – Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

## ACHIEVING SOCIO-ECONOMIC JUSTICE IN THE FIELD OF SOLVING ENVIRONMENTAL PROBLEMS

### Summary

This scientific paper aims to point to the environmental problem, as a civilizational problem, and therefore should be seen as an inevitability and necessity that should be addressed by a multidisciplinary approach, therefore, from the standpoint of economics, sociology, politics, ecology, culture or law, but also ethics that solving environmental problems is a human and moral duty. In that context, this paper makes an attempt to use a theoretical, analytical, deductive - inductive methodological platform, but also a comparative legal approach to see and emphasize the essence of the environmental problem, as a civilizational problem in finding solutions from the standpoint of justice and social justice. Since environmental problems are, in fact, problems of society both globally and individually, this scientific paper points to the necessity of the existence of legal regulations (legal regulation and sanctioning) in order to raise awareness of the importance of the care of the individual and global society for the planet Earth.

**Key words:** ecological problem, multidisciplinary approach, social justice, global society, legal regulations.



# ГРАЂАНСКОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ



оригинални научни рад  
достављен: 05. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 25. 04. 2022.  
УДК 349.6"20"  
502.14"20"

Др Гордана СТАНКОВИЋ\*  
Др Владимир БОРАНИЈАШЕВИЋ\*

## ОГРАНИЧЕЊЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ КАО ЉУДСКОГ ПРАВА

### Апстракт

Аутори у раду анализирају пословну способност као људско право гарантовано Уставом и констатују да поред опште пословне способности постоји и читав спектар посебних пословних способности у које спада и ограничена пословна способност као начин вршења пословне способности. Ограничена пословна способност стиче се достизањем одређеног узраста по самом закону или настаје ограничавањем опште пословне способности у судском ванпарничном поступку изрицањем заштитне мере ограничења пословне способности која омогућава реализацију права на пословну способност према менталним способностима и капацитету физичког лица. Аутори указују на поједина нова законска решења која се односе на ограничавање пословне способности у судском ванпарничном поступку, на мотиве законодавца и на нову дужност суда да одлучи и о способности за вршење изборног права.

**Кључне речи:** пословна способност, општа пословна способност, посебна пословна способност, ограничена пословна способност, ванпарнични поступак

### 1. УВОД

Пословна способност, као израз биолошке и друштвене егзистентности физичког лица, поред правне способности,<sup>1</sup> представља

---

\*Редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Нишу, gordanastankovic10@gmail.com.

\*Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, vladimir.boranjasevic@pr.ac.rs.

<sup>1</sup> У одредби члана 37. став 1. Устава Србије – УС („Службени гласник РС“ бр. 98/2006 и 115/2021) чији рубрум гласи *Право на правну личност*, предвиђено је право на правну способност као људско право: „*Свако лице има правну способност.*“ У правној литератури се сматрало да правна способност не

значајан израз његовог субјективитета. Право на пословну способност, као право на самостално доношење одлука о сопственом животу, правима и интересима, спада у категорију основних људских права и предвиђено је и гарантовано Уставом Републике Србије<sup>2</sup> и међународним<sup>3</sup> и домаћим правним актима.

У домаћој литератури насталој у прошлом миленијуму право на пословну способност није третирано као људско право. Сматрало се да је пословна способност само један од елемената статуса физичког лица.<sup>4</sup> Најчешће је дефинисана као способност за закључивање правних послова<sup>5</sup> или као способност за изјављивање воље која има грађанскоправна дејства која се састоје у настанку, преносу, промени или престанку грађанских субјективних права.<sup>6</sup>

С обзиром на то да пословна способност није схватана као субјективно право физичких лица, сматрало се, исто тако, да постоје разлике између грађанског субјективног права и пословне способности јер настанак и егзистентност пословне способности није условљен постојањем одређеног правног односа за разлику од субјективног права. Сматрало се да пословна способност није последица настанка правног односа за разлику од субјективног права, већ да представља услов за настанак конкретног правног односа и да представља последицу активности правног субјекта као субјекта права у домену грађанскоправних односа. За разлику од субјективног права које постоји без његовог објективног вршења, постојање пословне способности омогућава да из одређеног односа настане субјективно право.

У савременом праву, пословна способност је претрпела преображај и од једног од елемената правног статуса физичког лица постала је основно уставно људско право које се признаје у свим сферама друштвеног живота.

Значајну улогу у промени концепта правне природе пословне

---

представља субјективно право и из тог разлога се она, као иманентан квалитет физичког лица, не може ни одузети, ни ограничити, ни на другог пренети.

<sup>2</sup> Одредба члана 37. став 2. УС.

<sup>3</sup> У Европској конвенцији о људским правима нема одредбе која би се односила на пословну способност. Међутим, у пракси Европског суда за људска права ограничење пословне способности третира се као озбиљно мешање у право на поштовање породичног живота. Европски суд сматра да постојање менталног поремећаја не може да буде разлог за одузимање пословне способности осим ако је он одређене врсте или степена.

<sup>4</sup> М. Младеновић, С. Панов, *Породично право*, Београд, 2003, 80.

<sup>5</sup> Видети: М. Сјеничић, С. Перић, Д. Марчетић, „Политика правосудног система и система социјалне заштите према питању пословне способности – приказ истраживања на територији града Београда,“ *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, бр. 88/20, 135.

<sup>6</sup> *Лексикон грађанског права*, Номос, Београд, 1996, 511.



способности, поред утицаја појединих правних система који не припадају европском континенталном правном кругу, имала је и ратификована Конвенција УН о правима особа са инвалидитетом.<sup>7</sup> Ова конвенција је суштински променила поимање пословне способности одраслих лица са инвалидитетом, сматрајући пословну способност универзалним људским правом трајне природе. Према одредбама Конвенције, не постоји могућност да се једно пунолетно лице са инвалидитетом трајно лиши пословне способности већ је том лицу потребно пружити помоћ и подршку у одлучивању, мерама које су разноврсне и прилагођене потребама тог лица.<sup>8</sup>

## 2. ОПШТА И ПОСЕБНА ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ

Пословна способност, као људско право, садржи у себи различите компоненте које титулару овог субјективног права омогућавају учешће у различитим доменима друштвеног живота. С једне стране, она омогућава физичком лицу да самостално и на релевантан начин изрази своју вољу и тако оствари своју правну способност стечену рођењем у различитим правним односима стицањем конкретних права и обавеза,<sup>9</sup> а с друге, она представља претпоставку за заснивање разних и различитих друштвених и правних односа. Самостално и слободно одлучивање пословно способних лица није везано само за област имовинскоправних,<sup>10</sup> већ и за област личних односа, али и за вршење појединих основних субјективних

---

<sup>7</sup> Закон о потврђивању Конвенције УН о правима особа са инвалидитетом, "Службени гласник РС" – Међународни уговори, бр. 42/2009.

<sup>8</sup> О томе: М. Марковић, „Пословна способност као универзално људско право и детерминанта друштвеног положаја лица са менталним инвалидитетом“, *Становништво*, 2/2012, 65-80; Д. Ђирић Миловановић, Л. Шимоковић, *Пословна способност као основно људско право*, Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом МДРИ-С, Београд, 2012, 21-25; К. Бекер, *Лишење пословне способности – закони и пракса у Републици Србији*, Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом МДРИ-С, Београд, 2014, 18-19; И. Симоновић, „Лишење пословне способности у светлу концепта пословне способности као људског права“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 86/2020, 75-87.

<sup>9</sup> У литератури се могућност стицања конкретних права и обавеза предвиђених правилима појединих грана права третира као посебна правна способност. Видети: Р. Живковска, Т. Пржеска, *Граѓанско право, Општ дел*, Скопје, 2021, 69; Р. Живковска, „Посебната правна способност како вид на општа правна способност“, *Зборник во чест на Стефан Георгијевски*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2009, 328.

<sup>10</sup> Опште пословно способно лице може да остварује своја права и обавезе у домену имовинских односа не само самостално већ и преко другог лица, као свог пуномоћника, уколико га је на то овластило у складу са законом.

политичких права грађана,<sup>11</sup> као што је изборно право, јер се приликом њиховог вршења изражава и манифестује њихова слободна воља.

Општа пословна способност, представља највиши степен пословне способности физичког лица. У литератури је пословна способност традиционално степенована на потпуну пословну способност, делимичну пословну способност и на одузету пословну способност.

Према одредбама Породичног закона<sup>12</sup> општа пословна способност се, по правилу, стиче пунолетством,<sup>13</sup> које према одредбама Устава, наступа с навршених осамнаест година. Ово статусно људско право стиче се аутоматски, по самом закону, са навршених осамнаест година живота без обзира на стање менталног здравља физичког лица и без икакве здравствене контроле. Са навршеном осамнаестом годином живота престају *ex lege* малолетство детета и родитељско право и дете ступа у свет одраслих лица и правно се осамостаљује,<sup>14</sup> без обзира на свој ментални статус, тако да убудуће може самостално да стиче и врши грађанска права и да самостално, сопственом изјавом воље, стиче права и обавезе и одлучује о својим правима и обавезама које правни правни поредак предвиђа и дозвољава. Општа пословна способност може да се стекне изузетно и пре пунолетства еманципацијом<sup>15</sup> и судском еманципацијом.<sup>16</sup>

Поред опште пословне способности, у правном систему постоји читав спектар посебних пословних способности које се разликују од опште пословне способности и које су предвиђене појединим гранама права као претпоставка за стицање или вршење појединих права. Сваки правни поредак води рачуна о разликама које реално постоје између

---

<sup>11</sup> О правној природи изборног права: М. Пајванчић, „Правна природа и садржај активног бирачког права“, Зборник радова „Актуелност и значај људских права и слобода“, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2011, 122.

<sup>12</sup> Породични закон – ПЗ, „Службени гласник РС”, бр. 18/05, 72/11 - др. закон, 6/15.

<sup>13</sup> Одредба члана 11. ст. 1. и 2. ПЗ.

<sup>14</sup> Статус малолетног лица, који се заснива на схватању да је дете, због телесне и душевне незрелости, неспособно да се само стара о себи и својим интересима, и које право низом норми, које припадају различитим гранама права, штити у интересу њега самог и читавог друштва, престаје по закону достизањем одређеног узраста. Малолетници, који су, поред националне, уживали и наднационалну правну заштиту, стичу статус пунолетног лица и неограничену општу пословну способност.

<sup>15</sup> О томе детаљно: Г. Станковић, М. Трговчевић Прокић, *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2019, 422.

<sup>16</sup> Детаљно о томе: Г. Станковић, „Ванпарнични поступак за стицање пословне способности“, *Правни живот*, 13/08, 171; Г. Станковић, „Поступак за стицање пословне способности“, *Зборник во чест на Стефан Георгијевски*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2009, 27.

физичких лица, с обзиром на њихов узраст и њихове менталне способности, уређује њихов правни статус и прописује или врсту права које она могу да врше, врсту правних радњи које могу да предузимају или круг правних послова у које она могу да ступају својим изјавама воље. Критеријум за стицање посебне пословне способности одређен је правилима одређене гране права према узрасту физичког лица и његовој конкретној способности за расуђивање. Тако су на пример у домену грађанског права предвиђене уговорна способност пословно неспособног лица,<sup>17</sup> деликтна способност,<sup>18</sup> брачна способност,<sup>19</sup> способност за вршење родитељског права,<sup>20</sup> способност за признање очинства,<sup>21</sup> консултативна способност малолетника,<sup>22</sup> тестаментарна способност,<sup>23</sup> радноправна способност,<sup>24</sup> у домену медицинског права способност одлучивања о лечењу,<sup>25</sup> хоспитализацији, учешћу у медицинским истраживањима или о прекиду трудноће, док је у домену политичких субјективних права грађана у изборним законима<sup>26</sup> предвиђена способност за вршење изборног права која омогућава вршење основног политичког грађанског права и партиципацију у политичком животу

---

<sup>17</sup> Одредба члана 56. Закона о облигационим односима – ЗОО, „Службени лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“ бр. 31/93, „Службени лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Службени гласник РС“ бр. 18/2020).

<sup>18</sup> Одредба члана 160. ЗОО.

<sup>19</sup> Одредба члана 23. ПЗ.

<sup>20</sup> Одредба члана 11. ПЗ.

<sup>21</sup> Одредба члана 46. и 49. ПЗ.

<sup>22</sup> Предвиђена је одредбама ПЗ као право детета на одлучивање које се тиче његових права на или изражавање сопственог мишљења када се одлучује о његовим правима и о његовом интересу.

<sup>23</sup> Одредба члана 79. Закона о наслеђивању – ЗН, „Службени гласник РС“ бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015).

<sup>24</sup> Одредба члана 25. Закона о раду – ЗР, „Службени гласник РС“ бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

<sup>25</sup> Способност у домену медицинског права тиче се способности пацијента за расуђивање уколико је он пословно неспособно лице или дете које је навршило 15 година живота. Малолетно лице има способност у домену медицинског права уколико је у стању да разуме природу свог здравственог стања, сврху медицинске мере која се предлаже, ризике и последице предузимања и непредузимања мере, као и способност да добијене информације одмери у процесу доношења одлуке. Пацијент, који је способан за расуђивање, има право да предложеној медицинској мери одбије, чак и када се њоме спасава или одржава његов живот.

<sup>26</sup> Видети одредбу члана 3. у Закону о избору председника Републике, „Службени гласник РС“ бр. 14/22, Закону о избору народних посланика „Службени гласник РС“ бр. 14/22 и Закону о локалним изборима. „Службени гласник РС“ бр. 14/22. Ове нове изборне законе Народна скупштина Републике Србије донела је 4. фебруара 2022. године.

државе јер се оно везује за пословну способност.

### 3. ОГРАНИЧЕНА ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ

Ограничена пословна способност, као вид посебне пословне способности, представља у ствари начин на који се остварује право на пословну способност. С обзиром на то да је пословна способност, као и правна способност иманентна физичком лицу, ограничена пословна способност стиче се достизањем одређеног узраста по самом закону или настаје ограничавањем опште пословне способности у судском ванпарничном поступку изрицањем заштитне мере ограничења пословне способности која омогућава реализацију права на пословну способност према менталним способностима и капацитету физичког лица.

Ограничену пословну способност имају малолетна лица<sup>27</sup> тј. лица која нису постала пунолетна или која нису еманципована судском одлуком или склапањем брака уз дозволу суда и којима је одредбама појединих закона одређен круг правних радњи<sup>28</sup> које могу или не могу да предузимају и да тако реализују своју пословну способност.

#### 3.1. Разлози и поступци за одређивање мере ограничења пословне способности

Општа пословна способност пунолетног физичког лица може да буде ограничена у поступку за лишење пословне способности и у поступку за продужење родитељског права<sup>29</sup> уколико оно, због

---

<sup>27</sup> ПЗ (2005) поделио је малолетнике на млађе и старије према њиховом узрасту и поставио границу од 14 година као критеријум само за учешће малолетника у правним пословима имовинскоправне природе, а не и у погледу стицања личних, неимовинских права и обавеза. Иако млађи малолетници немају општу пословну способност, они могу, као ограничено пословно способни, да предузимају правне послове којима стичу искључиво права, као што је на пример примање поклона. Исто тако, они могу да предузимају свакодневне правне послове који имају мали значај (куповина у продавницама, куповина улазница или возних карата и сл) или којима не стичу ни права ни обавезе. Старији малолетници могу да чине све оно што могу и млађим малолетници у имовинскоправној сфери с тим што могу да предузимају и поједине правне послове уз дозволу или уз накнадну сагласност родитеља одн. старатеља или уз дозволу органа старатељства, као и могућност да стекну посебну пословну способност предвиђену појединим правним прописима.

<sup>28</sup> О правним радњама, као основном правном појму видети: Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије, Синтетичка филозофија права I*, Службени лист СФРЈ, 1997, 372.

<sup>29</sup> У поступку за продужење родитељског права који се покреће непосредно пре пунолетства детета у суштини се ради о ограничавању пословне способности јер наступањем пунолетства престаје родитељско право, тако да оно више не може да буде продужено. Иако је продужење родитељског права, као породичноправни

неспособности за расуђивање услед менталне болести или сметњи у психофизичком развоју, није у стању да се само стара о себи, стицању и вршењу својих права и о заштити својих права и интереса.<sup>30</sup> У овим судским ванпарничним поступцима суд одлучује о начину на који ће странка према којој се поступак води реализовати своје право на пословну способност у складу са својим менталним капацитетом.

Разлози за одређивање мере ограничења пословне способности пунолетном лицу предвиђени су правилима ПЗ (2005) кад треба продужити родитељско право<sup>31</sup> или кад му треба ограничити пословну

---

институт, по циљевима и последицама сличан институту ограничења пословне способности, законодавац је у одредбама ПЗ задржао оба института. Због промена у концепту и садржини родитељског права у литератури се сматра да је даље задржавање овог института, који је по ефектима и последицама сличан поступку за ограничење пословне способности, непотребно и да представља реликт и резултат патерналистичког односа према једном (пунолетном) лицу без обзира на његов психосоцијални инвалидитет, а који се све више напушта у свету, па и код нас. Разлози за даље постојање овог института, који се оправдава тиме да је у интересу детета, не стоје. У суштини, ради се о ограничењу пословне способности једног лица непосредно пред стицање опште пословне способности, с тим што суд који одлучује о ограничењу пословне способности, истовремено, родитеља или родитеље, који су до пунолетства били законски заступници по самом закону, фактички поставља за старатеље детета уместо да то чини центар за социјални рад као орган старатељства. За разлику од старатеља, родитељи у случају продужења родитељског права немају исте дужности као и старатељи лица ограничене пословне способности. Они нису дужни да извештавају центар за социјални рад о свом раду и даље врше своје родитељске дужности, као што је дужност законског издржавања.

<sup>30</sup> У домену грађанског процесног права физичко лице има, по правилу, процесну способност у границама своје пословне способности.

<sup>31</sup> Продужење родитељског права је законска могућност која родитељима стоји на располагању према одредби члана 85. ПЗ. У зависности од процене интереса свог детета, родитељи одлучују да ли ће покренути поступак за продужење родитељског права или поступак за ограничење пословне способности. Пракса центара за социјални рад показује да се родитељи често одлучују да, уместо да покрену поступак за продужење родитељског права, покрећу поступак за изрицање мере ограничења пословне способности своје деце у намери да заштите њихове интересе. Разлози су различити. Поједини родитељи се на то одлучују да би њихово пунолетно дете могло да оствари различите облике новчане помоћи која се пружа овим лицима или да омогуће његово запошљавање. Поједини родитељи, због својих година живота или здравственог стања, често страхују и брину за дететов начин живота после њихове смрти и покретањем поступка за лишење пословне способности, пошто су постављени за старатеље, стварају услове да орган старатељства, по службеној дужности, после њихове смрти њиховом пунолетном детету, као особи ограничене пословне способности, поставити другог старатеља. Кад је у питању ограничење пословне способности, центар за социјални рад је дужан да у року од 30 дана лицу ограничене пословне

способност. Зависно од разлога и стања менталног здравља и способности за расуђивање пунолетном лицу одлуком суда по спроведеном поступку може бити, према одредбама ПЗ одређена мера потпуног или делимичног ограничења пословне способности.

Преднацрт закона о изменама и допунама Породичног закона из маја 2021.<sup>32</sup> не предвиђа више потпуно ограничење пословне способности јер је оно у супротности с Уставом (2006) и одредбом члана 8. Европске конвенције о људским правима. Преднацрт полази од тога да степен ограничења пословне способности једног физичког лица зависи од степена његових умањених способности и испољава се кроз круг правних послова и правних радњи које лице према коме се поступак води може да предузима тако да се на тај начин судском одлуком индивидуализира степен ограничења пословне способности, с обзиром на његов ментални здравствени статус. Преднацрт представља један од корака на плану реформе пословне способности као људског права.

Мера ограничења пословне способности одређена у ванпарничном поступку за лишење пословне способности или у поступку за продужење родитељског права представља посебну меру која има изразито заштитну функцију и која се манифестује кроз загарантовану посебну друштвену и правну заштиту пунолетног лица према коме је она одређена и кроз посебна права која ова лица уживају. Изрицање мере ограничења пословне способности не представља ограничење уставног људског права и слободе које погађа титулара овог људског права у складу с законом јер се одлуком суда одлучује о начину на који ће странка реализовати своје право на пословну способност тако што ће суд, водећи рачуна о принципу сразмерности, одлучити о обиму права и извршити индивидуализацију у погледу правних радњи према потребама лица према коме се поступак води.

С обзиром на то да се у поступцима у којима се одлучује о праву на пословну способност одлучује о људском праву, због тога се инсистира на принципу хитности у спровођењу поступка за ограничење пословне способности као последици настојања да се што пре отклони неизвесност у погледу постојања умањених способности пунолетног лица не само ради заштите његове личности и његових права и интереса, већ и права и интереса трећих лица, пре свега чланова породице. Хитним спровођењем овог поступка стварају се услови за евентуално спровођење поступка стављања под старатељство лица према коме је поступак вођен да би се у потпуности обезбедиле и његова заштита и заштита трећих лица. С друге стране, и поступак за преиспитивање даљег постојања ове мере и поступак у коме се одлучује о њеном престанку су хитни, јер се стварају услови да се провери потреба за даљим трајањем мере ограничења

---

способности постави старатеља.

<sup>32</sup> <http://minbpd.gov.rs>

пословне способности, да се евентуално прошири или сузи круг правних радњи које делимично пословно способно лице може самостално да предузима или да престанком мере пословно способно лице не буде више под старатељством.

### 3.2. Садржина и обим посебне пословне способности признате одлуком суда

Уколико суд по спроведеном поступку за ограничење пословне способности<sup>33</sup> или у поступку за продужење родитељског права<sup>34</sup> закључи да лицу према коме се поступак води треба одредити меру ограничење пословне способности, он је дужан да одлучи и о садржини и обиму посебне пословне способности која ће му бити призната одлуком суда тако што ће одредити круг правних радњи и посебно правних послова, као посебне врсте правних радњи, које оно не може или може да самостално предузима и под којим условима. Поред тога, суд је дужан, према Закону о допунама Закона о ванпарничном поступку (2022),<sup>35</sup> да одлучи и о способности за вршење изборног права лица чија је пословна способност ограничена из личних разлога с обзиром на то да се одлуком суда

---

<sup>33</sup> Одредбама ЗВП (1982) уређена су правила поступања за три посебна статусна ванпарнична поступка који се воде у случајевима кад једном пунолетном лицу треба да буде ограничена општа пословна способност, кад треба проверити постојање разлога за даље трајање изречене заштитне мере ограничења пословне способности и кад треба одлучити о враћању ограничене пословну способност, тако да употребљени законски назив није адекватан. Између ових поступака, иако се ради о начину на који лице према коме се овај поступак води врши своје уставно право на општу пословну способност или му се омогућава да га врши у одређеном обиму, постоје разлике у погледу покретања поступка, циља поступка, тока поступка, природе и садржине одлуке коју суд у сваком од њих доноси. Иако су Законом о изменама и допунама ЗВП из 2014. мењане одредбе којима је уређен овај поступак, законодавац је задржао стари, традиционални назив за овај поступак – „поступак за лишење пословне способности“ који користи и ПЗ (2005). Он, пре свега, није ускладио рубрум и терминологију која се користи у Препоруци Савета Европе која, у складу са новим концептом третирања пословне способности, овај поступак именује као „поступак за установљавање мере заштите пунолетне особе умањених способности“, нити је изменио назив ове омнибус главе. Детаљно: Г. Станковић, В. Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, Ниш, 2020, 646.

<sup>34</sup> Одредбама ЗВП (1982) регулисана су три посебна ванпарнична поступка која се односе на институт продужења родитељског права: поступак за продужење родитељског права, поступак који суд спроводи када истекне време за проверавање продуженог родитељског права и поступак по предлогу законом овлашћених лица и органа за доношење решења о престанку продуженог родитељског права. Детаљно: Г. Станковић, В. Боранијашевић, *op.cit.*, 658.

<sup>35</sup> Закон о допуни Закона о ванпарничном поступку - ЗДЗВП „Службени гласник РС“ бр. 14/22 од 4. фебруара 2022.

ограничава уставно људско право у складу с законом.<sup>36</sup>

### 3.2. Разлози за проширење садржине и обима посебне пословне способности признате одлуком суда

Закон којим је допуњен ЗВП (1982) донет је да би се отклонили недостаци у одлучивању о обиму ограничене пословне способности у овим ванпарничним поступцима у погледу изборног права лица према коме је поступак вођен и усагласиле одредбе овог и нових изборних закона у којима је као један од услова за вршење изборног права предвиђена способност за вршење изборног права као компонента опште пословне способности.<sup>37</sup>

Потреба за допуном одредбе ЗВП у погледу садржине одлуке која се доноси у поступку за одређивање мере ограничења пословне способности<sup>38</sup> била је неопходна из неколико разлога.

Први разлог за допуњу ЗВП била су важећа нормативна решења. Једно од њих односи се на интерпретацију одредбе ПЗ (2005) којом се регулише пословна способност, разлози за њено ограничење и обим њеног ограничења. У одредби члана 147. ПЗ (2005) предвиђено је да је пословна способност лица којима се делимично ограничава пословна

---

<sup>36</sup> ЗДЗВП донео је низ нових решења у домену ванпарничне процедуре иако је на први поглед минимална допуна законског текста. Овом новелом приширена је зона примене ванпарничне процедуре, проширен је обим одлучивања ванпарничног суда у поступку за ограничење пословне способности и у поступку за продужење родитељског права, прецизирана садржина одлуке ванпарничног суда која се доноси у овим ванпарничним поступцима према лицу коме је у овим ванпарничним поступцима изречена мера делимичног ограничавања пословне способности. Детаљно о томе: Г. Станковић, „Способност за вршење изборног права“, *Савремена управа и правосуђе*, Београд, 2/22, 18.

<sup>37</sup> Изборно право према новим изборним законима има пунолетни држављанин Републике Србије над којим није продужено родитељско право, односно који није потпуно лишен пословне способности. Лице делимично лишено пословне способности има изборно право ако суд решењем о делимичном лишењу пословне способности није утврдио да је неспособно да врши изборно право.

<sup>38</sup> Формулација одредбе става 2. члана 40. ЗВП (1982) није била у потпуности у складу с Препоруком Р (99) 4 Комитета министара Савета Европе државама чланицама о начелима која се тичу правне заштите пунолетних лица умањених способности из фебруара 1999. по којој суд изриче меру заштите пунолетних лица умањених способности тако што одређује, поред круга правних послова које то лице може или не може да предузима с обзиром на његове умањене менталне способности, и његова политичка права (доступно на: [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/Rec\(99\)4E.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf), приступ: 9.4.2022).



способност једнака пословној способности старијег малолетника.<sup>39</sup> Ово нормативно решење утицало је и на обим појединих грађанских права лица према којима је вођен поступак за ограничење пословне способности уколико је услов или претпоставка за стицање или вршење неког права била пословна способност.<sup>40</sup> Због таквог нормативног решења по коме су лица која имају делимичну пословну способност изједначена са старијим малолетницима у погледу њихове посебне пословне способности, сматрало се да лица којима је била ограничена пословна способност немају способност за вршење изборног права а самим тим и изборно право иако оно, као политичко право грађана, не представља ни посао, ни правни посао. Тумачењем ове одредбе ПЗ (2005) произлазило је да су лица којима је делимично ограничена пословна способност лишена изборног права а тиме и партиципације у политичком животу јер изборно право не представља само активно и пасивно изборно право с обзиром на то да има знатно ширу садржину.

С друге стране, одредба члана 40. став 3. ЗВП (1982) била је приликом новелирања погрешно формулисана јер је предвиђено да се одлуком суда одређују послови, а не правне радње и правни послови, као посебна врста правних радњи дозвољених правом, које лице ограничене пословне способности може да предузима. Законодавац је приликом новелирања пропустио да предвиди да суд треба да решењем одлучи и о вршењу појединих грађанских права делимично способног пунолетног лица, као што је нпр. изборно право, које очигледно, као посебно субјективно право грађана, не спада у ни категорију послова, ни у категорију правних послова, иако Препорука Савета Европе из 1999. која се односи на третман лица умањене способности управо инсистира на томе да лицима ограничене пословне способности не буду ускраћена грађанска политичка права.

Други разлог који је био повод за допуну ЗВП било је настојање законодавца да новим законским решењем предвиди неспособност за вршење изборног права као разлог за ограничење изборног права који мора да буде предвиђен законом. Услови за стицање и вршење изборног права предвиђају пунолетство као старосни узраст када се оно стиче, држављанство, пребивалиште и способност за вршење изборног права. Неспособност за вршење изборног права може да постоји само уколико су испуњени одређени кумулативи услови предвиђени законом због којих се

---

<sup>39</sup> ПЗ (2005) поделио је малолетнике на млађе и старије према њиховом узрасту и поставио границу од 14 година као критеријум само за учешће малолетника у правним пословима имовинскоправне природе, а не и у погледу стицања личних, неимовинских права и обавеза.

<sup>40</sup> Без обзира на пропуст законодавца, у пракси појединих судова било је и решења у којима суд одлучује и о изборном праву иако оно не спада у категорију правних послова имовинског права.

ограничава изборно право грађана.<sup>41</sup> Неспособност за вршење изборног права, као општег политичког субјективног права грађана мора да се заснива на менталној неспособности једног лица<sup>42</sup> и мора да буде утврђена само изричитом одлуком суда.<sup>43</sup> Допуном одредбе члана 40. ЗВП дефинитивно је уклоњено ограничење изборног права по основу интелектуалних тешкоћа и психосоцијалног инвалидитета лица са делимично ограниченом пословном способношћу да би се норме домаћег права ускладиле с циљевима Конвенције УН о правима особа са инвалидитетом јер се право на политичко учешће у друштвеном животу вршењем изборног права везује се и за пословну способност.

### 3.3. Правна природа решења донетог у поступку за одређивање мере ограничења пословне способности

Решење којим ванпарнични суд одлучује о мери ограничења пословне способности или о њеном укидању има специфичну садржину<sup>44</sup> и правну природу. Правна природа решења зависи од тога да ли је одлука донета у посебном статусном поступку или у поступку ради уређења

---

<sup>41</sup> Европски суд за људска права је у пресуди *Alajos Kiss против Мађарске*, предмет бр. 38832/06 од 20. маја 2010. године стао на становиште да свеобухватно и аутоматско ограничење права гласа лицима којима је делимично ограничена послвана способност представља повреду Европске конвенције.

<sup>42</sup> Приликом вештачења менталне способности лица према коме се поступак води неспособност за разумевање сопствених поступака мора да буде прецизно утврђена.

<sup>43</sup> Видети: Мишљење бр. 190/2002 Европске комисије за демократију путем закона Савета Европе (Венецијанска комисија), *Кодекс доброг владања у изборним питањима*.

<sup>44</sup> Диспозитив решења којим се изриче конкретна мера ограничења пословне способности и у поступку за ограничење пословне способности и у поступку за продужење родитељског права треба, пре свега, да садржи потпуне личне податке о лицу према коме је вођен овај поступак. У личне податке који се уносе у диспозитив овог решења спадају и подаци о јединственом матичном броју грађана (ЈМБГ) да би ово решење било подобан и довољан правни основ за одређене уписе који се поводом ове статусне промене уписују у одређене јавне књиге (матичне књиге, катастар непокретности, бирачке спискове) јер је оно јавна исправа на основу које се врше одређени уписи у јавне књиге и евиденције. Исте податке мора да садржи и решење којим се враћа потпуна пословна способност лицу према коме је поступак вођен. Диспозитив решења о ограничењу пословне способности у одређеном обиму мора да садржи прецизно одређене правне радње и правне послове које лице ограничене пословне способности не може самостално предузимати, правне послове које лице ограничене пословне способности може самостално предузимати и правне послове које лице ограничене пословне способности може предузимати уз претходну дозволу и сагласност постављеног старатеља.

породичног односа као и од поступка у коме је одлучивано поводом пословне способности.

Кад се изреченом мером ограничења пословне способности мења статус пунолетног лица решење има конститутивну природу јер услед изречене мере оно губи статус опште пословно способног физичког лица и стиче одређену врсту индивидуализиране посебне пословне способности чији обим зависи од његове менталне способности.<sup>45</sup> С обзиром на то да према изборним законима и лица ограничене пословне способности, зависно од обима ограничења, могу да имају или немају способност за вршење изборног права, суд је дужан да одлучи и о овом праву из корпуса политичких права. Решење у делу у коме се признаје лицу према коме је поступак вођен способност за вршење изборног права има декларативно дејство јер се решењем утврђује да ли је оно способно или неспособно да врши изборно право пошто се утврђује постојање једне посебне способности која омогућава политичку партиципацију лицима која разумеју и схватају последице својих одлука у јавном животу и спречава њихова дискриминацију у домену политичких права грађана.

Уколико у поступку за проверу трајања мере ограничења пословне способности суд на основу расправе на рочишту после свих изведених доказа утврди да се стање менталног здравља лица коме је ограничена пословна способности погоршало, пошто су се стекли законски услови за ново ограничење пословне способности, суд је дужан да донесе ново решење којим ће уредити статус лица према коме се поступак води. Новим решењем суд је дужан да стави ван снаге раније правноснажно решење којим је била одређена мера ограничења пословне способности, да одреди нови обим и садржину ограничења пословне способности и временско трајање ове мере и да одреди рок у коме ће се проверавати постојање разлога за даље трајање изречене мере.

И ово решење, по својој правној природи, има конститутивну правну природу јер се њиме мења дотадашњи правни статус лица према коме је поступак вођен. Овим решењем суд је дужан да одлучи и о способности лица према коме се поступак води у погледу његове способности да врши изборно право с обзиром на то да је она један од услова за политичку партиципацију и вршење изборног права у пуном капацитету пошто се ограничавањем пословне способности не губи аутоматски и изборно право. Способност за вршење изборног право изузетно може да буде ограничена уколико једно лице не разуме и не схвата последице својих одлука.

Ако се у току поступка за враћање опште пословне способности који је покренут предлогом овлашћеног предлагача, испостави да је

---

<sup>45</sup> Уколико је лицу према коме је поступак вођен изречена мера потпуног ограничења пословне способности, оно је практично изједначено с млађим малолетником у погледу обима вршења субјективних права.

предлог делимично основан и да има разлога за даље одређивање мере ограничења пословне способности у промењеном обиму и у погледу врсте правних радњи и правних послова које лице према коме се поступак води може да предузима, суд ће донети нову одлуку. Суд је дужан и да новом одлуком одлучи о способности за вршење изборног права тако да ће одлука имати конститутивно-декларативна дејства.

Решење ванпарничног суда о продужењу родитељског права производи статусна, породичноправна, декларативна и декларативно-конститутивна дејства.<sup>46</sup>

Статусно дејство решења испољава се у томе што лице према коме је поступак вођен има статус потпуно или делимично пословно способног лица и што одлука суда спречава да наступањем пунолетства ово лице стекне општу пословну способност. Статусно дејство решења делује *erga omnes*. Из тог разлога се ово решење доставља матичару ради уписа у матичну књигу рођених, као и органу који води јавну књигу о евиденцији непокретности за случај да је противник предлагача имао непокретности.

Породичноправно дејство решења о продужењу родитељског права састоји се у томе што се између родитеља и њиховог детета заснива однос у коме родитељи имају одређена права и дужности које зависе и од статуса противника предлагача односно од обима ограничења његове пословне способности.

Декларативно дејство решења састоји се у томе што суд у решењу одлучује о томе да ли лице према коме је продужено родитељско право зависно од обима његове пословне способности има изборну способност као услов за вршење изборног права јер се оно, као политичко грађанско право, стиче пунолетством. Уколико се касније, због промена у здравственом стању и погоршања стања здравља, промени обим пословне способности, у поступку за преиспитивање даљег постојања разлога за продужење родитељског права који се периодично води,<sup>47</sup> суд може да утврди да лице према коме се поступак води више није способно да врши

---

<sup>46</sup> Декларативно и декларативно-конститутивно дејство су нова дејства која настају на основу решења о продужењу родитељског права а која произлазе из ЗДЗВП (2022) и нових изборних закона донетих почетком 2022.

<sup>47</sup> Продужење родитељског права је, као и мера ограничења пословне способности, заштитна мера ограниченог временског трајања. Због тога је суд дужан да пре истека времена њеног трајања по службеној дужности покрене поступак у коме треба да провери да ли још увек постоје разлози за одређивање ове заштитне мере. У зависности од врсте изречене заштитне мере и утврђеног стања менталног здравља и способности, суд доноси нову одлуку којом може лицу коме је била ограничена пословна способност да одреди нову меру ограничења пословне способности и да му новим решењем повећава, односно смањи обим правних радњи и правних послова које оно може самостално да предузима поред послова на које је законом овлашћено или које може да предузме уз сагласност родитеља.

изборно право,<sup>48</sup> тако да решење има и декларативно-конститутивни карактер.

С обзиром на то да се решењем о продужењу родитељског права одлучује и о изборном праву лица према коме је вођен поступак, оно представља основ за упис у бирачки списак уколико је решењем утврђена способност за вршење изборног права. Будући да решење о продужењу родитељског права има ограничено временско трајање, као и да може да се води и поступак за престанак продуженог родитељског права, утврђена способност за вршење изборног права утиче на промене које се врше у бирачком списку.<sup>49</sup>

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Право на пословну способност, као право на самостално доношење одлука о сопственом животу, правима и интересима, спада у категорију фундаменталних људских права, предвиђених и гарантованих Уставом.

У савременом праву, пословна способност је, као правни институт статусног права, претрпела преображај и од једног од елемената статуса физичког лица постала основно људско право које, као израз субјективитета физичког лица, омогућава физичком лицу да изрази правнорелевантну вољу приликом предузимања правних радњи и правних послова зависно од степена свог психофизичког развоја и способности за расуђивање.

У правном систему, поред опште правне способности, постоји читав спектар посебних пословних способности које омогућавају, с једне стране, стицање конкретних права и обавеза у различитим правним односима, а с друге, представљају претпоставку за заснивање разних и

---

<sup>48</sup> Пошто се стање здравља лица према коме је поступак вођен и према коме је продужено родитељско право током времена може мењати, законодавац је прописао дужност органа старатељства да проверава постојање разлога који су били повод за изрицање ове мере. Уколико се промене околности и пре но што је истекло време трајања мере, постоји могућност да се покрене поступак за престанак продуженог родитељског права. Овај поступак могу да покрену орган старатељства и овлашћена лица. Суд не може да покрене поступак по службеној дужности уколико се ради о промењеним околностима у току временског трајања мере коју је изрекао, али може, уколико за то сазна, да обавести орган старатељства.

<sup>49</sup> Према одредбама Закона о јединственом бирачком списку, „Службени гласник РС“ бр. 104/2009 и 99/2011, матичар који води службену евиденцију о грађанима дужан је да у року од три дана обавести надлежни орган о промени која се односи на изборну способност да би он могао да донесе решење на коме се заснива промена у бирачком списку.

различитих друштвених и правних односа. Ограничена пословна способност, као начин вршења пословне способности, стиче се достизањем одређеног узраста по самом закону или настаје ограничавањем опште пословне способности у судском ванпарничном поступку изрицањем заштитне мере ограничења пословне способности у поступцима за ограничавање и враћање пословне способности и у поступцима за продужење родитељског права. Ограничена пословна способност, као вид посебне пословне способности, омогућава реализацију права на пословну способност према менталним способностима и капацитету физичког лица.

## ЛИТЕРАТУРА

Бекер, К., *Лишење пословне способности – закони и пракса у Републици Србији*, Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом МДРИ-С, Београд, 2014.

Закон о избору народних посланика „Службени гласник РС“ бр. 14/22.

Закон о избору председника Републике, „Службени гласник РС“ бр. 14/22.

Закон о јединственом бирачком списку, „Службени гласник РС“ бр. 104/2009 и 99/2011.

Закон о локалним изборима. „Службени гласник РС“ бр. 14/22.

Закон о наслеђивању, „Службени гласник РС“ бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015).

Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“ бр. 31/93, „Службени лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Службени гласник РС“ бр. 18/2020.

Закон о потврђивању Конвенције УН о правима особа са инвалидитетом, "Службени гласник РС" – *Међународни уговори*, бр. 42/2009.

Закон о раду, „Службени гласник РС“ бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

Живановић, Т., *Систем синтетичке правне филозофије, Синтетичка филозофија права I*, Службени лист СФРЈ, 1997.

Живковска, Р., „Посебната правна способност како вид на општа правна способност“, *Зборник во чест на Стефан Георгијевски*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2009.

Живковска, Р. Пржеска, Т., *Граѓанско право, Опит дел*, Скопје, 2021, 69;

*Лексикон граѓанског права*, Номос, Београд, 1996, 511.

Марковић, М., „Пословна способност као универзално људако право и детерминанта друштвеног положаја лица са менталним инвалидитетом“, *Становништво*, 2/2012.

Мишљење бр. 190/2002 Европске комисије за демократију путем закона Савета Европе (Венецијанска комисија), *Кодекс доброг владања у изборним питањима*.

Младеновић, М., Панов, С., *Породично право*, Београд, 2003, 80.

Пајванчић, М., „Правна природа и садржај активног бирачког права“, *Зборник радова „Актуелност и значај људских права и слобода“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2011.

Породични закон, „Службени гласник РС“, бр. 18/05, 72/11 - др. закон, 6/15.

Препорука Р (99) 4 Комитета министара Савета Европе државама чланицама о начелима која се тичу правне заштите пунолетних лица умањених способности,  
[https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/Rec\(99\)4E.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf)

Симоновић, И., „Лишење пословне способности у светлу концепта пословне способности као људског права“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 86/2020.

Сјеничић, М., Перић, С., Марчетић, Д., „Политика правосудног система и система социјалне заштите према питању пословне способности – приказ истраживања на територији града Београда“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, бр. 88/20.

Станковић, Г., „Способност за вршење изборног права“, *Савремена управа и правосуђе*, Београд, 2/22.

Станковић, Г., „Поступак за стицање пословне способности“, *Зборник во чест на Стефан Георгијевски*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2009.

Станковић, Г., „Ванпарнични поступак за стицање пословне способности“, *Правни живот*, 13/08.

Станковић, Г., Боранијашевић, В., *Грађанско процесно право*, Ниш, 2020.

Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2019.

Ђирић Миловановић, Д., Шимоковић, Л., *Пословна способност као основно људско право*, Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом МДРИ-С, Београд, 2012.

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“ бр. 98/2006 и 115/2021.

Преднацрт закона о изменама и допунама Породичног закона, <http://minbpd.gov.rs>



Gordana STANKOVIĆ, Ph.D.

Full Professor, retired, University of Niš, Faculty of Law

Vladimir BORANIJAŠEVIĆ, Ph.D.

Full Professor, University of Priština

in Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

## LIMITATION OF LEGAL COMPETENCE AS A HUMAN RIGHT

### Summary

The authors in the paper analyze legal competence as a human right guaranteed by the Constitution of the Republic of Serbia stating that besides the general legal competence there exists a whole range of special legal competences among which is the limited legal competence as a way of performing legal competence. The limited legal competence is acquired by reaching a certain age by the very law, or by limitation of the general legal competence in a court non-contentious procedure by imposing a protective measure of legal competence which enables realization of the right to legal competence according to the mental capacities and capabilities of a natural person. The authors point to certain new legal solutions regarding limitation of legal capacity in a court non-contentious procedure, to the motives of the legislator and to the new duty of the court to also decide upon the competence for exercising the election right.

**Keywords:** legal competence, general legal competence, special legal competence, limited legal competence, non-contentious procedure.



оригинални научни рад  
достављен: 05. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 30. 04. 2022.  
УДК 347.637

Др Олга ЈОВИЋ - ПРЛАИНОВИЋ\*

## ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА У КОНТЕКСТУ ПРАВА НА ПОШТОВАЊЕ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА

### Апстракт

Питање односа родитеља и деце и породичног живота је веома комплексно питање због специфичности веза између субјеката тог односа, садржине њихових права и обавеза, интереса који се штити, природе санкције и ограничења која се постављају код нарушавања тих односа. Лишење родитељског права је породичноправна санкција којом се покушавају помирити два супротстављена начела: начело најбољег интереса детета и права на поштовање породичног живота. Родитељско право изведено је из дужности родитеља и постоји у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета. Уколико родитељи злоупотребљавају, не врше или неадекватно врше овлашћења из садржине родитељског права санкција погађа једног или оба родитеља. Родитељско право може бити ограничено, тј. родитељ може бити лишен свих или појединих овлашћења из садржине родитељског права, под условима и у поступку који је законом прописан. Као саставни елемент права на поштовање породичног живота, родитељско право се сврстава у основно људско право, из ког разлога је интервенција државе у односима између деце и родитеља утемељена на два основна принципа: принципу најмањег посезања и принципу легалитета. У овом раду предмет пажње ауторке је усмерен на анализу међународних (универзалних и регионалних) стандарда који се примењују у овој материји, са освртом на решења у националном породичном законодавству.

**Кључне речи:** ограничење родитељског права, право на поштовање породичног живота, међународни стандарди

---

\* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, olga.jovic@pr.ac.rs.

## 1. УВОД

Као заједница родитеља и деце која из те везе настају (или су усвојена), породица је примарна заједница у којој се развија личност детета. Права и дужности родитеља су прописана законом, а њихово вршење је у функцији заштите интереса детета који је изједначен са општим друштвеним интересом. Правна интервенција усмерена је на заштиту права детета. Институционалистички концепт породице подразумева да је породица социјална институција, те да повреда интереса детета захтева интервенцију државе у породичне односе која ће бити допуштена само ако је утемељена на законом прописаним условима ради заштите аутономије породице и њеног интегритета.<sup>1</sup> Одредбама о родитељским правима и дужностима и о правима детета предвиђени су правни оквири који обезбеђују услове за оптимални развој деце, па је, у том смислу, улога друштва испуњена предузимањем мера и активности које ће родитељима олакшати подизање деце. У односу родитељи – дете – држава, држава штити дете и породицу у целини,<sup>2</sup> тј. друштво је позвано да заштити дете у ситуацијама када се родитељи о детету не старају на задовољавајући начин. Онда када родитељи не могу или неће да се понашају одговорно према деци, интервенција државе је оправдана ( у првом реду мисли се на породичноправне мере за заштиту права и интереса детета).

Шири контекст заштите породице усмерен је на појам породичног живота, односно на заштиту права на поштовање породичног живота (члан 8. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (1950)).<sup>3</sup> Тумачењем права на поштовање породичног живота

---

<sup>1</sup> Чл. 65. ст. 2. Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006 и 115/2021.

“...Сва или поједина права могу једном или обома родитељима бити одузета или ограничена само одлуком суда, ако је то у најбољем интересу детета, у складу са законом“.

<sup>2</sup> Вид. чл. 5. Конвенције УН о правима детета, „Сл. лист СФРЈ - међународни уговори“, бр. 15/90 и „Сл. лист СРЈ - међународни уговори“, бр. 4/1996 и 2/1997, који гласи: „Државе уговорнице ће поштовати одговорности, права и дужности родитеља 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“.

<sup>3</sup> Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП), „Службени лист СЦГ – међународни уговори“, бр. 9/2003 и 5/2005 и 7/2005 (испр.), „Сл. гласник РС - Међународни уговори“, бр. 12/2010.

Европски суд за људска права је заузео став да поштовање породичног живота намеће и позитивне и негативне обавезе за државе чланице. Суштина одредбе чл. 8. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода је заштита појединца од арбитрерног уплитања државних органа, међутим, она не приморава државу да се једноставно уздржи од интервенције. Тако, поред негативне, може постојати и позитивна обавеза државе да примени мере смишљене да обезбеде поштовање приватног живота између самих појединаца.<sup>4</sup>

## 2. О ЛИШЕЊУ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Са нормативног аспекта посматрано, родитељски однос је одређен на начин да обавезује родитеље да активно и одговорно врше права и дужности. У свим савременим законодавствима у центру породичних односа је дете, а то подразумева пооштрену одговорност родитеља. Када је повређен стандард родитељског старања, интервенција државе огледа се у примени стручних социјалних и управних мера превентивног и корективног надзора над вршењем родитељског права, све до мера делимичног и потпуног лишења родитељског права које изриче суд. Лишење родитељског права је мера којом се родитељу ограничава или одузима овлашћење да врши права и дужности из садржине родитељског права, осим дужности издржавања детета. Другим речима, обим лишења може бити различит: родитељ може бити лишен правне могућности вршења свих права и дужности из садржине родитељског права (потпуно лишење родитељског права) или само појединих права која има према детету (делимично лишење родитељског права).

Ограничење родитељског права подразумева да су законом прописани разлози за делимично и потпуно лишење родитељског права који су везани за понашање родитеља. Лишење родитељског права није конципирано као казна за родитеље који неадекватно врше родитељско право, не поседују одговарајуће родитељске капацитете или су дисфункционални у заштити детета, већ је основни циљ овог правног института заштита личности, права и интереса, те правилног психофизичког развоја детета. Родитељско право је усмерено према детету ради остваривање његових права

---

<sup>4</sup> *Stubbings vs UK*, представка бр. 00022083/93; 00022095/93 од 22. октобра 1996. године.

По правилу, забрањено је задирање у права родитеља докле год остварују родитељско право у складу са законом; трећа лица не смеју ометати родитеље у остваривању родитељског права. Родитељско право је и људско право, па у случају ограничење важе општи принципи, подразумевајући под тим да свако мешање у породичне односе мора бити законито и оправдано. Што је мешање државе у породични живот већи, јаче мора бити оправдање за такво поступање.<sup>5</sup> Конкретизација општих принципа за ограничење родитељског права захтева да законом буду утврђени разлози због којих се родитељ може потпуно или делимично лишити родитељског права због злоупотребе родитељског права, грубог занемаривања родитељских дужности и несавесног вршења права и дужности из садржине родитељског права.

Национална породична законодавства прихватају модел заштите детета којим се настоји постићи равнотежа између потребе за социјалном интервенцијом и права родитеља да брину о деци, у складу са најбољим интересом детета. Породичноправна и социјална заштита представљају области у оквиру којих се остварују и штите основна права детета, која су гарантована потврђеним међународним уговорима, Уставом Републике Србије, законима и другим прописима и документима.

## 2.1. Лишење родитељског права– међународни стандарди

Међународни документи универзалног карактера који садрже опште услове за ограничење људских права донети су под окриљем Уједињених нација усвајањем Универзалне декларације о људским правима (1948), документа који је темељ за све касније међународне уговоре о људским правима.<sup>6</sup> Универзални систем заштите људских права, допуњен је са два међународна пакта о људским правима: Међународним пактом о грађанским и политичким правима (ППП) и Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима

---

<sup>5</sup> Р. Вујовић, *Лишење родитељског права*, ЈП „Службени гласник“, Београд 2019, 50.

<sup>6</sup> Универзална декларација о људским правима 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. Тако на пример, чл. 25. став 2. прописује да: “Мајке и деца имају право на нарочито старање и помоћ. Сва деца, рођена у браку или ван њега, уживају једнаку социјалну заштиту“. Вид. Universal Declaration on Human Rights, 1948, <http://conventions.coe.int>

(ПЕСК).<sup>7</sup> Поједине одредбе Међународног пакта о грађанским и политичким правима посебно се односе на децу. Право детета на недискриминацију, право на име и упис у регистар рођених, као и право на држављанство<sup>8</sup> су одредбе које су учиниле највећи помак у стварању обавезујућих норми међународноправне заштите детета. У Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима два члана су посебно посвећена деци и породици. Породица се признаје као природна и основна заједница друштва која заслужује највећу могућу заштиту. Оба пакта утврђују опште услове за ограничење права на поштовање породичног живота: ПГП чл. 4. прописује да нико не може бити предмет самовољних или незаконитих мешања у приватни живот, породицу, стан или преписку..., односно основни стандард у ограничењу права из породичних односа подразумева мешање које је засновано на закону, док ПЕСК прецизније формулише услове за ограничење права из овог пакта. Наиме, ограничење мора бити прописано законом, утврђено у мери која је у сагласности с природом права које је предмет ограничења и предузето у складу са легитимним циљем.<sup>9</sup>

Конвенција УН о правима детета је међународни инструмент којим је предвиђен каталог права детета у оквиру система људских права. Одредбама Конвенције прокламује се низ појединачних, међусобно условљених и недељивих права и слобода детета. Одређена права, по својој природи, представљају опште принципе, чије је поштовање предуслов за остваривање осталих права и слобода детета прокламованих Конвенцијом.<sup>10</sup>

Конвенција о правима детета препознаје да родитељи, односно старатељи имају превасходну одговорност за подизање и развој детета, а

---

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

<sup>8</sup> 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.“

<sup>9</sup> Вид. чл. 4. ПЕСК.

<sup>10</sup> Општи принципи везују се за забрану дискриминације (чл. 2), поштовање најбољег интереса детета (чл. 3), право на живот, опстанак и развој (чл. 6), право детета на мишљење - право на партиципацију (чл. 12).

државе су дужне да им пруже одговарајућу помоћ у том процесу (чл. 18). Државе, такође, имају обавезу да обезбеде да дете не буде одвојено од родитеља против њихове воље, осим када је то у његовом најбољем интересу и искључиво на основу одлуке надлежног суда. У случају одвајања детета од родитеља државе ће поштовати право детета на контакт са родитељима, осим када је то у супротности са најбољим интересима детета. Таква одлука може бити неопходна у одређеном случају, као на пример, ако родитељи злостављају или занемарују дете... (чл. 9. ст. 1.), одакле произилази да морају да буду испуњени одређени услови да би родитељ био лишен родитељског права. То даље значи да је, најпре, потребно да мера буде прописана законом, потом, да је мера неопходна у демократском друштву и, најзад, примењена мера треба буде у најбољем интересу детета. Мере заштите се изричу због детета и њиховом применом је пожељно да се одговорност родитеља за дете усмери на испуњење родитељске улоге на задовољавајући начин.

## 2.2. Ограничење права на породични живот у европским оквирима

Како је већ напоменуто, у оквиру европског система заштите деце посебан значај имају стандарди успостављени Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода кроз одлуке Европског суда за људска права у погледу гаранција за остваривање и заштиту права на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8). У вези са правом на поштовање породичног живота, другим ставом члана 8., изричито је прописано да се јавне власти неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других. При томе, гаранције из чл. 8. ЕКЉП примењују се на широк спектар питања која се сврставају под појам породични живот, а од значаја су за остваривање и заштиту права из односа родитеља и деце. Примена овог члана има двоструки циљ: са једне стране, да се заштити појединац од произвољног мешање државе у његов породични живот и да се, са друге стране, успоставе унутрашњи правни механизми који могу да обезбеде делотворно поштовање породичног живота.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Р. Вујовић, *Лишење родитељског права*, op. cit., 43.



У ситуацији да родитељи својим понашањем повређују права и интересе детета (стандард родитељског старања), одговор на недопуштено понашање родитеља огледа се у ограничавању породичне аутономије.<sup>12</sup> Зато интервенција државе у заштити дететових права и интереса који су понашањем родитеља угрожени треба да је строго контролисана и заснована на прецизно дефинисаним законским претпоставкама и условљена најбољим интересом детета у сваком конкретном случају. Дакле, понашање родитеља које представља ризик по дететов психички и физички интегритет и социјални развој су оправдавајући разлози за интервенцију државе у породични живот.

### 2.2.1. Пракса Европског суда за људска права

У домену лишења родитељског права, у пракси Европског суда за људска права успостављени су стандарди заштите којих су дужне да се придржавају државе чланице приликом одлучивања о ограничењима права на породични живот. Обавеза је држава чланица да у случају злостављања детета испуне своју позитивну обавезу и заштите физички и морални интегритет детета, као и да успоставе унутрашње правне механизме који могу да обезбеде делотворно поштовање породичног живота. Позитивне обавезе огледају се у предузимању свих мера од стране државе за које се може разумно очекивати да буду предузете у циљу спречавања повреда права детета од стране родитеља.

Понижавајући и нехумани поступци којима су деца била изложена од стране својих родитеља и пропуст система социјалне заштите да склони децу из родитељског окружења, у предмету *Z. and Others v UK*,<sup>13</sup> оставило је трајне последице на здравље и развој деце, имајући у виду да је дужност заштите припадала социјалним службама које су на располагању имале различите могућности, а међу њима и одвођење деце из куће. Суд је сматрао да је на тај начин повређен принцип забране

---

<sup>12</sup> У европским законодавствима заштита детета од непримереног понашања родитеља обухвата широк спектар мера државне интервенције које се односе на ограничење или лишење родитељског права. Судови имају дискреционо право у избору адекватних мера заштите у складу са најбољим интересом детета. Анализом упоредног права, уколико је интерес детета угрожен, породични суд може ограничити родитељско право или родитеље потпуно лишити родитељског права ако је то потребно ради заштите интереса детета. О решењима у упоредном праву опширније код О. Јовић, „Јавноправни оквир заштите детета од злостављања и занемаривања“, *Правни живот* бр. 10, Београд 2009, 1061-1075.

<sup>13</sup> *Z. and Others v UK*, представка бр. 29392/95 од 10. маја 2001.

мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања (чл. 3. ЕКЉП), да је противно праву на делотворни правни лек (чл. 13. ЕКЉП), те да је дошло до повреде права на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8. ЕКЉП) које штити физички и морални интегритет сваког појединца.

Свако мешање државе у породични живот мора бити засновано на правним одредбама које задовољавају захтеве законитости према одредбама ЕКЉП, тј. начело законитости указује на потребу да мешање буде утемељено на одредбама националних законских прописа. У том смислу, Суд мора размотрити начин на који је закон тумачен на националном нивоу, осим ако гледиште домаћих судова указује на јаке разлоге за супротно поступање.<sup>14</sup> Тако, у случају *Buchberger v Austria*,<sup>15</sup> подносиатеља представке се позвала на повреду права на поштовање породичног живота од стране аустријских власти које су старање о њеним синовима пренели на службу социјалне заштите, због занемаривања родитељских дужности. Мајка је први пут оставила децу (узраста од годину и две године) без надзора више од пола сата, а на основу пријаве суседа, служба је ургентно одреаговала и сместила децу у установу ради евалуације њиховог здравственог стања. Европски суд за људска права изнео је став да непримерене мере заштите деце од стране локалне Службе за младе – одузимање деце – очигледно представљају кршење права на поштовање породичног живота подносиатељке представке. Родитељ може бити лишен родитељског старања у потпуности само уколико је дететов најбољи интерес угрожен. У конкретном случају тог основа нема, тако да одлука о преносу старања над децом на Службу за младе није правоваљана, будући да уживање родитеља и деце у међусобном односу јесте конститутивни елемент права на поштовање породичног живота.

Ограничење родитељског ауторитета у француском праву предвиђено је ради заштите здравља, сигурности и морала детета, односно у циљу стварања услова за подизање деце у одговарајућем окружењу у складу са најбољим интересом детета. У случају *Gnahoré v France*,<sup>16</sup> Европски суд за људска права је мишљења да није било повреде права на поштовање породичног живота, упркос општеприхваћеном становишту да

---

<sup>14</sup> I. Roagna, *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Generalni direktorat za ljudska prava i vladavinu pravu, Strasbourg 2012, 38.

<sup>15</sup> *Buchberger v Austria*, представка бр. 32899/96 од 20. марта 2002.

<sup>16</sup> *Gnahoré v France*, представка бр. 40031/98 од 19. септембра 2002.

свако одузимање детета од родитеља треба схватити као привремену меру са циљем поновног успостављања односа између родитеља и детета. Суд је одлуку засновао на чињеници да разлози које су износили француски судови јасно показују да су законске норме примењиване ради заштите интереса малолетног детета, а да су вишеструки напори службе за социјалну заштиту у правцу успостављања контакта између оца и детета, и евентуални повратак у родитељску кућу онемогућени понашањем подносиоца представке који је континуирано одбијао да сарађује са поменутом службом и да се подвргне терапији. Иако је у најбољем интересу детета да везе са биолошком породицом буду очуване увек када је то могуће, у конкретном случају везе између оца и сина биле су прекинуте више од осам година због чега би поновно спајање породице врло вероватно било исувише трауматично искуство за дете.

У случају *Strand Lobben and others v Norway*<sup>17</sup> који се односио на одлуку домаћих власти да лише родитељског права мајку и допусте хранитељској породици да усвоје њеног сина, Европски суд за људска права је утврдио повреду права на поштовање породичног живота, с обзиром да је главни разлог поступака власти била неспособност мајке да се правилно брине о свом сину са посебним потребама. То образложење је било засновано на ограниченим доказима, јер су контакти између мајке и детета, након његовог смештања у хранитељску породицу, били спорадични, те да нису урађени нови извештаји који би испитали способност биолошке мајке да брине о детету са посебним потребама, упркос томе што се у међувремену венчала и родила друго дете. Узимајући у обзир све околности конкретног случаја, норвешке власти нису покушале да успоставе равнотежу између интереса детета и његове биолошке породице, нити су узеле у обзир развој породичног живота мајке.

Обимна јуриспруденција Европског суда за људска права, која остваривање родитељског права тумачи као део права на поштовање породичног живота и као посебно људско право, указује на то да појам породичног живота на коме је заснован члан 8 обухвата везу између детета и његовог родитеља која може бити прекинута у изузетним околностима.<sup>18</sup> Таква је, несумњиво, одлука о одузимању деце од

---

<sup>17</sup> *Strand Lobben and others v Norway*, представка бр 37283/13 од 10. септембра 2019.

<sup>18</sup> I. Roagna, *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, op.cit., 30-31.

родитеља и стављање под туђе старање, а може бити оправдана само ради заштите детета у ванредном случају када се они који воде бригу о детету сматрају извором опасности за дете. Суд у Стразбуру наглашава предност делотворне заштите детета која не би требало да буде неутралисана мерама јавних власти мешањем у породични живот.<sup>19</sup>

### 2.2.2. Други регионални међународни документи

Поред Европске конвенције о људским правима, важан документ релевантан за односе деце и родитеља је Ревидирана европска социјална повеља, према којој је породица основна ћелија друштва која ужива друштвену, правну и економску заштиту и обавезује државе чланице да ту заштиту обезбеде.<sup>20</sup> Листи међународних уговора донетих у оквирима Савета Европе ваља додати и Конвенцију о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања (тзв. Ланзарот конвенција) која државама чланицама поставља захтев за предузимање свих неопходних законодавних и других мера да онда када су родитељи или лица која се старају о детету укључени у сексуално искоришћавање или сексуално злостављање детета, интервенција мора да обухвати могућност уклањања наводног починиоца из окружења жртве и могућност измештања жртве из породичног окружења.<sup>21</sup>

Под окриљем Савета Европе усвојени су многобројни формалноправно необавезујући документи, чији се морални значај огледа у смерницама државама у унапређењу законодавних решења у области права детета. У питању су препоруке Комитета министара међу којима се по важности издвајају: Препорука Савета Европе бр. (84) 4 о родитељској одговорности,<sup>22</sup> којом је предвиђено да се за потребе ове препоруке родитељска одговорност третира као скуп дужности и овлашћења чији је циљ да осигурају моралну и материјалну добробит детета, посебно бринући о дететовој личности одржавањем личних односа са дететом и обезбеђивањем образовања, брига о издржавању детета, заступању детета и управљању његовом имовином. Затим, Препорука (2006) 19 о

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, 39.

<sup>20</sup> Чл. 16. Ревидиране европске социјалне повеље, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 42/09.

<sup>21</sup> Чл. 14 Конвенције о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 19/09.

<sup>22</sup> Вид. принцип 1. Recommendation No. R (84) 4 on Parental Responsibilities, 28 February 1984, <https://wcd.coe.int/com> (приступ 20. март 2022.).

практичној политици подршке добром родитељству<sup>23</sup>, у којој се појам „добро родитељство“ односи на родитељско понашање зановано на најбољим интересима детета које негује, оснажује, ненасилно је, и омогућава препознавање и усмеравање детета и постављање граница како би се омогућио потпуни развој детета. Ту спада и Стратегија Комитета министара Савета Европе о правима детета (2016-2021),<sup>24</sup> која, у оквиру четврте приоритетне области „правосуђе по мери детета“,<sup>25</sup> у погледу поступка лишења родитељског права, указује да државе чланице немају јединствен приступ овом правном институту, јер је поступак лишења посебан поступак у односу на одлуку о вршењу родитељског права који се примењује у случајевима у којима је неопходно, у најбољем интересу детета (у случајевима злостављања и/или занемаривања).<sup>26</sup> Изузетно, на основу околности одређених законом и одлуком надлежног органа, родитељ (или носилац родитељске одговорности) може бити лишен, делимично или потпуно родитељске дужности. Родитељ може бити лишен родитељског права привремено, делимично или у целости оних овлашћења која се тичу здравља и развоја детета, неге и заштите, одржавања личних односа, образовања, заступања детета, одређивања места становања и управљања имовином детета.<sup>27</sup>

Наведени и бројнији, овом приликом ненаведени документи, који нису правно обавезујући, подржани су кроз накнадно укључивање њихових одредаба или прокламованих принципа у међународне уговоре и унутрашња правна акта држава чланица Савета Европе.<sup>28</sup>

### 3. ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА У СРПСКОМ ПРАВУ

У домаћем породичном законодавству, нарочито у односима родитеља и деце, под утицајем Конвенције о правима детета и других међународних инструмената, родитељско право је преобликовано у

---

<sup>23</sup> Recommendation R (2006) 19 of the Committee of Ministers to Member States on Policy to Support Positive Parenting. <https://rm.coe.int> (приступ 29. март 2022.).

<sup>24</sup> Council of Europe, Strategy for the Rights of the Child (2016-2021), <http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168066cff8> (приступ 29. март 2022.).

<sup>25</sup> Стратегија о правима детета има пет приоритетних области: једнаке могућности за сву децу; партиципација деце; живот без насиља за сву децу; правосуђе по мери детета; права детета у дигиталном окружењу.

<sup>26</sup> Принцип 55. Стратегије.

<sup>27</sup> Р. Вујовић, *Лишење родитељског права*, оп. cit., 54, фн.28.

<sup>28</sup> *Ibid.*

дужности оба родитеља према детету, док детету припадају посебна права. Дете има статус субјекта права којем држава преко надлежних органа пружа одговарајућу заштиту уколико родитељи не врше родитељско право на начин који одговара детету.

Полазећи од тога да су родитељи законом обавезани да активно врше своје дужности према детету, одступање од захтеваног понашања сматра се повредом права и може бити изазвана активним понашањем родитеља (активна злоупотреба моћи којом се директно наносе телесне и душевне повреде) и пасивним понашањем родитеља (занемаривање потреба детета). Понашање родитеља које негативно утиче на развој детета уобличено је кроз појам злоупотребе,<sup>29</sup> грубог занемаривања,<sup>30</sup> злостављања<sup>31</sup> и осујећења развојних потреба детета. У том смислу, противправно је понашање родитеља уколико не врше активно своја овлашћења или не испуњавају своје дужности или када овлашћења врше противно најбољем интересу детета.

Будући да је реч о скривљеном понашању родитеља, породичноправна санкција се огледа у потпуном лишењу родитељског права<sup>32</sup> или делимичном лишењу родитељског права.<sup>33</sup> У случају потпуног лишења родитељског права, родитељ се судском одлуком лишава свих права и дужности из садржине родитељског права: чувања, подизања, васпитавања, заступања, старања о образовању детета или управљања имовином детета, али се не ослобађа дужности издржавања

---

<sup>29</sup> М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2014, 296-297.

Злоупотреба родитељског права подразумева штетно понашање родитеља, односно поступке који су у тој мери супротни интересима детета да узбилно угрожавају његов физички, морални и интелектуални развој

<sup>30</sup> *Ibid.*

Грубо занемаривање родитељских дужности постоји када родитељ уопште не брине о детету нити подмирује његове основне животне потребе (не води рачуна о исхрани детета, хигијенски га запушта, не лечи га, ускраћује му издржљивље).

<sup>31</sup> N. Žegarac, „Operacionalne definicije zlostavljanja“, u *Zaštita deteta od zlostavljanja Priručnik za centre za socijalni rad*, Obretković M., Pejaković Lj. (ur.), Beograd 2001, 32-38.

Злостављање је скуп догађаја, ситуација, стања или понашања којима се повређује интегритет и осујећује развој детета, а манифестује се кроз повезаност разноврсних штетних физичких и психичких односа према детету (физичко злостављање, сексуална злоупотреба, емоционално злостављање и занемаривање). Садржину појма занемаривање чини и напуштање детета.

<sup>32</sup> Чл. 81. Породичног закона Републике Србије (ПЗС), „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

<sup>33</sup> Чл. 82. ПЗС.

детета.<sup>34</sup> Код делимичног лишења родитељског права, родитељ који несавесно врши права и дужности из садржине родитељског права може бити лишен једног или више права, у зависности од тога да ли врши или не родитељско право, али, такође, не може бити лишен дужности да издржава дете.<sup>35</sup> Обим лишења зависи од судске процене околности у сваком поједином случају, а одлука ће зависити од тога да ли је родитељ поступао несавесно у погледу више права и дужности из садржине родитељског права или у погледу само неких од њих (на пример, родитељ показује пропусте само у начину на који заступа дете приликом давања сагласности за предузимање неопходне медицинске интервенције над дететом), али родитељ никада неће моћи бити делимично лишен родитељског права у погледу свих права и дужности из садржине родитељског права. Несавесност родитеља у вршењу родитељског права подразумева мањи степен одговорности од злоупотребе права односно грубог занемаривања родитељских дужности.<sup>36</sup>

До лишења родитељског права долази само на основу правноснажне судске одлуке, на неодређено време, у односу на сву децу или у односу на једно дете, што значи да суд ограничава родитељско право само у најтежим случајевима родитељског немара или злостављања који су као такви законом утврђени.<sup>37</sup> Правна заштита детета је

---

<sup>34</sup> За разлику од домаћег законодавства, у хрватском реформисаном породичном законодавству, примера ради, напуштена је концепција по којој је издржавање детета део садржаја родитељског старања, по угледу на решења у немачком и аустријском законодавству. Важећи Обитељски закон („Narodne novine“, br. 103/15, 98/19) одредбом чл. 91.ст. 1. прописује да родитељско старање чине одговорности, дужности и права родитеља у сврху заштите и остваривања личних и имовинских права које су родитељи дужни остваривати у складу са дететовим развојним потребама и могућностима. Хрватски законодавац је као новину уредио садржину родитељског старања као право и дужност заштите личних права детета на: здравље, негу и заштиту; васпитање и образовање; остваривање личних односа; одређивање места становања. Томе је додато и право право и дужност управљања имовином детета, односно у садрину родитељског старања спада право и дужност заступања дететових личних и имовинских права и интереса (чл. 92.). Вид. А. Korać Graovac, „Od zajedničkog do samostalnog ostvarivanja roditeljske skrbi i natrag – kako zaštititi prava djece i roditelja“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. VIII, Posebni broj, Zagreb 2017, 53.

<sup>35</sup> М. Драшкић, „Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LX, 1, Београд 2012, 377.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 378.

<sup>37</sup> Чл. 81. ст. 2. ПЗС: Родитељ злоупотребљава права из садржине родитељског права ако 1. физички, сексуално или емоционално злоставља дете; 2. израбљује

репресивна и усмерена је на спречавање противправних поступака родитеља и отклањање штетних последица по дете. С тим у вези, у конкуренцији права детета на живот и права на родитељско старање, несумњиво је да примат има право детета на живот. Обим лишења родитељског права мора бити у сразмери са ризиком и опасности по дете, како би се евентуално отклонили узроци који су довели до лишења родитељског права и поново успоставило право детета на родитељско старање. Суд, у парничном поступку, служећи се објективним мерилима и узимајући у обзир све околности случаја заузима став да ли је конкретна радња или понашање родитеља сматра злоупотребом права, грубим занемаривањем дужности или несавесним вршењем права и дужности.

Правноснажна судска одлука о лишењу родитељског права производи правна дејства на родитеље и дете. Сходно томе, ако је само један родитељ лишен родитељског права, родитељско право припада другом родитељу који то право врши самостално. Међутим, у случају када су оба родитеља лишена родитељског права, односно ако је родитељског права лишен једини родитељ коме је оно припадало, дете се сматра малолетником без родитељског старања, и обавезно се ставља под старатељство и смешта се у другу породицу или установу. Овакво решење произилази из обавезе државе да детету без родитељског старања обезбеди заштиту у породичној средини (хранитељској, односно усвојитељској породици), а уколико то није могуће обезбедиће се институционални смештај.<sup>38</sup>

---

дете силећи га на претеран рад, или на рад који угрожава морал, здравље и образовање детета, односно на рад који је забрањен законом; 3. подстиче дете на вршење кривичних дела; 4. навикава дете на одавање рђавим склоностима; 5. на други начин злоупотребљава права из садржине родитељског права. Ст. 3. прописано је да родитељ грубо занемарује дужности из садржине родитељског права ако је напустио дете, ако се уопште не стара о детету са којим живи, ако избегава да издржава дете или да одржава личне односе са дететом са којим не живи, ако с намером и неоправдано избегава да створи услове за заједнички живот са дететом које се налази у установи социјалне заштите за смештај корисника, ако на други начин грубо занемарује дужности из садржине родитељског права.

<sup>38</sup> М. Драшкић, *Коментар Породичног закона*, ЈП Службени гласник, Београд 2016, 236.



#### 4. ЗАКЉУЧАК

Основна идеја заштите права на поштовање породичног живота подразумева да је државна интервенција оправдана ако су кумулативно испуњена два услова: да постоји легитимни циљ, односно да је мешање у складу са законом и када је оно неопходно у „демократском друштву“. Из цитираних одлука Европског суда за људска права у вези са потпуним лишењем родитељског права јасно произилази да је у најбољем интересу детета да се везе са природном породицом очувају увек када је то могуће, због чега се свако ограничавање права на породични живот мора схватити као привремена мера која треба да престане чим околности дозвољавају. Другим речима, једном када су успостављене породичне везе, оне могу да буду прекинуте само изузетно (разводом брака, прекидом заједничког живота, одлуком да се дете да на туђе старање, усвојењем) у ком смислу дискреционо право националног законодавца не може бити резултат произвољне одлуке, већ предузете мере морају јасно бити усмерене на заштиту здравља, морала, права и слобода детета у одређеном тренутку, с обзиром да право на поштовање породичног живота у садржинском смислу обухвата право родитеља и детеа на њихово поновно спајање. Истовремено, неопходно је повести рачуна о разумној равнотежи између остварења најбољег интереса детета и обезбеђења да се родитељски капацитет родитеља очува у што већој мери. То, заправо, подразумева процену односа сразмерности између примењених мера и циља чијем се остварењу тежи. Приликом доношења судских одлука принцип најбољег интереса детета има највећи значај у односу на било ког другог учесника у поступку. Најбољи интерес детета се увек цени појединачно у односу на свако дете у конкретном случају и подразумева обезбеђивање најбољих могућих услова за развој детета и остваривање његових права.

## ЛИТЕРАТУРА

Вујовић Р., *Лишење родитељског права*, ЈП „Службени гласник“, Београд 2019.

Драшкић М., „Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LX, 1, Београд 2012.

Драшкић М., *Породично право и права детета*, Београд 2014

Драшкић М., *Коментар Породичног закона*, ЈП Службени гласник, Београд 2016.

Jović O., „Javnopravni okviri zaštite deteta od zlostavljanja i zanemarivanja“, *Pravni život* br. 10, Beograd 2009.

Korać Graovac A., „Od zajedničkog do samostalnog ostvarivanja roditeljske skrbi i natrag – kako zaštititi prava djece i roditelja“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. VIII, Posebni broj, Zagreb 2017.

Roagna I., *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Generalni direktorat za ljudska prava i vladavinu pravu, Strasbourg 2012.

Žegarac N., „Operacionalne definicije zlostavljanja“, u *Zaštita deteta od zlostavljanja Priručnik za centre za socijalni rad*, Obretković M., Pejaković Lj. (ur.), Beograd 2001.

Правни извори:

Конвенција УН о правима детета, „Сл. лист СФРЈ - међународни уговори“, бр. 15/90 и „Сл. лист СРЈ - међународни уговори“, бр. 4/1996, 2/1997.

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, „Службени лист СЦГ – међународни уговори“, бр. 9/2003 и 5/2005 и 7/2005 (испр.), „Сл. гласник РС - Међународни уговори“, бр. 12/2010.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима,

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима „Службени лист СФРЈ“, бр.7/1971.

Конвенција о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 19/09.

Ревидирана европске социјалне повеље, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 42/09.

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006 и 115/2021.

Породичи закон Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

Obiteljski zakon, „Narodne novine“, br. 103/15, 98/19.

Council of Europe, Strategy for the Rights of the Child (2016-2021), <http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168066cff8>

Recommendation No. R (84) 4 on Parental Responsibilities, 28 February 1984, <https://wcd.coe.int/com>

Recommendation R (2006) 19 of the Committee of Ministers to Member States on Policy to Support Positive Parenting. <https://rm.coe.int>

Universal Declaration on Human Rights, 1948, <http://conventions.coe.int>

Пракса Европског суда за људска права:

*Strand Lobben and others v Norway*, представка бр 37283/13 од 10. септембра 2019.

*Buchberger v Austria*, представка бр. 32899/96 од 20. марта 2002.

*Gnahoré v France*, представка бр. 40031/98 од 19. септембра 2002.

*Z. and Others v UK*, представка бр. 29392/95 од 10. маја 2001.

*Stubbings v UK*, представка бр. 00022083/93; 00022095/93 од 22. октобра 1996. године.

Olga JOVIĆ PRLAINOVIĆ, Ph.D

Full-time Professor, University of Priština in Kosovska Mitrovica,

Faculty of Law

## DEPRIVATION OF PARENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE RIGHT TO RESPECT FAMILY LIFE

### Summary

The issue of the relationship between parents and children and family life is a very complex issue due to the specifics of the relations between the subjects of that relationship, the content of their rights and obligations, the interests to be protected, the nature of sanctions and restrictions. Deprivation of parental rights is a family sanctions that seek to reconcile two opposite principles: the principle of the best interests of the child and the right to respect for family life. If the parents abuse, do not exercise or inadequately exercise the powers from the content of the parental rights, the sanction affects one or both parents. Parental rights may be limited, i.e. the parent may be deprived of all or some of the authorizations from the content of the parental rights under the conditions and the procedure prescribed by law. As an integral element of the right to respect for family life parental rights are classified as basic human rights.

**Key words:** restriction of parental rights, right to respect for family life, international standards

оригинални научни рад  
достављен: 05. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 29. 04. 2022.  
УДК 347.68(497.11)

Др Тамара БУРЂИЋ\*  
Др Зоран ЋИРИЋ\*

## МЕДИКО-ЛЕГАЛНИ АСПЕКТ ПОНИШТАЈА УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ ЗБОГ НЕДОСТАТКА АЛЕАТОРНОСТИ<sup>1</sup>

### Апстракт

Уговор о доживотном издржавању се често закључује у пракси, и као такав највише оспорава због недостатка алеаторности која је предвиђена важећим Законом о наслеђивању, као посебан разлог његове рушљивости. Оно што је спорно код поништаја уговора о доживотном издржавању по овом основу јесте недостатак објективних параметара на основу којих би се недостатак алеаторности могао утврдити, јер је разлог рушљивости конципиран у виду правног стандарда, без прецизнијих смерница и мерила за његово утврђивање. Отуда значајан допринос за његову даљу конкретизацију даје судска пракса, која се анализира у овом раду, а која се у основи ослања на медицинску струку и ставове вештака. Коначно, циљ рада је да се утврде могући правци прецизирања законске одредбе која нормира овај основ рушљивости, како би се отклонили пробема приликом оцене његовог постојања, како са правног, тако и медицинског становишта, и на тај начин спречиле његове злоупотребе и неморално поступање.

**Кључне речи:** уговор о доживотном издржавању; рушљивост; алеаторност, медицинско вештачење; старост; блиска смрт;

---

\* Доцент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

\* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу,

<sup>1</sup> Рад је резултат истраживања на пројекту Министарства просвете и науке РС „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ који се реализује на Правном факултету у Нишу.

## УВОД

Уговор о доживотном издржавању има дугу правну традицију, а питање његове правне природе и правних дејстава заокупљало је пажњу правничке јавности од тренутка његовог настанка, па до данас. То је уговор који по правилу закључују старија и самохрана лица која због старости и/или болести нису у стању да се старају сама о себи, те закључењем овог уговора осигуравају издржавање и негу коју ће им пружити давалац издржавања. Истовремено, давалац издржавања стиче одређену имовинску корист овим путем, што је и његов мотив за закључење уговора.

У питању је сложени правни институт који се по својим основним правним обележјима може оквалификовати као облигационо-правни уговор, од посебног значај за наследно право. Његова сложеност произлази из природе облигације доживотног издржавања која је лична, трајнијег карактера (протеже се за живота примаоца издржавања) и обухвата различита давања и чињења, чији је обим условљен тренутком наступања смрти примаоца издржавања.

Чињеница смрти има велики значај код уговора о доживотном издржавању и управо за њу се везују специфичности овог уговора у односу на друге, класичне, облигационе уговоре. Иако не представља каузу овог правног посла, за чињеницу смрти примаоца издржавања као одложни рок везује се стварноправно дејство овог уговора. То повлачи низ других својстава и последица које се, између осталог, огледају у алеаторности самог уговора, јер се економски ефекат уговора везује за чињеницу смрти самог примаоца издржавања.

Управо својство алеаторности уговора о доживотном издржавању може оставити простора за неморално и несавесно поступање, и злоупотребу сврхе уговора ради стицања несразмерне имовинске користи. Како би се заштитили интереси примаоца издржавања, законодавац је предвидео могућност поништаја овог уговора у случају недостатка алеаторности, при чему услови за поништај у овом случају нису прецизно законски дефинисани, и остављају простора различитим тумачењима и злоупотреби права, што води правној несигурности.

### 1. АЛЕАТОРНОСТ КАО ПРАВНО ОБЕЛЕЖЈЕ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

Уговор о доживотном издржавању је уговор којим се давалац издржавања обавезује да издржава примаоца издржавања до његове

смрти, а овај се обавезује, у накнаду за то, да му пренесе својину на одређеној ствари или неко друго имовинско право, с тим да је стицање својине (односно другог права) одложено до тренутка смрти примаоца издржавања.<sup>2</sup> Уговор о доживотном издржавању је по својој правној природи именован, формалан, каузалан, двостранообавезујући, теретан правни посао, са трајним извршењем престација, који се закључује с обзиром на лична својства уговорних страна (*intuitu perosnae*). Његово значајно својство је алеаторност, с обзиром да се не зна међусобни економски ефекат, односно какав ће бити однос узајамних престација, јер он зависи од будуће неизвесне околности тј. смрти примаоца издржавања. У том смислу се, сходно одредбама чл. 139. ст. Закона о облигационим односима, не може се тражити поништај уговора због очигледне несразмере узајамних давања према правилима о прекомерном оштећењу, јер овде не важи правило о еквивалентности узајамних давања које важи за двостранообавезујуће теретне уговоре.<sup>3</sup>

У моменту закључења уговора позната је висина престације примаоца издржавања, која се састоји у преносу тачно одређених ствари и права на даваоца издржавања, али није позната висина даваоачеве престације која је условљена дужином живота примаоца издржавања. У правној теорији су заступљена опречна схватања о домаћају алеаторности, тј. да ли је она двострана (постоји за обе уговорне стране) или једнострана (постоји само за даваоца издржавања).<sup>4</sup>

Према једном становишту, узајамна неизвесност у погледу могућег добитка и губитка је у основи алеаторности, тако да је алеаторност и код уговора о доживотном издржавању двострана, што значи да је потребно присуство неизвесности за обе уговорне стране.<sup>5</sup> Према другима, алеаторност је једнострана, односно неизвесност постоји само у односу на даваоца издржавања, чија се обавеза простире у времену, тако да висина даваоачеве обавезе зависи од дужине живота примаоца издржавања.<sup>6</sup> У том смислу, ако се пође од правне сврхе

---

<sup>2</sup> Чл. 194 ст. 1 Закона о наслеђивању (Службени гласник РС“, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015), у даљем тексту ЗОН; Д. Ђурђевић, Институције наследног права, Београд, 2017, стр. 250.

<sup>3</sup> Врховни Суд Србије, Рев. 638/86.

<sup>4</sup> Види Ј. Радишић, Облигационо право, Београд, 2000 год. стр. 128.

<sup>5</sup> С. Сворцан, Коментар Закона о наслеђивању Србије, Крагујевац, 2004, стр. 431.

<sup>6</sup> Алеаторност би се могла искључити тек кад би се могао с извесношћу утврдити дан смрти примаоца издржавања, а то је немогуће, сем кад би се учинило кривично дело убиства или навођења на самоубиство, М. Стеванов, „Даље

уговора о доживотном издржавању, односно, да кауза обавезе једне стране представља каузу обавезе друге стране, произилази да ризик закључења уговора у смислу да ће добити мање од уложеног постоји само на страни даваоца издржавања (јер је његов мотив закључења уговоре економске природе), док прималац издржавања свакако бива издржаван до краја живота (што је и кауза његовог обавезивања), без обзира на однос вредности узајамних престација. Коначно, уколико се пође од законске формулације основа за поништај уговора о доживотном издржавању из разлога недостатка алеаторности (а то је да уговор не представља неизвесност за даваоца издржавања због болести и старости), тумачењем се долази до закључка да је алеаторност уговора о доживотном издржавању као претпоставка његове пуноважности једнострана.

Алеаторност уговора доживотном издржавању као његова важна правна карактеристика може се даље конкретизовати с обзиром на критеријум по основу којег се одређује: ако се одређује у односу на дужину живота примаоца издржавања, онда је реч о тзв. „субјективној алеаторности“; ако се одређује спрам обима предмета уговора, онда је реч о „објективној алеаторности“.<sup>7</sup> Могло би се закључити да је једнострана, субјективна алеаторност код уговора о доживотном издржавању примарна (дакле, мора да постоји на страни даваоца издржавања, а у погледу дужине живота примаоца издржавања). У том смислу би објективна алеаторност као таква имала секундарни значај за опстанак уговора о доживотном издржавању посматрано у односу на субјективну алеаторност којом је условљена.

Саму алеаторност код уговора о доживотном издржавању не треба посматрати као његову формалну карактеристику, него својство које је условљено конкретним околностима. Из саме законске формулације према којој се уговор може поништити „ако због болести или старости уговор није представљао никакву неизвесност за даваоца издржавања“, не произлазе објективни критеријуми за утврђивање недостатка алеаторности на страни даваоца издржавања, односно мерила на основу којих се утврђује када старост или болест примаоца издржавања представља неизвесност за даваоца издржавања (које су то године старости примаоца издржавања, као и врсте болести које указују на

---

изграђивање уговора о доживотном издржавању“, *Анали ПФБ* 3– 4/1966, 378; О. Антић, З. Балиновац, *Коментар закона о наслеђивању*, Београд, 1996, стр. 501.

<sup>7</sup> S. Panov, *O zajedničkoj svojini u braku*, *Anali pravnog fakultetea*, br.1-3/1998, str..67, fn. 45.



непостојање неизвесности у погледу дужине живота примаоца издржавања). Дакле, у питању правни стандард који се процењује према релевантним околностима сваког конкретног случаја.<sup>8</sup>

Такође, у погледу одређивања постојања алеаторности као претпоставке пуноважности уговора од доживотном издржавању, у правној теорији се критички посматра алтернативно одређивање постајање болести или старости примаоца издржавања као околности на основу којих се закључује да алеторности нема. Како се дужина живота неког лица не може са извесношћу одредити по природи ствари, сматра се да старост примаоца издржавања самостално не може представљати разлог за поништај овог уговора, и да би кумулативно одређивање ових околности као релеватних за утврђивање недостатка алеаторности учинило утемељенијим овај основ за поништај уговора о доживотном издржавању.<sup>9</sup> Извесно је да старост као критеријум за утврђивање недостатка алеаторности је прилично несигуран, с обзиром да нема никаквих прецизних мерила за његово утврђивање. Међутим, иако су старост и болест примаоца издржавања у већини случајева условљени, јер се стара лица најчешће и налазе у својству примаоца издржавања и имају здравствених проблема, то не мора нужно бити случај (нпр. у својству примаоца се може наћи и млађе лице)<sup>10</sup>, што говори у прилог оправданости алтернативног одређивања ових услова алеаторности.

Коначно, питање да ли је због болести и старости смрт примаоца издржавања његова смрт била извесна за даваоца издржавања фактичко је питање на које се одговор мора дати у сваком конкретном случају, на основу мишљења вештака медицинске струке, уз уважавање свих околности конкретног случаја. У том смислу, значајне смернице у конкретизацији овог стандарда дала је судска пракса. У коначном, треба имати у виду да се сама алеаторност код уговора о доживотном издржавању не може потпуно искључити, због тога што је везана за чињеницу смрти која је сама по себи неизвесна, те се тренутак њеног

---

<sup>8</sup> Одлука Врховног касационог суда, Рев 884/2015, 17.03.2016. год., <https://www.vk.sud.rs/sr>, посећено марта, 2022.

<sup>9</sup> Види М. Албијанић, Уговор о доживотном издржавању, Правни живот, 10/1996, стр. 504.

<sup>10</sup> „Закључени уговор о доживотном издржавању не губи обележје алеаторности код чињенице да је прималац издржавања по годинама знатно млађи од даваоца издржавања,...“, Пресуда Општинског суда у Краљеву П. Бр. 13/2006 од 05.05.2006, Пресуда Окружног суда у Краљеву 1237/2006 од 28.07.2006; Пресуда Врховног суда Србије Рев 2598/2006 од 17. 01. 2007-Билтен праксе Окружног суда у Краљеву бр. 1/2007;

наступања не може тачно утврдити, чак и када се чини блиском.<sup>11</sup> Зато би недостатак алеаторности требало релативизирати, и посматрати као основано очекивање смртног исхода примаоца издржавања у релативно кратком времену од момента закључења уговора.

Уколико се у конкретном случају на страни даваоца издржавања утврди недостатак алеаторности у погледу дужине живота примаоца издржавања, уговор се може поништити на захтев законских наследника примаоца издржавања у року од једне године од сазнања за уговор, односно три године од дана примаочеве смрти, при чему рок за поништај не може да тече пре смрти примаоца.<sup>12</sup> Дакле, недостатка алеаторности на страни даваоца издржавања се санкционоше санкцијом рушљивости према важећој регулативи, са циљем да се очува алеаторност уговора као његова важна правна карактеристика, као и да се заштите интереси законских наследника примаоца издржавања и спрече злоупотребе при закључивању уговора. Претходним Законом о наслеђивању из 1974. године, овај разлог рушљивости уговора о доживотном издржавању није био нормиран, па су се примењивала општа правила облигационог права о неважности уговора. Наиме, уколико је давалац издржавања закључио уговор како би прибавио несразмерну имовинску корист у очекивању блиске смрти примаоца издржавања, такав уговор би био неморалан и противан добрим обичајима, те ништав сходно чл.103 Закона о облигационим односима.<sup>13</sup>

Правнополитичко оправдање за поништај уговора о доживотном издржавању темељи се на теорији правичног ризика. Наиме, код овог уговора елеменат поштења не произлази из еквивалентне размене међу уговорним странама, јер те еквиваленције нема, с обзиром на алеаторан карактер овог уговора, већ елеменат поштења проистиче из постојања правичног ризика. Наиме, свака уговорна страна закључењем уговора пристаје на ризик да добије мање од уложеног, и обрнуто, да оствари одређену имовинску корист.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Види М. Стеванов, *op.cit.*, стр. 378.

<sup>12</sup> Чл. 203. ст. 2. и 3. ЗОН-а.

<sup>13</sup> Закон о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", *br.* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", *br.* 31/93 и "СЛ. Лист СЦГ", *br.* 1/2003 – Уставна повеља).

<sup>14</sup> Д. Ђурђевић, *op.cit.*, стр. 268.

## 2. КРИТЕРИЈУМИ ЗА УТВРЂИВАЊЕ НЕДОСТАТКА АЛЕАТОРНОСТИ – ДОПРИНОС СУДСКЕ ПРАКСЕ

Када је реч о утврђивању недостатка алеаторности као разлогу за поништај уговора о доживотном издржавању, у судској пракси се сусрећу два типа одлука. Први тип одлука заснива се на објективном критеријуму алеаторности, тј. узима се у обзир извесност смрти примаоца издржавања за даваоца издржавања, али не и друге околности које би могле бити од значаја за утврђивање савесности даваоца издржавања. Уколико због временски блиске смрти примаоца издржавања за даваоца није било неизвесности у погледу преузетих обавеза и односа узајамних чинидби, уговор је поништаван по основу чл. 203 ЗОН-а.<sup>15</sup> У појединим одлукама, нарочито оним донетим пре доношења важећег Закона о наслеђивању из 1995, судови су заузимали став да уколико је давалац издржавања у време закључења уговора, с обзиром на здравствено стање примаоца, знао за његову блиску смрт, у том случају уговор је противан моралу и апсолутно ништав у смислу чл. 103 ЗОО-а.<sup>16</sup> И сама одредба Закона о наслеђивању која се односи на могућност поништаја уговора због недостатка алеаторности (чл. 203 ЗОН) садржи претпоставку несавесног поступања даваоца издржавања, јер је извесна смрт примаоца издржавања у кратком времену након закључења уговора била мотив његовог закључења. У том смислу уговор је противан моралу због употребе његове сврхе, стицања несразмерне имовинске користи и изигравања наследних права законских наследника. Ако уговор није представљао неизвесност за даваоца издржавања, па га је закључио у злој вери, у теорији се сматра да би такав уговор био неморалан и зеленашки, па би се пре могло говорити о разлогу ништавости, а не рушљивости уговора о доживотном издржавању.<sup>17</sup>

Из анализе неких других судских одлука може се закључити да се судови често нису везивали само за објективно схватање алеаторности које подразумева кратак временски период од момента закључења уговора до момента смрти примаоца издржавања, већ су ценили

---

<sup>15</sup> Пресуда Врховног суда Србије Рев.1449/2005 од 09.06. 2005.год., Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 762/2002 од 16.05.2002; Пресуда Округног дуса у Чачку, Гж. 1359/2006 од 01.11.2006.год.

<sup>16</sup> Решење Врховног суда Србије, Рев.. 286/04 од 1.9.2005. год.

<sup>17</sup> З. Ђирић, Н. Стојановић, Неке дилеме поништаја уговора о доживотном издржавању, Правни живот бр. 10/2002, стр. 609, 610.

испуњеност услова за поништај уговора због недостатка алеаторности спрам других околности у сваком појединачном случају.

Тако је у једном случају уговор о доживотном издржавању закључен 16. 11. 2011. год. између сина, као примаоца издржавања и мајке, као даваоца издржавања. На страни мајке као даваоца издржавања конституисана је обавеза доживотног издржавања у корист сина која је подразумевала пружање неге, обезбеђивања лекарске помоћи, одржавања хигијене, прибављања лекова, док се син као прималац издржавања уговором обавезао да ће пренети на мајку непокретности које је поседовао у тренутку закључења уговора. Крајем августа месеца исте године прималац издржавања се јавио лекару због болова у стомаку, када му је утврђена дијагноза тумор регије десног бубрега. Потом је дана 30. 10. 2011. године, по основу упута лекара, био смештен на Клинику за урологију ради операције где је 30.11.2011.год. и преминуо.

Суд је, полазећи од утврђеног чињеничног стања, кратког временског размака између закључења уговора и момента смрти примаоца, као и околности да уговор није ни почео да се извршава од стране даваоца, закључио да је оспорени уговор закључен у циљу изигравања законских наследних права тужиље (ћерке оставиоца), и да је као такав ништав због недопуштеног основа, а у складу са чл. 52. ЗОО-а.

Другостепени суд је утврдио да изведени докази нису указивали на то да прималац издржавања неће преживети операцију, већ да се очекивао позитиван исход. Такође се констатује у образложењу одлуке да је тужена водила бригу о примаоцу издржавања и пре него што је уговор закључен, па је самим закључењем уговора само усаглашено фактичко и правно стање, тако да на закључивање уговора није утицала недопуштена побуда да се изиграју интереси тужиље, као нужног наследника. Закључујући да тужена као давалац издржавања није имала свест о блиској смрти сина, као примаоца издржавања, другостепени суд је преиначио пресуду и одбио захтев тужиље, с образложењем да нису испуњени услови за поништај уговора по основу чл. 203. Закона о наслеђивању, који као посебан пропис искључује примену општих правила уговорног права, а која се односе на ништавост уговора .

Коначно, ревизијом тужиље је констатовано да је због погрешне примене материјалног права чињенично стање остало непотпуно утврђено. Наиме, приликом одлучивања по жалби тужиље суд није оценио шта је била кауза уговора о доживотном издржавању: да ли је уговор заиста закључен са циљем обезбеђења доживотног издржавања

примаоцу издржавања, или са циљем изигравања законских наследника? У образложењу се наводи да другостепени суд није узео у обзир све релевантне околности приликом утврђивања недопуштености каузе, као и одсуства алеаторности као основа за поништај уговора према чл.203 ЗОН. Те околности су: присуство тешке болести на страни примаоца, временски размак између постављене дијагнозе, настанка уговора и смрти примаоца издржавања.

Из опсежне судске праксе која се односи на поништај уговора због недостатка алеторности такође произлази да сазнање даваоца издржавања о скоријој смрти примаоца издржавања не мора увек довести до неважности уговора о доживотном издржавању. Наиме, у појединим судским одлукама се заузима став да се уговор од доживотном издржавању неће сматрати ништавим уколико у тренутку закључења уговора постоји сазнање да прималац издржавања болује од неизлечиве болести, и да је уз то стар човек, уколико је у дужем временском периоду пре закљичења уговора давалац водио бригу о примаоцу издржавања.<sup>18</sup> Такође, ако је закључење уговора о доживотном издржавању с обзиром на околности било нужно за примаоца издржавања и издржавање стварно реализовано, околност да је услед болести примаоца издржавања његова смрт била извесна за примаоца издржавања, не узрокује ништавост уговора.<sup>19</sup>

Осим тога, ако је у моменту закључења уговора о доживотном издржавању постојала неизвесност уговорних страна у погледу дужине живота примаоца издржавања, а одмах по закључењу уговора се утврди да прималац издржавања болује од тешке и неизлечиве болести, уговор ће задржати свој карактер алеаторности који се одређује спрам момента његовог закључења. Сматра се и да је за пуноважност уговора о доживотном издржавању релевантно и ко је иницирао његово закључење. У том смислу, ако је прималац издржавања који је у време закључења уговора био у почетном стадијуму болести, за коју је давалац знао и при том сам прималац иницирао закључење уговора о доживотном издржавању (при чему је предмет уговора само нега и лечење, без ангажовања материјалних средстава), тада нема места поништају уговора због недостатак алеаторности.

---

<sup>18</sup> Решење окружног суда у Ваљеву, Гж. 579/2005 од 07. 04. 2005.

<sup>19</sup> Решење Апелационог суда у Београду Гж. 14786/2010 од 24.11 2011.

На основу анализе судске праксе произлази да се неизвесност будућег догађаја - смрти примаоца издржавања, мора ценити не само у објективном, већ и у субјективном смислу.<sup>20</sup> То значи да се приликом оцене исупуњености услова за поништај уговора о доживотном издржавању по основу недостатка алеаторности мора просуђивати спрам конкретних околности, и то према следећим критеријумима: болест и старост примаоца издржавања као параметри извесности његове смрти; постојање реалне потребе примаоца издржавања за издржавањем и нужност те потребе, да ли је обавеза издржавања извршавана дужи период пре потписивања уговора? (да ли је уредно извршавана након закључења уговора?); ко је иницирао закључење уговора и сл.<sup>21</sup>

### 3. МЕДИЦИНСКИ АСПЕКТИ ПОНИШТАЈА УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ ЗБОГ НЕДОСТАТКА АЛЕАТОРНОСТИ

Међу правним разлозима за поништај уговора о доживотном издржавању су и они који садрже разматрање одређених медицинских околности, када је неопходно да правници затраже помоћ стручњака медицинске струке. У тим ситуацијама доноси се решење о обављању медицинских вештачења, са задатком да се расветле околности које су значајне за утврђивање да ли постоје правне претпоставке за поништај уговора о доживотном издржавању.

Пре разматрања медицинског аспекта критеријума који упућују на недостатак алеаторности код уговора о доживотном издржавању, треба напоменути да се велики број медицинских вештачења код поништаја овог правног посла односи на утврђивање да ли су уговарачи (посебно примаоци издржавања) имали потребни квалитет и квантум психичких способности да самостално и адекватно расуђују и одлучују у односу на овај правни посао. Ради се о питањима које се у праву процењују у оквиру утврђивања да ли је у време сачињења уговора о доживотном издржавању прималац издржавања био *потпуно* пословно способан. Наиме, с обзиром да се ради о двосмерном и теретном правном послу, нужност је да уговарачи имају потпуну пословну способност. То у психијатријском смислу значи да у време сачињења и овере уговора прималац издржавања

---

<sup>20</sup>Из пресуде Врховног суда Србије 2437/2006 од 07.03.2007године- Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу, бр. 26/2008;

<sup>21</sup> Види Решење Врховног суда Србије, Рев. 4772/2001 од 08.11.2001. године;

није манифестовао симптоме и знаке душевних болести, душевних поремећености или душевних заосталости (биолошка компонента пословне способности) и да је био способан за расуђивање и одлучивање (психолошка компонента). Ове околности могу се утврђивати прегледом лица пре чињења овог правног посла-заживотна вештачења, као и након смрти ових лица-постмортална вештачења<sup>22</sup>. Судско-психијатријска литература<sup>23</sup>, као и искуства из праксе указују да су постмортална вештачења значајно деликатнија, пре свега због чињенице да се не обављају на основну личног прегледа вештака, већ се заснивају на подацима из медицинске документације, судских списа и изјавама сведока, који некада могу бити недовољни, па и необјективни, што све ова вештачења чини тежим и сложенијим.

Медицински аспекти поништаја уговора о доживотном издржавању због недостатка алеаторности су у највећем броју случаја везане за област телесне медицине, укључујући и неурологију, која је већ више деценија одвојена од психијатрије. Због тога се и вештачења ових медицинских околности поверавају или специјалистима судске медицине или судским вештацима оних медицинских специјализација из којих има података о болестима прималаца издржавања.

Оно што је, међутим, проблем је законска формулација која је наведена у чл. 203 ЗОН „да су може поништити уговор о доживотном издржавању ако због болести или старости примаоца издржавања уговор није представљао никакву неизвесност за даваоца издржавања“. Као што је раније наведено, из судске праксе се издваја два типа одлука приликом сагледавања недостатка алеаторности. Први тип одлука заснива се на објективном критеријуму алеаторности, тј. узима се у обзир извесност смрти примаоца издржавања за даваоца издржавања. Свесни чињенице да је смрт извесна за све особе, па и за примаоца издржавања, критеријум из судске праксе је додатно појашњен, кроз утврђивање да ли је била извесна „блиска смрт“ примаоца издржавања. У том смислу су заузимани ставови да се поништавају уговори у доживотном издржавању када буде утврђено „да је давалац издржавања у време закључења уговора, с обзиром на здравствено стање примаоца, знао за његову блиску смрт“, чиме је процењено да је уговор је противан моралу и апсолутно ништав.

---

<sup>22</sup> З. Ђирић, *Судска психијатрија*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2013-стр.26.

<sup>23</sup> Р. Ковачевић, *Форензичка психијатрија*, Бања Лука, 2000-стр.73.

Кључно питање у овој области је: Ко је, како и на основу којих објективних критеријума утврдио ту медицинску околност да је извесна блиска смрт примаоца издржавања?

Ако су ову процену вршили само правници, јасно је да они немају довољно квалификација за процену да ли је здравствено стање примаоца издржавања било такво да је била извесна блиска смрт, те такве пресуде нису биле утемељене на објективно утврђеном чињеничном (медицинском) стању.

Уколико је суд утврђивање ових околности поверио вештацима медицинске струке, ти вештаци су се нашли пред великим проблемом. Он се огледа у чињеници **да медицина не познаје појам блиске смрти.**<sup>24</sup>

Другим речима, основни проблем у одредбама чл. 203 ЗОН је чињеница да овом чланом нису наведени прецизнији критеријуми за примену истог. А из таквог непрецизног одређења произашли су и примери из судске праксе, када се утврђује „извесност блиске смрти“, која се медицински не може одредити.

Јасно је да је намера законописца била добра, пре свега у смислу спречавања злоупотреба здравственог стања примаоца издржавања, али начин да се „то санкционише“, према чл. 203 ЗОН је нејасан, неодређен и омогућава примену по индивидуалном схватању оног који доноси судску одлуку. Због тога и могу настати проблеми у склопу утврђивања околности из чл. 203 ЗОН, а они могу бити следећи:

Први се огледа у томе што нема временског критеријума који одређује (не) извесност уговора.

Други, једнако битан, је чињеница да не постоји медицинска дефиниција блиске смрти, а тиме ни могућности да објективни и непретенциозни вештак медицинске струке на питање да ли је била извесна блиска смрт примаоца издржавања. У прилог овога може говорити и чињеница да и постојање малигне болести аутоматски не значи да ће смрт наступити у неком блиском временском периоду. То зависи од врсте тумора, фазе развоја, постојећих терапијских могућности, што све не ставља знак једнакости између постојања малигне болести и извесности смрти у неком кратком периоду. Савремена медицина је продужила животни век и тих најтежих пацијената. По мишљењу лекара, једног од аутора овог рада, релативно јасна медицинска могућност да се утврди недостатак алеаторности је мишљење вештака да се прималац

---

<sup>24</sup> З. Ђирић, Н. Стојановић, Неке дилеме поништаја уговора о доживотном издржавању, Правни живот бр. 10/2002, стр. 618.



издржавања налази у терминалној фази малигне болести, када је више немогуће примењивати циљану онколошку терапију, већ се примењују само лекови за реанимацију и умањење болова.

Треће, а чини се да се о томе мање води рачуна, је законска формулација да уговор није представљао **никакву** неизвесност за даваоца издржавања. Да ли онда постоји икаква неизвесност (неки степен сумње у извесност) и како се она одређује?

Четврто, чиме се закон не бави, какви су сазнајни капацитети и својства даваоца издржавања, да створи спознају да је здравствено стање примаоца издржавања такво да ће врло брзо довести до његове смрти.

Сами критеријуми који се наводе као разлози за утврђивање недостатка алеаторности су старост или болест примаоца издржавања. О критеријумима везаним за болест је било већ говора и истакнуте су околности због којих је тешко утврдити постојање недостатка алеаторности.

И сам појам старости није довољно јасан и одредив у контексту утврђивања недостатка алеаторности код овог уговора. Прво, јасно је да се животни век (научно доказа чињеница) продужава, па није јасно која је то старосна доб када нема алеаторности у односу на уговор о доживотном издржавању. Друго, лично искуство из бројних медицинских вештачења прималаца издржавања који су били старији од 85, па и 90 година, указује да је њихово опште здравствено стање било такво да није било икаквих медицинских елемената који би говорили у прилог њихове животне угрожености или да су били неспособни за расуђивање и одлучивање. Тако се потврђује да је и формулација „старост“ далеко од објективног критеријума на основу којег би се проценило да постоји недостатак алеаторности.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Алеаторност представља једно од најзначајнијих својстава уговора о доживотном издржавању, које подразумева да у моменту закључења уговорне стране пристају на неизвесност у погледу односа узајамних давања, односно економског ефекта уговора, што је условљено везивањем стварноправног дејства овог уговора за момент примаоачеве смрти. У циљу спречавања злоупотреба овог уговора и неморалног поступања, законодавац је у важећем Закону о наслеђивању недостатак алеаторности санкционисао санкцијом рушљивости. Овакав уговор коме недостаје алеаторност је у својој бити и непоштен и неморалан, и према општим

правилима облигационог права би као такав био ништав, па се поставља питање оцене правног значаја недостатка алеаторности и адекватности санкције онако како је предвиђено Законом о наслеђивању, који је свакако *lex specialis* у односу на Закон о облигационим односима.

Када је реч о утврђивању недостатка алеаторности, јасно је да је овај основ у самом закону конципиран као правни стандард, без навођења објективни критеријуми за његово утврђивање, па се испуњеност услова за поништај уговора по овом основу процењује према релевантним околностима сваког конкретног случаја и конкретизује кроз судску праксу путем субјективних параметара, као што су: постојање реалне потребе примаоца издржавања за издржавањем, пружање издржавања од стране даваоца примаоцу, пре потписивања уговора; иницирање закључења уговора од стране примаоца издржавања итд.

Како се сама алеаторност код уговора о доживотном издржавању не може потпуно искључити, због тога што је везана за чињеницу смрти која је сама по себи неизвесна, чак и када се чини блиском, недостатак алеаторности би требало, у правном смислу, релативизирати и посматрати као основано очекивање смртог исхода примаоца издржавања у релативно кратком времену од момента закључења уговора.

Са медицинског становишта утврђивање недостатка алеаторности код уговора о доживотном издржавању, а према законској формулацији и судској пракси, не садржи довољно објективних елемената при разматрању ових чињеница.

Наиме, законске формулације „болести“ и „старости“, као и формулације проистекле из судске праксе „извесност смрти“ и „извесност блиске смрти“, немају своје медицинско утемељење које омогућава објективно процењивање ових околности.

У односу на извесност блиске смрти, кључни проблем односи се на чињеницу да, посебно у временском смислу, медицина не познаје појам блиске смрти, па није јасно како би вештаци медицинске струке могли да одговоре на питања суда о овој околности. То што нека медицинска стања упућују на релативно скорашњу смрт примаоца издржавања не потпадају у формулацију блиске смрти, јер тог медицинског критеријума нема, па није јасно како се неки вештаци уопште изјашњавају о томе.

Чињеница да је медицина продужила животни век генерално, као и животни век особа које болују од тешких болести, додатно упућује да

нема довољно објективних критеријума да би се проценило недостатак алеаторности код уговора о доживотном издржавању.

Све до сада наведене чињенице упућују да би критеријуме којима се оцењује недостатак алеаторности требало учинити таквим да се што објективније ове околности сагледају, како са становиште права, тако и медицине. Садашње законско решење то у потпуности не омогућава, те указујемо на потребу да се оно треба кориговати или учинити ново са много објективнијим критеријумима за утврђивање недостатка алеаторности код уговора о доживотном издржавању.

## ЛИТЕРАТУРА

- Албијанић, М., *Уговор о доживотном издржавању*, Правни живот, 10/1996;
- Антић, О., Балиновац, З., *Коментар закона о наслеђивању*, Београд, 1996;
- Ђурђевић, Д., *Институције наследног права*, Београд, 2017;
- Закон о облигационим односима* ("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)
- Закон о наслеђивању* (Службени гласник РС“, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015)
- Ковачевић, Р., *Форензичка психијатрија*, Бања Лука, 2000;
- Рапов, S., *О заједничкој својини и браку*, *Анали правног факултета*, бр.1-3/1998;
- Радишић, Ј., *Облигационо право*, Београд, 2000;
- Сворцан, С. *Коментар Закона о наслеђивању Србије*, Крагујевац, 2004;
- Стеванов, М., *Даље изграђивање уговора о доживотном издржавању*, *Анали ПФБ* 3– 4/1966, 378;
- Тирић, З., Стојановић, Н., *Неке дилеме поништаја уговора о доживотном издржавању*, *Правни живот* бр. 10/2002;
- Тирић, З., *Судска психијатрија*, *Правни факултет у Нишу*, Ниш, 2013.

## СУДСКА ПРАКСА

- Одлука Врховног касационог суда*, Рев 884/2015, 17.03.2016. год.;
- Пресуда Општинског суда у Краљеву П. Бр. 13/2006 од 05.05.2006;*
- Пресуда Окружног суда у Краљеву*, 1237/2006 од 28.07.2006;
- Пресуда Врховног суда Србије*, Рев 2598/2006 од 17. 01. 2007-Билтен праксе Окружног суда у Краљеву бр. 1/2007;
- Пресуда Врховног суда Србије*, 2437/2006 од 07.03.2007године- Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу, бр. 26/2008;
- Пресуда Врховног суда Србије* Рев.1449/2005 од 09.06. 2005.год.,  
*Пресуда Врховног суда Србије*, Рев. 762/2002 од 16.05.2002; *Пресуда Окружног дуса у Чачку*, Гж. 1359/2006 од 01.11.2006.год.
- Решење Врховног суда Србије*, Рев.. 286/04 од 1.9.2005;

*Решење окружног суда у Ваљеву*, Гж. 579/2005 од 07. 04. 2005;  
*Решење Апелационог суда у Београду*, Гж. 14786/2010 од 24.11 2011;  
*Решење Врховног суда Србије*, Рев. 4772/2001 од 08.11.2001.

Tamara ĐURĐIĆ, Ph.D

Assistant professor, University of Kragujevac, Faculty of Law

Zoran ĆIRIĆ, MD

Full-time professor, University of Niš, Faculty of Law

## MEDICO-LEGAL ASPECT OF ANNULMENT OF LIFE-LONG MAINTENANCE CONTRACT DUE TO LACK OF ALEATORINESS

### Summary

The maintenance contract is often concluded in practice, and as such is mostly disputed due to the lack of aleatoriness provided by the current Law on Inheritance, as a special reason for its voidness. The basis on which the lack of aleatoriness could be determined, because the reason for the voidness is conceived in the form of a legal standard, without more precise guidelines and criteria for its determination. Hence, a significant contribution to its further concretization is given by the case law, which is analyzed in this paper, and which basically relies on the medical profession and the views of experts. Finally, the aim of this paper is to determine possible ways to specify the legal provision that regulates this basis for annulment, in order to eliminate problems in assessing its existence, both from a legal and medical point of view, and thus preventing its misuse and immorality.

**Key words:** maintenance contract; voidness; aleatoriness, medical expertise; old age; imminent death;

прегледни рад  
достављен: 03. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 01. 05. 2022.  
УДК 47.951.2(497.11)

Др Данијела ПЕТРОВИЋ\*

## МОГУЋНОСТИ УНАПРЕЂЕЊА ЕФИКАСНОСТИ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

### Апстракт

Инсистирање на решавању питања ефикасности правосудног система детерминисано је принципом према коме закаснела правда није правда (*Justice delayed is justice denied*). Дужина трајања судских поступака обесмишљава правду, те је на држави да створи услове за ефикасније функционисање правосуђа које ће омогућити свим грађанима заштиту угрожених и повређених права у разумном року. Решавање питања (не)ефикасности правосудног система и уштеда које се тиме могу остварити није једноставно. Променама закона и реформама правосудног система чине се напори како би се ефикасност система повећала, али су у пракси помаци јако мали, те се стиче утисак да досадашње промене нису омогућиле адекватан напредак.

Неопходност повећања ефикасности парничног поступка има оправдања, поред потребе за заштитом права у разумном року и у чињеници да парнични поступак апсорбује значајну количину ресурса чијом би применом у другим областима могло да се повећа друштвено благостање. Чињеница да трошкови парничног поступка утичу на ниво индивидуалног благостања парничних странака, али и друштвено благостање, јер трошкове функционисања судова сносе порески обвезници, активност на повећању ефикасности у њиховом спровођењу чине оправданим и неопходним.

Анализом у раду указује се на узроке неефикасности парничног поступка, могућност његовог унапређења и значај који судије и адвокати имају у томе. Анализа у раду ограничена је на грађанскоправне парничне поступке покренуте у циљу заштите субјективних грађанских права.

**Кључне речи:** парнични поступак, неефикасност, судије, адвокати.

---

\* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, danijela.petrovic@pr.ac.rs

## 1. УВОД

Заштита повређених или угрожених субјективних права у парници подразумева и захтева одређени квалитет. Да би правна заштита испунила своју сврху, неопходно је да буде законита, истинита, поуздана, али и ефикасна и економична. Ефикасност је централни појам чикашке школе економске анализе права, која приписује економску логику *common law* систему материјалног и процесног права. Остваривање економичне правне заштите подразумева убрзање поступака и смањење његове цене коштања. Систем који може да пружи правну заштиту уз остваривање наведених циљева представља ефикасан систем. Оцена ефикасности правног система врши се применом лако мерљивих критеријума ефикасности, тј. утрошеном количином новца и времена. Поред ових критеријума на квалитет правне заштите значајно утиче и професионалност појединаца који у остваривању правне заштите учествују. Проблем на који се код овог показатеља квалитета правне заштите наилази јесте његово тешко квантитативно мерење и изражавање.<sup>1</sup>

Захтев за судском заштитом и интервенцијом права показује да стране у спору нису могле спор да реше на други начин и да је посредовање суда неопходно. Обавеза правосудног система је да обезбеди заштиту повређених или угрожених права у разумном року. Остваривање права на правично суђење предвиђено је Европском конвенцијом о људским правима, према којој свако чија су права угрожена или повређена има право на правично суђење у разумном року пред непристрасним судом образованим на основу закона.<sup>2</sup> Уставом Републике Србије установљен је, а Законом о уређењу судова организован судски систем у нашој земљи кога чине судови опште и судови посебне надлежности.<sup>3</sup> У судском систему није посебно организован парнични суд, али се под парничним судом подразумева суд који у обављању судске функције примењује парничну процедуру.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Г. Кнежевић, „Ефикасност арбитраже и правила о сведочењу и вештачењу: „Има ли места рационализацији?“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу*, вол. 63, бр. 3-4/2013, 659- 682.

<sup>2</sup> Члан 6. Европск конвенције о људским правима. Европски суд за људска права, Council of Europe, Strasbourg, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>3</sup> Закона 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, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016 и 113/2017;

<sup>4</sup> Г. Станковић, *Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право*, Правни факултет у Нишу 2007, 86-89.



*Иако је испољила бројне недостатке у смислу дужине трајања, парничних трошкова, неефикасности и сл. парница<sup>5</sup> је још увек најчешћи начин остваривања заштите угрожених или повређених права, те у том смислу има велики значај за развој права. У исто време за велики број оштећених, али и правника који имају аверзију према примени алтернативних метода решавања спорова, решавање спора судским путем представља једини правичан начин решавања спора.*

Неефикасност парничног поступка и неоправдано трајање судских поступака указују на потребу за променама у циљу ефикасније заштите повређених права. Чињеница да велике промене и реформе захтевају нове ресурсе, а да резултати најчешће нису у складу са очекивањима и трошковима које су изазвале, намеће питање да ли је стварни пут побољшања у реформама или се решење може потражити у поштовању постојећих правила и њиховом ефикасном спровођењу.

## 2. УЗРОЦИ НЕЕФИКАСНОСТИ И МОГУЋНОСТИ СКРАЋЕЊА ТРАЈАЊА ПАРНИЦЕ

*Питање ефикасности, односно неефикасности суђења у грађанској области и узорка трајања парничног поступка препознати су у правној теорији и судској пракси као озбиљан проблем. У земљама бивше Југославије питање потребе за променама у оквиру ове области актуелно је од прве половине деведесетих година XX века, док је у Србији промена Закона о парничном поступку покренута на почетку XXI века. Пораст интересовања у складу је са порастом потреба за заштитом угрожених или повређених права, односно порастом броја повреда насталих као последица савремених услова живота и рада, али и промоције људских права.*

Повећање ефикасности правосуђа у Србији детерминисано је захтевима и препорукама које је Србија у преговорима за приступање ЕУ и Поглавља 23 преузела као обавезу. Испуњењем захтева створена је основа за реформу правосуђа. У процесу реформе и стварања услова за повећањем ефикасности правосудног система указано је на неопходност решавања старих предмета, јер је у решавању новијих предмета приметна повећана ефикасност. Решавањем питања ефикасности правосудног система стварају се услови за брже остваривање заштите угрожених права оштећених, повећава сигурност оштећених и свих који се потенцијално могу наћи у том положају и остварују уштеде ресурса који су тим поводом ангажовани.

---

<sup>5</sup> Парница и парнични поступак нису синоними, али се у раду неће инсистирати на разлици између ових појмова.

Узроци неекономичности поступка и суђења ван разумног рока су бројни. Бројност учесника у парничном поступку (штетник, оштећени, њихови правни заступници, односно адвокати, вештаци, суд и други) и фактора који утичу на дужину трајања поступка указују на могућност утицаја сваког од њих на дужину и ефикасност поступка. У исто време управо бројност ученика и фактора који утичу на дужину трајања поступка указују на могућност деловања на сваког од њих како би се поступак остваривања заштите повређених или угрожених права остварио у складу са принципом ефикасности.

Фактори који утичу на ефикасност и дужину трајања парничног поступка односе се на количину ресурса ангажованих у овој области у смислу броја судница и судија, поступање судија, адвоката и парничних странака, комуникацију између учесника и сл.

*Дужина трајања парничног поступка може бити одређена количином ресурса ангажованих у правосуђу, односно судским капацитетима, али утицај овог фактора није пресудан. Повећан обим послова и потреба за повећањем ефикасности у раду судова може, али не мора да подразумева повећање броја судница и судија, већ корекцију у организацији рада судова и промену радног времена судова. Промена у организацији рада судова у смислу да се постојећи број судница користи у више смена (што није случај у нашој земљи), омогућила би да се у току дана може организовати више рочишта, чиме се повећава број поступака у којима се у току дана поступа. Повећање броја судија представља могућност, али не значи увек и решавање већег броја спорова. Повећање броја судија не може да прати пораст броја захтева за заштитом права (пораст броја оболелих не подразумева нерекидно повећавање броја лекара, већ проналажење лека). Адекватном алокацијом људских ресурса у области правосуђа и утврђивањем броја предмета по судији може да се утиче на пораст продуктивности у раду судија.<sup>6</sup>*

*Чињеница да је утицај суда и судија на поступак у односу на друге учеснике већи, указује на то да је неефикасност поступка последица пропуста у организацији рада суда, али и пропуста у раду судија.<sup>7</sup> Поред судија на ток и ефикасност поступка утичу и адвокати које стране у спору ангажују. Интереси*

---

<sup>6</sup> Велики изазов за српско правосуђе представља неравномерна оптерећеност судија. Није непознато да се највећи број предмета решава у судовима у Београду, док је број предмета у судовима у осталим деловима Србије значајно мањи.

<sup>7</sup> У циљу повећања ефикасности у раду судија донет је Правилник о критеријумима, мерилима, поступку и органима за вредновање рада судија и председника судова који је у примени од јануара 2015. године којим је предвиђено оцењивање рада судија и председника судова кроз квалитет и квантитет одлука које доносе. Правилник је доступан на: <https://vss.sud.rs/.../вредновање-рада-судија-и-председника-суд>

адвоката неретко су супротстављени са интересима клијената које заступају што указује на проблем познат као принципал-агент проблем. О поступању судија и адвоката у парничном поступку биће више речи у другом делу рада.

На ефикасност парничног поступка значајно утиче и активност и одговорност парничних странака.<sup>8</sup> Имајући у виду то да су стране у спору најбоље упознате са узроком и чињеницама насталог спора, неопходно је њихово активно учешће у расветљавању и решавању спорног предмета у поступку. Модерни парнични закони конципирани су тако да је дата могућност странкама да буду саслушане, а на суду је да странкама омогући коришћење процесних овлашћења. Треба истаћи да „саслушање странака није дужност, већ право, није обавеза, већ овлашћење. Странка га може, али не мора користити“.<sup>9</sup> Активно учешће странака у парничном поступку и изношење чињеница може значајно да утиче на скраћење времена трајања поступка, а тиме и на смањење трошкова поступка и пораст ефикасности у решавању спорова. Поред активног учешћа странака у поступку, неопходно је и њихово адекватно санкционисање уколико неоправдно изостану са рочишта.

*У настојању да парнични поступак учини економичнијим и ефикаснијим законодавац је учинио напоре у смислу измена и допуна ЗПП. Тако је остваривање права на суђење у разумном року уграђено у Закон о парничном поступку из 2004. године.<sup>10</sup> Законом о парничном поступку из 2011. године (поред осталих измена) инсистирало се на поштовању начела правичног суђења у разумном року и уведен је *временски оквир*<sup>11</sup>, којим је проблем великог броја нерешених предмета требао да буде решен, односно убрзан парнични поступак и тиме повећана ефикасност судова.<sup>12</sup> Законско утврђивање временског оквира, односно временског трајања поступка ствара услове за окончање дуготрајних парница, и смањење трошкова које она*

---

<sup>8</sup> Професор Алеш Галич ефикасну правну заштиту поистовећује са чамцем у коме су суд, тужилац и тужени, односно њихови заступници. Чамац ће брже пловити ако сви у њему веслају, односно поступак може брже бити завршен ако све стране предузимају активности које воде ка томе да процес што краће траје и одвија се уз што мање трошкова. Вид.: Галич А., „Ограничење могућности изношења новота и циљ грађанскога парничног поступка“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 63, бр.3-4/2013, 799-820.

<sup>9</sup> С. Трива, М. Дика, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб, 2004, 154.

<sup>10</sup> Чл. 10. ст. 1. Закон о парничном поступку – ЗПП, „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014;

<sup>11</sup> Временски оквир подразумева прелиминарни план расправљања који одређује број дана и распореда радњи на рочиштима, али и одређивање судских рокова, Ракић-Водинелић В., „Закон о парничном поступку Србије 2011“, *Правни записи*, год II, бр. 2, 2011, 516.

<sup>12</sup> Чл. 10. ст. 2. ЗПП.

узрокује. Изменама Закона о парничном поступку из 2014. године<sup>13</sup> акценат је на заступању странака у поступку у циљу заштите интереса неуких странака, што је требало да води скраћењу дужине трајања поступка и порасту његове ефикасности. Скраћење дужине трајања парница, решавање старих предмета којима су наши судови оптерећени, али и ригорознија примена закона могу значајно утицати на ефикасност судова и тиме на ниво друштвених трошкова које област заштите права условљава.<sup>14</sup>

За остваривање ефикасности парничног поступка важно је да свака законом предвиђена фаза поступка буде добро припремљена. Не може се очекивати да поступак буде ефикасно и брзо спроведен, ако су у појединим фазама направљени пропусти. Ефикасност поступка се може остварити ако се већ у почетној фази поступка добро испланира поступак и временски оквир процесуирања предмета. *Посебно је важно да се на самом почетку утврди оправданост тужбеног захтева. Пажљивом селекцијом тужбених захтева на самом почетку парничног поступка оцењује се којим од захтева може бити остварена заштита угрожених или повређених права, а који од њих нема основа за наставак поступка, чиме се утиче на ниво трошкова остваривања правне заштите. Поред тога могућност повећања ефикасности правосуђа може се остварити утврђивањем листе неактивних случајева, односно случајева у којима ниједна од страна није предузимала никакве кораке у дужем периоду. Период који се може узети као примерен може бити шест месеци или годину дана, у зависности од природе спора.*

У циљу побољшања функционисања правосудног система 2013. године израђена је Стратегија за ИКТ (информационо комуникационе телекомуникације), којом су утврђене области у којима је неопходна реформа, како би се побољшала и унапредила примена ИКТ. Примена ИКТ доприноси стварању услова за примену електронске поште<sup>15</sup> у комуникацији између суда и странака (која би се примењивала у процесу достављања позива, поднесака и других пошиљки странкама у спору), а тиме и смањењу трошкова парничног поступка и порасту ефикасности у раду судова. Поред електронске комуникације између странака и комуникације између странака и судова, значајно је указати и на комуникацију између судова, управе и других органа чије ангажовање природа спора захтева. Успостављање електронске

---

<sup>13</sup> Чл. 85. ст. 10. ЗПП.

<sup>14</sup> Вид.: А. Мојашевић, „Студија о ефикасности парничних поступака пред Основним судом у Нишу“, *Теме*, бр. XXXIX, 2015, 1319-1340.

<sup>15</sup> Достављање поднесака суду у парничном поступку електронском поштом пуноважно је ако су испуњени услови који су предвиђени Законом о парничном поступку, Законом о електронском документу („Сл.гласник РС“ бр. 51/09) и Законом о електронском потпису („Сл. гласник РС“ бр. 135/2004).

комуникације подразумева постојање централног регистра, али и уреда који ће посредовати у достављању одлука, заказивања рочишта и других радњи које су поступком предвиђене. За успостављање електронског саобраћаја неопходно је да адвокат у регистру адвоката назначи да је спреман да прима и доставља поднеске електронским путем.<sup>16</sup> Добра комуникација омогућава скраћење времена и бољу организацију поступка. Ако се порука која се шаље (лично, телефоном или имејлом) не схвати и не разуме на прави начин, захтеваће нове разговоре и поруке, што води трошењу времена и ресурса, али и успорава процес остваривања заштите права.

Успостављању електронског саобраћаја и смањењу трошкова парничног поступка које би се на тај начин остварило, може значајно допринети дигитализација на чијој се примени инсистира и ради.<sup>17</sup> Као идеју и могућност скраћења поступка правници наводе тонско снимање суђења. Применом програма који глас претвара у текст омогућава се тачност и брзина спровођења поступка чиме се повећава њихова ефикасност. У ту сврху предлог правника јесу измене ЗПП али и ЗКП.<sup>18</sup>

У циљу заштите оштећених, а из чињенице да повреда права и штета настају као последица кривичних дела, у литератури<sup>19</sup> су се издвојила мишљења да се период од настанка штете до утврђивања њене накнаде може скратити увођењем обавеза одлучивања о захтеву за накнадом штете у кривичном поступку. Према овом ставу постојећу законску могућност накнаде штете треба искористити и прилагодити како би се оштећенима штета надокнадила у кривичном поступку, без упућивања у парнични поступак што се у нашој судској пракси чини. Бројни поступци у смислу испитивања странака, извођења доказа, вештачења и сл. обављају у кривичном, а накнадно и у парничном поступку што доводи до дуплирања времена које се на ове активности утроши, а тиме и повећања трошкова. Уколико би се омогућила

---

<sup>16</sup> М. Салма, „Електронска комуникација у парничном поступку“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, 3/2004, 129-138.

<sup>17</sup> Могућности повећања ефикасности и квалитета правосудног ситета увођењем еПравосуђа су бројне. Разменом у оквиру Правосудног информационог система (ПИС) више од милион електронских упита замењено је најмање два милиона дописа чиме је остварена уштеда од 220. милиона динара, у изјави Неле Кубуровић у представљању Извештаја Европске комисије о ефикасности правосуђа, <https://www.mpravde.gov.rs/vest/.../ministarka-kuburovic-na-pre-24.03.2022>.

<sup>18</sup> Вид.: Идеја за краће трајање судских процеса, Адвокатска комора тражи тонско снимање суђења, Блиц од 25.10.2018: <https://www.blic.rs/.../ideja...krace-trajanje-sudskih-procesa-advokatska-komora...trazi> 21.03.2022

<sup>19</sup> Т. Кесић, Т. Милићевић, М. Жарковић, „Право на компензацију жртава кривичних дела – актуелности стање и предлози *de lege ferenda*“ у: *Деликт, казна и могућности социјалне профилаксе*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 2012, 315-328.

накнада штете у кривичном поступку, поступак накнаде штете би се скратио, смањило би се излагање оштећених поновном подсећању преживљених непријатности, поступак накнаде учинио јефтијнијим, али би се омогућило странкама које су обесхрабрене или немају средстава за покретање парничног поступка да остваре накнаду. Разлог којим се оправдава став о остваривању накнаде штете у кривичном поступку јесте и доношење решења о прекиду парничног поступка до окончања кривичног поступка. За разлику од вештачења у парничном поступку које је условљено динамиком поступка и заказивањем рочишта, поступања у кривичном поступку се због хитности поступка (посебно ако је окривљени у притвору) одвијају много брже.

*Дужина трајања поступка, високи парнични трошкови и други испољени недостаци парнице могу се надоместити применом алтернативних метода решавања спорова. То не значи да на отклањању постојећих недостатака парнице не треба инсистирати. У проналажењу ефикасног решења спора не треба поставити услов парница или алтернативни начини за решавање спора, већ омогућити примену парнице и алтернативних метода за решавање спорова. Парницу и алтернативне начине решавања спорова не треба посматрати као супституте, већ као комплементарне поступке који ће у међусобном утицају водити ка порасту ефикасности решавања спорова. Упознавањем парничних странака са могућностима решавања спора применом алтернативних метода може се утицати на смањење броја покренутих судских поступака. У том смислу неопходно је све релевантне податке о правима оштећених и њиховој заштити учинити доступним путем on line апликација на сајтовима судова, путем брошура, али и путем медија који би организовањем гостовања познатих и признатих правника и анализом правне теорије и праксе могли значајно да утичу на информисаност појединаца о правима која су законом гарантована и могућностима њихове заштите.*

*Захтев за заштитом субјективних права појединаца у парничном поступку у коме се очекује од државе да предузме мере у циљу повећања ефикасности парничног поступка, али и правосудног система уопште представља ex post приступ који се односи на санирање последица настале штете. Адекватном регулативом у областима (саобраћаја, заштите на раду, медицине, санкционисању мобера и др.) у којима долази до повреде субјективних права личности, може се број оштећених значајно смањити. Ригорознијом применом закона у овим областима може се превентивно утицати на смањење вероватноће настанка догађаја који за последицу имају покретање судског поступка. Инсистирање на порасту ефикасности парничног поступка јесте од значаја, али је важно и повећање ефикасности у свим областима у којима долази до кршења права.*

Циљ примене бројних мера које се предузимају у парничном поступку (увођење временског оквира, инсистирања на бољој организацији рада суда, активног учешћа странака и др.) јесте ефикасно решење спора. Ефикасно решење спора јесте решење којим су законска права одређена оној страни у спору која их највише вреднује, обавезе се додељују страни која може да их поднесе са најнижим трошковима, а трансакциони трошкови који настају јесу минимални.<sup>20</sup>

### 3. УТИЦАЈ СУДИЈА И АДВОКАТА НА ЕФИКАСНОСТ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

Судија је лице које судијску функцију обавља као своју редовну и сталну делатност. Примена правила и процедура, али и могућност злоупотреба евентуалних празнина у законима или у тумачењу права, стварају проблеме у суштинском спровођењу закона, те је активност суда у томе од изузетног значаја. Да би судија могао да организује поступак у складу са принципом ефикасности, у смислу неодлагања и неодуговлачења поступка, неопходно је буде упознат са чињеницама и аргументима који су важни за сваку од страна и сам поступак. Оптерећеност судија великим бројем предмета у којима поступају и други разлози неретко утичу на неприпремљеност судија и њихово детаљније упознавање са чињеницама спора поводом кога је расправа заказана на самом рочишту. Неприпремљеност судија, али и других учесника (адвоката, вештака и др.) у парничном поступку условљава заказивање већег броја рочишта, утиче на ефикасност и дужину трајања поступка.

Чињеница да судије обављају важну функцију и да су њихове одлуке важне не само за стране у спору, већ и друштво као целину захтева обезбеђивање услова који омогућавају судијама да у раду буду независне. Независност судија се гарантује и обезбеђује начином избора судија, сталношћу и поштовањем принципа непреместивости судија (предвиђен је и гарантован Принципом 1.3 Препорука Комитета министара)<sup>21</sup>, али и обезбеђењем њихове материјалне независности. Циљ начела сталности судијске функције јесте побољшање рада судске власти, објективније суђење,

---

<sup>20</sup> R. Cooter, D., L. Runinfeld, "Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution", 27 *Journal of Economic Literature*, 1989, 1067-1097.

<sup>21</sup> Европска Комисија за демократију кроз право (Венецијанска Комисија), Извештај о независности судских система, део I, независност судија, [www.sudije.rs/.../VK2010\\_IZVETAJ\\_O\\_NEZAVISNOSTI\\_SUDSKIH\\_SISTEMA.doc](http://www.sudije.rs/.../VK2010_IZVETAJ_O_NEZAVISNOSTI_SUDSKIH_SISTEMA.doc) 17.03. 2022.

али и напредовање и усавршавање судија.<sup>22</sup> Остварење овог циља подразумева да су лична својства судија поштење, добре намере и знање, односно да су судије стручне и достојне функције коју обављају<sup>23</sup>, како се судијска функција не би обесмислила и претворила у супротност, уколико се схвати да је параван за нестручно и несавесно обављање судијског позива.<sup>24</sup>

Захтев за обезбеђивањем независности и непристрасности судија повезан је са начином на који се судије бирају (бирокарски и професионални).<sup>25</sup> У циљу остваривање независности и непристрасности судија предлаже се систем одабира на основу заслуга, који иако није савршен, успева да сведе на минимум политичке утицаје који долазе како из правосудног система, тако и ван њега.<sup>26</sup>

Да би судије обављале захтевне задатке који се пред њих постављају неопходно је подстицати их и адекватно награђивати, јер врло често плате које добијају нису у складу са продуктивношћу коју остварују. Судије често добијају исте плате, а број решених случајева и учинак који имају у раду није ни приближно исти.<sup>27</sup> Иако пораст плата судија води ка њиховој већој независности, треба водити рачуна да се подстицајима не угрози статус судија.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> С. Орловић, „Сталност судијске функције VS. Општи реизбор судија у Републици Србији“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, година LVIII, 2/2010, 163-186.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Т. Маринковић, „О уставности општег реизбора судија“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, година LVII, 1/2009, 283-291.

<sup>25</sup> Бирокарски модел избора подразумева избор судија након завршеног школовања, припрему и тренинг судија у суду, али и мањи ниво самосталности и независности. Професионални избор подразумева припрему судија у адвокатским канцеларијама и суду, обављање судијске функције мање зависи од утицаја актера ван правосудног система чиме је остварен виши ниво независности судија у одлучивању.

<sup>26</sup> А. Бадо, „Избор судија – непристрасност и политика, компаративна анализа“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, 1/2014, 277-314; М. S. Kang, J. M. Shepherd: “The Partisan Price of Justice: An Empirical Analysis of Campaign Contributions and Judicial Decision“, *New York Law Review*, 2011, Vol. 86, 70-130.

<sup>27</sup> Поред адекватног награђивања неопходно је размотрити и могућност санкционисања неефикасних судија. Често због односа који судије имају према поступцима у којима одлучују, у смислу недовољног укључивања у поступак и анализе проблема који је до поступка довео, за резултат имамо поступке који дуго трају. Недовољно познавање предмета у поступку такође отежава писање и доношење пресуда. Ако томе додамо и однос који се успоставља између странака у поступку и судија (због менталитета и личних карактеристика, али и познанстава судија и странака у поступку) јасно је да пресуда и правда у поступцима могу бити у супротности начелима парничног поступка.

<sup>28</sup> Према извештају који је урађен 2012. године плате у правосудју у Србији биле су 2.1 пута веће од просечне плате у Србији, што је у складу са европским стандардима, где



Поред адекватног награђивања неопходно је и санкционисање, односно позивање судија на одговорност. Питање одговорности судија актуелно је како у свету, тако и код нас. Први релевантан документ којим је регулисана дисциплинска одговорност судија јесу Основна начела независности правосуђа усвојена у УН.<sup>29</sup> Поред ових начела Судијска група за ојачавање интегритета правосуђа (*Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity*) установила је Бангалорске принципе судијског поступања. Доношењем ових принципа попуњене су празнине у међународном праву у области регулисања одговорности судија, али и дате смернице државама у процесу усвајања етичких кодекса судија.<sup>30</sup> Потреба за регулисањем одговорности судија препозната је и у Европи. У ту сврху Савет Министара је 1994. године усвојио Препоруку о независности, ефикасности и улози судија која је 2010. године ажурирана.<sup>31</sup>

На ефикасност рада суда поред непосредног утицаја судија утиче и подела судова и њихова територијална надлежност. Постојећа подела надлежности условила је значајан број судова и ангажовања већег броја судија. Већом територијалном надлежношћу и смањењем броја судова и адекватном анализом подручја надлежности, може се утврдити оптимална територијална надлежност којом би се обезбедила адекватна заштита права, смањили друштвени трошкови парнице и повећала ефикасност правне заштите.<sup>32</sup>

---

су плате судија 2.3 пута веће од просечне зараде. Просек плата судија и тужилаца у Србији уклапа се у просек 29 земаља у које су анализом обухваћене, а износ плате у Србији већи је у односу на чак 18 земаља. Оно на шта је указано анализом односи се на „остале накнаде“ којима се стварају услови за фаворизовање појединих судија, и додатно повећавају трошкове правосудног система, *Функционална анализа правосуђа у Србији*, Мултидонаторски поверенички фонд за подршку сектору правосуђа у Србији, Светска банка, 2014, 302-303.

<sup>29</sup> На Седмом конгресу УН одржаном у Милану 1985. године одржаног на тему спречавања злочина и поступања према преступницима усвојена су наведена начела, која је касније потврдила и Генерална скупштина у својим резолуцијама 40/32 и 40/146, <https://vss.sud.rs/sr/download-file/513/UN-osnovna-nacela-nezavisnosti-sudstva>, 22.03.2022

<sup>30</sup> Принципи су усвојени од стране Економског Савета Уједињених нација, Резолуција 2006/23 о Јачању основних начела судијског понашања, 27 Јул 2006, Е/PES/23, доступно на: <http://www.refworld.org/docid/46c455ab0.html>

<sup>31</sup> Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers on Independence, Efficiency and the Role of Judges, CM/Rec (1994) 12 (13 october 1994).

<sup>32</sup> Успостављањем адекватне територијалне надлежности судова којом се може остварити смањење трошкова које судови узрокују, не треба угрозити територијалну доступност која подразумева да сваки грађанин може да оствари заштиту угрожених или повређених права у институцијама које су најближе његовом месту становања. Доступност и близина институција грађанима води смањењу трошкова које стране у спору имају у остваривању својих права. Вид.: М. Милићевић, Извештај о стању у

Скраћење трајања поступака заштите права поред првостепеног обухвата и жалбени поступак. Жалбени поступак може значајно да утиче на ефикасност правосудног система, јер се жалбом продужава време трајања процеса, али и ствара такозвани „пинг-понг“ ефекат у коме се један предмет враћа на поновно одлучивање. Дужи процеси и поновно одлучивање по истом предмету воде повећању количине ангажованих ресурса. Подношењем жалби странке у парници изражавају незадовољство првостепеном одлуком, указују на неправедност решења спора или одлажу извршење пресуде. Међутим, на враћање предмета на поновно одлучивање утичу и судије, које у појединим предметима не желе да донесу правоснажну одлуку, те предмет враћају на поновно одлучивање а доношење правоснажне пресуде препуштају другим судијама.<sup>33</sup>

Недовољно познавање правне материје, али и чињеница да поступци заштите повређених или угрожених права изискују значајно време и енергију, односно трансакционе трошкове, разлог су због кога стране у спору ангажују адвокате. Чињеница да су адвокати образовани, да поседују стручно знање и вештине, као и то да поседују адекватне и поуздане информације, подразумева да могу поузданије и тачније да процене исход парнице. Познавање права и правила по којима се поступци одвијају, али и искуство које адвокати имају када је остваривање накнаде штете у питању, може значајно да допринесе реалнијем исказивању износа у тужбеним захтевима, али и реалнијим очекивањима парничних странака.

Проблем у комуникацији адвокат-клијент односи се на интересе адвоката и клијената који су неретко супротстављени познат је као агенцијски проблем. Високо постављени захтеви за накнаду штете стварају потецијалну могућност остваривања већег прихода адвоката у случају када је накнада контигенцијска, али и у случају њиховог дужег ангажовања како у оквиру првостепеног, тако и у оквиру другостепеног одлучивања. Интереси адвоката могу бити у супротности са интересима парничних странака, али и интересима друштва као целине. У том смислу променама у положају и понашању адвоката може значајно да се утиче на ефикасност поступака за остваривање заштите права и смањење индивидуалних и друштвених трошкова парнице.

Механизам којим би се створили услови за поступање адвоката тако да странкама омогуће бржу и ефикаснију заштиту субјективних права и не утичу на њихово финансијско исцрпљивање јесте њихово излагање

---

правосуђу: <https://pt.scribd.com/doc/306507100/Prof-Dr-Miroslav-Milicevic-Izvestaj-o-Stanju-u-24.03.2022>.

<sup>33</sup> Вид.: Функционална анализа правосуђа, 150 и даље.

конкуренцији, односно тржишту. Деловањем тржишног механизма односно понуде и тражње адвокатских услуга омогућило би издвајање успешних од мање успешних или неуспешних адвоката, што би утицало на висину њихових прихода, а тиме и на ниво њиховог залагања у остваривању успеха у поступцима у којима су ангажовани. Чињеница да постоје бројне баријере, како правне, тако и економске, када је адвокатска професија у питању указује на ограничења и заштиту професије.<sup>34</sup> Укидањем баријера и излагањем адвоката конкуренцији створили би се услови у којима би се адвокатуром могли да баве адвокати чији квалитет и брзина услуга могу да задовоље потребе оштећених и повређених који их ангажују. Награђивање неуспешних, односно адвоката чији поступци трају дуже од разумног рока супротно је економској логици, али је у условима тржишне економије и неодрживо. Поред неопходности излагања тржишној утакмици на поступање адвоката које омогућава пораст ефикасности поступака може се деловати и кажњавањем адвоката чији поступци трају дуже од разумног рока, у чему значајну улогу имају судови, али и Адвокатска комора.

Повећање ефикасности парничних поступака, али и правосуђа уопште, треба тражити у повећању ефикасности у раду адвоката, а не увођењу нових професија које додатно финансијски оптерећују повређене.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Инсистирањем на повећању ефикасности поступака даје се смисао правној заштити јер починиоци штете бивају кажњени, а оштећени заштићени. У супротном уколико је поступак неефикасан, права оштећених по други пут бивају повређена, једном од стране штетника, а други пут од стране система који заштиту треба да гарантује и обезбеди. Скраћењем парничног поступка повећава се ниво поверења у правосудни систем, показује брига државе и друштва о повређенима и остварује значајна уштеда ресурса апсорбованих у оквиру ове области.

Анализом у раду указано је на потребу за променама (у организацији рада судова, регулацију рада судија и адвоката и др.) у циљу повећања ефикасности парничног поступка, али наведеним предлозима потенцијалне могућности нису исцрпљене. Бројност фактора који утичу на ефикасност парничног поступка и бројност непосредних учесника од којих ефикасност

---

<sup>34</sup> Адвокатска комора штите своје чланове успостављањем правних баријера уласка на тржиште које се односе се на положен правосудни и адвокатски испит, године искуства и сл., али и економских баријера које подразумевају значајна финансијска средства неопходна за упис у регистар адвоката (у нашем правном систему потребно је 4.000 евра).

*зависи даје могућност деловања на сваког до њих. Колико ће парнични поступак, али и правосудни систем уопште бити унапређени и колико ће се њихова ефикасност повећати условљено је укупним друштвеним напретком и приликама у земљи.*

## ЛИТЕРАТУРА

Бадо А., „Избор судија – непристрасност и политика, компаративна анализа“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, 1/2014;

Галич А., „Ограничење могућности изношења новота и циљ грађанскога парничног поступка“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 63, бр. 3-4/2013, 799-820;

Kang S. M., Shepherd M. J.,: “The Partisan Price of Justice: An Empirical Analysis of Campaign Contributions and Judicial Decision“, *New York Law Review*, 2011, Vol. 86, 70-130;

Кесић Т., Милићевић Т., Жарковић М., „Право на компензацију жртава кривичних дела – актуелности стање и предлози *de lege ferenda*“ у: *Деликт, казна и могућности социјалне профилаксе*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 2012, 315-328;

Кнежевић Г., „Ефикасност арбитраже и правила о сведочењу и вештачењу: Има ли места рационализацији?“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу*, вол. 63, бр. 3-4/2013;

Cooter R., Runinfeld L. D., “Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution”, *27 Journal of Economic Literature*, 1989, 1067-1097;

Кубуровић Н., у представљању Извештаја Европске комисије о ефикасности правосуђа: <https://www.mpravde.gov.rs/vest/.../ministarka-kuburovic-na-pre> 24.03.2022;

Маринковић Т., „О уставности општег реизбора судија“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, година LVII, 1/2009, 283-291;

Милићевић М., Извештај о стању у правосуђу, доступно на: <https://pt.scribd.com/doc/306507100/Prof-Dr-Miroslav-Milicevic-Izvestaj-o-Stanju-u> 24.03.2022.

Мојашевић А., „Студија о ефикасности парничних поступака пред Основним судом у Нишу“, *Теме*, бр. XXXIX, 2015, 1319-1340;

Орловић С., „Сталност судијске функције VS. Општи реизбор судија у Републици Србији“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, година LVIII, 2/2010;

Ракић-Водинелић В., „Закон о парничном поступку Србије 2011“, *Правни записи*, год II, бр. 2, 2011, 516;

Станковић Г., *Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право*, Правни факултет у Нишу, 2007, 86-89;

Салма М., „Електронска комуникација у парничном поступку“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, 3/2004, 129-138;

Трива С., Дика М., *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб, 2004;

Европска конвенција о људским правима. Европски суд за људска права, Council of Europe, Strasbourg, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int);

Европска Комисија за демократију кроз право (Венецијанска Комисија), Извештај о независности судских система, део I, независност судија, [www.sudije.rs/.../VK2010\\_IZVETAJ\\_O\\_NEZAVISNOSTI\\_SUDSKIH\\_SISTEMA.doc](http://www.sudije.rs/.../VK2010_IZVETAJ_O_NEZAVISNOSTI_SUDSKIH_SISTEMA.doc) 17.03. 2022.

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, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016 и 113/2017;

Закон о парничном поступку – ЗПП, „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014;

Закон о електронском документу („Сл.гласник РС“ бр. 51/09);

Закон о електронском потпису („Сл. гласник РС“ бр. 135/2004);

Идеја за краће трајање судских процеса, Адвокатска комора тражи тонско снимање суђења, Блиц од 25.10.2018: <https://www.blic.rs/.../ideja...krace-trajanje-sudskih-procesa-advokatska-komora...trazi> 21.03. 2022;

Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers on Independence, Efficiency and the Role of Judges, CM/Rec (1994) 12 (13 october 1994);

Основна начела независности правосуђа УН, <https://vss.sud.rs/sr/download-file/513/UN-osnovna-nacela-nezavisnosti-sudstva> 22.03.2022.

Правилник о критеријумима, мерилима, поступку и органима за вредновање рада судија и председника судова, 2015. година, доступно на: <https://vss.sud.rs/.../вредновање-рада-судија-и-председника-суд>;

Принципи су усвојени од стране Економског Савета Уједињених нација, Резолуција 2006/23 о Јачању основних начела судијског понашања, 27 Јул 2006, E/PES/23: <http://www.refworld.org./docid/46c455ab0.html>;

*Функционална анализа правосуђа у Србији*, Мултидонаторски поверенички фонд за подршку сектору правосуђа у Србији, Светска банка, 2014.

Danijela PETROVIĆ, Ph.D

Assistant Professor, University of Pristina in Kosovska Mitrovica

## POSSIBILITIES OF IMPROVING THE EFFICIENCY OF CIVIL PROCEDURE

### Summary

The insistence on resolving the issue of the efficiency of the judicial system is determined by the principle according to which delayed justice is not denied. The length of court proceedings makes justice meaningless, and it is up to the state to create conditions for a more efficient functioning of the judiciary that will enable all citizens to protect endangered and violated rights within a reasonable time. Addressing the (in) efficiency of the justice system and the savings that can be achieved is not easy. Changes in the law and reforms of the judicial system are being made in order to increase the efficiency of the system, but in practice the progress is very small, and it seems that the changes so far have not enabled adequate progress.

The need to increase the efficiency of litigation is justified, in addition to the need to protect rights within a reasonable time and the fact that litigation absorbs a significant amount of resources whose application in other areas could increase social welfare. The fact that the costs of litigation affect the level of individual welfare of litigants, but also social welfare, because the costs of the courts are borne by taxpayers, makes the activity of increasing efficiency in their implementation justified and necessary.

The analysis in the paper points out the causes of the inefficiency of the litigation procedure, the possibility of its improvement and the importance that judges and lawyers have in that. The analysis in the paper is limited to civil litigation initiated in order to protect subjective civil rights.

**Key words:** litigation, inefficiency, judges, lawyers.





прегледни рад  
достављен: 03. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 03. 05. 2022.  
УДК 347.232.1  
351.778.542(497.11+497.5)

Ивана РАДОМИРОВИЋ\*

## ОДНОС ПРАВА СВОЈИНЕ И ПРАВА НА ДОМ ИЗ ПЕРСПЕКТИВЕ НАЦИОНАЛНИХ СУДОВА И ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

### Апстракт

Судови Републике Србије и Европског суда за људска права неретко се сусрећу са случајевима у којима долази до сукоба између права својине и права на дом. До сукоба често долази у ситуацијама у којима је власник непокретности једно лице, док друго лице у тој непокретности живи и она представља његов дом. У судским поступцима који су покренутим тужбом за исељење потребно је успоставити равнотежу између интереса власника да неограничено врши својинскоправна овлашћења, и интереса титулара права на дом да у њему живи, што је најчешће од егзистенцијалног значаја за то лице. Уколико је титулар права својине Република Србија, по правилу ће примат имати право на дом, а имајући у виду да материјални интерес државе ретко може превагнути над егзистенцијалним интересом приватног лица, док ће ситуација бити нешто компликованија када су у колизији приватни интереси. Метод аутономног тумачења Европске конвенције који примењује Европски суд за људска права довео је до тога да се заштитом права на дом, које представља просторну димензију права приватности, ограничава право својине.

**Кључне речи:** право својине, право на поштовање дома, Европски суд за људска права, судска пракса, колизија права

### 1. УВОД

Право на поштовање дома је једно од људских права гарантованих Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП), садржано у члану 8 ЕКЉП, које регулише право на поштовање приватног и породичног живота. У правној науци ово право, које

---

\* Истраживач приправник, Институт за упоредно право, i.radomirovic@iup.rs.

заправо штити четири димензије аутономије личности човека (приватан живот, породични живот, дом и преписку), сада већ традиционално се обележава као право приватности.<sup>1</sup>

Као право чија је примарна улога да заштити приватну сферу појединца, ово право штити његову аутономију личности и несметано одвијање његовог живота, како у строго личној сфери, тако и у успостављању и развијању односа са другим лицима. Дакле, може се рећи да су вредности које ово право штити нематеријалне природе, усмерене на развој и уживање приватности која сваком лицу припада. Међутим, у пракси се неретко дешава да је ради ефикасне заштите права на дом потребно да мере заштите поприме изразите својинскоправне консеквенце. Конкретно, повредом права на дом сматра се и акт исељења из дома, што значи да се лицу које је стекло право на дом у одређеној непокретности, кући, па чак и каравану или приколици, обезбеђује неометано становање у свом дому, неометано вршење фактичке власти над њиме. Овај облик заштите постаје нарочито споран када је дом једног лица заправо објекат права својине другог, коме у том случају остаје само „гола својина“, без могућности да своје право врши у потпуности.

До овакве колизије права својине и права на дом нарочито долази у државама у којима и даље постоје реликти социјалистичког уређења и тадашњих својинскокоправних режима, као што је нарочито случај са Републиком Србијом и Републиком Хрватском. Док су одређена лица за време социјалистичког уређења стекла станарско право на одређеној непокретности, лица којима су непокретности привремено одузете, као и њихови наследници, долазе у поновно власништво таквих непокретности, које су сада оптерећене постојећим станарима. У једној оваквој колизији поставља се питање до којих граница се право на поштовање дома, или како га Уставни суд Србије често скраћено назива, права на дом, заправо простире. Чак и скраћени назив овог права који се усталио у судској пракси говори у прилог томе како више није реч о праву на поштовање приватности нечијег дома, већ о праву на имање дома, поседовање дома, што је свакако гаранција имовинске природе.

Сагледавање односа права својине и „права на дом“ првенствено се врши кроз праксу ЕСЉП, а имајући у виду његову надлежност за примену и тумачење одредаба ЕКЉП у складу са чланом 32 став 1 ЕКЉП. Затим, однос два права се анализира и кроз одлуке Уставног суда Србије, као и кроз поједине одлуке судова опште надлежности Републике Србије. Посматрајући досадашњу судску праксу аутор закључује да до колизије права својине и права

---

<sup>1</sup> М. Драшкић, „Усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права у односу на члан 8 Европске конвенције“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције*, Београд, 2006, 64.

на дом долази због еволуције права на дом која се прозеже кроз две тимензије. Прво, кроз тенденцију проширења појма дома,<sup>2</sup> за који се не захтева да буде стечен у складу са националним законима. Друго, кроз мењање природе права на заштиту дома, које више не представља само право на заштиту приватности једног лица и на заштиту просторне димензије приватности, већ и меру заштите од иселења, независно од законитости основа по коме лице живи у спорном простору.

## 2. ЧЛАН 8 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Члан 8 ЕКЉП сматра се једном од најфлексибилнијих одредаба ЕКЉП, пружајући могућност гипког прилагођавања новим, савременим друштвеним и културним околностима<sup>3</sup>. Пошто државе прихватају различита правна решења, ЕСЉП има потешкоће у одлучивању о заједничким стандардима за све државе потписнице ЕКЉП.<sup>4</sup> Њиме се прописује да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота. Такође, ставом 2 истог члана се предвиђа да се јавне власти неће мешати у вршење овог права осим уколико то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

Треба имати у виду да је јуриспруденција Европског суда за људска права усмерена на телеолошко и еволутивно тумачење норми ЕКЉП<sup>5</sup>. Овакво тумачење је намењено не само пружању ефикасне заштите људских права у

---

<sup>2</sup> Појам дома се у енглеској верзији текста ЕКЉП означава као „*home*”, док се у верзији текста на француском означава као “*domicile*”, које има знатно шире значење од енглеског израза, обухватајући и место боравка, пребивалиште, чак и на канцеларију лица које обавља професионалну делатност. Видети: *Niemetz v. Germany*, no. 13710/88, §30, 16 December 1992, published in: R.A. Lawson, H.G. Schermers, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Leiden, 1997, 493-499. О праву на дом правних лица и лица која обављају професионалну делатност видети: А. Вишекруна, “Protection of Rights of Companies before the European Court of Human Rights”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, no. 1, Osijek, 2018, 111-126.

<sup>3</sup> Ivana Roagna, *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Strasbourg, 2012, 9.*

<sup>4</sup> С. Царић, *Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд, 2012, 101. О проблематици тумачења члана 8 ЕКЉП и формулацији истог видети: А. М. Connelly, Problem of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, no. 3/1986, 584-593

<sup>5</sup> F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, 2014, 21.

фиксираном нормативном амбијенту, већ и унапређењу људских права, давањем новог смисла и духа већ постојећим одредбама ЕКЉП.

Како је креативна улога Европског суда за људска права више узимала маха у великом броју случајева, тако да се и поље примене члана 8 ЕКЉП ширило. Тумачење овог права као права на „немешање“ или права „да се лице остави на миру“, отворило је врата читавом низу одлука које се базирају на екстензивном тумачењу ове одредбе. Стиче се утисак да члан 8 ЕКЉП све више почиње да се користи као жива норма, у складу са принципом тумачења ЕКЉП као „живућег инструмента“. Тако одредба члана 8 постаје подложна примени и на друга права, о којима се текст ЕКЉП не изјашњава,<sup>6</sup> можда зато што се у време састављања ЕКЉП одређена људска права нису налазила у фокусу, или зато што цивилизацијске тековине и ново доба намећу свеобухватнију заштиту људских права.

## 2.1. Право на поштовање дома

Радоловић наводи да се право на поштовање дома са разлогом налази систематизовано у одредби члана 8 ЕКЉП, у оквиру члана посвећеног поштовању приватног и породичног живота, имајући у виду да се представља одговарајући аспект заштите приватности личности, као и остале димензије права из члана 8.<sup>7</sup> Имајући у виду да право из члана 8 штити права личности, санкције у случају њихове повреде и треба да буду усмерене на отклањање штете настале поводом повреде права личности, а не да попримају имовинскоправни карактер, изазивајући последице у поступцима који за предмет имају утврђивање права својине или исељење лица.<sup>8</sup> Правним средствима која му стоје на располагању, титулар личног добра може исходovati отклањање повреде личног добра или предузимање мера ради спречавања повреде личног добра.<sup>9</sup> Супротстављање права својине и права на дом чине необичним и различита поимања дома из члана 8 ЕКЉП, и непокретности као института грађанског права. Дом некада може бити шири појам од непокретности, у случајевима када се односи на нпр. ромске караване и приколице,<sup>10</sup> које се не сматрају непокретностима, а некада може бити и ужи,

<sup>6</sup> С. Гајин, *Људска права – Правно-системски оквир*, Београд, 2011, 55.

<sup>7</sup> А. Radolović, „Однос грађанскоправне основе за коришћење стана и уставно-конвенцијског права за заштиту дома“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2015.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> М. Драшкић, „Усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права у односу на члан 8 Европске конвенције“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције*, Београд, 2006, 107.

<sup>10</sup> *Charman v. United Kingdom*, no. 27238/95, § 99, 18 January 2001.

не обухватајући непокретности са којима неко лице нема довољне и трајне везе. Степен преклапања између ова два појма зависи од тумачења дома у појединачном случају. Утврђивање дома у смислу одредбе члана 8 ЕКЉП најпре ће зависити од сврхе конкретног простора за корисника, или од тога како се тај простор заправо користи.<sup>11</sup> Оно што додатно изазива недоумице јесте и чињеница да се појам права својине<sup>12</sup> и права на дом могу поклапати, па се, у одређеним случајевима, власник може позивати и на повреду права на поштовање дома, уколико му је ускраћено вршење неког од власничких овлашћења.

Приликом утврђивања да ли повреда права на поштовање дома постоји, у судској пракси ЕСЉП-а уочава се више фаза у процесу одлучивања. Прво је потребно утврдити да ли спорни простор представља дом. Затим се утврђује да ли је дошло до мешања у право, а затим да ли такво мешање представља повреду. Потом се испитује да ли је мешање предузето у складу са законом, односно да ли закон на основу кога је предузето мешање испуњава квалитативне услове у погледу јасности, јавности, доступности и предвидивости, при чему се овај услов по правилу сматра испуњеним. Затим је потребно утврдити постојање неког од легитимних циљева таксативно наведених у ставу 2 члана 8 ЕКЉП, при чему се и овај услов по правилу сматра испуњеним. Последња фаза у утврђивању евентуалне повреде права на поштовање дома јесте испитивање да ли је мешање било нужно и сразмерно циљу који се тежи постићи. Терет доказивања нужности и сразмерности је на држави која је извршила мешање у право појединца под својом јурисдикцијом.<sup>13</sup>

Право на поштовање дома мора се тумачити у контексту права на поштовање приватног и породичног живота, односно на права приватности генерално. Циљ права на поштовање дома јесте да омогући сваком лицу уживање у својој приватној сфери, у који се држава неће мешати, и где ће појединац бити слободан да живи и функционише по својој вољи, без удовољавања туђим правилима и захтевима. Дакле, потребно је дом

---

<sup>11</sup> С. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Portland, 2014, 196.

<sup>12</sup> Право својине у свом општеприхваћеном значењу је у потпуности обухваћено чланом 1 из Додатног Протокола 1 уз Конвенцију о људским правима и основним слободама. Имовина чије се неометано уживање гарантује обухвата, у складу са принципом аутономног тумачења Европског суда, како постојећу имовину, тако и будућу, очекивану имовину за коју будући титулар поседује довољно поуздан степен вероватноће да ће ући у састав његове имовине у одређеном тренутку.

<sup>13</sup> G. Mihelčić, M. Marochini, “Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2014, 189.

посматрати у контексту права приватности, што значи да се заштита дома пружа такозваним „просторним аспектима приватности“<sup>14</sup>.

### 3. ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

На основу увида у досадашњу праксу Европског суда за људска права уочено је да је ЕСЉП више пута био у прилици да одлучује о евентуалним повредама других димензија права на приватност из члана 8, попут права на поштовање приватног породичног живота, па је и број одлука поводом права на поштовање дома знатно мањи. Такође, повредом права на поштовање дома може доћи и до повреде права на поштовање приватног и породичног живота, па између различитих димензија права из члана 8 долази и до међусобног преклапања.

Приликом одлучивања по представкама које за предмет имају право на поштовање дома, прво питање које се поставља јесте да ли се предметни простор може сматрати домом подносиоца представке. Одређење дома се врши путем утврђивања да ли одређено лице има „довољне и трајне везе“ са одређеним простором. Овај критеријум је такође произашао из судске праксе Европског суда за људска права, и у складу са тим га треба посматрати у контексту исте. Поводом „трајне везе“ која се захтева, примена овог критеријума делује предвидљивије. Тако је ЕСЉП сматрао да је трајна веза успостављена након 16 година живота у стану, после којих 10 година подносиатеља захтева није живела у том стану, па је поновни живот у њему наставила од 2001. године.<sup>15</sup> Такође, према ставу ЕСЉП права, трајна веза је успостављена и када је подносилац представке у предметном стану живео 20 година<sup>16</sup>, као и 10 година.<sup>17</sup> Иако постоје случајеви у којима је ЕСЉП постојање дома у смислу члана 8 утврдио искључиво на основу дужине живота у конкретном простору,<sup>18</sup> у већини пресуда се постојање дома утврђује и на основу додатних чињеница, попут чињенице да је подносиатеља представке улагала и учествовала у изградњи дома,<sup>19</sup> затим, опремање стана намештајем, сношење трошкова одржавања, примање поште и разгледница.<sup>20</sup> Чињеница од значаја на коју се суд више пута осврнуо у својим одлукама јесте и чињеница

---

<sup>14</sup> C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Portland, 2014, 197.

<sup>15</sup> *Bjedov v. Croatia*, no. 42150/09, § 58, 29 May 2012.

<sup>16</sup> *Zrlić v. Croatia*, no. 46726/11 § 58, 3 October 2013.

<sup>17</sup> *Prokopovich v. Russia*, no. 58255/00, §37, November 2004.

<sup>18</sup> *Brežec v. Croatia*, no. 7177/10, § 36, 18 July 2013.

<sup>19</sup> *Zrlić v. Croatia*, no. 46726/11, § 58, 3 October 2013.

<sup>20</sup> *Prokopovich v. Russia*, no. 58255/00, §37, November 2004.

да подносилац представке нема други дом,<sup>21</sup> иако у предмету *Brežec protiv Hrvatske* постојање сусвојине на другом стану није било препрека за утврђивање да конкретан простор представља дом подносиатељке представке.<sup>22</sup> Године живота у одређеном простору, заснивање породице у њему и финансијско улагање у простор могу бити чињенице који указују на постојање довољне и трајне везе, док је са друге стране нејасно како одсуство другог дома представља показатељ довољне и трајне везе са постојећим домом.

У предмету *Bjedov protiv Hrvatske*,<sup>23</sup> подносиатељка представке је, у својству носиоца станарског права, поднела тужбу ради доношења пресуде која би заменила уговор о купопродаји непокретности стана над којим је имала станарско право, а у складу са позитивним прописима Хрватске који су то дозвољавали носиоцима станарског права. Пасивно легитимисани у спору је био град Задар као носилац права својине на стану, који је поднео противтужбу захтевајући исељење тужиле. У коначном исходу, судови су одбили тужбу и усвојили противтужбу, наложивши тужилци да напусти стан, након чега је покренут извршни поступак. Констатујући повреду права на поштовање дома, Европски суд је у образложењу одлуке навео и да националне власти ни у једном тренутку нису тврдиле нити пружиле доказе да је исељење подносиатељке представке неопходно, због чега је подносиатељкино право на поштовање дома изнад легитимног циља државе да врши својинскоправна овлашћења над станом у питању.<sup>24</sup> Дакле, терет доказивања неопходности је био на националним властима, које су пропустиле да неопходност истакну у својој аргументацији, као и да приложе одговарајуће доказе који би потврдили неопходност мешања. Наспрам власничких права државе, у недостатку доказа и тврдњи о неопходности исељења, примат има право на поштовање дома подносиатељке представке. До мешања у право на поштовање дома дошло је самим доношењем налога за исељење, односно доношењем пресуде којом се подносиатељки налаже да се из стана исели, што је у складу са досадашњом праксом Европског суда.<sup>25</sup> У случају предстојећег мешања у право на поштовање дома, обавеза је сваке државе која је ратификовала Европску

---

<sup>21</sup> *Bjedov v. Croatia*, no. 42150/09, § 58, 29 May 2012, *Paulić v. Croatia*, no. 3572/06, § 34, 22 October 2009, *Zrlić v. Croatia*, no. 46726/11 § 58, 3 October 2013, *Prokopovich v. Russia*, no. 58255/00, §38, November 2004.

<sup>22</sup> *Brezec v. Croatia*, no. 7177/10, § 32, § 36, 18 July 2013.

<sup>23</sup> *Bjedov v. Croatia*, no. 42150/09, 29 May 2012.

<sup>24</sup> *Bjedov v. Croatia*, no. 42150/09, § 70, 29 May 2012.

<sup>25</sup> *Stankova v. Slovakia*, no. 7205/02, § 57, 9 October 2007, *McCann v. United Kingdom*, no. 19009/04, § 47, 13 May 2008, *Ćosić v. Croatia*, no. 28261/06, § 18, 15 January 2009, *Brežec v. Croatia*, no. 7177/10, § 40, 18 July 2013..

конвенцију да сваком лицу коме прети мешање, пружи могућност да се сразмерност и нужност мешања утврди од стране независног суда.<sup>26</sup>

У предмету *Ćosić protiv Hrvatske*, Европски суд за људска права је такође установио да је дошло до повреде права на дом, услед одсуства судских механизма којима би се утврдила сразмерност и неопходност мешања у право на поштовање дома<sup>27</sup>. Против подносиоце представке држава је поднела тужбу, захтевајући њено исељење, а имајући у виду да у стану који је у власништву државе живи без правног основа. Као лице коме је било додељено станарско право, и чији је уговор о закупу истекао 1990. године, другостепени суд је потврдио првостепену одлуку којом се тужбени захтев усваја и туженој налаже исељење. Као и у *Bjedov protiv Hrvatske*, повреда права на поштовање дома је извршена издавањем налога за исељење, односно доношењем правноснажне и извршне пресуде којом се лицима налаже исељење из њихових домова, зато што о сразмерности и неопходности издавања налога за исељење, као облика мешања у право на поштовање дома, није одлучивао независни суд у законом предвиђеном поступку, пре доношења одлуке о исељењу. Непружање одговарајуће процедуралне заштите подносиоца представке, којом би се омогућило да се о сразмерности и неопходности исељења у духу начела Европске конвенције одлучи од стране независног суда пре издавања налога за исељење, представља и разлог због кога је дошло до повреде права на поштовање дома и у предметима *Paulić protiv Hrvatske*<sup>28</sup>, *Škrtić protiv Hrvatske*,<sup>29</sup> *Tijardović protiv Hrvatske*,<sup>30</sup> *Lemo i drugi protiv Hrvatske*,<sup>31</sup> као и у предмету *Brežec protiv Hrvatske*.<sup>32</sup> Међутим, издвојено мишљење судије *Nicolauoa*, као и противно мишљење судије *Malinvernija*, указују на другачија промишљања на која се може наићи у Европском суду. Пре свега, *Nicolauo* у свом мишљењу покушава да предвиди исход поступка пред хрватским судовима, сматрајући да би примена пропорционалности у редовном судском поступку довела до одлагања исељења на време примерено да подносилац представке нађе други смештај. Према његовом ставу, право на поштовање дома се не треба тумачити изоловано, већ у контексту власничких и уговорних права, као и начела законитости.<sup>33</sup> Затим, судија *Malinverni* у свом мишљењу изражава неслагање да је дошло до повреде права из члана 8 Европске

<sup>26</sup> *Bjedov v. Croatia*, no. 42150/09, § 66, 29 May 2012.

<sup>27</sup> *Ćosić v. Croatia*, no. 28261/06, §23, 15 January 2009.

<sup>28</sup> *Paulić v. Croatia*, no. 3572/06, § 45, 22 October 2009.

<sup>29</sup> *Škrtić v. Croatia*, no. 64982/12, § 34-35, 5 December 2013.

<sup>30</sup> *Tijardović v. Croatia*, no. 38906/13, §43, 19 June 2014.

<sup>31</sup> *Lemo and others v. Croatia*, no. 3925/10, 3955/10, 3974/10, 4009/10, 4954/10, 4128/10, 4132/10 and 4133/10, § 45, 10 July 2014.

<sup>32</sup> *Brežec v. Croatia*, no. 7177/10, § 50, 18 July 2013.

<sup>33</sup> *Paulić v. Croatia*, no. 3572/06, 22 October 2009.



конвенције. Такође, он наводи и да сам налог за исељење лица које се бесправно налази у стану није *per se* у супротности са Конвенцијом, а имајући у виду право на неометано уживање своје имовине из члана 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију<sup>34</sup>. Дакле, Европски суд за људска права се није изјаснио у погледу тога коме од два интереса, власничком или титулара права на поштовање дома, треба дати примат у конкретном случају, већ је, напротив, утврдио само процедуралне повреде члана 8, при чему издвојено мишљење судије *Nicolauo* отвара могућност изналагања компромиса између супротстављених интереса. Такође, ЕСЉП се у појединим предметима изричито изјаснио о тумачењу члана 8 ЕКЉП, наводећи да се члан 8 не може тумачити као обавеза националних власти на обезбеђивање дома,<sup>35</sup> нити као обавеза државе да додели право на становање на одређеном месту.<sup>36</sup> Затим у предмету *Hatton and others v. United Kingdom*, суд је истакао обавезу националних власти да узму у обзир супротстављене интересе, а ради успостављања правичне равнотеже.<sup>37</sup>

Утврђивање неопходности мешања у право на поштовање дома ће у крајњој инстанци бити и улога ЕСЉП, који ће својом одлуком утврдити да ли су разлози који покретпљују неопходност мешања били довољни и релевантни како би оправдали конкретно мешање. Поље слободне процене ће у конкретним случајевима бити препуштено националним властима, које су, због свог директног и трајног контакта са кључним факторима у својој земљи позваније и компетентније да утврде локалне потребе и околности. Један од предмета у којима је варијабилност поља слободне процене, а самим тим и одржавања осетљиве равнотеже између права на дом и други јавних или приватних интереса, јесте *Yordanova and others v. Bulgaria*, у коме је суд нарочито истакао да ће, „*поље слободне процене бити уже у случајевима када је право у питању од кључног значаја за ефективно уживање интимних и кључних права. Пошто члан 8 ЕКЉП уређује права која су од централног значаја за идентитет и самоодређење појединца, психички и морални интегритет, одржавање односа са другима и безбедно и сигурно место у друштву, поље слободне процене ће зависити од контекста конкретног*

---

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> *Chapman v. United Kingdom*, no. 27238/95, § 99, 18 September 2001.

<sup>36</sup> *Garib v. Netherlands*, no. 43494/09, § 141, 06 November 2017, *Ward v. the United Kingdom*, (dec.) no. 31888/03, 9 November 2004, *Codona v. United Kingdom* (dec.), no. 485/05, 7 February 2006.

<sup>37</sup> *Hatton and others v. United Kingdom*, no. 36022/97, § 98, 8 July 2003.

случаја, са нарочитим акцентом на досег мешања у приватну сферу подносиоца“.<sup>38</sup>

На основу анализираних пресуда ЕСЉП, може се закључити да је до повреда права на поштовање дома долазило услед пропуштања судова опште надлежности да, пре акта мешања у право, обезбеде лицу о чијем је праву реч да о сразмерности и нужности мешања одлучи унапред основан и независан суд. Стога ЕСЉП није испитивао исправност процене сразмерности и оправданости коју је држава спровела, већ да ли је мешање било сразмерно за остваривање легитимног циља и да ли су разлози на које се држава позива поуздани и довољни.<sup>39</sup> ЕСЉП дакле не прејудицира исход оваквих парничних поступака који се воде пред националним судовима, али обавезује суд да о приговору повреде права на дом одлучи и утврди да ли је до повреде дошло. Суд опште надлежности није у обавези да о приговору одлучује уколико га странка у поступку није истакла, при чему је за истицање овог приговора довољно истицање довољних и трајних веза са домом. Дакле, ЕСЉП не покушава да предвиди ток поступака који ће се водити пред националним судовима, али уводи могућност да се тужбени захтев власника одбије због права на дом неовлашћеног држаоца стана, уколико иселење туженог не би било неопходно нити сразмерно циљу који се жели постићи, а то је ефективно вршење власничких овлашћења, при чему право на дом може бити признато и у одсуству законитог основа за становање.

#### 4. ПРАКСА СУДОВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У пракси националних судова Републике Србије се уочава готово доследно коришћење израза „права на дом“, уместо „права на поштовање дома“. Иако ова разлика може на први поглед деловати незнатно, она уједно може и указати на еволуцију схватања о природи права на поштовање дома.

У предмету број Уж 2486/2017, Уставни суд је утврдио да се спорни стан може сматрати домом подносиоце уставне жалбе, а имајући у виду да је због погрешне примене материјалног права мешање у право на дом незаконито. Иако након утврђивања незаконитости мешања није потребно даље утврђивање испуњености услова из члана 8 став 2 ЕКЉП, Уставни суд је даљом аргументацијом утврдио да, чак и да мешање није било незаконито, до

<sup>38</sup> *Yordanova and others v. Bulgaria*, no. 25446/06, §118 (ii), 24 September 2012. О доктрини поља слободне процене видети: В. Марковић, „Доктрина поља слободне процене и њена примена у вези са чланом 9 Европске конвенције“, *Државно црквено право кроз векове*, Београд-Будва, 2019, 297-324.

<sup>39</sup> А. Maganić, „Praksa Europskog suda za ljudska prava i pravo na dom“, *Pravo na dom* (ur. Jakša Barbić), Zagreb, 2016, 27.

повреде права на поштовање дома би свакако дошло, зато што су нижестепени судови пропустили да оцене сразмерност и оправданост мешања, а имајући у виду да је подносиатељка уставне жалбе изјавила приговор мешања у право на поштовање дома.<sup>40</sup> Образложење наведеног става се у потпуности уклапа са образложењима одлука ЕСЉП у претходно наведеним предметима против Републике Хрватске донетим у готово идентичним ситуацијама, па се стога може рећи да је у питању пресуда која у потпуности уважава судску праксу ЕСЉП. Такође, у предмету број 9495/2013 у коме је Уставни суд утврдио да је дошло до повреде „права на дом“<sup>41</sup>, у потпуности је прихваћена постојећа пракса ЕСЉП, нарочито у предметима вођеним против Хрватске, укључујући и становиште ЕКЉП према коме „*легитиман интерес државе да контролише своју имовину долази иза права подносилаца представки на поштовање права на дом у ситуацијама у којима домаћи судови у својим одлукама, којима се налаже исељење подносилаца, нису дали никакво објашњење које би показало да је исељење било сразмерно циљу који се жели постићи и нужно у демократском друштву*“.<sup>42</sup> Такође, Уставни суд је истакао да у конкретном случају супротстављени интереси нису приватни, пошто је власник спорне непокретности Република Србија, те да интерес државе да поврати власништво над станом не може превагнути над интересима титулара права на дом који су од егзистенцијалног значаја, а нарочито имајући у виду да држава није истакла разлоге који поткрепљују неопходност мешања.

Уставни суд је у одлуци Уж-5084/2011 од 17. јануара 2013. године, по уставној жалби изјављеној због повреде права на правично суђење, уједно искористио прилику и да се осврне на право на дом подносиатељке уставне жалбе<sup>43</sup>. Наиме, Уставни суд у образложењу наводи да право на правично суђење из члана 32 став 1 Устава Републике Србије подразумева и обавезу да се у судском поступку обезбеди поштовање људских права и слобода гарантованих Уставом. Уставни суд у образложењу даље наводи: „*С обзиром на то да је, сагласно одредби члана 16 став 2 Устава, ЕКЉП саставни део правног поретка Републике Србије и да се непосредно примењује, Уставни суд*

---

<sup>40</sup> Уж 2846/2017 од 2020.

<sup>41</sup> Уж 9495/2013 од 2014.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Уж 5084/2011 од 17. јануара 2013. У стану који је предмет захтева за исељење је живео отац супруга тужене, до своје смрти. Након његове смрти, станарско право на стану је стекао његов син, супруг тужене, а у својству члана породичног домаћинства свог оца. Тужена се у спорни стан уселила 1982. године. Став првостепеног суда, који је својом пресудом потврдио и Апелациони суд у Нишу, је да тужена није могла стећи станарско право усељењем у стан наведене године, а имајући у виду да је Закон о стамбеним односима, који је ступио на снагу 1973. године, предвиђао да се на стану у приватној својини не може стећи станарско право.

налази да су редовни судови у судским поступцима дужни да штите права и слободу зајемчене ЕКЉП. Имајући у виду наведено, Уставни суд сматра да је потребно испитати да ли је у поступку одлучивања о правима и обавезама подносиоца уставне жалбе повређено њено право на дом зајемчено чланом 8 ЕКЉП“.<sup>44</sup> Како се на основу садржине одлуке о уставној жалби не може закључити да се подносиоца уставне жалбе у било којој фази поступка пред судовима опште надлежности, као ни приликом подношења саме уставне жалбе, позвала на своје право из члана 8 ЕКЉП, овакво поступање није у складу са устаљеним ставом ЕСЉП, према коме судови нису дужни да одлучују о евентуалној повреди права на поштовање дома, уколико сама странка у поступку није то захтевала. Иако подносиоца уставне жалбе није имала законску могућност да стекне станарско право, она је могла стећи право коришћења, у ком случају мешање у право на дом не би било засновано на закону, па самим тим ни дозвољено. Погрешна примена закона којим се уређују стамбени односи је довољан основ за усвајање уставне жалбе, те је нејасна потреба за анализом основаности мешања у право на дом, што не спречава сагледавање става Уставног суда према односу права својине и права на дом. У погледу односа права својине и права на дом у конкретном случају, Уставни суд се изјашњава на следећи начин: „У конкретном случају је неспорно да остваривање права на поштовање подносиоца уставне жалбе у целини спречава тужиоца као сувласника стана да се њиме служи. Такође је неспорно да наведено фактичко ограничење власничких права тужилаца извире из права треће особе. С обзиром на то да овде постоје два супротстављена приватна интереса, мора се пресудити коме од та два интереса треба дати предност. Имајући у виду да је право подносиоца уставне жалбе на дом стечено у складу са законом, Уставни суд налази да је ограничење власничких права тужилаца у конкретном случају оправдано, те да није нарушена осетљива равнотежа између права подносиоца уставне жалбе на дом и заштите права власништва тужилаца“.<sup>45</sup> Уставни суд у колизији власничких интереса тужилаца и интереса титулара права на дом да остане да живи у спорном стану предност даје праву на дом, уз образложење да је право на дом стечено у складу са законом. Законито стицање права на дом не оправдава ограничење власничких овлашћења тужилаца, нити објашњава како се таквим приматом права на дом одржава осетљива равнотежа између два супротстављена интереса, а нарочито имајући у виду став ЕСЉП према коме законитост стицања дома није од значаја.

---

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid.

Апелациони суд у Новом Саду је пресудом донетом 5. јула 2016. године преиначио пресуду првостепеног суда којом је усвојен тужбени захтев власника зграде хотела, којим је захтевао да лица која живе у деловима хотела које су адаптирали у свој трошку, а без грађевинске дозволе, предају посед.<sup>46</sup> Апелациони суд је заузео становиште да наведени тавански простор представља дом тужених, а постојање довољне и трајне везе је установио на основу дугогодишњег живота у изграђеним становима, улагању у адаптацију истих, чињеници да њихово стамбено питање није решено на други начин, али и на основу чињенице да „*тужени В.Ж. и М.М. у наведене станове нису ушли самовласно, већ по одлуци свог послодавца, који је решавао питање њиховог нужног смештаја до коначног решења њиховог стамбеног питања*“<sup>47</sup>. Упркос устаљеном ставу ЕСЈП да се право на дом може признати без обзира на законитост стицања дома према националним прописима, Апелациони суд износи да ипак није дошло до самовласног уселења, чиме ипак покушава да утврди основаност стицања права на дом. Такође, суд констатује постојање супротстављених приватних интереса и одлучује да да предност праву на дом, позивајући се на личне и породичне прилике тужених.

Врховни касациони суд је у одлуци по ревизији такође пружио заштиту праву тужене на дом, наспрам власничких интереса тужиоца.<sup>48</sup> Да спорни стан представља дом тужене, суд заснива на чињеницама да у стану живи од 1978. године, да није доказано да на други начин може да реши стамбено питање, као и да је покренула поступак за доношење решења које замењује уговор о закупу стана. Уочавајући супротстављене интересе тужиоца да остваре своје право као сувласника стана, са једне стране, и интереса тужене да настави да остварује своје право на дом, Врховни касациони суд сматра да се предност мора дати праву на дом. Овако становиште се објашњава годинама старости тужене, годинама коришћења стана, нерешеним стамбеним питањем, али и

---

<sup>46</sup> Апелациони суд у Новом Саду, Гж 2307/2016, 05. јул 2016. Тужена лица су на основу сагласности свог послодавца, тадашњег корисника хотела који је био у друштвеној својини, својим средствима извршила адаптацију делова таванског простора и у њима су живела пре него што је тужилац стекао право својине на хотелу.

<sup>47</sup> Апелациони суд у Новом Саду, Гж 2307/2016, 05. јул 2016.

<sup>48</sup> Врховни касациони суд, Прев 336/2017, 25. јануар 2018. Тужиоци су сувласници спорног стана, док тужена у спорном стану живи од 1978. године, а у који се уселила удајом за сина носиоца станарског права. У време смрти свекра и супруга тужене, спорни стан се у једном делу налазио у режиму друштвене својине, док се у време подизања тужбе за иселење налази у режиму приватне својине. Имајући у виду да се тужена у стан уселима након 1973. године, након ступања на снагу Закона о стамбеним односима који је изричито предвиђао да се станарско право не може стећи на становима у приватној својини, аргументација тужиоца се заснива на тврдњи да тужена није могла стећи станарско право на спорном стану.

чињеницом да је „спорни стан једнособан, те би исељењем тужене тужиоци остварили сувласничко право на релативно малој квадратури“.<sup>49</sup>

Имајући у виду очигледну тенденцију давања приоритета праву на дом насупротив праву својине, Апелациони суд у Београду је у пресуди донетој 08. новембра 2018. године образложио основаност ограничења права својине. У образложењу пресуде се наводи да се спорни стан може сматрати домом тужене, а имајући у виду да у њему живи од 1999. године, да јој стамбено питање није решено на други начин, али и да јој је Одлукама Савезне Владе одобрено да користи стан до трајног решења стамбеног питања. Уочавајући колизију између права својине и права на дом у конкретном случају, суд уочава да је „становљење у спорном стану за тужену од егзистенцијалне важности, док је супротстављен интерес том праву тужене, искључиво материјални и несразмеран интересу тужене“.<sup>50</sup> Како се у свим одлукама које су биле предмет ове анализе предност дала праву на дом, може се уочити очигледна тенденција да се превага да праву на дом наспрам права својине. Доношење овакве одлуке делује извесније у случају када не долази до супротстављања приватних интереса, већ када је власник Република Србија, чији легитимни интерес да врши својинскоправна овлашћења и који је материјалне природе, а нарочито у одсуству разлога који би објаснили оправданост и сразмерност исељења, док је са друге стране интерес приватног лица да оствари своје право на дом које је код њега од егзистенцијалног значаја. У случају сукоба приватних интереса парничних странака, уочена је намера одржавања „осетљиве равнотеже“, која се у крајњој инстанци своди на потпуно уважавање права на дом и ускраћивање својинскоправних овлашћења власника.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Практична последица колизије права својине и права на дом, огледа се у неминовном ускраћивању заштите права једног од титулара. У поступку покренутом тужбом којом се тражи исељење титулара права на дом, са свим лицима и стварима, из непокретности која је предмет својине тужиоца, признавање права на заштиту дома заправо значи одбијање тужбеног захтева власника непокретности<sup>51</sup>, чиме се таквом власнику оставља само *nuda proprietas* и готово у потпуности онемогућава вршење својинскоправних

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Апелациони суд у Београду, Гж 2495/2018, 08. новембар 2018.

<sup>51</sup> А. Radolović, „Odnos građanskopravne osnove za korišćenje stana i ustavno-konvencijskog prava za zaštitu doma“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2015, 111.

овлашћења. Као што је познато, право својине јесте стварно право које се састоји из различитих овлашћења на ствари која је предмет права својине. Реч је о овлашћењу држања, овлашћењу коришћења и овлашћењу правног и фактичког располагања ствари која је предмет права својине.<sup>52</sup> У колизији права својине и права на дом решеној у корист овог другог, титулар права својине се лишава свих овлашћења која произилазе из права својине, осим могућности правног располагања правом. Ипак, и ово располагање би се сводило искључиво на промет такозване „голе својине“, при чему би стицалац таквог права својине био такође ограничен у вршењу својих својинских овлашћења, па се поставља питање и атрактивности једног таквог правног посла евентуалним стицаоцима. Иако се у теорији не спори легитимност захтева власти да се лице исели из одређеног простора, уколико га је окупирано без законитог основа, ипак се захтева да се тестом пропорционалности уваже нарочите специфичности оваквих ситуација када оне тангирају целу заједницу, или када је неко лице дуги низ година живело у таквом простору, а наспрам „класичних“ случајева иселења лица која су несавесно окупирала туђи простор.<sup>53</sup> До сукоба права својине и права на дом долази пре свега због нејасног одређења природе права на дом, као и обима заштите права на дом. Затим, друга тачка колизије јесте устаљени став ЕСЉП према коме једно лице може стећи право на дом независно од законитости боравка и живота у њему. Да ли ће се одређена имовина сматрати домом јесте чињенично питање које не зависи од законитости коришћења у оквиру домаћег права.<sup>54</sup> Како заштита једног права, независно од законитости његовог стицања, није својствена пракси националних судова, учача се тенденција српских судова да упркос том ставу ЕСЉП, покушавају да оправдају заштиту права на дом постојањем неког основа, што би у доследном придржавању праксе ЕСЉП било непотребно. Са друге стране, српски судови, као и ЕСЉП, узимају у обзир чињеницу да титулар права на дом нема решено стамбено питање, нити да има други дом, при чему ни једни ни други не објашњавају зашто је овај критеријум од значаја приликом утврђивања довољне и трајне везе са одређеним простором. На крају, одржавање „осетљиве равнотеже“ између власничких интереса и интереса титулара права својине се у већини случајева своди на готово потпуно лишавање власника својинскоправних овлашћења, при чему остаје нејасно у којој мери и на који начин су уважени власнички интереси, у ком случају би се могло говорити о равнотежи између сукобљених интереса који произилазе из права својине и права на дом.

<sup>52</sup> О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 2014, 55-56.

<sup>53</sup> С. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Portland, 2014, 216.

<sup>54</sup> *McCann v. the United Kingdom*, no. 19009/04, § 46, 13 May 2008.

## ЛИТЕРАТУРА

А. Вишекруна, “Protection of Rights of Companies before the European Court of Human Rights”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, no. 1, Osijek, 2018.

С. Гајин, *Људска права – Правно-системски оквир*, Београд, 2011.

М. Драшкић, „Усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права у односу на члан 8 Европске конвенције“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције* (приредио С. Лилић), Београд, 2006.

С. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Portland, 2014.

R.A. Lawson, H.G. Schermers, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Leiden, 1997

А. Маганић, „Пракса Европског суда за људска права и право на дом“, *Pravo na dom* (ur. J. Barbić), Zagreb, 2016.

В. Марковић, „Доктрина поља слободне процене и њена примена у вези са чланом 9 Европске конвенције“, *Државно црквено право кроз векове*, Београд-Будва, 2019.

Г. Милећ, М. Марочини, “Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2014.

А. Радоловић, „Однос грађанскоправне основе за коришћење стана и уставно-конвенцијског права за заштиту дома“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2015.

Ivana Roagna, *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Strasbourg, 2012.

О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 2014.

F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, 2014.

С. Царић, *Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд, 2012.

А. М. Connelly, Problem of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, no. 3/1986.

## ПРАВНИ ИЗВОРИ И СУДСКА ПРАКСА:

Апелациони суд у Београду, Гж 2495/2018, 08. новембар 2018.

Апелациони суд у Новом Саду, Гж 2307/2016, 05. јул 2016.

Vjedov v. Croatia, no. 42150/09, 29 May 2012.



- Brežec v. Croatia, no. 7177/10, 18 July 2013.  
Врховни касациони суд, Прев 336/2017, 25. јануар 2018.  
Garib v. Netherlands, no. 43494/09, 06 November 2017.  
Zrlić v. Croatia, no. 46726/11, 3 October 2013.  
Lemo and others v. Croatia, no. 3925/10, 3955/10, 3974/10, 4009/10, 4954/10, 4128/10, 4132/10 and 4133/10, 10 July 2014.  
McCann v. the United Kingdom, no. 19009/04, 13 May 2008.  
Niemetz v. Germany, no. 13710/88, 16 December 1992.  
Paulić v. Croatia, no. 3572/06, 22 October 2009.  
Prokopovich v. Russia, no. 58255/00, November 2004.  
Stankova v. Slovakia, no. 7205/02, 9 October 2007.  
Tijardović v. Croatia, no. 38906/13, 19 June 2014.  
Ćosić v. Croatia, no. 28261/06, 15 January 2009.  
Уставни суд Уж-5084/2011, 17. јануар 2013.  
Уставни суд Уж 9495/2013, 2014.  
Уставни суд Уж 2486/2017, 2020.  
Hatton and others v. United Kingdom, no. 36022/97, 8 July 2003.  
Chapman v. United Kingdom, no. 27238/95, 18 January 2001.  
Codona v. United Kingdom (dec.), no. 485/05, 7 February 2006.  
Škrtić v. Croatia, no. 64982/12, 5 December 2013.  
Ward v. the United Kingdom, (dec.) no. 31888/03, 9 November 2004.  
Yordanova and others v. Bulgaria, no. 25446/06, 24 September 2012.

Ivana RADOMIROVIĆ,  
Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

RELATIONS BETWEEN OWNERSHIP RIGHT AND THE RIGHT TO HOME  
FROM THE PERSPECTIVE OF THE NATIONAL COURTS AND THE  
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

**Summary**

The national courts of the Republic of Serbia and the European Court of Human Rights often encounter cases in which there is a conflict between ownership right and the right to respect for a home. Conflicts often occur in situations where the owner of the immovable property is one person, while the other person lives in the property which represents his home. In court proceedings initiated by an eviction lawsuit, a balance needs to be struck between the owner's interest in exercising his ownership right indefinitely and the interest of the holder of the right to respect for a home to live in it, which is most often of the existential importance to that person. If the holder of property rights is the Republic of Serbia, in most cases, the right to respect for a home shall prevail, bearing in mind that the materialistic interest of the state can rarely prevail over the existential interest of a private person, while the situation will be somewhat more complicated when private interests collide. The method of autonomous interpretation of the European Convention applied by the European Court of Human Rights has led to the protection of the right to respect for home, which represents the spatial dimension of the right to privacy, limiting the ownership right.

**Key words:** ownership right, the right to respect for home, the European Court of Human Rights, case law, conflict of rights

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА,  
ПРИВРЕДНОПРАВНА НАУЧНА ОБЛАСТ И  
ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ



оригинални научни рад  
достављен: 08. 02. 2022.  
прихваћен за објављивање: 05. 04. 2022.  
УДК 341.221

Др Бојан МИЛИСАВЉЕВИЋ\*

## ТЕРИТОРИЈА И ТЕРИТОРИЈАЛНИ СПОРОВИ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ<sup>1</sup>

### Апстракт

У раду се обрађује појам и значај територије у међународном праву као и еволуција правила која су везана за саму територију. Указује се на различите режиме територија, као и начине стицања државне територије. Инсистира се на важности територије у међународном праву као и значају поретка Уједињених нација у погледу очувања територијалне целовитости држава чланица. Посебна пажња је усмерена на питање граница у међународном праву као и правила у вези разграничења самих држава. Овде се указује и на основне трендове праксе у погледу решавања спорова пред међународним форумима у вези разграничења. Аутор се посебно бавио питањем територијалних спорова и начинима њиховог решавања. Нарочито је истакнута забрана употребе силе у решавању територијалних спорова као једно од фундаменталних начела општег међународног права. На крају су изведени закључци у вези територије и територијалних спорова и дата нека предвиђања поготово у погледу очувања територијалне целовитости Републике Србије и права која има у вези Косова и Метохије.

**Кључне речи:** територија, границе, територијални спорови, забрана употребе силе;

---

\*Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, bojan@ius.bg.ac.rs

<sup>1</sup> Рад је настао у оквиру стратешког пројекта Универзитета у Београду - Правног факултета за 2022. годину под насловом „Савремени проблеми правног система Србије“, за подтему: Утицај међународног права и међународних процеса на правни систем Републике Србије.

## 1. УВОД - Појам територије у међународном праву

Територија у међународном праву спада у део који се бави објектима. Иако је модерно међународно право у неким деловима битно другачије у односу на традиционално, код територије још увек важе неки добро установљени стари режими. То је из разлога што су државе основни субјекти међународног права, а територија је њихов инхерентни елемент. Територије се у највећој мери налазе под суверенитетом држава, али постоје и случајеви подручја која су у режиму општег добра човечанства као што је отворено море, или у режиму интернационализоване територије као у случају Антарктика. Поред овога постоје и режими привремене управе над неком територијом када власт привремено врше неке међународне организације а најпре Уједињене нације, као у случају Источног Тимора или Косова и Метохије. Поред овога постоје и подручја заједночког вршења власти или коимперијума у неким спорним случајевима или постколонијалним режимима. Тако су познати примери коимперијума Француске и Велике Британије над Новим Хебридима у трајању од 1887 – 1980, Египта и Велике Британије над Суданом 1899 – 1956, Аустралије, САД и Велике Британије острвима Кантон и Енденбери 1939 – 1979.

У арбитражној пресуди из 1928. у парници о острву Лас Палмас (Холандија/Сједињене Државе), арбитар Макс Хубер истакао је: “Сувереност у односима између држава значи независност. Независност у односу према неком делу земаљске кугле јесте право вршења функција државе на томе простору уз искључење било које друге државе. Развитак унутрашње организације држава у неколико последњих стотина година и као последица тога развитак међународног права, установили су то начело искључиве надлежности државе према њезином властитом подручју, на начин да је оно постало полазиште за решавање већине питања која се тичу међународних односа.”<sup>2</sup>

Тако је арбитражни трибунал у пресуди из 1957. године у парници Језеро Ланоуц (Француска против Шпаније), закључио да: “Територијална сувереност постоји се као претпоставка. Она мора узмакнути пред свим међународним обавезама било који да им је извор, али она узмиче само пред њима.”<sup>3</sup> На основу овог закључка можемо да кажемо да се ограничења територијалног суверенитета никада не претпостављају, него

---

<sup>2</sup> Reports of International Arbitral Awards, vol. II, str. 838.

<sup>3</sup> Reports of International Arbitral Awards, Vol. XII, str. 301.

увек морају бити доказана уколико постоје и то на основу правила међународног права.

Међународни суд у пресуди из 1949. године о Крфском каналу (Британија против Албаније), упозорио је на “...обавезу свих држава да свесно не допусте коришћење своје територије за радње супротне правима других држава”.<sup>4</sup> У истој пресуди суд је закључио да: “...Између независних држава, поштовање територијалне суверености јесте једна од битних основа међународних односа...” Ово у ствари представља негативан вид територијалне надлежности која подразумева обавезу уздржавања од вршења надлежности на територији друге државе. На такав начин је поступао и Стални међународни суд правде је у пресуди Лотус (Француска против Турске) из 1927. године када је приметио: “...прво је и основно ограничење које међународно право намеће држави, да — осим ако постоји правило које допушта супротно — она не сме, ни у којему облику, вршити власт на подручју друге државе. У томе смислу судска надлежност је свакако територијална; држава је не може вршити изван свога подручја, осим на основу некога правила које то допушта, а које је изведено из међународног обичаја или из неке конвенције.”<sup>5</sup>

У међународном праву не важно да се зна у ком је правном режиму сваки део земаљске кугле па и шире од тога. Ово је битно да би се увек могло установити ко је одговоран за неку насталу штету, или ко би могао тражити неки облик надокнаде и заштите.<sup>6</sup>

Државна територија је један од неопходних услова за постојање државе као субјекта међународног права. Тако је неопходно да постоји јасно установљена државна територија која није оспорена од стране других држава, пре свега суседних, али и осталих држава. Уколико постоји спор око неке територије она по правилу не може постати независна држава. Овде се изузима случај када држава постоји, а онда се отвори питање неког дела њене територије. Поред територије неопходно је да постоји становништво и суверена власт која се врши на цело територији, а то чини физичку и социјалну манифестацију правне личности државе.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> I. C. J. Reports 1949, str. 22.

<sup>5</sup> В. Деган, „Територијална сувереност државе“, *Политичка мисао*, Vol XXXV, (1998.), бр. 1, 59.

<sup>6</sup> Видети: D. Dimitrijević, *Međunarodnopravno regulisanje teritorije država*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2008.

<sup>7</sup> I. Brownlie, *International Law*, Oxford University Press, Fifth Edition, 2002, 105-106.

Одавде се може закључити да држава мора да врши ефективни суверенитет на целој својој територији, али и да није неопходно да на сваком делу територије има становиштво. Постоје делови територија неких држава који су потпуно ненасељени због тешких природних услова, на пример пустиње, удаљена острва, веома хладна подручја, високи планински венци... То ова подручја не чини ничијом земљом јер се зна којој држави припадају. Државе су одувек тежиле да обухвате што веће подручје територије, као и да очувају своју територију. Због тога су сви спорови у вези територија веома тешки и опасни. Они погађају виталне националне интересе и у прошлости су се ратови најчешће и водили због територија. Државна територија обухвата копно, делове река и језера, поморску област уколико је има, ваздушну област до одређене границе и подземну област.

Државна територија је у смислу односа са међународним правом омеђени простор за примену права од стране саме државе. На том подручју држава примењује прописе како међународног, тако и унутрашњег права и одговорна је за поступање свих својих органа. Поред тога она је дужна да штити имовину и безбедност свих лица која се ту нађу, било да су њени држављани или не. Држава је на својој територији суверена да врши власт над стварима и правима. То не сме да ради ни једна друга држава без сагласности државе. Тако је Међународни суд правде осудио САД када је извршила ограничену интервенцију на Иран 1980. године иако је Иран држао дипломатско особље САД као таоце и повредио многе норме из области дипломатског права.

Суверенитет је једно од традиционалних обележја сваке државе. Може се приметити да током историје развоја међународног права није било пуно разлика у погледу поимања суверенитета. Још када је утврђено да је сувереност конститутивни део сваке државе он је чврсто везан за територију коју држава поседује. Управо из тих разлога свака повреда територијалног суверенитета, како је он схваћен у позитивном међународном праву који гарантује Повеља Уједињених нација, представља озбиљан проблем у међународној заједници и прети да угрози мир и стабилност. Територијални захтеви су и у данашњој међународној заједници велики проблем, иако је сам концепт Уједињених нација замишљен као чувар целовитости територија држава чланица. Тако је и конципиран чувени члан 2 тачка 4 Повеље који наводи: „Сви чланови се у својим међународним односима уздржавају од претње силом или употребом силе против територијалног интегритета и политичке



независности било које државе.“ Сваки озбиљнији удар на државу чланицу би требало да активира систем за колективну безбедност и проузрокује мере самоодбране. Податак да око сто двадесет држава данас у међународној заједници има неке територијалне нерешене захтеве<sup>8</sup> показује да се овом проблему мора посветити дужна пажња како не би дошло до ескалације сукоба. У овим случајевима ради се о територијалним захтевима према другим подручјима која имају за последицу неку врсту спора или су у току преговори. У ове територијалне захтеве убројане су и оне ситуације повезане са замрзнутим сукобима у којима нека држава дуже време инсистира на враћању одређених територија или подручја. Вршење државне суверености од стране једне државе доводи до искључивања могућности да то чини нека друга држава. У том смислу територијална сувереност у фактичком смислу не трпи конкуренцију. У пракси друга држава која не признаје суверенитет прве државе тврди да се ради само о вршењу јурисдикције, као и да је она привремено онемогућена да врши своја суверена права на односном подручју. То нас доводи до закључка да она не признаје суверенитет прве државе. У оваквим релацијама битно је да се у сваком конкретном случају утврди какав је став других држава по том питању јер није без значаја да ли они и у којој мери признају такав територијални статус. И поред тога може остати спорно територијално стање одређених промена. Нарочити статус имају територијални спорови у вези пограничних проблема јер такво питање могу да реше само две односне државе.

## 2. ГРАНИЦЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Појам граница је од виталног интереса за читаво међународно право обзиром да оне са правног становишта представљају и границе надлежности државног права. Раније када је домен искључиве надлежности државе био шири сматрало се да се правила међународног права само ограничено и посредством државе могу примењивати на територији државе. Данас је и даље углавном државама препуштена примена правила међународног права јер међународна заједница нема механизме за директну примену правила, али је домашај правила међународног права у данашње време сузио унутрашње поље

---

<sup>8</sup> Наведено према: С. Yiallourides, М. Gehring, Ј.– Р. Gauci, „The Use of Force in relation to Sovereignty Disputes over Land Territory“, *The British Institute of International and Comparative Law*, 2018, 1.

надлежности држава. У том смислу границе нису више оно што су некада биле. Ипак ово питање је осетљиво зато што представља раздвајање надлежности држава међусобно. То је друга димензија важности граница у међународном праву. Обзиром да сваку државу чини тројство територије, становништва и суверене власти, путем граница се одређује територија једне државе. Територијална питања су одувек сматрана виталним националним интересом и ти спорови су били често предмет решавања Међународног суда правде. Старији писци су дефинисали државну област управо преко вршења суверене власти: Државна област обухвата сва она јавна и приватна добра над којима једна држава врши своју суверену власт, свој *imperium*.<sup>9</sup> Границе одређују и простор вршења суверених права државе. Тако држава може да врши територијалну сувереност на простору своје државе без могућности да се друге државе мешају у њену независност.

Државна територија је тродимензионална и обухвата копно, припадајуће водене токове, језера и делове мора, као и ваздух и подземље. Раније се сматрало да је територија државе бесконачна у смислу ваздушног простора, али се употребом космоса ипак уобичајило да је та граница на око 100 километара изнад нивоа мора. Што се тиче подземља ту за сада нема посебне границе, али се сматра да држава може да користи своје подземље на начин да не угрожава суседну државу. Овде је то питање посебно осетљиво и због могућих природних богатстава под земљом и због потенцијалне штете на екологију суседне државе преко подземних вода.

Државе међусобно имају разграничења на копну, рекама, језерима, али се граниче и у поморским областима. Најбољи начин разграничења јесте договорно разграничење када нема спора око саме границе и тада се закључује међудржавни уговор који детаљно уређује ово питање. Уколико нема споразума онда се ради о спору око државне границе који се може решавати на различите начине. Тако се може основати посебна арбитража која би то решавала, а спор може бити изнет и пред неко судско тело, регионално или универзално. У сваком случају међународно право познаје правна правила која се примењују на случајеве разграничења, а која су се искристалисала кроз праксу управо приликом решавања спорова или која су уобичајена решења из примера уговора о разграничењу. Поред ових граница постоје још и такозване националне

---

<sup>9</sup> М. Новаковић, *Основи међународнога јавнога права*, Књига прва, Београд, 1936, 151.

границе, а то су границе државе на мору када се раздвајају територија државе и опште добро човечанства. У овој области постоје и рефлексии државне суверености који се огледају путем јурисдикције која се простире и изван националне границе, али то никако не мења правни статус тих подручја.

Потребно је разликовати државну границу од граничног појаса. Државна граница подразумева граничну линију која на веома прецизан и егзактан начин одређује линију на терену до које се тачно простире територија једне државе. И међународна тела су се одређивала о овом питању у својим одлукама. Тако је арбитражни трибунал у пресуди о морској граници (Гвинеја Бисао против Сенегала) из 1989. навео је: “Међународна граница јесте линија установљена повезивањем најизбоченијих тачака области просторне важности норми правнога поретка неке државе.”<sup>10</sup> Са друге стране гранични појас је простор одређене ширине који се простире унутар државне територије где држава има одређена права ради одржавања саме границе безбедном. Он је у редовним околностима широк неколико десетина метара, али у случају ратног стања може се проширити и на већу ширину како би се обезбедила одбрана државе.

Границе се традиционално деле на природне и вештачке. Ова подела је уобичајена иако су границе увек вештачке јер деле природну целину у смислу припадништва различитим државама. Због тога је ова подела условна. Природне границе само користе природне целине како би лакше направиле поделу надлежности између различитих држава. Државе су вековима из разлога одбране своје државе користиле природне препреке као границу где год су то могле да ураде. Тако су се користиле реке, језера, планински венци. Неке државе су у потпуности острвске као Велика Британија па самим тим и немају проблем око утврђивања граница јер им је море природна граница. Када су планински венци границе онда се често повлаче граничне линије преко највиших врхова венаца и преко вододелница. Познате су још и границе које прате паралеле око земље па се тако граниче неке државе у Африци, федералне јединице у САД, као и Северна и Јужна Кореја.

Када је реч о разграничењу на рекама ту постоје резидуална правила која би се применила уколико државе не постигну споразум. Ипак исправно би било приметити да се обично у тим споразумима налазе границе које прате средину реке. То је било углавном у редовним

---

<sup>10</sup> Revue générale de droit international public 1990, 253.

околностима, да би према уговорима о миру понекад постојало решење да река у целини природа једној држави. Овакво решење је више последица доминације једне државе, него добровољни избор друге државе. Тако се бележи случај да гранична линија следи једну од обала граничне реке, тиме да читав речно простор чини подручје суседне државе. Овакав пример десио се код разграничења на обали Ирана и реци Шат-ел-Араб са Ираком. Према одредбама Уговора о границама из 1937. између ове две државе, граница Ирана се завршавала на обалној линији ниске воде те реке. У новије време уобичајено је да се граница на непловним рекама повлачи по средини речног корита, а код пловних да прати линију талвега. Линија талвега представља линију која спаја најдубље тачке речног корита те реке које могу бити у неком делу ближе обали једне државе, а у другом делу ближе обали суседне државе. Овакво решење настало је због могуће употребе пловне реке, обзиром да се у најдубљем делу може користити за пролаз највећих бродова што је од интереса за обе суседне државе. Управо се овакво решење најчешће среће у пракси и представља правило по коме би се решавали евентуални апорови између држава. Тако је у предходном случају Ирана и Ирака новим. Уговором о међународним границама и пријатељским односима из 1975, одређено да граница буде линија талвега. Ипак пошто је у Ирану дошло до свргавања Шаха Резе Пахлвија, који је заслужан за уговор у корист Ирана, Ирак је линију талвега почео да оспорава. Управо из тих разлога је 1980. године дошло до избијања рата између ове две државе. Тек након рата од 8 година дошло је до прихватања такве границе од стране Ирачке државе.<sup>11</sup> На основу овог примера може се закључити да је питање разграничења од великог интереса за државе и мора му се прићи опрезно у сваком случају. Временом може доћи до промена граница јер реке могу да мењају свој ток. Тако је предвиђено да уколико река нагло промени свој ток услед неких природних узрока (земљотрес) онда граница остаје где је и била, а река у том делу прелази у потпуности на територију једне од држава. Уколико је међутим промена спора онда се постепено помера и граница заједно са речним коритом, тако да једна од држава у ствари увећава своју територију путем природног прираштаја.

Границе на језерима се утврђују договором између држава. Најчешћи случај је да се језеро подели линијом која прати границу на копну. Било је случајева да су се нека језера делила тако да један део буде

---

<sup>11</sup> В. Деган, *op.cit.*, 63;

искључиво под сувереношћу једне и друге државе, а да постоји део који обе државе могу подједнако да користе.

Након што се утврди тачна граница путем уговора, што значи да су се државе правно разграничиле, неопходно је и применити те одредбе у реалности, то јест обележити терен према одредбама уговора. Најчешће се за ту прилику формира мешовита комисија која на терену физички обележава граничну линију. Тек тада је окончан процес разграничења и успостављено стање које је потом потребно пратити и одржавати.

Обзиром да је након Другог светског рата дошло до процеса деколонизације настао је велики број држава. Веома брзо установљено је да се унутрашње административне границе које су биле коришћене од стране колонизатора прихвате као међународне и то како су оне гласиле у моменту стицања независности. Тако је настао принцип *uti possidetis iuris* или принцип стечених права. Он је био руководећи приликом решавања бројних спорова у вези разграничења новонасталих држава. Тако је арбитражном пресудом 1909. утврђена граница између Боливије и Перуа према начелу *uti possidetis* из 1810. године.<sup>12</sup> Исти принцип примењиван је у пресуди 1922. у спору о границама између Колумбије и Венезуеле.<sup>13</sup> Арбитражна пресуда од 1933. утврдила је на основу начела *uti possidetis* из 1821. године спорну границу између Гватемале и Хондураса. Али су у тој парници странке овластиле арбитражни трибунал, у случају да установи да је нека од странака ефективно вршила власт преко те линије, да другој странци досуди правичну надокнаду у територијима или на други начин. Дакле, у тој парници начело ефективности имало је у најмању руку једнак значај као и начело *uti possidetis*.<sup>14</sup>

### 3. ПОЈАМ ТЕРИТОРИЈАЛНОГ СПОРА

У међународном праву као што смо навели постоје бројни територијални спорови како данас тако још у већој мери током историје међународне заједнице. Нарочито су ови спорови били актуелни током стварања националних држава, као и током процеса деколонизације који је углавном окончан. На жалост такви спорови су наставили да живе и далеко након стицања независности и веома оптерећују међудржавне

---

<sup>12</sup> Reports of International Arbitral Awards, vol. XI, str. 139ff;

<sup>13</sup> Ibid., vol. I, str. 223ff, a posebno 228, 278;

<sup>14</sup> В. Деган, *op.cit.*, 65;

односе. Територијални спор би био спор између две или више држава у вези правног основа за поседовање одређеног подручја, где се међусобно оспорава правна заснованост стицања и одржавања вршења територијалне надлежности. Одавде произлази да се ради о правном питању у вези квалитета вршења надлежности суверенитета над одређеном подручју.<sup>15</sup> У вези територијалног спора јавља се заправо конкуренција захтева за вршење надлежности од стране две или више држава, а право на поседовање може имати само једна држава.<sup>16</sup> У предходном периоду Међународни суд правде бавио се у већем броју случајева разрешавањем територијалних спорова и у том смислу створио већ значајну праксу.<sup>17</sup> Овде се може поставити питање у којој мери је могуће на основу такве праксе решавања конкретних спорова успоставити нека општа правила, а у којој мери се ради о одлукама Међународног суда правде које су примењиве само на тај конкретан случај? Овде се нарочито треба имати у виду да спорови који су настали након процеса деколонизације носе у себи један печат и у великој мери се могу решавати преко принципа ути посидетис иурис, а да остале територијалне спорове треба посматрати на специфичан начин. У сваком случају када Међународни суд правде донесе одлуку у вези територијалног спора између две државе таква одлука има снагу рес иудиката. То има двоструку улогу. Са једне стране то значи да се такав спор више не може појавити пред судом, што је значење овог појма у ужем смислу, али са становишта општег значаја то значи да је спор престао да постоји јер је дефинитивно решен између односних држава. Уколико посматрамо број спорова између држава пред Међународним судом правде може се лако приметити да је највећи број случајева управо везан за територијалне спорове. У том смислу овај судски орган је препознат као форум од интегритета за решавање таквих несугласица између држава. У пракси Међународног суда правде терминологија таква да се наводе територијални спорови и погранични спорови. Сматрамо да је боље користити термин територијални спорови јер је он општији, а да је у оквиру њега прецизније користити погранични спор. Под територијалним споровима подразумевају се и спорови у вези суверенитета над острвима без обзира што они могу да укључују и нека

---

<sup>15</sup> V. Prescott and G. Triggs, *International Frontiers and Boundaries*, Martinus Nijhoff, 2008, 148;

<sup>16</sup> M. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Clarendon Press, 1986, 1–11;

<sup>17</sup> Видети: Н. Thirlway, „Territorial Disputes and Their Resolution in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice“, *Leiden Journal of International Law*, 2018;

питања у вези разграничења на мору. Заправо у ширем смислу и поморска разграничења јесу једна од врста територијалних спорова обзиром да се поморска подручја сматрају територијом државе када укључују унутрашње морске воде и територијално море. Оно што јесте важно код пресуђивања коме ће припасти нека територија јесте законити начин стицања или модус а он се своди на цесију, ефективну мирну окупацију, сукцесију, прираштај, као и судску одлуку или одлуку неке међународне организације.

Посебан проблем који је повезан са територијалним споровима чине они спорови који се односе на претензије одређених држава према подручјима која нису под јурисдикцијом нити једне конкретне државе. То се односи на подручје Арктика, као и на одређене захтеве према поморским подручјима која су изван територијалног мора држава. Када се ради о Арктику утврђено је да се у том подручју налазе велике залихе нафте и гаса па отуда и велико интересовање за ово подручје.<sup>18</sup> Управо из ових разлога, али и из безбедносних и стратешких разлога неке државе су прогласиле секторе северног пола које сматрају својима пре свих Руска Федерација и Канада. Тај секторски принцип подразумева да ове државе сматрају да им припадају делови мора и ледене површине од спољних ивица њихових територија до само северног пола. Са друге стране друге државе су негодовале оваквом приступу, па се никако не може сматрати да су признале такве територијалне претензије, обзиром да се може сматрати да су протестовале против таквог стицања подручја. Поред овога одредбе Конвенције о праву мора из 1982. године могу се делимично примењивати на ово подручје које је у великој мери састављено од водених површина или плутајућих ледених брегова. Тако је државама признато право на искључиво економску зону и епиконтинентални појас, са свим правима која су укључена у овај режим. Због тога се овде неће детаљно улазити у ове режиме који су предходно објашњени. У том правцу је рецимо Руска Федерација усвајала извесне прописе и постављала одговарајућа постројења на која има право. У смислу разграничења Арктика ситуација није најповољнија обзиром да не постоји нити једна обавезујућа конвенција о границама Арктика, а која би послужила као полазна тачка при одређивању граница арктичког региона и која би као таква била препознатљива и универзална за све врсте будућих светских и регионалних студија и дискусија. У овом подручју

---

<sup>18</sup> Готово једна четвртина укупних залиха на свету. Видети: L. Lars, „Arctic natural resources in a global perspective“, *The Economy of the North*, 2006, 36;

одређени утицај има и Арктички савет који је формиран ступањем на снагу Отавске декларације и задужен је за координацију активности у овом подручју држава чланица.

Посебна врста територијалних спорова добија своју кулминацију у оружаним сукобима. Након њих обично следе мировни уговори, преговори којима се потом обавља коначно разграничење држава.

#### 4. ЗАБРАНА УПОТРЕБЕ СИЛЕ ПРИЛИКОМ РЕШАВАЊА ТЕРИТОРИЈАЛНИХ СПОРОВА

Забрана употребе силе представља тековину развоја међународног права. Еволуција овог правила може се посматрати кроз призму класичног и модерног права. Док је у класичном праву било правно допуштено да се државе користе силом како би решавале територијалне спорове, у модерном међународном праву је то изричито забрањено. Пакт Друштва народа<sup>19</sup> био је први степен који је у битној мери формално ограничио употребу силе приликом решавања било којих спорова. Дакле забрана коришћења силе је део опште забране употребе силе у међународним односима. Следећи важан корак био је Бријан Келогов пакт из 1928. године којом су се прво две државе, Француска и САД, одрекле употребе силе у решавању спорова и обавезале на мирно решавање спорова, да би убрзо том уговору приступиле готово све државе света у то време. Коначно сама Повеља Уједињених нација уопште не оставља дилему у свом члану 2 где предвиђа апсолутну забрану претње и употребе силе.<sup>20</sup> Ова обавеза има карактер когентне норме<sup>21</sup> и као таква односи се на све активности држава укључујући и територијалне спорове. Касније је то потврдила и Декларација о пријатељским односима и сарадњи држава из 1970. године. Међународни суд правде тумачећи такву обавезу држава стоји на становишту да Декларација из 1970. године представља потврду свести о обавезности држава у вези овог правила.<sup>22</sup> Питање употребе силе

---

<sup>19</sup> Videti članove 10 i 11 Pakta Društva naroda;

<sup>20</sup> Видети члан 2 тачка 4: svi članovi se u svojim međunarodnim odnosima uzdržavaju od pretnje silom ili upotrebe sile protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti svake države, ili na svaki drugi način nesaglasan s ciljevima Ujedinjenih nacija;

<sup>21</sup> Видети: Комисија за међународно право, Нацрт правила о међународним уговорима, 1966, 247;

<sup>22</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14 para 191;



у вези теориторијалних спорова регулисано је и правилом које је проистекло из Стимсонове доктрине 1932. године која је потврдила постојање правила о забрани стицања територија насилним путем. Овим актом је потврђена забрана анексије територија која је раније била потпуно прихваћена. Још увек међутим у међународном праву постоји могућност ратне окупације која је обично повезана како са оружаним сукобима, тако и са споровима у вези одређеног подручја. Иако је деловало да је овај институт отишао у историју међународног права то се није догодило јер смо не тако давно 2003. године имали потврђену окупацију Ирака од стране САД и Велике Британије.<sup>23</sup> Правило о забрани употребе силе потврђено је и у већем броју територијалних спорова између држава.<sup>24</sup> Поред овога и одлуке Савета безбедности су потврдиле постојање овакве забране већи број пута поводом сукоба на подручју Израела, у вези Фокландских острва и окупације од стране Аргентине, у вези сукоба на простору бивше СФРЈ, као и Еритреје и Етиопије. Онако како је начело Повеље у члану 2 у вези забране претње и употребе силе јасно је да се оно односи на очување територијалне целовитости држава чланица јер говори о обавези поштовања територијалног интегритета. У том смислу никакво позивање на мере самоодбране нису допуштене јер би се на тај начин направили опасни преседани у погледу апсолутне забране употребе силе у међународном праву.<sup>25</sup>

## 5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Свако питање које се односи на територију државе јесте питање од примарног националног интереса. У том смислу не чуде трајни напори Републике Србије да очува титулус на својој јужној покрајини Косову и Метохији, где нам је привремено онемогућено вршење суверенитета. Преглед кроз историју међународне заједнице по овима питањима даје

---

<sup>23</sup> Видети: Б. Милисављевић, „Војна окупација и модерно међународно хуманитарно право“, *Архив за правне и друштвене науке*, број 1 из 2022;

<sup>24</sup> Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Jus ad Bellum: Ethiopia's Claims 1–8 (19 December 2005) (2006) 45 International Legal Materials 430 para 10, Land and Maritime Boundary (Cameroon v Nigeria) (Judgment) (Merits) [2002] ICJ Rep 303, Guyana v Suriname (Annex VII Tribunal) (Award) (2007) 47 International Law Reports 166 para 423;

<sup>25</sup> Видети: Одлуке Комисије у спору Еритреје и Етиопије, преузето из Е. Milano I. Papanicolopulu, "Territorial Disputes and State Responsibility on Land and at Sea", Paper presented at the 20th anniversary conference of the IBRU "The State of Sovereignty" Durham University, 1-3 April 2009, 4;

нам наду да се доследност може исплатити, а да се једино на такав начин може обезбедити трајан мир и сигурност. Свако неправедно решење територијалних питања доводи до трајне дестабилизације међународне заједнице, а тиме и до враћања точка историје уназад. У том питању свака искључивост је неприхватљива, па се решење увек мора тражити у некој врсти могућег компромиса између директно заинтересованих страна уз јаку гаранцију кључних међународних актера. Једино се на такав начин може пронаћи трајно и правично решење за коначно решавање територијалног спора који постоји у вези Косова и Метохије.

## ЛИТЕРАТУРА

1. E. Milano I. Papanicolopulu, "Territorial Disputes and State Responsibility on Land and at Sea", Paper presented at the 20th anniversary conference of the IBRU "The State of Sovereignty" Durham University, 1-3 April 2009;
2. Комисија за међународно право, Нацрт правила о међународним уговорима, 1966;
3. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14;
4. Б. Милисављевић, „Војна окупација и модерно међународно хуманитарно право“, *Архив за правне и друштвене науке*, број 1 из 2022;
5. Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Jus ad Bellum: Ethiopia's Claims 1–8 (19 December 2005) (2006) 45 International Legal Materials 430;
6. Land and Maritime Boundary (Cameroon v Nigeria) (Judgment) (Merits) [2002] ICJ Rep 303, Guyana v Suriname (Annex VII Tribunal) (Award) (2007) 47 International Law Reports 166;
7. Pakt Društva naroda;
8. L. Lars, „Arctic natural resources in a global perspective“, *The Economy of the North*, 2006;
9. V. Prescott and G. Triggs, *International Frontiers and Boundaries*, Martinus Nijhoff, 2008;
10. M. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Clarendon Press, 1986;
11. H. Thirlway, „Territorial Disputes and Their Resolution in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice“, *Leiden Journal of International Law*, 2018;
12. Reports of International Arbitral Awards, vol. XI, str. 139ff;
13. М. Новаковић, *Основи међународнога јавнога права*, Књига прва, Београд, 1936;
14. C. Yiallourides, M. Gehring, J.– P. Gauci, „The Use of Force in relation to Sovereignty Disputes over Land Territory“, *The British Institute of International and Comparative Law*, 2018;
15. Brownlie, *International Law*, Oxford University Press, Fifth Edition, 2002;
16. Reports of International Arbitral Awards, Vol. XII;
17. C. J. Reports 1949, str. 22;

18. В. Деган, „Територијална сувереност државе“, *Политичка мисао*, Vol XXXV, (1998.), бр. 1;
19. D. Dimitrijević, *Међународноправно регулисање територије држава*, Institut za међународну политику и привреду, Београд 2008;
20. Reports of International Arbitral Awards, vol. II;

Bojan MILISAVLJEVIĆ, Ph.D

Full- time Professor. University of Belgrade, Faculty of Law

## TERRITORY AND TERRITORIAL DISPUTES IN INTERNATIONAL LAW

### Summary

The paper deals with the concept and significance of territory in international law as well as the evolution of rules related to the territory itself. Different regimes of territories are pointed out, as well as ways of acquiring state territory. It insists on the importance of territory in international law as well as the importance of the United Nations order in preserving the territorial integrity of member states.

Special attention is paid to the issue of borders in international law, as well as the rules regarding the delimitation of states themselves. It also points out the basic trends in the practice of resolving disputes before international forums regarding delimitation. The author especially dealt with the issue of territorial disputes and ways of resolving them. The prohibition of the use of force in resolving territorial disputes as one of the fundamental principles of general international law was especially emphasized. In the end, conclusions were drawn regarding the territory and territorial disputes, and some predictions were made, especially regarding the preservation of the territorial integrity of the Republic of Serbia and the rights it has regarding Kosovo and Metohija.

**Key words:** territory, borders, territorial disputes, prohibition of use of force.



оригинални научни рад  
достављен: 28. 02. 2022.  
прихваћен за објављивање: 20. 04. 2022.  
УДК 342.724(497.11)

Др Јелена ЋЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ\*  
Ива ТОШИЋ\*

351.941

## РАЗВОЈ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

### Апстракт

Заштита људских права у правном поретку Европске уније (комунитарни правни поредак) превасходно је резултат судске праксе Суда правде. Суд је установио корпус основних права која гарантује позивајући се на општа начела права и међународне уговоре у области људска права (којима су приступиле државе чланице ЕУ), као изворе инспирације. Овакав концепт заштите ојачан је усвајањем Повеље о основним правима у ЕУ. У раду је најпре анализирана судска пракса Суда правде у вези са заштитом људских права у ЕУ. Након тога представљено је мишљење Суда правде о приступању Европске заједнице Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода. Затим је размотрено на који начин су измене и допуне Оснивачких уговора допринеле заштити људских права у правном поретку ЕУ. Напослетку су испитане одредбе Уговора из Лисабона којим се успостављају тзв. „три стуба европског система заштите основних права“. У питању су Повеља о основним правима у ЕУ чија је правна снага изједначена са Оснивачким уговорима, општа начела права Уније, заснована на пракси Суда правде и механизам приступања Европске уније Европској конвенцији о људским правима и основним слободама.

**Кључне речи:** људска права, Европска унија, Суд правде, судска пракса, Уговор из Лисабона.

---

\* Научни саветник, Институт за упоредно право, Београд, [ceranicj@gmail.com](mailto:ceranicj@gmail.com)

\* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, Београд,  
[iva\\_tosic@hotmail.com](mailto:iva_tosic@hotmail.com)

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

На самом почетку европских интеграција, државе оснивачи Европских заједница сматрале су да није потребно уносити у Оснивачке уговоре одредбе о заштити људских права. За такав став издвајала су се најмање три разлога. Прво, очеви оснивачи Европских заједница су, због превасходно економског карактера европских интеграција, били мишљења да не постоји ризик од појаве проблема у вези са заштитом људских права. Друго, заштита људских права је, на европском континенту, већ била у надлежности Савета Европе, чије су чланице све државе чланице ЕЗ. И треће, постојала је бојазан да би регулисање заштите људских права у оквиру правног поретка ЕЗ, на неки начин, дало политичку димензију европском интеграционом процесу, чему су се педесетих година 20. века државе чланице оштро противиле.

Међутим, непосредно након оснивања ЕЗ, испоставило се да у оним областима у којима су државе чланице пренеле надлежности на ЕЗ, а то су области поглавито економске природе, долази до спорова који укључују и питање заштите људских права. Пренос тих надлежности од стране држава чланица на ЕЗ довео је до регресије заштите људских права по два основа: вршење пренесених надлежности није више подлегало, као у унутрашњим порецима, с једне стране, заштити која је појединцима гарантована Конвенцијом, а с друге стране, поштовању обавезујућих каталога људских права предвиђених националним уставима.

Према томе, иако се заштита људских права иницијално не помиње у Оснивачким уговорима, развој европских интеграција довео је до тога да се пред Судом правде нађу питања која се тичу заштите људских права.<sup>1</sup> И управо је Суд кроз своју праксу установио концепт заштите људских права у оквиру правног поретка ЕЗ/ЕУ. Стога је у раду најпре анализирана судска пракса Суда правде у вези са заштитом људских права у правном поретку ЕУ. Након тога представљено је мишљење Суда правде о приступању Европске заједнице Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП) и размотрено како су измене и допуне Оснивачких уговора допринеле заштити људских права у ЕУ. Напоследку су испитане одредбе Уговора из Лисабона посвећене заштити људских права.

---

<sup>1</sup> В. Димитријевић, М. Пауновић, *Људска права*, Београдски центар за људска права, Београд 1997, 127–128.



## 2. СУДСКА ПРАКСА СУДА ПРАВДЕ ЕУ

На самом почетку процеса европских интеграција, током педесетих година 20. века, Суд правде је, у низу предмета, одбио да изврши контролу комунитарних и националних мера у погледу њихове усклађености са основним правима. Такво поступање правдао је одсуством каталога основних права у Оснивачким уговорима, као и непостојањем изричите надлежности Суда правде да испитује акте у погледу датих права.<sup>2</sup> „Суд правде одбијао је да људска права третира као извор комунитарног права како би избегао опасност да национални судови у поступку оцене комунитарних прописа доведу у питање примат комунитарног права.”<sup>3</sup> Међутим, после само неколико година рада, Суд је почео да мења став. Основни мотив за то био је управо да се изврши утицај на националне судове држава чланица ЕЗ да прихвате и поштују начела супрематије и директног дејства комунитарног права.

Дакле заштита људских права у оквиру правног поретка ЕЗ/ЕУ развијала се кроз судску праксу Суда правде. Пресуде у два предмета, *Stauder v. Ville d'Ulm* из 1969. и *Internationale Handelsgesellschaft* из 1970. године, означиле су прву фазу у овој правној еволуцији. Суд правде је променио став прихватањем принципа контроле аката секундарног законодавства у погледу људских права, уз очување супрематије комунитарног права и стварање категорије општих правих начела комунитарног права, омогућавајући интегрисану контролу основних права у правном поретку ЕУ. Након ових пресуда, Суд правде је, у предметима *Nold* из 1974. године и *Rutili* из 1975. године, наставио је да развија концепт заштите људских права у правном поретку ЕЗ.

### 2.1. Предмет *Stauder v. City of Ulm*

Прва пресуда у којом је Суд правде одшкринуо врата заштити људских права у комунитарном правном поретку била је она у предмету *Stauder v. City of Ulm*<sup>4</sup> од 12. новембра 1969. Предмет спора била је примена одлуке Комисије донета у циљу смањења залиха бутера ЕЗ. Ова одлука предвиђала је продају бутера по нижој цени онима који примају

---

<sup>2</sup> В. Ђорић Ерић, А. Рабреновић, „Утврђивање области примене основних права у Европској унији“, *Ревизија за европско право*, 2-3/2012, 122–123.

<sup>3</sup> Р. Вукадиновић, Ј. Вукадиновић Марковић, *Увод у институције и право Европске уније*, Удружење за европско право, Крагујевац 2016, 65.

<sup>4</sup> Суд правде ЕУ, *Stauder v. City of Ulm*, предмет бр. С–29/69, 12.11.1969.

одређену врсту социјалне помоћи. Да би могли да купе производ на овај начин, лица која су примала социјалну помоћ морала су да покажу купон који је према немачким и холандским прописима морао да садржи тачно име и презиме односног лица, док је према француским и италијанским прописима купон морао само на неки начин да упути на ова лица. Господин *Stauder*, немачки држављанин, поднео је тужбу Суду правде тврдећи да је на овај начин повређено његово право на приватност. Суд је у пресуди потврдио да се мора примењивати француска и италијанска верзија купона, резонујући на следећи начин: „Протумачена (интерпретирана) на овај начин одредба која је у питању не садржи ништа што је на уштрб људских права садржаних у општим начелима комунитарног права и заштићених од овог суда.”<sup>5</sup>

Дакле, тек у предмету *Stauder*, Суд правде је признао основна људска права као део општих начела Заједнице којима је дужан да обезбеди правну заштиту. Међутим, осим што је признао да представљају једно од општих начела Заједнице, Суд није одредио њихову садржину. „Није свако право људско право.”<sup>6</sup> Проблем код прецизног одређивања садржине основних људских права које се своди на њихово набрајање састоји се у томе што све људске аспирације не представљају права, као ни што сва права не могу бити третирана као основна. „У решавању овог питања користе се или приступ позитивног набрајања или објективни приступ. Према првом приступу, људским правима се сматрају она која су на изричит начин наведена у уставу. Према другом приступу, људска права нису унапред наведена, већ их одређују уставне власти, легислативни органи и судови у тзв. процесу демократксе дискусије, доктринарне критике и на основу законске формулације у конкретним документима. Тако ни Суд правде у својој пракси није навео на једном месту листу основних права која морају да поштују комунитарни субјекти.”<sup>7</sup>

## 2.2. Предмет *Internationale Handelsgesellschaft*

Ипак, све до пресуде у предмету *Internationale Handelsgesellschaft*

---

<sup>5</sup> А. Чавошки, *Правни и политички поредак Европске уније*, Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд 2006, 129–130.

<sup>6</sup> В. Димитријевић, М. Пауновић, *op. cit.*, 24.

<sup>7</sup> Р. Вукадиновић, Ј. Вукадиновић Марковић, *op. cit.*, 66.

од 17. децембра 1970,<sup>8</sup> људска права представљала су меко право. Други проблем била је чињеница да начело супрематије комунитарног права није могло у потпуности да се примењује у пракси будући да Оснивачким уговорима није предвиђена гаранција права појединца. У предмету *Internationale Handelsgesellschaft* Суд правде је разрешио и овај проблем и потврдио супрематију комунитарног права.<sup>9</sup>

Што се меритума спора тиче, предузеће *Internationale Handelsgesellschaft* добило је, према прописима тадашњих ЕЗ, дозволу за извоз кукуруза, под условом да положи депозит који ће му бити одузет уколико пропусти да извезе кукуруз у року одређеном у дозволи. Пошто предузеће *Internationale Handelsgesellschaft* није испунило обавезу, у смислу да није благовремено извезло кукуруз, депозит му је одузет. Предузеће *Internationale Handelsgesellschaft* оспорило је овај пропис ЕЗ пред Управним судом у Франкфурту, истичући да је овакав систем дозвола незаконит и да се њиме нарушавају основна људска права зајемчена немачким Уставом. Наиме, предузеће *Internationale Handelsgesellschaft* захтевало је од Управног суда да не примени пропис ЕЗ и на тај начин потврди супрематију Устава Немачке у овој области. Управни суд је такође био мишљења да је оваквим прописом ЕЗ повређена одредба Устава којом се гарантује слобода трговине. Осим тога, Управни суд захтевао је да све акције јавне власти буду сразмерне величини извршеног преступа. С обзиром на то да је у питању веома осетљива материја, намачки суд обратио се за мишљење Суду правде, тј. покренуо је поступак за решавање претходног питања.<sup>10</sup> Суд правде је у овом предмету дао одговоре на два значајна питања.<sup>11</sup>

Прво, Суд правде је разматрао питање правне ваљаности мера које усвајају институције ЕЗ и закључио да се њихова правна ваљаност може процењивати само са стновишта комунитарног права. Суд је утврдио да би прибегивање националном праву и његовим начелима у циљу процењивања ваљаности мера које усвајају институције ЕЗ имало штетан

---

<sup>8</sup> Суд правде ЕУ, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, предмет бр. С-11/70, 17.12.1970.

<sup>9</sup> А. Чавошки, *op. cit.*, 130–131.

<sup>10</sup> Овај поступак се још назива и поступак прибављања интерпретативне или прелиминарне одлуке Суда. Сви ови преводи покушавају да на најбољи начин преведу енглески термин *preliminary ruling procedure* који у ствари подразумева решавање претходног питања које упућује национални суд (А. Чавошчки, *op. cit.*, 181, фн. 160).

<sup>11</sup> Р. Вукадиновић, Ј. Вукадиновић Марковић, *op. cit.*, 66.

утицај на једнообразност и делотворност комунитарног права. Према томе, валидност мера ЕЗ или њихово дејство унутар држава чланица не могу се довести у питање тврдњама да су противне основним људским правима формулисаним уставом те државе или начелима њене уставне структуре. Дакле, Суд правде је овом пресудом још једном потврдио начело супремације комунитарног права над националним, и то у области људских права.

Дуго су национални судови, нарочито немачки Устани суд, сматрали да у домену људских права државе чланице задржавају своју сувереност и примењују националне одредбе зарад боље заштите ових права, као и да начело супремације комунитарног права овде не важи. Како је то Устави суд Немачке у више наврата утврдио, разлог томе је било одсуство одговарајућих људских слобода и права у комунитарном праву.<sup>12</sup>

Друго, Суд правде је ипак сматрао да је у сваком појединачном случају неопходно утврдити да ли је уважено или неуважено аналогно јемство које је инхерентно комунитарном праву. Разлог томе, као што је Суд правде утврдио је да је чињеница да поштовање основних људских права чини интегрални део општих начела која штити и примењује Суд правде.<sup>13</sup> Заштита таквих права, мада инспирисана уставним традицијама заједничким свим државама чланицама, мора се обезбедити унутар структурних оквира и циљева Уније. С тим у вези, у предмету *Internationale Handelsgesellschaft* Суд правде је сматрао да је било потребно утврдити да ли је систем депозита повредио неко основно право које правни систем ЕЗ мора да обезбеди.

Пресудом у предмету *Internationale Handelsgesellschaft* Суд правде је, у одсуству Уговорима зајамчених основних људских права, на врло прагматичан начин увео та права и прогласио их саставним делом општих начела комунитарног права. Формулацијом да ће заштита ових права бити инспирисана уставним традицијама заједничким свим државама чланицама, Суд правде је покушао да, на првом месту изнова увери националне судове да ће национални правни системи бити узор приликом креирања комунитарних јемстава у овој области, док је, на другом месту, Суд правде желео да попуни правну празнину у Оснивачким уговорима у овој области и постави правни основ за регулисање материје основних

---

<sup>12</sup> А. Чавошки, *op. cit.*, 132.

<sup>13</sup> *Ibid.*

људских права.<sup>14</sup>

### 2.3. Предмет *Nold v. Commission*

Пресудом у предмету *Nold*<sup>15</sup> од 14. маја 1974, Суд правде начинио је корак даље када је реч о поштовању људских права у оквиру правног поретка ЕЗ, допунивши своје изворе инспирације међународним инструментима који се односе на заштиту људских права са којима су државе чланице сарађивале или су им приступиле.<sup>16</sup> Другим речима, Суд правде је имплицитно, али на врло јасан начин, поменуо Европску конвенцију о људским правима.

Суд правде потврдио је да су основна права интегрални део општих начела права чије поштовање овај Суд обезбеђује. Приликом заштите ових права, Суд је обавезан да налази надахнуће у уставним традицијама заједничким државама чланицама и стога не може да подржи мере које су у нескладу са основним правима установљеним и зајемченим уставима ових држава.<sup>17</sup> На сличан начин међународни уговори за заштиту људских права, на којима су државе чланице сарађивале и чији су потписници, могу да дају смернице по којима треба да буде поступано у оквиру комунитарног права.<sup>18</sup>

Овај предмет интересантан је јер је Суд правде право својине и право предузетништва третирао као основна права чије се коришћење, међутим, мора ставити у њихову социјалну функцију. То практично значи да њихово вршење може бити ограничено, ако се то може оправдати циљевима Заједнице и под условом да тиме нису дирана основна права.<sup>19</sup>

### 2.4. Предмет *Rutili v. Ministre de l'intérieur*

Пресудом у предмету *Rutili*<sup>20</sup> од 28. октобра 1975. Суд правде је

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, 132–133.

<sup>15</sup> Суд правде ЕУ, *Nold v. Commission*, предмет бр. С–4/73, 14.5.1974.

<sup>16</sup> С. Царић, „Додирне тачке у раду међународних судова у Стразбуру и Луксембургу”, *Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније* (ур. Д. Димитријевић, Б. Миљуш), Институт за међународну политику и привреду, Институт за упоредно право, Ханс Зајдел фондација, Београд 2012, 583–584.

<sup>17</sup> В. Димитријевић, М. Пауновић, *op. cit.*, 128.

<sup>18</sup> А. Чавошки, *op. cit.*, 133.

<sup>19</sup> Р. Вукадиновић, Ј. Вукадиновић Марковић, *op. cit.*, 66.

<sup>20</sup> Суд правде ЕУ, *Rutili v. Ministre de l'intérieur*, предмет бр. С–36/75, 28.10.1975.

први пут експлицитно поменуо ЕКЉП као извор инспирације за општа правна начела комунитарног права.

У предметима који су уследили, а тицали су се некомпатибилности комунитарне норме са људским правима, примећује се трострука тенденција. Пре свега, комунитарни судија све се прецизније позива на Европску конвенцију о људским правима, па чак и на праксу суда у Стразбуру. Међутим, то не води у правцу признања обавезујуће правне снаге, јер призма општих начела права омогућава Суду правде да тумачи одредбе Конвенције трансформисане у комунитарно право. Друго, оснаживање заштите људских права у комунитарном правном поретку произилази из чињенице да Суд правде користи ЕКЉП за потребе правног поретка ЕЗ. Међутим, став комунитарног судије заснива се на веома различитој логици од оне судије из Стразбура. Мисија потоњег је да обезбеди заштиту људских права, док Суд у Луксембургу подређује интеграцију сваког људског права у комитарно право уважавању комунитарних специфичности. Треће, Суд правде је сам поставио границе ове аутономне контроле поштовања људских права. Његова контрола не односи се само на секундарно право, већ и на акте држава чланица које интервенишу у области комунитарног права.

### 3. МИШЉЕЊЕ СУДА ПРАВДЕ О ПРИСТУПАЊУ ЕВРОПСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА

Питање приступања Европских заједница Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода више од две и по деценије предствљало је контроверзну тему у ЕЗ/ЕУ. Године 1994. Савет министара обратио се Суду правде, на основу члана 228, став 2 Уговора о Европској заједници, тражећи мишљење Суда у погледу тога да ли је приступање ЕЗ Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода од 4. новембра 1950. године<sup>21</sup> у складу са Уговором којим се оснива Европска заједница.<sup>22</sup>

У Мишљењу 2/94 о приступању Европске заједнице ЕКЉП, Суд правде утврдио је да би приступање овој конвенцији повукло за собом

---

<sup>21</sup> В. Димитријевић, М. Пауновић, *op. cit.* 115–126.

<sup>22</sup> G. Cohen-Jonathan, G., „L’adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Journal des tribunaux – Droit européen*, 17/1995, 49–60.

суштинску промену тадашњег система Заједнице за заштиту људских права. Наиме, такве промене једино би се могле извести путем амандмана на Оснивачке уговоре. Разлог лежи у томе што ниједна одредба Оснивачких уговора не додељује органима ЕЗ опште овлашћење да доносе правила о људским правима или да закључују међународне конвенције у овој области.<sup>23</sup>

Након оваквог мишљења Суда правде, унапређење заштите људских права у правном поретку ЕУ настављено то кроз призму измена и допуна Оснивачких уговора.

#### 4. РАЗВОЈ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА КРОЗ ИЗЕМЕНЕ И ДОПУНЕ ОСНИВАЧКИХ УГОВОРА

Уговором из Мастрихта 1992. године предвиђена је обавезност поштовања основних права загарантованих Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода, а која проистичу из уставних традиција заједничких свим државама чланицама, као општа правна начела Заједнице. Такође је потврђена приврженост Уније начелима слободе, демократије и поштовања људских права и основних слобода, као и правне државе.<sup>24</sup>

Уговором из Амстердама 1997. године прокламовано је да се Унија заснива на начелима слободе, демократије, поштовања људских права и основних слобода и на владавини права, начелима која су заједничка свим државама чланицама. Осим тога, овим уговором унета је одредба којом се овлашћује Савет ЕУ да једногласном одлуком, на основу предлога Комисије и након консултовања Европског парламента, предузме одговарајуће мере у борби против дискриминације, засноване на разликама на основу пола, расе или етничког порекла, вере или веровања, одређене хендикепираности, старости или сексуалне оријентације.<sup>25</sup> Овим Уговором успостављен је механизам за поштовање ових начела. Предвиђене су и санкције за оне државе чланице које крше људска права.

Један од корака институција ЕУ на путу заштите људских права у оквиру правног поретка ЕУ била је израда Повеље о основним правима у ЕУ. На Европском самиту у Темпереу 1999. године образовано је тело за

---

<sup>23</sup> З. Мешкић, Д. Самарџић, *Право Европске уније I*, Сарајево 2012, 271.

<sup>24</sup> Р. Вукадиновић, Ј. Вукадиновић Марковић, *op. cit.*, 67.

<sup>25</sup> В. Ђурић, „Уставноправни модели односа између државе и црква и верских заједница у Европи”, *Годишњак Факултета правних наука*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука 2011, 158.

израду овог документа. Након озбиљних расправа о садржини саме Повеље, све институције ЕУ одобриле су њен текст. Међутим, на Самиту у Ници 2000. године шефови држава и влада држава чланица донели су одлуку да се Повеља не унесе у текст Уговора.

Првенствени циљ усвајања Повеље био је да послужи као „кодификациони инструмент“ у коме су прописана она основна права о којима је постигнута политичка сагласност да ће бити поштована у Европској заједници. „У том смислу може се означити и као *Ius Commune Europaeum* о заштити људских права у Европи. У односу на садржину Европске конвенције о људским правима и слободама, права која су у Повељи пописана су призната као минимални стандард у заштити људских права у оквиру ЕУ, што је у практичном смислу значило обавезу Суда правде да у тумачењу комунитарног права узме у обзир и праксу суда из Стразбура.”<sup>26</sup>

Уговор о Уставу ЕУ из 2004. године предвиђао је да Повеља Европске уније о основним правима постане саставни део Оснивачких уговора.<sup>27</sup> Међутим, Уговор о Уставу ЕУ никада није ступио на снагу, јер су га на референдуму одбили најпре држављани Француске, а затим и Холандије.<sup>28</sup>

## 5. ТРИ СТУБА ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА НА ОСНОВУ УГОВОРА ИЗ ЛИСАБОНА

Најзад Уговор из Лисабона уноси значајне промене у области заштите људских права у ЕУ. Поред тога што укида структуру ЕУ засновану на „моделу три стуба“, сматра се да се истовремено, чланом 6 истог уговора успостављају тзв. „три стуба европског система заштите основних права“, и да има револуционарни значај за развој усклађеног система заштите људских права у Европи. Та тзв. три стуба су: Повеља о основним правима у ЕУ чија је правна снага изједначена са Оснивачким уговорима, општа начела права Уније, заснована на пракси Суда правде

---

<sup>26</sup> Р. Вукадиновић, Ј. Вукадиновић Марковић, *op. cit.*, 69.

<sup>27</sup> J. Duthel de la Rochère, „La charte des droits fondamentaux“, *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, Paris 2003, 229–239 ; J. P. Jacqué, „La constitution pour l'Europe et les droits fondamentaux“, *L'Europe des Libertés, Revue d'actualité juridique*, 14/2004, 9–13

<sup>28</sup> Ј. Ћеранић, „Ратификација Лисабонског уговора – реформа Европске уније: биланс и перспективе“, *Страни правни живот*, 3/2009, 9.



ЕУ и механизам приступања ЕУ Европској конвенцији о људским правима и основним слободама.<sup>29</sup>

### 5.1. Први стуб заштите – Повеља о основним правима у ЕУ

Први стуб заштите људских права на основу Уговора из Лисабона тиче се управо Повеље о основним правима у ЕУ. Председници Европског парламента, Савета и Комисије су свечано прогласили Повељу о основним правима у ЕУ 7. децембра 2000. на самиту у Ници. Иако Повеља у почетку није представљала правно обавезујући документ, Суд правде је у то време у пресудама почео учестало да се позива на њу. Период непосредно пред ступање на снагу Уговора из Лисабона назван је „златним добом” Повеље, због интензивног прибегавања њеним одредбама од стране Суда правде.<sup>30</sup>

Ступањем на снагу Уговора из Лисабона, 1. децембра 2009, Повеља не само да постаје правно обавезујући акт, већ се и њена правна снага изједначава са Оснивачким уговорима.<sup>31</sup> За разлику од Уговора о Уставу ЕУ из 2004. године који је предвиђао инкорпорацију Повеље у сам текст Уговора, Уговор из Лисабона не обухвата текст Повеље, већ се у члану 6, став 1 истиче да: „Унија признаје права, слободе и начела садржана у Повељи о основним правима у ЕУ од 7. децембра 2001, усвојеној у Стразбуру 12. децембра 2007, чија се правна снага изједначује са Уговорима.”<sup>32</sup> Дакле, Уговор из Лисабона не позива се на оригиналну верзију Повеље коју су државе чланице потписале у Ници, већ на верзију која је ревидирана за потребе овог Уговора, и коју су институције потписале 12. децембра 2007.<sup>33</sup>

И поред настојања да се каталог основних права нормира Повељом о основним правима у ЕУ, Суд правде кроз своју праксу настаља да развија концепт основних права. Наиме, Повеља не обухвата исцрпну листу основних права. Њоме су, начелно говорећи, обухваћена права која су у ЕКЉП регулисана као грађанска и политичка права,

---

<sup>29</sup> В. Ђорић-Ерић, „Три суба заштите основних права у поретку Европске уније”, *Правни живот*, 12/2011, 471.

<sup>30</sup> В. Ђорић-Ерић (2011), 473–479.

<sup>31</sup> Чл. 6, ст. 1 Уговора о Европској унији.

<sup>32</sup> Уз мање измене, Повеља је свечано проглашена и формално потписана у Стразбуру 12. децембра 2007, дан пре потписивања Уговора из Лисабона.

<sup>33</sup> Ј. Ђеранић, „Уговор из Лисабона – ка ефикаснијој Европској унији”, *Правни живот*, 13/2008, 810–811.

односно права прве генерације,<sup>34</sup> али се осим њих предвиђа заштита и за тзв. права друге генерације<sup>35</sup> и треће генерације.<sup>36</sup>

Повеља садржи две одредбе којима се уређује однос између Повеље и ЕКЉП. Ове одредбе су од великог значаја пошто њима настоји да се успостави усклађен систем заштите људских права у Европи.<sup>37</sup>

## 5.2. Други стуб заштите – Општа начела права ЕУ

Други стуб заштите људских права на основу Уговора из Лисабона односи се на општа начела права ЕУ. Уговор из Лисабона предвиђа да Унија треба да поштује: „[...] основна права на начин на који су гарантована Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама и као што произилазе из уставних традиција заједничких државама чланицама као општа начела права Уније.”<sup>38</sup>

Овакво решење заправо представља „наслеђени концепт”, који се под утицајем раније праксе Суда правде, уводи још Уговором из Мастрихта. Стога Уговор из Лисабона у погледу овог стуба не уноси никакве измене. „Иако се не ради о новом решењу, очување могућности третирања основних права као општих правних начела Уније у новом Уговору свакако је веома значајно, пошто се на тај начин обезбеђује нужна отвореност и флексибилност концепта основних права, омогућавајући тиме будући динамички развој европског система заштите основних права.”<sup>39</sup>

Тако на пример, у циљу избегавања евентуалних препрека које могу настати приликом измене Повеље, еластичност концепта основних права у ЕУ се остварује управо позивањем на општа начела права ЕУ.

---

<sup>34</sup> С. Landenburger, „L’apport de la Charte dans le domaine des droits civils et politiques”, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Mélanges en hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles 2002, 105–116.

<sup>35</sup> У систему УН општеприхваћена је категоризација права друге генерације на економска, социјална и културна права. Ипак, у појединим случајевима наступају тешкоће када неко конкретно право, нпр. право на образовање и право на рад треба да се сврста под само једну од наведених категорија. (В. Ћорић Ерић, „Место економских и социјалних права у поретку Европске уније”, *Европско законодавство*, 42/2012, 282–296).

<sup>36</sup> В. Ћорић Ерић, А. Рабреновић, *op. cit.*, 118–119.

<sup>37</sup> В. Ћорић-Ерић (2011), 474.

<sup>38</sup> Чл. 6, ст. 3 Уговора о Европској унији.

<sup>39</sup> I. Pernice, „The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights”, *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (eds. S. Griller, J. Ziller), Springer, Wien, New York 2008, 240.

Наиме, захваљујући флексибилности концепта основних права, позивањем на општа начела права Уније, омогућава се Суду правде, у перспективи, да врши усклађивање садржине основних права ЕУ с новим развојним тенденцијама, присутним како у пракси уставних система држава чланица, тако и у поступању Европског суда за људска права.<sup>40</sup>

### 5.3. Трећи стуб заштите – Могућност приступања Европске уније Европској конвенцији о људским правима и основним слободама

Трећи стуб представља могућност приступања ЕУ Европској конвенцији о људским правима и основним слободама. Наиме, члан 6, став 2 Уговора ЕУ формулише јасан правни основ за приступање ЕУ Европској конвенцији о људским правима. Уношење ове одредбе у Уговор је неопходно због тога што је Суд правде у Мишљењу 2/94 заузео становиште да не постоји надлежност Европске заједнице да приступи ЕКЉП.

С друге стране, до скоро, међународне организације нису биле овлашћене да приступе ЕКЉП, већ су једино државе могле да буду стране уговорнице. „У тренутку ратификације ЕКЉП од стране националних држава, оне су се водиле идејом принципа суверенитета. Приступање супранационалне организације ЕКЉП у време њене креације није разматрано.”<sup>41</sup> Ступањем на снагу Протокола бр. 14 уз ЕКЉП, ове основне препреке на путу приступања су отклоњене у оквиру Савета Европе. И док члан 17 Протокола бр. 14 којим се мења члан 59, став 2 ЕКЉП пружа могућност приступања, прописујући да „ЕУ може да приступи”, Уговор из Лисабона иде корак даље, намећући обавезу извршавања постављене обавезе ЕУ, захтевајући тако да „Унија приступа ЕКЉП”.<sup>42</sup>

Упркос томе што је исказана спремност на обе стране (и Европске уније и Савета Европе) за што хитнијим поступањем, Споразум о приступању још није закључен. Преговори о приступању почели су у јулу 2010. године и неформална радна група Управног одбора Савета Европе за људска права ради на нацрту Споразума о приступању. Коначни нацрт споразума још није објављен. Овде је реч о дуготрајном процесу јер споразум подлеже ратификацији од стране 47 држава чланица ЕКЉП, с

---

<sup>40</sup> В. Ђорић-Ерић (2011), 473.

<sup>41</sup> З. Мешкић, Д. Самарцић, *op. cit.*, 271.

<sup>42</sup> *Ibid.*

једне стране, и ЕУ, с друге стране.

У освит седамдесетогодишњице ЕКЉП, питање приступања Европске уније ЕКЉП добија нови замах и отварање преговора поново се нашло на столу. Наиме, у септембру 2020. године, Савет Европе и Европска комисија издали су заједничко саопштење које се односи на наставак преговора. У саопштењу се истиче да ће приступање Европске уније ЕКЉП бити важна прекретница у заштити људских права и основних слобода широм Европе, и да ће приступање, *inter alia*, унапредити гарантовање „кохерентности и конзистентности“ између права ЕУ и система ЕКЉП.<sup>43</sup>

## 6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Приликом оснивања Европских заједница, очеви оснивачи сматрали су да одредбе о заштити људских права није потребно уносити у Оснивачке уговоре, пре свега због економеске орјенатације европског интеграционог процеса. Међутим, врло брзо се испоставило да је неопходно да се у оквиру комунитарног правног поретка обезбеди заштита основних људских права. Суд правде је у томе одиграо кључну улогу. Кроз судску праксу развио је концепт заштите људских права у комунитарном правном поретку позивајући се на основна начела права која произилазе из заједничких уставних традиција свих држава чланица и међународне конвенције из ове области чије су потписнице државе чланице, као изворе инспирације.

Проширивање надлежности Суда правде у сфери људских права довело је до делимичног преклапања његових надлежности са Европским судом за људска права.<sup>44</sup> Иако се радило о постепеном вишедеценијском процесу њиховог узајамног приближавања, у стручној и научној јавности тај „сусрет“ је описан као неочекиван.<sup>45</sup>

Још једно значајно питање, које већ низ деценија заокупља пажњу европске јавности, јесте приступање Европске уније ЕКЉП. Уговором из Лисабона предвиђен је правни основ за такво притупање. Упркос томе

---

<sup>43</sup> В. Ћорић, А. Кнежевић Бојовић, „Autonomous concepts and *status quo* method: quest for coherent protection of human rights before European supranational courts”, *Страни правни живот*, 4/2020, 27.

<sup>44</sup> В. Ћорић, *Накнада штете пред европским наднационалним судовима*, Институт за упоредно право, Београд 2017, 123.

<sup>45</sup> Б. Ракић, *За Европу је потребно време*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 207–211.

што је исказана спремност и Европске уније и Савета Европе за што хитнијим поступањем, Споразум о приступању још није закључен. Преговори о приступању почели су у јулу 2010. године. Процес приступања Европске уније ЕКЈП поново је покренут у јесен 2020. године. Ипак, у правној науци се правилно указује да се ради о компликованом и дуготрајном процесу, док с друге стране, пракса наднационалних европских судова није међусобно усклађена<sup>46</sup> и у неким случајевима за последицу има чак смањење обима заштите људских права у Европи.<sup>47</sup>

Иако приступање Европске уније ЕКЈП свакако представља нужну претпоставку за успостављање целовитог и усклађеног система заштите људских права у Европи, потребно је веома промишљено решити бројна комплексна питања, како би се тај осетљиви механизам успешно реализовао у будућности.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Т. Орперманн, „Die Europäische Union von Lisabon”, *Правни живот*, 13/2008, 782–783.

<sup>47</sup> В. Ђорић, А. Кнежевић Бојовић, *op. cit.*, 39.

<sup>48</sup> В. Ђорић-Ерић (2011), 484.

## ЛИТЕРАТУРА

- Вукадиновић Р., Вукадиновић Марковић Ј., *Увод у институције и право Европске уније*, Удружење за европско право, Крагујевац 2016;
- Димитријевић В., Пауновић М., *Људска права*, Београдски центар за људска права, Београд 1997;
- Dutheil de la Rochère J., „La charte des droits fondamentaux“, *Constitution européenne, démocratie et droits de l’homme*, Bruylant, Paris 2003, 229–239.
- Ђурић В., „Уставноправни модели односа између државе и црква и верских заједница у Европи“, *Годишњак Факултета правних наука*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука 2011, 139–163.
- Jacqué J.P., „La constitution pour l’Europe et les droits fondamentaux“, *L’Europe des Libertés, Revue d’actualité juridique*, 14/2004, 9–13
- Landenburger C., „L’apport de la Charte dans le domaine des droits civils et politiques“, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Mélanges en hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles 2002, 105–116.
- Мешкић З., Самарцић Д., *Право Европске уније I*, Сарајево 2012;
- Oppermann T., „Die Europäische Union von Lisabon“, *Правни живот*, 13/2008, 771–795.
- Pernice I., „The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights“, *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (eds. S. Griller, J. Ziller), Springer, Wien, New York 2008;
- Ракић Б., *За Европу је потребно време*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009;
- Cohen-Jonathan, G., „L’adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l’homme“, *Journal des tribunaux – Droit européen*, 17/1995, 49-60.
- Ђеранић Ј., „Уговор из Лисабона – ка ефикаснијој Европској унији“, *Правни живот*, 13/2008, 807–825;
- Ђеранић Ј., „Ратификација Лисабонског уговора – реформа Европске уније: биланс и перспективе“, *Страни правни живот*, 3/2009, 7–25.
- Ђорић Ерић В., „Три суба заштите основних права у поретку Европске уније“, *Правни живот*, 12/2011, 471–485;
- Ђорић Ерић В., Рабреновић А., „Утврђивање области примене основних права у Европској Унији“, *Ревизија за европско право*, 2-3/2012, 117–135;

Ђорић Ерић В., „Место економских и социјалних права у поретку Европске уније”, *Европско законодавство*, 42/2012, 282–296;

Ђорић В., *Накнада штете пред европским наднационалним судовима*, Институт за упоредно право, Београд 2017;

Ђорић В., Кнежевић Бојовић А., „Autonomous concepts and *status quo* method: quest for coherent protection of human rights before European supranational courts”, *Страни правни живот*, 4/2020, 27–40;

Царић С., „Додирне тачке у раду међународних судова у Стразбуру и Луксембургу”, *Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније* (ур. Д. Димитријевић, Б. Миљуш), Институт за међународну политику и привреду, Институт за упоредно право, Ханс Зајдел фондација, Београд 2012, 577–587;

Чавошки А., *Правни и политички поредак Европске уније*, Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд 2006.

Jelena ĆERANIĆ PERIŠIĆ, Ph.D

Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Iva TOŠIĆ,

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

## DEVELOPMENT OF HUMAN RIGHTS PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION LEGAL ORDER

### Summary

Human rights protection in the European Union (Community legal order) is primarily the result of the Court of Justice case law. This Court has established a corpus of fundamental rights that guarantees, referring to the general principles of law and international agreements, as sources of inspiration. This concept of protection of fundamental rights is further strengthened by the adoption of the Charter on Fundamental Rights. The paper examines development of human rights protection within the EU legal order. In the first part, the authors analyze this development through the Court of Justice case law. The second part of the article is devoted to the Opinion of the Court of Justice on the accession of the European Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Further, it is discussed how the amendments to the Founding Treaties contributed to the development of human rights protection in the EU legal order. Finally, the article examines the Lisbon Treaty provisions, introducing so called “three pillars” of fundamental rights. These are: the Charter on Fundamental Rights as a binding instrument, the accession of the EU to the European Convention of Human Rights and the reference to the general principles of law as established by the Court of Justice.

**Key words:** human rights, European Union, Court of Justice, case law, Lisbon Treaty.



оригинални научни рад  
достављен: 03. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 03. 05. 2022.  
УДК 341.24:347.77

Др Јелена БЕЛОВИЋ\*  
Др Гордана ДАМЈАНОВИЋ\*

## МЕЂУНАРОДНА АРБИТРАЖА И ПАТЕНТНИ СПОРОВИ

### Апстракт

Интелектуална својина и стање законодавства у овој области представљају кључне факторе за развој иновативне технологије. Спорови који се односе на предмет права интелектуалне својине су сваке године све бројнији и разноврснији по свом садржају. С обзиром на њихову природу, присуство техничких елемената, високу специјализацију, траже се начини за њихово ефикасно решавање. Међународна арбитража је недовољно коришћен метод решавања спорова о патентима. Биотехнолошка и фармацеутска индустрија су веома погодне за патент, а арбитраже су као алтернативни метод решавања, свакако погодније од међународне парнице. Арбитража уопштено има предност, јер представља мање формалну и краћу процедуру од судског поступка и арбитражна пресуда је међународно лакше извршива. Предност је у томе што обе стране задржавају контролу над процесом решавања спора. То може да помогне да се сачувају добри пословни односи. Фармацеутска и биотехнолошка индустрија ће ефикасно заштитити своја патентна права на међународном плану, уз избегавање сложености и недоследности међународних судских спорова.

**Кључне речи:** биотехнологија, фармацеутски производи, патенти, повреде патента, арбитража.

### 1. БИОТЕХНОЛОГИЈА И ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Биотехнологија и интелектуална својина јесу две области које су одиграле значајну улогу у трансформацији истраживања. Интелектуална својина се генерално сматра важним покретачем иновација у науци и техници,

---

\* Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, jelena.belovic@pr.ac.rs

\* Доцент, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, gordana.damjanovic@pr.ac.rs

јер истраживачима, институцијама и проналазачима дозвољава да у периоду поседовања монополских права поврате своје инвестиције. Монопол им омогућава да се опораве од финансијских и интелектуалних улагања. Патентни систем штити проналазача од економског неуспеха, доделом права интелектуалне својине на проналаску. То се постиже дозвољавањем проналазачу да у одређеном временском периоду забрани другим лицима производњу, коришћење или продају заштићеног проналаска. Ова ексклузивна права се додељују само на ограничени временски период (у Европи, овај период износи 20 година, а период заштите траје од подношења пријаве) као и на географски ограниченој територији; у принципу је то држава у којој или за коју је патент одобрен. Европски патенти се могу одобрити за до 38 земаља (државе потписнице Конвенције о европском патенту) али након тога се морају потврдити у свакој земљи у којој власник патента тражи заштиту. Предвиђа се да ће Унитарни патент који треба да ступи на снагу у будућности постати алтернатива за подносиоце, нудећи унитарни ефекат без потребе за индивидуалним потврдама – валидацијама и после транзиционог периода, без даљих захтева за превођење на језик земље чланице.<sup>1</sup>

Биотехнологија представља једну од најстаријих и најдинамичнијих области људских делатности. Предмет тих делатности јесу живи организми и њихова примена у индустрији и пољопривреди. Живе организме од такозване мртве природе разликују две особине, и то: размена материје са околином и способност репродукције. Жива материја се, због специфичности које поседује, не уклапа лако у стандардни модел патентног права. Упркос томе, биотехнологија микроорганизама је лако ушла у сферу патентног права, док са биотехнологијом виших организама то дуго није био случај.<sup>2</sup> Европска федерација биотехнолога је 1992. године дефинисала биотехнологију као „интегралну примену биохемије, микробиологије и инжењерских знања у циљу коришћења микроорганизама, култура биљних и животињских ћелија и ткива, или њихових делова у индустријској производњи“.<sup>3</sup> Биотехнологија јесте примена науке и технологије на живе организме, као и на њихове производе и моделе, у циљу измене живог и неживог материјала за производњу

---

<sup>1</sup> Патенти из биотехнологије, Европски закон и пракса у области патентирања биотехнолошких проналазака, Едукативно Информативни Центар, [http://www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Liflet/Patenti%20iz%20biotehnologije\\_Evropska%20praksa.pdf](http://www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Liflet/Patenti%20iz%20biotehnologije_Evropska%20praksa.pdf), 11. 10. 2015.

<sup>2</sup>Ј. Шарац, „Специфичности заштите права интелектуалне својине у области биотехнологије“, *Сингидунум ревија*, 2011, Vol. 8, Issue 1, 356.

<sup>3</sup>Ј. Барас, В. Велџиновић, С. Попов, Д. Повреновић, М. Лазиф, Б. Златановић, „Основи биопроцесног инжењерства“, 2009, Ниш, 1.

знања, роба и услуга. Наведена дефиниција покрива све области савремене и традиционалне биотехнологије.<sup>4</sup>

Патенти су најадекватнији облик заштите којим се првенствено охрабрују инвеститори и биотехнолози, јер они могу јавно да представе резултате истраживања, како кроз могућност јавног представљања предмета биотехнолошких проналазака, тако и кроз могућност награђивања. Патентно право данас зато представља кључни фактор развоја иновативне технологије, обезбеђује улагања у даља истраживања која су императив модерних друштава. Ни у једној другој области није тако јака веза између патентне заштите, са једне, и подстицаја иновација, са друге стране. Патентни систем игра важну улогу у подстицају иновација, пружањем правне заштите проналасцима али и дистрибуцијом корисних информација о њима. Током своје историје патентни систем се морао прилагођавати новим условима. Низ судских, законодавних, административних и дипломатских акција је утицао на проширивање патентне заштите на нове технологије (као што је биотехнологија) али је подстакнута и појава нових актера (попут универзитета и јавно истраживачких институција).<sup>5</sup> Упркос оспоравањима да ексклузивност овлашћења на страни титулара може ограничити јавност да приступи веома битним производима као што су лекови или усеви, економске студије су показале да биотехнолошки проналасци без патената не би доспели на тржиште. Статистички подаци ЕПО показују да биотехнолошки проналасци у протеклих неколико година спадају у десет најразвијенијих техничких области, на основу патентних пријава поднетих Европском заводу за патенте. Патентирање биотехнолошких проналазака потребно је првенствено због тога што се биотехнологија веома брзо развија, а огромна средства која се улажу у истраживање и развој враћају се веома споро. Патентно право и, уопште, права интелектуалне својине обезбеђују стога основу за повратак средстава уложених у истраживања и развој, док добијање патентне заштите постаје кључни елемент стратегије биотехнолошких предузећа.<sup>6</sup>

## 2. АРБИТРАЖА И ПАТЕНТИ

Права интелектуалне својине настају одлуком надлежног државног органа. О њиховом настанку, трајању и престанку, не може се покренути

---

<sup>4</sup> М. Крстић, „Здрава породица и успешно родитељство: антрополошка анализа интернет медија о чувању матичних ћелија у Србији“, *Антропологија* 12, св. 3, 2012, 142.

<sup>5</sup> А. S. Merrill, C. R. Levin., B. M Myers, “A patent System for the 21st Century”, <https://www.nap.edu/catalog/10976.html>, 10. 11. 2016.

<sup>6</sup>Е. Burrone, „Patents at the Core: The Biotech Business“, [www.wipo.int/sme/en/documents/patents\\_vbiotech\\_fulltext.html](http://www.wipo.int/sme/en/documents/patents_vbiotech_fulltext.html), 12. 9. 2014.

поступак пред арбитражом. Дакле, ова права нису она којима странке слободно располажу, што је услов за надлежност арбитраже, јер о њиховом настанку и, уопште, „правном животу“ одлучује надлежна државна управа која испитује испуњеност услова.

Другачија ситуација настаје ако носилац патента, на пример, закључи уговор о лиценци са трећим лицем. Све што се тиче имовинских аспеката уговора може се препустити арбитражи. На пример, ако је дошло до повреде уговорне обавезе, арбитражни суд ће моћи да одлучује у овом спору, односно да одлучи да ли је дошло до повреде уговорне обавезе, а арбитражна одлука ће бити једнака судској одлуци.<sup>7</sup> Тужбе због повреде патената све су заступљеније у данашњем друштву из разлога постојања високог степена развоја технологије. Постоји огромна конкуренција између произвођача, па су са таквом конкуренцијом све чешћи спорови због повреде патента. Захтеви због повреде патента подразумевају разумевање заштићених проналазака као и познавање стања технике. Мишљења стручњака за технологију се често разликују, а судијама, с друге стране, недостаје стручност. Свеукупна ситуација је довела до дуготрајних суђења пред редовним судовима и доношења спорних пресуда.<sup>8</sup> Арбитражни поступак превазилази све наведене потешкоће.

Предности АДР метода (*Alternative Dispute Resolution Methods*) у решавању спорова из домена интелектуалне својине јесу вишеструке, а на овом месту посебно истичемо следеће:

- Уштеда времена и новца. Спорови који се односе на патентну заштиту јесу најскупљи спорови у области интелектуалне својине. Најскупљи за сада познат спор између *Polaroid Corp v. Eastman Kodak C.*, коштао је странке близу 200.000.000 \$. Да су се странке определиле за АДР трошкови би били знатно нижи; нпр: у споровима из домена интелектуалне својине услуге медијације крећу се око 50.000 \$, мед-арб, одн. комбинација арбитраже и медијације 78.000 \$, док би за обавезујућу арбитражу странке морале да издвоје око 151.000 \$.<sup>9</sup> Према истраживању Светске организације за интелектуалну

---

<sup>7</sup> Спорови око права интелектуалне својине – има ли простора за арбитражу?, <https://geciclaw.com/sr/sporovi-ok-prava-intelektualne-svojine-da-li-ima-prostora-za-arbitrazu>, 12.09.2021.

<sup>8</sup> G. A. Paradise, Arbitration of Patent Infringement Disputes: Encouraging the Use of Arbitration Through Evidence Rules Reform, 64 *Fordham L. Rev.* 247 (1995), <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol64/iss1/7>, 18. 06. 2021.

<sup>9</sup> Martin J.A., “Arbitrating in the Alps Rather Than Litigating in Los Angeles: The Advantages of International Intellectual Property-Specific Alternative Dispute Resolution”, *Stanford Law Review*, Vol.49, No.4, 1997, 925.

својину WIPO арбитража (*World Intellectual Property Arbitration*) је 55% јефтинија у односу на парницу.<sup>10</sup>

- Флексибилност. Ова особина подразумева више различитих аспеката: флексибилност може значити опцију у погледу избора АДР метода, али може значити и слободу избора меродавног права као и слободу у погледу одређивања временског оквира у коме се спор има решити.

- Неутралност. Веома важна предност АДР метода јесте њихова неутралност. Заштита права интелектуалне својине, је као што смо већ напоменули, обележена територијалношћу и духом националног суверенитета. Отуда, уколико је реч о споровима са међународним обележјем странке се неће врло често препустити „стихији“ и оставити колизионим нормама да одреде меродавно право. Из тог разлога одређивање за АДР методе је веома честа појава у савременој међународној пословној пракси, где странке најчешће унапред уговарају примену АДР метода за решавање њихових евентуалних спорова који у будућности могу настати.

- Стручност. Спорове најчешће решавају експерти, особе које су пре свега стручне и компетентне за одређене проблеме. Стране очекују да арбитражи поседују знање и стручност у технолошкој области релевантној за конкретан спор. Што је технологија сложенија, то је важније да арбитражи буду стручњаци који ће бити у стању да правилно и ефикасно процене обим релевантног патента и донесу прави закључак, не ослањајући се у потпуности или претежно на мишљења експерата укључених у арбитражу. То не значи да сви чланови трибунала морају бити специјалисти за патенте. Међутим, постојање најмање једног члана трибунала са техничким и правним искуством може бити веома корисно.

Стручњаци играју важну улогу у арбитражним споровима о патентима. Арбитражни суд обично именује независног вештака коме додељује задатак, а извештај вештака доставља странкама, након што га прими. Извештај вештака остаје предмет оцене арбитражног суда, осим ако стране не одлуче да ће бити коначан. Овај други приступ се ретко препоручује јер арбитражни суд, нарочито када има члана са техничким искуством, пошто је упознат са свим околностима случаја, може много боље проценити случај од вештака.<sup>11</sup>

- Поверљивост информација. Странке се најчешће одређују за АДР јер путем ових метода могу добити нешто што им судско решавање спорова не пружа, а то је поверљивост. У споровима из домена интелектуалне својине

---

<sup>10</sup> A. Emini, „Patent Arbitration, The Underutilized Process For Resolving International Patent Disputes In The Pharmaceutical and Biotechnology Industries“, 9 *Arb. L. Rev.* 323, 2017.

<sup>11</sup> N. Gylaeva, *Patent, Copyright and Trademark Disputes*, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ip-arbitration/first-edition/article/patent-copyright-and-trademark-disputes>, 21.06. 2021.

поверљивост информација, као што су нпр. технолошке иновације, пословне тајне везане за производњу неког производа је веома важна.

- Очување пословних веза. Странке поред интереса да спор реше имају и интерес да очувају добре пословне везе, из разлога што оне представљају окосницу њиховог пословања.

## 2.1. Арбитрабилност патентних спорова

Арбитрабилност можемо дефинисати као *conditio sine* арбитражног решавања спорова којим се предмету спора приписује квалификатив који спор чини подобним за арбитражно решавање. Без овог својства предмет спора се не може изузети из судске надлежности. Према нашем Закону о арбитражи<sup>12</sup> арбитрабилност (подобност) спорова за арбитражу уређена је одредбом која гласи: „Арбитража се може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност домаћег суда“. Наведена *ratione materiae* општа одредница арбитрабилности, већ је у самој одредби ограничена на оне спорове за које не постоји искључива надлежност домаћег суда.<sup>13</sup> Искључиву надлежност домаћег правосуђа у патентним споровима постојала је у италијанском праву.<sup>14</sup> Међутим, да би се један спор расправљао пред међународном арбитражом потребно је у погледу услова *ratione materiae* испунити и захтев да арбитража: „има за предмет спорове из међународних пословних односа“.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Закон о арбитражи, „Сл. гласник РС“, бр. 46/2006.

<sup>13</sup> Круг спорова за које је домаће правосуђе искључиво надлежно одређен је чл. 56-78 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 43/82 и 72/82 – исп., „Сл. лист СРЈ“, бр. 46/96 и „Сл. гласник РС“, бр. 46/2006 – др. закон.

<sup>14</sup> Ако арбитражни суд у Швајцарској донесе арбитражну одлуку у спору у вези са патентом који је регистрован у Италијанском заводу за патенте, па једна страна тражи извршење одлуке у Италији, италијански суд ће највероватније одбити извршење наводећи да је повређено *lex fori* чији прописи су италијанским судовима давали искључиву надлежност да одлучују о овим посебним споровима. Поштоје релевантни патент био регистрован код италијанског завода, италијански национални судови имају искључиву надлежност о тим споровима који се односе на патент. Узимајући за себе такву надлежност арбитражни трибунал је повредио италијански *lex fori* па италијански судови основано одбијају да изврше тако донете одлуке, позивајући се управо на свој *lex fori*. Ј. Вукадиновић, *Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом*, докторска дисертација, Београд, 2016, 167, fn. 488.

<sup>15</sup> Чл. 3, ст. 1 Закона о арбитражи. У овом ставу посебно су прецизирани и случајеви у којима се арбитража аматра међународном, и то нарочито ако: 1) странке у време закључења апоразума о арбитражи имају пословна седишта у различитим државама; 2) се изван државе у којој странке имају своја пословна седишта налази место: а)

У погледу патентних права, постоје два значајна сегмента: имовинска и неимовинска права. Већ из саме дефиниције арбитрабилности јасно је да арбитража може бити надлежна само везано за први сегмент патентних спорова. Специфичност ових спорова захтева корекцију опште дефиниције арбитрабилности, па се тако сва сва спорна питања патентних спорова не могу наћи пред арбитражом. Ретке су оне државе које у потпуности признају арбитрабилност патентних спорова. Међу европским државама то су Белгија и Швајцарска. Питање арбитрабилности спорова из уговорних односа насталих преносом лиценце патента или жига у већини земаља није спорно.<sup>16</sup> Основни разлог који рађа недоумице везано за арбитрабилност ових спорова лежи у начелу територијалности права интелектуалне својине, па самим тим и патентног права.

Како међународне арбитраже одлучују о споровима из међународних пословних односа, веома је важно одредити које право је меродавно за оцену арбитрабилности спора који се нађе пред међународном арбитражом. Пракса арбитражних судова у одређивању меродавног права за арбитрабилност је врло различита.

Њена анализа показује да су арбитражни судови као меродавно право примењивали чак девет различитих права, и то: 1. право странака или право једне од њих; 2. право меродавно за уговор (*lex contractus*); 3. право места арбитраже (*lex loci arbitri*); 4. право државе чији би суд био надлежан да није склопљен уговор о арбитражи; 5. право државе у којој ће се највероватније тражити извршење одлуке; 6. право државе у којој је склопљен уговор о арбитражи; 7. право меродавно за арбитражну клаузулу или уговор о арбитражи; 8. комбинација права наведених од 1 до 7, и 9. општа правна начела, применом денационализованог приступа арбитражи.<sup>17</sup> Најчешће се пак, примењује право које је меродавно за уговор о арбитражи.

### 3. АРБИТРАЖНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА У ОБЛАСТИ БИОТЕХНОЛОГИЈЕ

Арбитражно решавање спорова је од посебног значаја у решавању спорова биотехнолошких и фармацеутских компанија. Патенти су примарна имовина ових компанија, трошкови истраживања и развоја веома високи, док

---

арбитраже, ако је одређено у споразуму о арбитражи или на основу њега, или б) у коме треба да се изврши битан део обавезе из пословног односа или место са којим је предмет спора најуже повезан; 3) су се странке изричито споразумеле да је предмет споразума о арбитражи везан за више држава.

<sup>16</sup> Ј. Вукадиновић, *op. cit.*, 27.

<sup>17</sup> Н. Sikirić, "Pravo merodavno za objektivnu arbitralnost", u: *Liber amicorum-Mihajlo Dika, Djelotvorna pravna zaštita u parničnom postupku*, Zagreb, 2013, 499.

су патентни монополи временски ограничени. Период поврата уложених средстава је ограничен. Захваљујући резултатима истраживања фармацеутских и биотехнолошких компанија, постигнут је огроман напредак у области медицине. Новим медицинским третманима, смањена је стопа смртности од рака за 23%, у односу на крај прошлог века. Стопа излечења хепатитиса Ц износи 90%, захваљујући новој терапији која се примењује само осам недеља. Због позитивног утицаја биотехнолошке индустрије на опште здравље, високих трошкова истраживања и ограниченог трајања периода ексклузивности, односно монопола, који се обезбеђују патентима, порасла је заинтересованост биотехнолошких и фармацеутских компанија за арбитражно решавање спорова.<sup>18</sup> У 2021. години, међу топ 10 технологија, највећи раст показују: фармацеутска (+12.8%) која бележи највећи раст, одмах за њом следи биотехнологија (+9.5%), а затим компјутерска технологија (7.2%) и дигиталне комуникације (+6.9%).<sup>19</sup> Пораст у овој сфери говори о порасту глобалног интересовања за технологије које се тичу здравља, а што је узроковано појавом пандемије 2019. године.

Арбитража омогућава заинтересованим странама да брзо и ефикасно реше међународни спор. На арбитражу се гледа као на празно платно на којој стране имају потпуну слободу да модификују процедуру у складу са својим потребама. Управо због тога, арбитража је за наведене компаније постала стандардни метод решавања спорова.<sup>20</sup>

#### 4. WIPO ЦЕНТАР ЗА АРБИТРАЖУ И МЕДИЈАЦИЈУ

Иако се странке у вези патентних спорова, а нарочито оних у области биотехнологије могу обраћати са захтевом за решавање спорова *ad hoc* арбитражама које се креирају за један појединачни случај и у којима су чланови или члан арбитражног већа признати стручњаци из области биотехнологије, странкама на располагању стоје и сталне арбитражне институције, чије услуге оне све чешће и користе.

WIPO центар за арбитражу и медијацију са седиштем у Женеви, основан је 1994. године, као специјализовани центар Светске организације за интелектуалну својину, који нуди услуге алтернативног решавања спорова у питањима интелектуалне својине. Поред канцеларије у Женеви WIPO центар има своју канцеларију и у Сингапуру. Организационо Центар представља саставну јединицу Светске организације за интелектуалну својину. *Diferentia*

---

<sup>18</sup> E. Alessandra, Patent Arbitration, The Underutilized Process For Resolving International Patent Disputes In The Pharmaceutical and Biotechnology Industries, 9 Arb. L. Rev. 323, 2017.

<sup>19</sup> [https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2022/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2022/article_0002.html), 10.4.2022.

<sup>20</sup> *Ibid.*



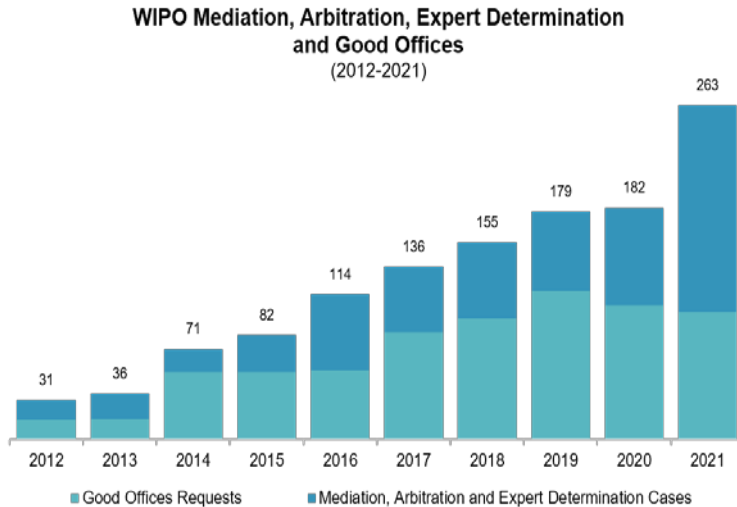
*specifica*, свих, па самим тим и WIPO метода алтернативног решавања спорова није у акту којим се сукоб решава. Наиме и путем других АДР метода сукобљени могу доћи до коначне, обавезујуће пресуде (одлуке), што значи да су и поједини приватни методи акузациони и адјудикативни, арбитраже пре свих. Њихова карактеристика се налази у извору, пореклу овлашћења (мандату) онога који одлучује.<sup>21</sup> Персонална овлашћења носиоца АДР метода налазе се у рукама странака, односно у њиховој вољи да спор повере конкретним арбитрама односно медијаторима на решавање. Центар поред услуга које пружа у решавању спорова, такође помаже странкама и у одабиру медијатора, абитара и експерата, регистрованих при Центру, а чији број данас прелази преко 1.500. Осим лица која се налазе на листи, Центар може асистирати странке у ангажовању и других реномираних стручњака који се не налазе на листи, а за које странке сматрају да би најефикасније решили њихов спор. Како постоји општеприхваћена подела арбитража на опште<sup>22</sup> и специјализоване, WIPO центар припада другој категорији чија је стварна надлежност ограничена на одређене врсте спорова. У конкретном случају, WIPO центар је институционална арбитража, која поседује сопствена институционална правила која служе као процесни оквир, и то како за случај арбитражног решавања, тако и у случајевима када Центар пружа услуге медијације и вештачења.<sup>23</sup> На официјалном сајту WIPO центра странкама су доступне препоручене арбитражне клаузуле и арбитражни споразуми, а у публикацијама доступне су и прецизније информације од значаја за арбитражно решавање спорова.

---

<sup>21</sup>Г. Кнежевић, В.Павић, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009., 191.

<sup>22</sup> Опште арбитраже су оне арбитраже које арбитражују у свим врстама спорова, тј. у свим врстама спорова које се могу изнети пред арбитражу.

<sup>23</sup> WIPO Mediation Rules, WIPO Arbitration Rules и WIPO Expedited Arbitration Rules, <https://www.wipo.int/amc/en/>



Број случајева који се решава у WIPO центру за арбитражу и медијацију сваке године се повећава, и то најбоље показују подаци из дијаграма који се односе на период од 2012. до 2021. године.<sup>24</sup>

## 5. ЗАКЉУЧАК

Можемо закључити да арбитража има своје место у свету права интелектуалне својине, иако је њена надлежност ограничена. Међународна арбитража је недовољно коришћен метод решавања спорова о патентима. Међутим, биотехнолошка и фармацеутска индустрија ће имати користи од примене овог алтернативног облика међународног решавања спорова. Фармацеутске и биотехнолошке компаније треба да искористе прилику да користе услуге арбитраже у споровима о патентима како би уштеделе време и трошкове, заштитиле пословне тајне и комерцијалне односе. Фармацеутска и биотехнолошка индустрија ће ефикасно заштитити своја патентна права на међународном плану уз избегавање сложености и недоследности међународних судских спорова. Оквир за решавање ових спорова креиран у

<sup>24</sup>Дијаграм преузет са: WIPO Mediation, Arbitration, Expert Determination Cases and Good Offices Requests, [https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html?utm\\_source=WIPO+Newsletters&utm\\_campaign=f09e485f31-DIS\\_ADR\\_EN\\_130122&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_bcb3de19b4-f09e485f31](https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html?utm_source=WIPO+Newsletters&utm_campaign=f09e485f31-DIS_ADR_EN_130122&utm_medium=email&utm_term=0_bcb3de19b4-f09e485f31), 05.03.2022.

виду посебног, специјализованог Центра за арбитражу и медијацију, који је настао под окриљем Светске организације за интелектуалну својину свакако јесте једна од најбољих алтернатива. У времену глобалних трендова и убрзаног раста и развоја технологија, пожељно је ефикасно и стручно превазилазити проблеме који могу настати у пословању. Додатан подстрек за „окретање“ арбитражи јесу и национална законодавства, која из различитих обзира поспешују потенцијалне парничаре да користе алтернативне методе решавања спорова.

## ЛИТЕРАТУРА

Барас Ј., Вељиновић В., Попов С., Повреновић Д., Лазић М., Златановић Б., „Основи биопроцесног инжењерства“ 2009, Ниш.

Букадиновић Ј., *Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом*, докторска дисертација, Београд, 2016.

Burrone E., „Patents at the Core: The Biotech Business“, [www.wipo.int/sme/en/documents/patents\\_vbiotech\\_fulltext.html](http://www.wipo.int/sme/en/documents/patents_vbiotech_fulltext.html), 12.

Gregg A. Paradise, Arbitration of Patent Infringement Disputes: Encouraging the Use of Arbitration Through Evidence Rules Reform, 64 Fordham L. Rev. 247 (1995).: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol64/iss1/7>.

Gulyaeva N., Patent, Copyright and Trademark Disputes, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ip-arbitration/first-edition/article/patent-copyright-and-trademark-disputes>.

Emini A., Patent Arbitration, The Underutilized Process For Resolving International Patent Disputes In The Pharmaceutical and Biotechnology Industries, 9 Arb. L. Rev. 323, 2017.

Кнежевић Г., Павић В., „Арбитража и АДР“, Правни факултет, Београд, 2009.

Крстић М., „Здрава породица и успешно родитељство: антрополошка анализа интернет медија о чувању матичних ћелија у Србији“, *Антропологија* 12, св. 3, 2012.

Martin J.A., “Arbitrating in the Alps Rather Than Litigating in Los Angeles: The Advantages of International Intellectual Property-Specific Alternative Dispute Resolution”, Stanford Law Review, Vol.49, No.4, 1997.

Merril A. S., Levin C. R., Myers B. M., “A patent System for the 21 st Century”, <https://www.nap.edu/catalog/10976.html>.

Шарац Ј., „Специфичности заштите права интелектуалне својине у области биотехнологије“, *Сингидунум ревија*, 2011 , Vol. 8, Issue 1.

Патенти из биотехнологије, Европски закон и пракса у области патентирања биотехнолошких проналазака“, Едукативно Информативни Центар, 6, [http://www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Lifleti/Patenti%20iz%20biotehnologije\\_Evropska%20praksa.pdf](http://www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Lifleti/Patenti%20iz%20biotehnologije_Evropska%20praksa.pdf), 11. 10. 2015.

Sikirić H., “Pravo merodavno za objektivnu arbitrabilnost”, u: Liber amicorum-Mihajlo Dika, *Djelotvorna pravna zaštita u parničnom postupku*, Zagreb, 2013.

Спорови око права интелектуалне својине – има ли простора за арбитражу?, <https://geciclaw.com/sr/sporovi-okoprava-intelektualne-svojjine-dali-ima-prostora-za-arbitrazu>.

WIPO Mediation, Arbitration, Expert Determination Cases and Good Offices Requests,

[https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html?utm\\_source=WIPO+Newsletters&utm\\_campaign=f09e485f31](https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html?utm_source=WIPO+Newsletters&utm_campaign=f09e485f31)

DIS\_ADR\_EN\_130122&utm\_medium=email&utm\_term=0\_bcb3de19b4-f09e485f31.

Jelena BELOVIĆ, Ph.D,

Associate professor, University of Priština in Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

Gordana DAMJANOVIĆ, Ph.D

Assistant professor, University of Priština in Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

## PATENT DISPUTES AND INTERNATIONAL ARBITRATION

### Summary

Intellectual property and legislation are key factors for the development of innovative technology. Disputes related to the subject of intellectual property rights are more and more numerous and diverse in their content every year. Given their nature, the presence of technical elements, high specialization, ways are sought for their effective solution. International arbitration is an insufficiently used method of resolving patent disputes. However, the biotech and pharmaceutical industries are very suitable for patent arbitration and would benefit from using this alternative form of international dispute resolution instead of international litigation. Arbitration generally has the advantage of being less formal and shorter than court proceedings applicable. The advantage is that both sides retain control over the dispute resolution process. This can help maintain good business relationships. The pharmaceutical and biotechnology industries will effectively protect their patent rights internationally, while avoiding the complexity and inconsistency of international litigation.

**Key words:** biotechnology, pharmaceuticals, patents, patent infringements, arbitration.

прегледни рад  
достављен: 25. 03. 2022.  
прихваћен за објављивање: 01. 05. 2022.  
УДК 349.6(497.11)  
005.745:504.7

Др Драгољуб ТОДИЋ\*

## ЉУДСКА ПРАВА И КЛИМАТСКЕ ПРОМЕНЕ

### Апстракт

Циљ рада је сагледавање карактера односа између људских права и климатских промена. Разматра се теза да постојећи нормативни оквир права на (здраву) животну средину пружа основу за расправу и о праву на (стабилну) климу. Отуда је општи контекст расправе одређен достигнућим нивоом развоја права на (здраву) животну средину. У уводном делу рада се дају назнаке о значају и сложености односа између људских права и климатских промена и указује на методолошка питања. У првом делу рада се указује на међународно-правну регулативу у области животне средине и климатских промена. Испитује се постојање права на (здраву) животну средину у међународним уговорима. Посебна пажња је посвећена анализи одредаба Париског споразума о клими (2015). Указује се и на питање односа међународних уговора у области људских права према проблемима животне средине. Други део рада је посвећен унутрашњим прописима Републике Србије (РС) који се односе на животну средину, климатске промене и право на (здраву) животну средину. У закључку се констатује да питање односа између људских права и климатских промена захтева пажљивију елаборацију и да Париски споразум о клими покушава установити ову везу на један специфично узак начин. За конституисање права на (стабилну) климу неопходно је претходно чвршће конституисање права на (здраву) животну средину, као и решавање већег броја других концепцијских дилема.

**Кључне речи:** људска права, климатске промене, Париски споразум о клими, животна средина, међународни уговори.

### 1. УВОД И ТЕОРИЈСКО-МЕТОДОЛОШКИ ОКВИР

Све интензивније промене у животној средини које се на различите начине повезују са климом и климатским променама, као и утицај ових

---

\* Научни саветник, Институт за међународну политику и привреду, Београд, d.todic@diplomacy.bg.ac.rs; dtodic@gmail.com.

промена на становништво, отвара бројна питања.<sup>1</sup> Обавезе примене мера адаптације на промене климе, односно мера за ублажавање промена клима прописане су нормама међународних уговора, као и одговарајућим унутрашњим прописима држава чланица ових међународних уговора. Однос између прописаних обавеза држава и других субјеката у вези са климатским променама и постојећег система заштите људских права све чешће има за основу ширу расправу о карактеру односа између људских права и климатских промена. Такав приступ се обично проширује и на расправу о различитим аспектима односа човека и окружења, односно утицаја предузетих мера у области климатских промена на човека. Питање будућих утицаја климатских промена на здравље људи и, у том контексту, однос са правом на живот постаје једно од питања на које изгледа није могуће дати прецизне одговоре.<sup>2</sup>

Како се ради о изузетно сложеним односима то њихово сагледавање захтева много више простора и јасно дефинисана методолошка правила. У овом раду се задржавамо само на приказу основних елемената међународно-правног оквира уз назнаке могућих дилема и праваца даљег развоја. За оквир расправе узимају се елементи из дефиниције појмова који су садржани у основним изворима међународног и унутрашњег права. Овде се указује на значење два кључна појма: климатске промене и животна средина. Оквирна конвенција УН о промени климе под појмом „промена климе“ подразумева „промену климе која је директно или индиректно условљена људским активностима које изазивају промене у саставу глобалне атмосфере, и која је суперпонирана на природна колебања климе, осмотрене током упоредивих временских периода.“ (чл. 1. ст. 1. т. 2). Истовремено, „животна средина“, према одредбама Закона о заштити животне средине, обухвата „скуп природних и створених вредности чији комплексни међусобни односи чине окружење, односно простор и услове за живот“ (чл. 3. ст. 1. т. 1). Могућа преплитања између појмова климатске промене и животна средина (као

---

<sup>1</sup> За шире видети: IPCC, 2014: Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Field, C.B., V.R. Barros, D.J. Dokken, K.J. Mach, M.D. Mastrandrea, T.E. Bilir, M. Chatterjee, K.L. Ebi, Y.O. Estrada, R.C. Genova, B. Girma, E.S. Kissel, A.N. Levy, S. MacCracken, P.R. Mastrandrea, and L.L. White (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA.

<sup>2</sup> Позивајући се на друге изворе Еверил процењује да се 300.000 смртних исхода годишње може приписати климатским променама, наглашавајући тешкоће код идентификације смртних случајева који би су сматрали директном последицом климатских промена. M. Averill, „Linking Climate Litigation and Human Rights“, *Review of European Community & International Environmental Law*, 18, 2, 2009, 142.



предмета регулисања) већ на први поглед изгледају очигледна и вишеслојна. У овом раду се за полазно становиште у анализи односа између људских права и климатских промена узима уствари шире питање односа људских права и животне средине за које у литератури већ постоји значајан број различитих озбиљно утемељених анализа.<sup>3</sup>

Нормативно-историјски посматрано, људска права су утемељена у корпус норми међународног права знатно раније у односу на почетке развоја савременог права животне средине. Право на (здраву) животну средину (односно слична права у вези са животном средином) најчешће се означавају као људска права треће генерације (тзв. људска права солидарности) заједно са правом на мир, правом на развој, правом на управљање природним ресурсима, итд. О праву климатских промена се почиње говорити тек у новијој фази развоја савременог права животне средине, али оно због своје сложености и озбиљности питања која регулише (или настоји да регулише) све више заокупља пажњу стручне јавности. Ово без обзира што су неке димензије управљања климом које се односе на људска права препознате у низу резолуција, одлука и извјештаја који су усвојени у оквиру Оквирне конвенције Уједињених нација о промени климе и међународних и регионалних система људских права, као и неколико домаћих судских одлука.<sup>4</sup>

Поред питања односа климатских промена и људских права, све је шири спектар питања на која се у литератури указује. Међу њима су, нпр. питања ужожености појединих категорија становништва, институционални аспекти управљања различитим активностима у области климатских промена<sup>5</sup>, утицај климатских промена на присилне миграција становништва, питање улоге судских спорова у области климатских промена, затим права аутохтоних народа у контексту климатских промена, итд.<sup>6</sup> Иначе, процењује се да је тешко постигнута сагласност око тога да људска права буду релевантна у ширим глобалним напорима за решавање климатских промена. Ограничавање емисија гасова са ефектом стаклене баште често се узима као једно од централних питања. У том правцу се обично наглашава значај поступка који је вођен у Међуамеричкој комисији за људска права на основу

---

<sup>3</sup> Видети, нпр. D.K. Anton, D.L. Shelton, *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, New York, 2011.

<sup>4</sup> S. Jodoin, A. Savaresi, M. Wewerinke-Singh, „Rights-based approaches to climate decision-making“, *Current Opinion in Environmental Sustainability*, Vol. 52, 2021, 45-53.

<sup>5</sup> За шире видети: Д. Тодић, *Климатске промене у праву и реформа система управљања*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2014.

<sup>6</sup> A. Maguire, J. McGee, „A Universal Human Right to Shape Responses to a Global Problem? The Role of Self-Determination in Guiding the International Legal Response to Climate Change“, *RECIEL*, 26, 1, 2017, 54-68.

поднеска савеза Инуита из Канаде и Сједињених Држава који је 2006. године одбачен. У поднеску се полази од става да су људска права повређена и да се даље крше углавном због неуспеха Сједињених Држава да обуздају емисије гасова стаклене баште.<sup>7</sup>

Изгледа да у литератури превладава став да готово да нема сумње да климатске промене угрожавају уживање широког спектра људских права. Ипак, недостатак јасног права на здраву животну средину може да компликује ситуацију. Практично говорећи, жртве последица климатских промена би морала да се ослони на постојећа права да би поднела тужбу. Међутим, не само да ови путеви нису увек успешни или чак довољни да се на ефикасан и адекватан начин жртве обештете, већ се чине посебно проблематичним у контексту климатских промена. У том смислу, Сајма (Cima) истражује импликације признавања самосталног материјалног права на здраву животну средину у контексту климатских промена. Аутор тврди да би такво признање могло да изазове промену парадигме која би олакшала реконцептуализацију права људских права, посебно укључивањем кључних принципа права животне средине у систем људских права.<sup>8</sup>

Расправљајући о везама између људских права и климатских промена Бел (Bell) користи три аргумента. Први аргумент произилази из смелог става да постоји људско право на стабилну климу, које се може извести из људског права на адекватну животну средину. Други аргумент се односи на став да антропогене климатске промене представљају неку врсту кршења основних људских права на живот, здравље и егзистенцију. Трећи аргумент се повезује са ставом да постоји људско право да емитује гасове стаклене баште. Овај последњи има две верзије. У првој верзији тврди се да постоји људско право на једнаке емисије по глави становника, а друга верзија је заснована на ставу да постоји људско право на егзистенцијалне емисије.<sup>9</sup>

У овом раду се сагледавају нормативни аспекти односа између људских права и климатских промена, у оквиру достигнутог нивоа развоја савременог права животне средине (међународног и унутрашњег права РС). Централни елемент те расправе чини питање постојања и карактера права на (здраву) животну средину и са овим повезаног права на (стабилну) климу. Ван оквира анализе остаје више питања која представљају последицу сложеног

---

<sup>7</sup> E. Cameron, M. Limon, „Restoring the Climate by Realizing Rights“, *Review of European Community and International Environmental Law*, 21,3, 2012, 205.

За шире о овом случају видети: S. Jodoin, S. Snow, A. Corobow, „Realizing the Right to Be Cold? Framing Processes and Outcomes Associated with the Inuit Petition on Human Rights and Global Warming“, *Law & Society Rev*, 54,1, 2020, 168-200.

<sup>8</sup> E. Cima, „The right to a healthy environment: Reconceptualizing human rights in the face of climate change“, *RECIEL*. 2022; 1-12.

<sup>9</sup> D. Bell, „Climate change and human rights“, *WIREs Clim Change*, 4,3, 2013, 159-170.

карактера савремених проблема који се везују за климатске промене и различитих контроверзи у вези са питањем односа између човека и окружења (поготово природе као дела окружења и човека као таквог).

## 2. ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И КЛИМАТСКЕ ПРОМЕНЕ У МЕЂУНАРОДНИМ УГОВОРИМА И НАЦИОНАЛНИМ ПРОПИСИМА

### 2.1. Заштита људских права и климатске промене у међународним уговорима

А) Савремени међународни уговори у области људских права на игноратски начин се односе према проблемима у области климатских промена, док би се њихов однос према проблемима животне средине у целини, могао процењивати на различите начине.<sup>10</sup> Општим би се местом могла сматрати чињеница да само неки међународни уговори у области људских права регулише питање права на (здраву) животну средину. Недвосмислено јасну формулацију која се односи на право на (здраву) животну средину садрже једино Афричка повеља о људским правима и правима народа (1981)<sup>11</sup> и Протокол из 1988. године уз Америчку конвенцију о људским правима из 1969. године.<sup>12</sup> Ипак, треба констатовати да ни један од

---

<sup>10</sup> Иако се питање односа према људским правима у области животне средине на глобалном нивоу обично разматра у контексту одсуства јасне сагласности међународне заједнице, не би требало губити из вида да је у октобру 2021. године Савет УН за људска права усвојио резолуцију којом је право на здраву животну средину признато као једно од људских права. У Резолуцији 48/13, од 18. октобра 2021. говори се о људском праву на здраву, чисту и одрживу животну средину. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>, 9. март 2022. године. Истовремено, Резолуцијом 48/13 дефинише се мандат за активности специјалног известиоца за унапређење и заштиту људских права у контексту климатских промена <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/285/48/PDF/G2128548.pdf?OpenElement>, 9. март 2022. године. Због тога би требало сачекати ове извештаје и видети у ком правцу би расправа могла да иде.

<sup>11</sup> Члан 24. гласи: „Сви народи имају право на опште задовољавајућу животну средину погодну за њихов развој“. <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>, 9. март 2022. године. Дакле, овде се право на животну средину везује за „народе“, па би домете овако формулисаног права требало тумачити у контексту укупног садржаја овог међународног уговора.

<sup>12</sup> У члану 11. је формулисано да „свако има право да живи у здравој животној средини и да има приступ основним јавним услугама.“ (ст. 1). За разлику од формулације у афричкој конвенцији, формулација у протоколу уз америчку конвенцију право на здраву животну средину везује за „свакога“. У другом ставу истог члана је прописано да ће државе уговорнице „промовисати заштиту, очување и

ова два документа не спомиње климатске промене као посебно питање. Везе са животном средином у оквиру Конвенције за заштиту људских права и основних слобода у пракси Европског суда за људска права углавном се остварују посредством заштите права на живот, права на породични живот, права на слободу говора, права на приступ информацијама о животној средини, итд, будући да право на (здраву) животну средину није формулисано као посебно право. Ипак, више предмета на основу Конвенције а у вези са климатским променама је, или на чекању пред Европским судом за људска права у Стразбуру или су пресуђени од стране националних судова.<sup>13</sup>

За Пакт о економским, социјалним и културним правима би се могло рећи да само посредно указује на право на здраву животну средину и то у делу одредаба којима се штити право на физичко и душевно здравље. Овоме се могу додати и одредбе Пакта које се односе на захтев за побољшање свих видова индустријске хигијене, хигијене околине, итд.<sup>14</sup>

Б) Иако савремено међународно право животне средине, у чијем средишту су међународни уговори као основни извори права, обележава пола века развоја,<sup>15</sup> питање односа према људским правима изгледа да је остало ван домаћаја. Практично, осим Архуске конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима заштите животне средине (Архуска конвенција), ни један други међународни уговор у овој области не садржи одредбе које експлицитно упућују на право човека на (здраву) животну средину. Иако регионалног карактера (закључен у оквиру Економске комисије УН за Европу) значај Архуске конвенције не би требало игнорисати ни на који начин. Наиме у члану 1. овог међународног уговора, који је насловљен са „циљ“, прописано је да ће свака страна уговорница „гарантовати право на доступност информација, учешће јавности у доношењу одлука и право на правну заштиту у питањима заштите животне средине у складу са одредбама ове конвенције“, а „ради давања доприноса заштити права сваког појединца садашњих и будућих генерација на живот у животној средини адекватној његовом

---

унапређење животне средине.“ <http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/a-52.html>, 9. март 2022. године.

<sup>13</sup> <https://www.coe.int/en/web/portal/-/human-rights-and-climate-change-what-role-for-the-european-convention-on-human-rights->, 9. март 2022. године.

<sup>14</sup> Према одредбама члана 12. Пакта, државе уговорнице признају „право сваког лица да ужива најбоље стање физичког и друштвеног здравља које може постићи.“

<sup>15</sup> За шире видети: Д. Тодић, „Пола века развоја савременог међународног права животне средине и примена међународних уговора“ У: Jelena S. Perović Vujačić (Ed.), *Application of Law and Legal Certainty*, Collection of papers from the international scientific conference - 34th Meeting of Kopanik school of natural law - Slobodan Perović, Belgrade, December 22, 2021, 229-242.

здрављу и благостању“. У литератури се обично оваква формулација тумачи у контексту људских права<sup>16</sup> на начин којим се на различите начине признаје постојање права на (здраву) животну средину, иако би се могло расправљати о поузданости таквог закључка. Као што се види из наведене формулације, Конвенција не гарантује право као такво, већ примарно гарантује три друга права (процедуралног карактера) која се сматрају неком врстом елемената који треба да „допринесу заштити права сваког поједина садашњих и будућих генерација на живот у животној средини адекватној његовом здрављу и благостању“. На први поглед може да изгледа као да се овако формулисано одредбом жели рећи да је право на живот у здравој животној средини („адекватној здрављу и благостању“) нешто што је већ негде установљено, па би правила која регулишу питања која су предмет уређивања овог међународног уговора, требало само да ојачају такву позицију. Ипак, садржај и принципи Архуске конвенције могли би се на различит начин повезати и са климатским променама, имајући у виду садржај појма „информације о животној средин“ из члана 1. став 3. Конвенције.<sup>17</sup>

За нашу анализу посебан значај имају међународни уговори у области климатских промена. Оквирна конвенција УН о промени климе, преко Кјото протокола до Париског споразума о клими право на (здраву) животну средину не спомињу на посебан начин, због чега је и право на (стабилну) климу остало скоро потпуно ван домашаја ових међународних уговора. Наравно, уз резерву да би само питање система права и обавеза у области климатских промена требало да значи остваривање одређених циљева чији су корисници и људи. Ипак, треба имати у виду да се Оквирна конвенција позива на одговарајуће одредбе Декларације Конференције Уједињених нација о човековој животној средини усвојене у Стокхолму, 16. јуна 1972. године (ал. 7. Преамбуле), која у свом првом принципу прописује да „човек има основно право на слободу, једнакост и одговарајуће услове живота у животној средини чији квалитет допушта достојанствен и живот у благостању, у складу

---

<sup>16</sup> R.M. Etinski, „The Interrelationship between the European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention“, *Zbornik Radova*, no. 1, Novi Sad, 2018, 1-16. R. Etinski, „Specific Features of Human Rights Guaranteed by the Aarhus Convention“, *Zbornik Radova*, vol. 47, no. 2, 2013, p. 79-92. B. Peters, „Unpacking the Diversity of Procedural Environmental Rights: The European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention“, *Journal of Environmental Law*, vol. 30, no. 1, 2018, 1-28. B.W. Cramer, „The Human Right to Information, the Environment and Information about the Environment: From the Universal Declaration to the Aarhus Convention“, *Communication Law and Policy*, vol. 14, no. 1, 2009, 73-104.

<sup>17</sup> S. Duyck, „Promoting the Principles of the Aarhus Convention in International Forums“, *Rev Euro Comp & Int Env Law*, 24, 2, 2015, 123-138. M. Peeters, S. Nóbrega, „Climate Change-Related Aarhus Conflicts“, *Rev Euro Comp & Int Env Law*, 23, 3, 2014, 354-366.

са чиме има и одговарајућу одговорност.<sup>18</sup> Кјото протокол не реферише на посебан начин ка људским правима, али се директно позива на Оквирну конвенцију УН о промени климе, њене циљеве и друге одредбе овог међународног уговора.

Париски споразум, као последња фаза у развоју права климатских промена, у свом преамбуларном делу (алинеја 11) упућује на људска права, односно обавезе страна уговорница у вези са људским правима, што би се могло сматрати извесним напретком. Прописује се обавеза страна уговорница да приликом предузимања мера за решавање проблема у области климатских промена „поштују и промовишу људска права.“ При том се иде и даље, посебно спомињући следећа људска права: право на здравље, права аутохтоних народа, локалних заједница, миграната, деце, особа са инвалидитетом и угрожених људи, као и право на развој, родну равноправност, оснаживање жена и међугенерациску једнакост. Овакво стање би се могло различито тумачити. Могуће је, на пример, право на здравље везивати за право на (здраву) животну средину, а могуће је право на (стабилну) климу везивати за ових десетак права (у контексту узрока и последица климатских промена), итд.

Најновији покушај да се људска права ставе у средиште расправе о животној средини учињен је кроз предлог документа који је назван Глобани пакт за животну средину.<sup>19</sup> У литератури која је посвећена тумачењу домета решења која садржи предлог овог документа на различите начине се процењује значај потенцијалног усвајања овог документа за људска права.<sup>20</sup> Оно што не би требало да буде спорно је чињеница да се у овом документу

---

<sup>18</sup> <https://digitallibrary.un.org/record/523249#record-files-collapse-header>, 9 март, 2022. године.

<sup>19</sup> Ради се о документу који је сачинила група стручњака окупљених у оквиру француског пројекта чији је резултат нацрт Глобалног пакта за животну средину који се представљен у УН 2017. године. (<https://globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf>, 2. Фебруар, 2022). Генерална скупштина УН је у мају 2018. године усвојила резолуцију којом је основана радна група са мандатом да расправи питања које се односе на могућности отварања преговора о споразуму који би требало да на једном месту обухвати сва општа начела међународног права животне средине. У мају 2019. године радна група је усвојила препоруке које су усвојене у Генералној скупштини, укључујући и препоруку да се припреми „политичка декларација“ у сусрет обележавању пола века развоја савременог међународног права животне средине. За шире видети: Aguila, Y. „A Global Pact for the Environment: The Logical Outcome of 50 Years of International Environmental Law“, *Sustainability*, 12, 14, 2020, 5636.

<sup>20</sup> Видети, нпр. J.H. Knox, „The Global Pact for the Environment: At the crossroads of human rights and the environment“, *Review of European Comparative & International Environmental Law*, 28, 1, 2019, 40-47.

експлицитно указује и на „климатске промене“<sup>21</sup> и на људска права, што би могло да се тумачи као препознавање веза између људских права и климатских промена.<sup>22</sup>

## 2.2. Заштита људских права и климатске промене у националним прописима РС<sup>23</sup>

Иако су, због сложености проблема климатских промена, унутрашњи прописи РС од значаја за климатске промене расути у бројним законима и подзаконским прописима, могуће је идентификовати неколико кључних прописа у чијем средишту се сада налази Закон о климатским променама.<sup>24</sup>

Најјаснију одредбу о гарантовању права на (здраву) животну средину садржи (у оквиру поглавља које се односи на људска права) Устав Републике Србије који у свом 74. члану (који је насловљен са „здрава животна средина“). Ова одредба релативно јасно прописује да Свако има право на здраву животну средину и на благовремено и потпуно обавештавање о њеном

---

<sup>21</sup> „Климатске промене“ се спомињу на три места у Глобалном пакту за животну средину. Два пута у преамбуларном делу где се констатује следеће: „Узимајући посебно у обзир хитност решавања климатских промена и подсећајући на циљеве постављене Оквирном конвенцијом Уједињених нација о климатским променама усвојеном у Њујорку 9. маја 1992. и Париским споразумом од 12. децембра 2015.“ Поред тога, у члану 3. (који је насловљен са „интеграција и одрживи развој“) је формулисана обавеза страна уговорница да „интегришу захтеве заштите животне средине у планирање и спровођење својих политика и националних и међународних активности, посебно у циљу промовисања борбе против климатских промена, заштите океана и одржавања биодиверзитета.“ (аут. под).

<sup>22</sup> У преамбули Глобалног пакта се констатује да су стране уговорнице „свесне потребе да поштују, промовишу и размотре своје обавезе по питању људских права, права на здравље, права и знања староседелачких народа, локалних заједница, миграната, деце, особа са инвалидитетом и особа у угроженом положају, под њиховом јурисдикцијом;“ (алинеја 10).

<sup>23</sup> Када се расправља о односу РС према климатским променама и људским правима требало би имати у виду и чињеницу да је РС чланица кључних међународних уговора у области климатских промена (и животне средине). За шире видети: Д. Тодић, „Статус Републике Србије у савременим међународним уговорима у области животне средине и устави (1974-2006)“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2018, бр. 77: 1–16. Због ограниченог простора расправу о овим питањима остављамо по страни.

<sup>24</sup> Закон о климатским променама, „Службени гласник РС“, бр. 26/2021. Због ограниченог простора овде остављамо по страну детаљнију расправу о унутрашњем праву климатских промена. За шире видети: V. Vukasović, D. Todić, *Environmental law in Serbia*, Kluwer Law International, 2021.

стању (ст. 1).<sup>25</sup> Истовремено, треба констатовати да Устав не садржи одредбе о климатским променама.

Закон о заштити животне средине<sup>26</sup>, основни општи пропис у области животне средине, не садржи експлицитну одредбу о људским правима, као ни одредбу којом би се гарантовало право на (здраву) животну средину. Уместо тога, о праву на здраву животну средину се говори на специфичан начин тако што се у члану 1. (предмет закона) прописује се да се Законом уређује „интегрални систем заштите животне средине којим се обезбеђује остваривање права човека на живот и развој у здравој животној средини и уравнотежен однос привредног развоја и животне средине у Републици Србији.“ (аут. под). „Климатске промене“ се спомињу једино у члану 90в, којим је регулисано коришћење средстава Зеленог фонда Републике Србије.

Закон о климатским променама, као један од прописа кључних за област климатских промена, не садржи посебне одредбе о људским правима.<sup>27</sup> Слично и у случају Закона о заштити ваздуха.<sup>28</sup>

### 3. ЗАКЉУЧАК

Питање односа између људских права и климатских промена може се сматрати отвореним. Као део ширег питања – односа између заштите животне средине и људских права, питање односа између климатских промена и људских права би тек требало на одговарајући начин елаборирати. Везе између животне средине и људских права које су установљене у релевантним међународним уговорима у области животне средине углавном се одражавају кроз везе између стања животне средине (односно предмета регулисања

---

<sup>25</sup> Свако, а посебно Република Србија и аутономна покрајина, одговоран је за заштиту животне средине. Свако је дужан да чува и побољшава животну средину (ст. 2, 3). Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006, 115/2021.

<sup>26</sup> Закон о заштити животне средине, „Службени гласник РС“, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - УС, 14/2016, 76/2018, 95/2018 - др. закон.

<sup>27</sup> Према одредбама члана 1, овај закон регулише питања која се односе на „систем за ограничење емисија гасова са ефектом стаклене баште (у даљем тексту: GHG) и за прилагођавање на измењене климатске услове, мониторинг и извештавање о стратегији нискоугљеничног развоја и њеном унапређењу, програм прилагођавања на измењене климатске услове, доношење стратегије нискоугљеничног развоја и програма прилагођавања на измењене климатске услове, издавање дозвола за емисије GHG оператеру постројења, издавање одобрења на план мониторинга оператера ваздухоплова, мониторинг, извештавање, верификацију и акредитацију верификатора, административне таксе, надзор и друга питања од значаја за ограничење емисија GHG и прилагођавање на измењене климатске услове“.

<sup>28</sup> Закон о заштити ваздуха, „Службени гласник РС“, бр. 36/2009, 10/2013, 26/2021 - др. закон.



конкретног међународног уговора) и здравља. Ни један од међународних уговора у области климатских промена не садржи одредбе које би се могле тумачити као гарантовање права на (стабилну, одговарајућу, здраву, итд) климу, иако Париски споразум о клими у преамбули наглашава значај поштовања људских права. Ни унутрашњи прописи РС не садрже одредбе којима се регулише питање односа између људских права и климатских промена. Али, за разлику од међународних уговора, унутрашњи прописи РС експлицитно гарантују право на здраву животну средину, али би домете таквог права требало детаљније истраживати. Питање односа права на здраву животну средину са климатским променама вероватно је најједноставније разматрати у контексту места које има „здравље“ као елемент права на здраву животну средину.

## ЛИТЕРАТУРА:

Aguila, Y. „A Global Pact for the Environment: The Logical Outcome of 50 Years of International Environmental Law“, *Sustainability*, 12(14), 2020, 5636.

Anton, D.K., Shelton, D.L. *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, New York, 2011.

Averill, M. „Linking Climate Litigation and Human Rights“, *Review of European Community & International Environmental Law*, 18,2, 2009, 139-147.

Bell, D. „Climate change and human rights“, *WIREs Clim Change*, 4,3, 2013, 159-170.

Cameron, E., Limon, M. „Restoring the Climate by Realizing Rights“, *Review of European Community and International Environmental Law*, 21, 3, 2012, 204-219.

Cima, E. „The right to a healthy environment: Reconceptualizing human rights in the face of climate change“, *RECIEL*. 2022; 1- 12.

Cramer, BW. „The Human Right to Information, the Environment and Information about the Environment: From the Universal Declaration to the Aarhus Convention“, *Communication Law and Policy*, vol. 14, no. 1, 2009, 73-104.

Duyck, S. „Promoting the Principles of the Aarhus Convention in International Forums“, *Rev Euro Comp & Int Env Law*, 24,2, 2015, 123-138.

Etinski, R.M. „The Interrelationship between the European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention“, *Zbornik Radova*, no. 1, Novi Sad, 2018, 1-16.

Etinski, R., „Specific Features of Human Rights Guaranteed by the Aarhus Convention“, *Zbornik Radova*, vol. 47, no. 2, 2013, 79-92.

IPCC, 2014: Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Field, C.B., V.R. Barros, D.J. Dokken, K.J. Mach, M.D. Mastrandrea, T.E. Bilir, M. Chatterjee, K.L. Ebi, Y.O. Estrada, R.C. Genova, B. Girma, E.S. Kissel, A.N. Levy, S. MacCracken, P.R. Mastrandrea, and L.L.White (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA.

Jodoin, S., Savaresi, A., Wewerinke-Singh, M. „Rights-based approaches to climate decision-making“, *Current Opinion in Environmental Sustainability*, Vol.52, 2021, 45-53.

Jodoin, S., Snow, S. and Corobow, A. „Realizing the Right to Be Cold? Framing Processes and Outcomes Associated with the Inuit Petition on Human Rights and Global Warming“, *Law & Society Rev*, 54,1, 2020, 168-200.

Кнох, Ј.Н. „The Global Pact for the Environment: At the crossroads of human rights and the environment“, *Review of European Comparative & International Environmental Law*, Vol. 28, 1, 2019, 40-47.

Maguire, A., McGee, J. „A Universal Human Right to Shape Responses to a Global Problem? The Role of Self-Determination in Guiding the International Legal Response to Climate Change“, *RECIEL*, 26, 1, 2017, 54-68.

Peeters, M., Nóbrega, S. „Climate Change-Related Aarhus Conflicts“, *Rev Euro Comp & Int Env Law*, 23,3, 2014, 354-366.

Peters, B. „Unpacking the Diversity of Procedural Environmental Rights: The European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention“, *Journal of Environmental Law*, vol. 30, no. 1, 2018, 1-28.

Тодић, Д. „Пола века развоја савременог међународног права животне средине и примена међународних уговора“ У: Jelena S. Perović Vujačić (Ed.), *Application of Law and Legal Certainty*, Collection of papers from the international scientific conference - 34th Meeting of Kopaonik school of natural law - Slobodan Perović, Belgrade, December 22, 2021, 229-242.

Тодић, Д. „Статус Републике Србије у савременим међународним уговорима у области животне средине и устави (1974-2006)“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2018, бр. 77, 1-16.

Тодић, Д. *Климатске промене у праву и реформа система управљања*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2014.

Vukasović, D. Todić, *Environmental law in Serbia*, Kluwer Law International, 2021.

#### Интернет извори:

[https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/285/48/PDF/G2128548.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/285/48/PDF/G2128548.pdf?OpenElement)

<https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>, 9. март 2022. године.

<http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/a-52.html>, 9. март 2022. године.

<https://www.coe.int/en/web/portal/-/human-rights-and-climate-change-what-role-for-the-european-convention-on-human-rights->, 9. март 2022. године.

<https://digitallibrary.un.org/record/523249#record-files-collapse-header>, 9 март, 2022. године.

<https://globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf>, 2. Фебруар, 2022.

#### Прописи:

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006, 115/2021.

Закон о заштити животне средине, „Службени гласник РС“, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - УС, 14/2016, 76/2018, 95/2018 - др. закон.

Закон о климатским променама, „Службени гласник РС“, бр. 26/2021.

Закон о заштити ваздуха, „Службени гласник РС“, бр.36/2009, 10/2013, 26/2021 - др. закон.

Dragoljub TODIĆ, Ph.D

Full-time professor, Institute of International Politics and Economics, Belgrade

## HUMAN RIGHTS AND CLIMATE CHANGE

### Summary

The aim of the paper is to perceive the nature of the relationship between human rights and climate change. A thesis is considered that the existing normative framework of the right to a (healthy) environment provides a basis for discussion on the right to a (stable) climate, but that there is a number of open issues. The general context of the discussion is determined by the achieved level of development of the right to a (healthy) environment. The introductory part of the paper provides indications of the importance and complexity of the relationship between human rights and climate change and points to methodological issues. The first part discusses international legal regulations in the field of environment and climate change. The existence of the right to a (healthy) environment in international agreements is examined. Special attention is paid to the analysis of the provisions of the Paris Climate Agreement (2015). The issue of the relationship of international human rights agreements with environmental problems is highlighted. The second part of the paper is dedicated to the internal regulations of the Republic of Serbia (RS) related to the environment, climate change and the right to a (healthy) environment. The conclusion notes that the issue of the relationship between human rights and climate change requires more careful elaboration and that the Paris Climate Agreement seeks to establish this link in a specifically narrow way. To constitute the right to a (stable) climate, it is necessary to first establish a stronger constitution of the right to a (healthy) environment, as well as to solve several other conceptual dilemmas.

**Key words:** human rights, climate change, Paris Climate Agreement, environment, international agreements.



прегледни рад  
достављен: 28. 03. 2022.  
прихваћен за објављивање: 01. 05. 2022.  
УДК 005.334:368

Др Мирјана ГЛИНТИЋ\*

## КЛАСИФИКАЦИЈА РИЗИКА КАО ОСНОВ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ПРАВУ ОСИГУРАЊА

### Апстракт

Разврставање осигураника по групама и класификација ризика представља неминовност у праву осигурања. Од начина поделе осигураника у подкласе и класе према вероватноћи остваривања осигураног ризика зависе бројне одлуке осигураваача које се тичу премије које ће наплатити и покрића које ће понудити. Међутим, у последњих пар година пред бројним националним и наднационалним судовима се покренуло питање адекватности критеријума који осигураваачи користе приликом разврставања својих осигураника. Бројни од тих критеријума су препознати као основи дискриминације који воде неправичном третману појединаца. Од наведених оптужби, осигураваачи се бране позивајући се на статистичку корелацију између спорних актуарских критеријума и вероватноће остваривања ризика. Ауторка настоји да одговори на питање да ли у праву осигурања заправо постоји статистички оправдана дискриминација или се само ради о недостатку других актуарских критеријума које би осигураваачи могли да користе, а који би омогућили уважавање хетерогености сваке вештачки формиране групе осигураника.

**Кључне речи:** осигурање, класификација ризика, дискриминација, статистика, актуарски фактори.

### 1. УВОД

Делатност осигурања се бави управљањем ризиком у смислу смањивања утицаја негативног будућег развоја догађаја тако што обезбеђује финансијска средства која олакшавају суочавање са непожељним последицама. Лица која се одлуче да закључе уговор о

---

\* Научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд;  
mirjanaglintic@yahoo.com

осигурању пребацују на осигуравача ризик остваривања непожељних последица, а за то плаћају одређену економску надокнаду у форми премије осигурања. У основи организовања пословања осигуравача је игра великих бројева у складу са којом, што је већи број појединачних аналогних изложености ризику, то ће стварни губитак који настане услед остваривања ризика бити по вредности ближи очекиваном губитку.<sup>1</sup> Нико не може предвидети кад ће и да ли ће уопште учествовати у саобраћајној незгоди, али постоји могућност да се уз помоћ статистике и математике прорачуна колико ће се отрпилике саобраћајних незгода десити ове године на територији Београда. Стога осигуравачи радо прихватају понуде за склапање уговора о осигурању, јер могу да процене колико ће им оквирно износити губици у једној години, у складу са чим даље могу да организују и свој буџет и пословање.

Захваљујући и актуарским сазнањима и процени ризика, осигуравачи одређују износ премија које ће наплатити својим осигураницима. Наплаћивање премија у складу са висином очекиваног губитка је финансијски екфикасно и супротно поступање би мотивисало високо ризичне осигуранике да се понашају ризично јер су свакако платили ниске премије.<sup>2</sup> Ако би сви осигураници плаћали исту премију, независно од својих појединачних карактеристика и карактеристика његовог ризика, онда би они осигураници који су мање ризични субвенционисали ризичније осигуранике.<sup>3</sup>

Раније су осигуравачи користили неке од основних статистичких правила како би обрачунали премије и покриће. Ипак, неретко се испостављало да је корелација успостављена између одређеног фактора ризика и премије више била интуитивна него заснована и оправдана. Данас су та правила далеко комплекснија и тежа за разумевање, али и даље заснована на статистици.<sup>4</sup> Организовања пословања осигуравача захтева разврставање осигураника у различите групе у складу са којима ће се одређивати висина премије, а како би сваки појединачни члан групе

---

<sup>1</sup> C. Aitken, P. Roberts, G. Jackson, *Fundamentals of Probability and Statistical Evidence in Criminal Proceedings*, Royal Statistical Society, London, 2010, 102.

<sup>2</sup> L. Powell, "Risk-Based Pricing of Property and Liability Insurance", *Journal of Insurance Regulation*, No. 39(4), Washington, 2020, 1-23.

<sup>3</sup> На тај начин су осигуравачи који су се бавили осигурањем живота у 19. веку и организовали своје пословање.

<sup>4</sup> D. Schwarcz, "Towards a Civil Rights Approach to Insurance Anti-Discrimination", *DePaul Law Review*, No. 69(2), Chicago, 2020, 665.



платио износ који одговара његовом индивидуалном ризику.<sup>5</sup> Иако је овакво разврставање осигураника нужно, проблем представља чињеница да разврставање носиоца ризика у мање или више хомогене групе са собом доноси и опасност од дискриминације ризика услед примене критеријума који и бројни народни и међународни прописи представљају као недозвољене основе прављања разлика између појединаца.<sup>6</sup>

Приликом сваког суочавања са примедбом да током пословања дискриминишу осигуранике, осигуравачи се позивају на уочене статистичке корелације између вероватноће наступања осигураног ризика и одређеног актуарског фактора коришћеног приликом класификовања осигураника. Међутим, и дискриминација заснована на статистици је дискриминација, која, иако незаснована на лошим намерама, води бројним моралним и правним изазовима.

## 2. ДИСКРИМИНАЦИЈА У ОСИГУРАЊУ

До „сукоба“ између начина пословања осигуравајућих друштава и идеје заштите људских права долази услед тога што осигуравајућа друштва стављају акценат на групној правичности, а остваривање људских права почива на идеји индивидуалне правичности.<sup>7</sup> Поступајући на тај начин, осигуравачи не би требало да испусте из вида и штету коју такве генерализације имају по појединачне чланове ризико група.<sup>8</sup>

Кроз историју су осигуравачи приликом разврставања осигураника користили различите критеријуме, као што су пол, раса, старосна доб осигураника и сл. Дуго времена се и није постављало питање поимања начела правичности и фер норми о недискриминацији из визуре осигуравача. Ако би се то питање и кандидовало, ставови су били магловити и без јасног изјашњавања да ли осигуравачи морају да поштују ова начела као и други јавни субјекти.<sup>9</sup> Чак су и судови у Европи и Америци дозвољавали примену карактеристика осигураника које се данас

---

<sup>5</sup> Велика пажња је посвећена теорији дискриминације и у економској науци, вид. К. Ј. Arrow, “Models of job discrimination”, *Racial Discrimination in Economic Life* (ed. А. Н. Pascal), Lexington Books, Lexington, 1972, 8-102.

<sup>6</sup> Вид. чл. 14 Европске конвенције о људским правима, Рим, 04. 11. 1950.

<sup>7</sup> R. Avraham, “Efficiency and Fairness in Insurance Risk Classification“, *Virginia Law Review*, No. 3, 1985, 403, 442.

<sup>8</sup> F. Schauer, *Profiles, Probabilities, And Stereotypes*, Cambridge, 2003, 154.

<sup>9</sup> R. Avraham, “Discrimination and Insurance“, *Law and Economic Research Paper*, No. E574, 2018, 2.

оцењују као дискриминишуће, а све како би одржали функционисање тржишта.<sup>10</sup>

Ипак, у последњих неколико деценија ово питање је нарочито добило на значају и све више је долазио до изражаја став да овакви поступци осигуравача представљају непоштовање једнакости.<sup>11</sup> Економски, политички и правни значај деловања осигуравајућих друштава истакао их је у први план, што је захтевало да се и на ове пружаоце услуга почну примењивати правила која регулишу односе грађана и влада, односно да добију хоризонтално дејство. Пружајући своје услуге, осигуравачи допиру до великог броја људи, што ставља додатни терет на њихово пословање у смислу поштовања одређених правила и норми. У оном тренутку када је поступање појединца као јавне фигуре и лица које пружа услуге другим лицима, јавности, одређено предрасудама и ставовима на штету других лица, отвара се простор за деловање прописа из области људских права. На том месту долази до сусрета права осигурања и људских права, која би требало да пруже заштиту од ценовне дискриминације појединаца.<sup>12</sup>

Од шездесетих година прошлог века бројне државе су промениле своје прописе о људским правима како би забранили дискриминацију по основу годишта и пола, што је омогућило довођење у питање основаност коришћења ових критеријума као актуарских фактора у осигурању.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> R. Avraham (2010), 3. Када је донета одлука Европског суда, објављени су бројне студије о томе на који начин ће то утицати на тржиште осигурање и какве ће бити штетне последице. Вид. Охера, *The Impact of a Ban on the Use of Gender in Insurance*, 2011, доступно на <http://www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/03/Oxera-report-on-gender-in-insurance-1.pdf>, 14. 03. 2022. Само неки од предмета су: *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, Judgement of the Court of 13 May 1986, Case 170/84; European Court of Human Rights, *Inze vs. Austria*, Case 15/1986/113/161.

<sup>11</sup> D. Cather, “Reconsidering Insurance Discrimination and Adverse Selection in an Area of Data Analytics“, *Geneva Papers on Risk and Insurance*, No. 45(3), 2020, 426-456.

<sup>12</sup> Реч је о наплаћивању цене која не одговара висини трошкова, а не о неким другим формама лошег третмана појединаца. Упор. В. Ђурић, Н. Врањеш, „Уставноправни и управноправни модели уређивања јавних празника у мултикултуралним државама“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 9, Бања Лука, 2019, 50-68.

Такође, вид. А. Williams, “Some economic and Legal aspects of Insurance Rate Discrimination“, *Journal of Risk and Insurance*, No. 24 (2), 1957, 10.

<sup>13</sup> Држава Калифорнија једна је од последњих у низу која је 2020. године забранила примену пола као актуарског фактора у аутоосигурњу, што је у складу са Gender Recognition Act из 2017. године. D. Cather (2020), 435.

Идеје о потпуном и достојанственом чланству сваког појединца у друштву захтева једнак приступ или бар једнаку могућност приступа добрима и услугама. Међутим, прављење разлике између осигураника због њиховог пола, старосне доби и припадности одређеној раси значајно је ограничило опстанак наведене идеје.<sup>14</sup>

Тако је и Европска комисија препознала одређене аспекте ове проблематике, што је резултирало усвајањем Директиве 2004/113/ЕС,<sup>15</sup> која, између осталог, прописује забрану примене пола као актуарског фактора у праву осигурања.<sup>16</sup> Такође, 2012. године доношењем одлуке у предмету *Test-Achats* пред Европским судом правде да европски осигуравачи више не могу да наплаћују премије различите висине мушкарцима и женама позивајући се на статистичке разлике између њих, а које су повезане са њиховим полом, направљен је широк заокрет од неких вишедеценијских ставова и идеја да осигуравачи смеју да примене било који критеријум за процену ризика, док год основ за то могу пронаћи у актуарској науци.<sup>17</sup> Испоставило да је такав став прилично наиван и да је било питање тренутка када ће се окончати таква политика пословања која се сакривала иза позивања на научна сазнања и статистику.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> M. Katz, "Insurance and the Limits of Rational Discrimination", *Yale Law and Policy Review*, No. 8, 1990, 436.

<sup>15</sup> Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21. 12. 2004.

<sup>16</sup> Могућност *opt-out* ове Директиве учинила је да је бројне државе дуго времена нису имплементирале. Осим тога, Европска комисија је сачинила нацрт предлога Директиве COM/2008/0426, која забрањује употребу старости као основа дискриминације у ванрадном окружењу. Међутим, Директива још није усвојена, а свакако и предвиђа могућност даљег коришћења плаћања цена заснованог на годишту док год се та пракса може објективно оправдати уз помоћ статистичких доказа који указују на повезаност између година живота и насталих губитака. Вид. D. Cather (2020), 440.

<sup>17</sup> Вид. детаљније М. Глинтић, „Оправданост примене полне неутралних премије осигурања“, Улога права у развоју друштва, Косовска Митровица, 2019, 393-408.

<sup>18</sup> Заправо је у ЕУ питање недозвољености примене пола као актуарског фактора много раније апострофирано у случајевима пред Европским судом правде у вези са једнаким зарадама мушкараца и жена. Примера ради, вид., *Defrenne vs. Sabena II*, случаја након ког је принцип једнаке зараде мушкараца и жена за исти рад своје место нашао и у члану 23 Повеље европске уније о основним правима. *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, 8. април 1976, Case 43-75.

### 3. СТАТИСТИЧКА ДИСКРИМИНАЦИЈА У ОСИГУРАЊУ

Приликом класификације осигураника према степену ризичности осигуравач се ослања на карактеристике групе које се потом пресликавају на појединца, уз занемаривање карактеристика појединаца које могу оправдати међусобне разлике у третману.<sup>19</sup> Дакле, осигуравач мора да изврши раздвајање ризичних и неризичних осигураника у зависности од њихових личних карактеристика. Међутим, намера пословања осигуравача није да врши раздвајање осигураника, већ то чини искључиво да би одржао своје пословање у економском смислу. Осигуравачи нису суштински заинтересовани за то да ли је осигураник мушко или женско, млад или стар или које је расе. Ради се о посматрању ових, крајње личних, категорија као инструмената за остваривање циља класификације ризика. Као што један страни аутор истиче и умерено банализује – да носимо на челима сатове који показују колико нам је још времена остало на Земљи, осигураваче који се баве осигурањем живота не би много интересовало ког смо пола и колико нам је тачно година.<sup>20</sup>

Разлог зашто осигуравачи приликом класификовања полазе од критеријума као што су нечији пол, старост, раније и раса, јесте тај што се ради о критеријумима који су поуздани, лако доступни и међусобно упоредиви.<sup>21</sup> Да би дошли до ових података, осигуравачи морају само да припреме једноставне упитнике, а не морају да спроводе детаљну анализу и истраживање.<sup>22</sup> Осим тога, ови критеријуми указују на извесну, иако несавршену, статистичку правилност између њих и оних појава у вези са остварењем ризика које занимају осигураваче.

Међутим, све наведене предности примене оваквих и сличних критеријума свакако не искључују чињеницу да њихова примена значи дискриминацију, иако не нужно заснована на лошој намери. Поставља се питање да ли ће осигуравач бити ослобођен свих оптужби да врши дискриминацију ако докаже постојање узрочну везу између дискриминаторног фактора и високог ризика. Ако пођемо од претпоставке да су статистички подаци и тачни и да тачно показују нужну

---

<sup>19</sup> Мишљење судије генерала Јакобса у случају *Maria-Luise Lindorfer v Council of the European Union*, 27. октобар 2005, Case C-227/04 P.

<sup>20</sup> M. Rego, “Statistics as a Basis for Discrimination in the Insurance Business”, *Law, Probability and Risk*, No. 15, 2015, 124.

<sup>21</sup> Мишљење судије генерала Кокота у случају *Test-Achat*, пара. 67.

<sup>22</sup> S. Maitzen, “The Ethics of Statistical Discrimination”, *Social Theory and Practice*, No. 17, 1991, 23–45.

корелацију између наступања нежељеног догађаја и, на пример, пола осигураника, да ли то у потпуности оправдава њихову примену?<sup>23</sup> Статистичке анализе и сазнања, ма колико биле тачне у предвиђању будућих догађаја, могу бити злоупотребљене у циљу одржавања у животу раније успостављених неправди, што у потпуности није у складу са идејом успостављања и одржавања једнакости и једнаког третмана.<sup>24</sup> Стога се све више ограничава пружање оправдања заснованих на статистици кад год се разликовање између појединаца заснива на сумњивим класификацијама које се могу повезати са неким од ранијих облика дискриминације. Објашњење осигуравача да је примена пола, годишта, расе осигураника рационална и заснована на статистици за обрачунавање премија осигурања није довољно и захтева додатне аргументе који ће оправдати његову примену.<sup>25</sup> Реч је и критеријумима класификације осигураника који око себе имају и „ауру“ погрешности и неисправности, тако да доказивање да је њихова примена рационална, само по себи није довољно.<sup>26</sup>

Већина социолога би се највероватније сложила са закључком да је врло тешко наћи доказе у прилог тези да све правилности настале у вези са разликовањем појединаца по основу пола, расе, годишта нису на неки начин повезане са неким обликом дискриминације.<sup>27</sup> Тако се они друштвени чиниоци, који се користе да објасне разлике између полова, могу увек повезати са дискриминацијом, односно увек ће се испоставити да је њихов извор у дискриминацији и фаворизовању једног пола. То је био и случај са успостављеном статистичким корелацијом да у просеку

---

<sup>23</sup> Eurostat's Databases on Life Expectancy at Birth by Sex, <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home>, 21. 02. 2022. Такође, Civic Consulting's Study on the Use of Age, Disability, Sex, Religion or Belief, Race or Ethnic Origin and Sexual Orientation in Financial Services, in Particular in the Insurance and Banking Sectors (2010), commissioned by the European Commission, доступно на [http://www.civicconsulting.de/project\\_42.html](http://www.civicconsulting.de/project_42.html), 21. 02. 2022.

<sup>24</sup> M. Katz, *op. cit.*, 436–458.

<sup>25</sup> У крајњем случају, пре неколико деценија се сматрало да постоји научна оправданост спровођења сегрегације, што је потом доказано у потпуности неоснованим и неискривним, па су и амерички судови поступали и одлучивали у складу са новим сазнањима. Вид., примера ради, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>26</sup> A. Winkler, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", *Vanderbilt Law Review*, No. 56, 2006, 798–801.

<sup>27</sup> M. Rego, *op. cit.*, 129.

бели Американци живе дуже од америчких црнаца, што је до шездесетих година водило до различитих цена премија зависно од расе осигураника.<sup>28</sup>

Додатни захтев стављен пред осигураваче би морао да буде давање одговора зашто је неки фактор уопште изабран да служи као одлучујући, а не неки други. Једноставно указивање на постојање статистичке повезаности није довољно да се успостави узрочно-последични ланац, који указују да ће се из једног узрока увек развити иста последица.<sup>29</sup> Спорне класификације захтевају додатни ниво опреза. У неким случајевима је врло тешко установити постојање узрочне везе и тада када је ланац развоја догађаја непознат, али постоје други докази који несумњиво указују на то да је изабрани критеријум најбољи показатељ будућег догађаја, онда је такво прављење разлике, засновано на том критеријуму, оправдано.<sup>30</sup>

Дакле, потребно је доказати да изабрани фактор најбоље одговара датој улози и да ниједан други фактор није погоднији као фактор предвиђања развоја догађаја нити је такав фактор уопште доступан. Могло би се сматрати да постоји погоднији фактор и у оним случајевима када је тај други мање погодан из перспективе актаура, али је његова примена мање оптерећујућа из перспективе људских права.

#### 4. ДОЗВОЉЕНА И НЕДОЗВОЉЕНА ДИСКРИМИНАЦИЈА

Свест о неоправданости примене спорних актуарских фактора и њихово дискриминишуће дејство допринели су измени одређених националних и наднационалних прописа како би се поставиле бране делатности осигуравача, сада захтевајући да не врше неправично раздвајање осигураника.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> J. Gauling, "Race Sex and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair", *Cornell Law Review*, No. 80, 1995, 1659-1660.

<sup>29</sup> Занимљив пример који се наводи да потврди ову тврдњу јесте постојање корелације између способности читања и величине стопала. То пак не значи да људи великих стопала боље читају, већ само да деца не читају тако добро као одрасли. Пример преузет из A. V. Hill, *The Encyclopedia of Operations Management: A Field Manual and Glossary of Operations Management Terms and Concepts*, Pearson, London, 2011, 85. Такав став је изнела и судија L 'Heureux-Dubé приликом давања издвојеног мишљења у случају *Zurich*.

<sup>30</sup> Тако и D. Kahneman, A. Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", *Econometrica*, No. 2, 1979, 263.

<sup>31</sup> Неке државе које су се одлучиле за експлицитно навођење забрањених основа дискриминације, што судови често врло уско тумаче. R. Avraham, K. Logue, D.

Тако, примера ради, осигуравачи у САД не смеју да врше неправичну дискриминацију осигураника.<sup>32</sup> Међутим, амерички осигуравачи ово ограничење вешто избегавају позивајући се на актуарско оправдање својих одлука, што би дискриминацију требало да учини разумном и емпиријски оправданом. Тако је и у Канади дозвољено прављење разлике између осигураника ако је то разумно<sup>33</sup> и засновано на доброј вери, односно без намере да се врши дискриминација.<sup>34</sup> Овако дефинисани критеријуми дозвољеног разликовања свакако да воде дебати о критеријумима у складу са којима се одређује да ли разликовање прихватљиво и ко има овлашћење да одреди садржај тих критеријума. Као најспорни аспект оправдања осигуравача било је позивање на разумност разликовања, јер је било ставова да осигуравачи нису успели да докажу постојање овог основа.<sup>35</sup> Наиме, да би осигуравач био ослобођен оптужби да дискриминише, морао би да докаже да би само његово пословање и постојање било уништено ако се не би могао више ослонити на оне параметре, који су окарактерисани као дискриминишући, а који му служе за класификовање осигураника на класе спрам вероватноће остваривања ризика.<sup>36</sup> То би значило да је на осигуравачу био терет доказивања да не постоје други фактори по основу којих би се формирале групе

---

Schwarcz, "Understanding Insurance Antidiscrimination Laws", *Southern California Law Review*, No. 87, 2014, 215-216.

<sup>32</sup> R. Avraham, K. Logue, D. Schwarcz, "Towards a Universal Framework for Insurance Anti-Discrimination Laws", *Connecticut Insurance Law Journal*, No. 1, 2014, 4.

<sup>33</sup> На пример, употреба података о здравственом стању осигураника које откривају статистичке ризике су очигледно рационално повезани са циљем наплате премија осигурања.

<sup>34</sup> T. Lemmens, Y. Thiery, "Insurance and Human Rights: What can Europe learn from Canadian Anti-Discrimination Law", *Discrimination in Insurance* (ed. H. Cousy, C. van Schoubroeck), Antwerpen/Brussels, 2007, 7. У случају *Zurich* је тужилац Бејтс (*Bates*) тврдио да млади возачи мушког пола плаћају веће премије за осигурање од аутоодговорности него осигураници женског пола и да такве полисе представљају повреду одредби о једнакости из Закона о људским правима Онтарија. Према наводима из тужбе, оваквим пословањем осигуравача, осигураницима је ускраћено право на једнак третман у приступу услугама и добрима. Очекивано, осигуравачи су били става да је полиса *prima facie* дискриминаторна, али да је настало разликовање разумно и засновано на доброј вери и да је стога оправдано. *Bates v. Zurich Insurance Co. of Canada* (1985), 6 C.H.R.R. D/2948 (Ont. Bd. of Inq.).

<sup>35</sup> *Ibid*, 2, 7-9.

<sup>36</sup> *Bates v. Zurich Insurance Co. of Canada* (1985), 6 C.H.R.R. D/2948 (Ont. Bd. of Inq.).

осигураника, који нису дискриминишући, а који би могли да се користе за одређивање премија осигурања. Осим тога, посматрало се и као упитно позивање на поступање у доброј вери осигураника јер нису успели да доставе било који доказ у корист тврдње да је научно доказано да постоји директна и узрочна веза између вероватноће остварења ризика и дискриминишућих фактора класификације осигураника.

Ту је, осим тога, и питање у којој мери су осигуравачи као пружаоци услуга у обавези да прилагоде своје пословање специфичним потребама појединаца или да чак развију друге алтернативне методе који су мање дискриминишуће.<sup>37</sup> Тако је канадски Врховни суд у случају *Zurich* закључио да је дискриминаторна пракса разумна и основана ако је заснована на сталној и прихватљивој пракси осигуравајућих друштава<sup>38</sup> и ако не постоји практична алтернатива, што је фактичко питање које се мора одредити у складу са околностима случаја. Судија је закључио да у тренутку када је закључен споран уговор о осигурању заиста нису постојали други критеријуми који би заменили критеријум пола приликом класификације ризика<sup>39</sup> и да се стога може закључити да је пракса осигуравача, иако донекле дискриминишуће природе, разумна и заснована на доброј вери.

Сва наведена питања јасни су показатељи да повлачење јасне границе између дозвољене и недозвољене дискриминације у праву осигурање није ни мало једноставно.<sup>40</sup> Међутим, праћење одлука

---

<sup>37</sup> Тако је канадски Врховни суд у већ поменутом случају *Zurich* био става да је у потпуности непрактично да сваки осигураник буде посебно процењен, уз занемаривање чињенице да сви чланови једне групе не деле све исте карактеристике.

<sup>38</sup> Практика је стална и прихватљива ако је она пожељна за усвојити у сврху постизања легитимног пословног циља наплате премије у складу са процењеним ризиком, а не са циљем прављење недозвољених разлика између појединаца. Т. Lemmens, Y. Thiery, *op. cit.*, 9.

<sup>39</sup> Вид. издвојено мишљење судије Меклахлин (*McLachlin*) у овој пресуди, која је била става да изостанак статистичких података у погледу неких других критеријума не аболтира осигураваче од њихове одговорности да одреде висину премије у складу са неким другим критеријумима. Као посебно спорно, судија је истакла да се истичући да не постоје алтернативни критеријуми, терет доказивања само пребацује на осигуранике који истичу да су дискриминисани.

<sup>40</sup> О томе сведочи и став судије Сопинка (*Sopinka*) у пресуди у канадском случају *Zurich*, који наводи да одређивање премија осигурања није у потпуности компатибилно са концептом људских права, јер се у основи људских права налази идеја да се појединци имају третирати у складу са својим појединачним карактеристикама, а не на основу карактеристика групе у коју су сврстани. Насупрот томе, премије осигурања се заснивају на статистици и вероватноћи



Европског суда правде (случај *Test-Achat*) и кандаских судова (случајеви *Zurich* и *Meiorin*) јасно указују да се и код судија значајно променило резонување у погледу постојање основа дозвољене и недозвољене дискриминације. Наиме, почело се све више инсистирати на томе да постојање статистичке релације није довољно само по себи да би се дискриминација спроведена од стране осигуравача сматрала дозвољеном.<sup>41</sup> Све више се почело инсистирати на обезбеђивању доказа да примена спорних основа класификације осигураника није имала алтернативу и да би избор неког другог критеријума од стране осигуравача за њега био могућ само уз значајне потешкоће.<sup>42</sup> То би значило да осигуравач мора сада, у циљу оспоровања постојања дискриминације, доказати да је преузео све у својој моћи да реорганизује своје пословање. Између осталог, испуњеност те обавезе се може огледати у томе да ли је испитао неке алтернативне факторе у складу са којим се може вршити класификација ризика; ако је неки други фактор пронашао, зашто га није имплементирао и сл.

Јасно је да ће овако постављени захтеви пред осигураваче поставити велике захтеве у погледу доказа које ће морати да приложе. Биће потребно доказати да је неки критеријум разликовања неопходан, као и да не постоје други подобнији критеријуми.<sup>43</sup>

## 5. УВОЂЕЊЕ АЛТЕРНАТИВНИХ АКТУАРСКИХ КРИТЕРИЈУМА

Принцип једнакости не би требало посматрати као забрану разликовања и признавања различитости. Такође, овај принцип не представља забрану генерализације, која је понекад нужна како би се установила одређена правила.<sup>44</sup> Јасно је да осигуравачи морају вршити неку форму разврставања осигураника, јер би поступање на супротан начин водили моралним хазардима и лошој селекцији - осигураници који сматрају да треба да плаћају нижу премију постепено ће напуштати осигурање тржишта.<sup>45</sup>

---

остваривања ризика у једној групи, које могу бити формиране на основу неког дискриминишућег фактора.

<sup>41</sup> L. Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", *University of Pennsylvania Law Review*, 1992, 149–219.

<sup>42</sup> T. Lemmens, Y. Thiery, *op. cit.*, 15.

<sup>43</sup> *Ibid*, 19.

<sup>44</sup> M. Rego, *op. cit.*, 121.

<sup>45</sup> D. Schwarcz, *op. cit.*, 663.

Ипак, искључиво коришћење актуарских фактора установљених пре много времена онемогућава узимање у обзир хетерогености осигураника који су сврстани у једну групу.<sup>46</sup> Употреби тих актуарских фактора недостају често прихватљива објашњења зашто су појединци третирани на неједнак начин услед њихових личних карактеристика, а не услед самог његовог припадања друштвеној групи која је, историјски посматрано, била дискриминисана. Ако се пође од идеје да се исти морају третирати на исти начин, а различити на различит начин, онда примена актуарских фактора као што су пол и раса представља извор дискриминације.<sup>47</sup> Међутим, истраживања су показала да се наведени закључци дугују лошим и непровереним подацима који су онемогућавали установљавање одређених правилности.<sup>48</sup> Уз то, занемаривање осталих битних фактора, као што су медицинска историја осигураника, социоекономски статус, животне навике и сл, додатно онемогућава формирање тачних правилности.<sup>49</sup>

Идеја корективне правде којом су се судије на описани начин руководиле у последње време јасно воде ка питању да ли су осигуравачи у обавези да изврше реорганизацију пословања или да евентуално траже мање рестриктивне алтернативе и примењују персонализовану процену осигураника.<sup>50</sup> Ако је одговор позитиван, онда је на осигуравачу обавеза доказивања да би само његово пословање и постојање било уништено ако се више не би могао ослонити на оне параметре који су окарактерисани

---

<sup>46</sup> Нека од спроведених истраживања током којих су се пратили чиниоци који утичу на дужину животног века (начин исхране, тренирање, конзумација алкохола) су показала да се ови фактори значајно разликује између полова и између ценовних категорија формираних на основу пола. Тако и D. Cather, “Insurance Pricing Discrimination and Aristotelian Equality: An Application to Minority Annuity Pricing”, *Journal of Insurance Regulation*, 2021, 15.

<sup>47</sup> D. Cather (2021), 15.

<sup>48</sup> Тако се, између осталог, испоставило да белци краће живе од црнаца од тренутка пензионисања или да жене живе и краће од мушкараца. Вид. случајеве пред америчким Врховним судом *Norris i Manhart*.

<sup>49</sup> Оно што је битно јесте да је и Европска комисија стала на становиште да пол само служи као замена за много релевантније факторе које није једноставно обрачунати, а од којих су неки социоекономски фактори и начин живота: Commission of the EC. 2003. Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services. EUR-Lex 52003PC0657, 6.

<sup>50</sup> T. Lemmens, Y. Thiery, *op. cit.*, 4.

као дискриминишући, а који му служе за класификовање осигурника на класе спрам вероватноће остваривања ризика.<sup>51</sup>

У том случају би кључни задатак осигуравача био да испита постојање практичне алтернативе, која би била допуна сталној и прихватљивој пракси осигуравајућег друштва.<sup>52</sup> То се може огледати у томе да ли је испитао неке алтернативне факторе у складу са којим се може вршити класификација ризика; или, евентуално, ако је неки други фактор пронашао, осигуравач би морао да докаже зашто га није имплементирао и сл. Дакле, осигуравач би у принципу могао и даље да користи спорни актуарски фактор ако би успео да докаже да не постоји други, подобнији који би остварио исти циљ.<sup>53</sup> Притом, мора се водити рачуна да недостатак доката о алтернативним критеријумима, не значи да они не постоје.<sup>54</sup>

Нови изазов за осигураваче ће бити и изналагање нових критеријума, који су без дискриминишућег дејства и који, за разлику од раније коришћених критеријума, нису повезани са ранијим облицима дискриминације. Проблем ће свакако бити прилагођавање осигуравача на нове критеријуме, који засигурно могу бити далеко више детерминишући у односу на раније примењиване.

Оно што је пак сигурно јесте да осигуравачи данас имају све више могућности да издвоје нове актуарске факторе који су тешње и јаче повезани са вероватноћом остваривања ризика осигураника. То што их осигуравачи масивно не користе, не умањује њихов значај. Ипак, одређене промене наступају. Тако осигуравачи који се баве осигурањем у ауто индустрији (каска, осигурање од ауто-одговорности) све више

---

<sup>51</sup> Посебно је питање у којој мери постоји обавеза осигуравача да своје пословање прилагоди личним карактеристикама појединца и да ли су у обавези да развију друге, алтернативне и мање дискриминаторне методе како би остварили своје циљеве. У Европи се ова дебата своди на питање да ли ова обавеза осигуравача постоји, а не у ком обиму та обавеза постоји. Т. Lemmens, Y. Thiery, *op. cit.*, 2.

<sup>52</sup> Пракса је стална и прихватљива ако је она пожељна за усвојити у сврху постизања легитимног пословног циља наплате премије у складу са процењеним ризиком, а не са циљем прављење недозвољених разлика између појединаца: *Ibid*, 9.

<sup>53</sup> *Ibid*, 19.

<sup>54</sup> Тако је Комисија за заштиту људских права Онтарија је почетком 21. века покренула истраживање о заменама спорних актуарских фактора, али осигуравачи у већини канадских провинција су и даље наставили да применују спорне факторе, тврдећи да замене не постоје. Вид. М. Kelly, N. Nielson, "Age as a variable in insurance pricing and risk classification", *The Geneva Papers on Risk & Insurance—Issues and Practice*, No. 31(2), 2006, 212-232.

користе телематске технологије захваљујући којим могу измерити бројне битне факторе, као што су број пређених миља, учесталост заустављања у саобраћају, брзина вожње. На овај начин се добијају подаци који дају јасну слику о профилу возача, много јаснију него што би се могла утврдити коришћењем неких наизглед неутралних критеријума.

Оно што пак представља проблем из визура осигуравача јесте да је развој алтернативних актуарских фактора који нису дискриминишући захтеван посао, који им ограничава економске бенефите неопходне за пословање. Једноставно, понекад осигуравачи нису расположени и мотивисани да се упусте у нове методе пословања услед ограничености својих ресурса, финансијских и временских.<sup>55</sup> Постоје примери да су осигуравачи развили нове, наизглед неутралне актуарске факторе, али који заправо своју моћ да предвиде могућност настанка ризика дугују својој повезаности са оним актуарским факторима који су дискриминишући.<sup>56</sup>

На самом крају једна од мера коју осигуравачи могу предузети, а у циљу доказивања непостојања недискриминишуће праксе јесте повећање јавне доступности података, јер се само тако може установити на који начин осигуравајућа друштва заиста третирају осигуранике нижег прихода и сл. Реч је о подацима на основу којих би се могло оценити колико је осигурање уопште доступно одређеним категоријама становништва и односила би се на питање са колико потенцијалних осигураника је закључен, а са колико није уговор о осигурању; којој су групи припадали ти са којима није закључен и сл.<sup>57</sup> Оно што је пак проблем јесте да су подаци које осигуравачи достављају статистичарима заправо подаци чије је прикупљање одређено у складу са важећим

---

<sup>55</sup> Н. Schmeiser, Т. Störmer, Ј. Wagner, “Unisex Insurance Pricing: Consumers’ Perception and Market Implications“ *The Geneva Insurance on Risk and Insurance*, No. 39(2), 2014, 329.

<sup>56</sup> Пример таквог наизглед неутралног фактора је поштански код, брачни статус, кредитна историја осигураника, да ли изнамљује стан или власник и слично, који посредно имплицирају да се ради о осигуранику одређене имовинске моћи или у Америци често и којој раси припада. За пример из двадесетих година двадесетог века када су амерички осигуравачи одбијали да осигуравају осигуранике из тачно одређених делова државе, за које се знало да су настањене црнцима, вид. G. Squires, “Racial Profiling, Insurance Style: Insurance Redlining and the Uneven Development of Metropolitan Areas“, *Urban Policy Forum: Insurance Redlining*, No. 25, 2003, 391, 396-397.

<sup>57</sup> У Америци су тако објављени подаци у вези са HMDA. С. Lamb et al., “HMDA, Housing Segregation, And Racial Disparities in Mortgage Lendings“, *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties*, No. 12, 2016, 249.

правилима која не искључују дискриминацију. Потом бројни подаци нису ни јавно доступни, јер се и осигуравачи и статистичари бране од захтева јавности позивајући се на поверљивост података. Свакако би се на тај начин покренула акција промене прописа, јер би постало видљиво како је која група осигураника третирана од стране осигуравача.

## 6. ЗАКЉУЧАК

На први поглед се неоспорно може стећи утисак да осигуравајућа друштва спроводе дискриминацију својих осигураника раздвајајући их на групе према раси, полу, годишту и наплаћујући им различите премије осигурања. Међутим, правила функционисања тржишта не дозвољавају постојање дискриминације. Сам поступак и закључивања уговора и израчунавања премија и свота осигурања се данас обавља компјутерски и уз употребу алгоритама, а људски фактор је скоро у потпуности искључен. Реч је о алгоритмима који се не руководе људском интуицијом нити хипотезама о односу узрока и ефекта.<sup>58</sup>

Ако би се и кренуло од идеје да су осигуравајућа друштва у могућности да дискриминишу, увек би постојала осигуравајућа друштва која не би желела да дискриминишу и који би понудили повољније премије осигурања свим оним групама осигураника које се осећају дискриминисанима. Постојање конкуренције на тржишту би све дискриминисане групе окренуле ка осигуравајућим друштвима које се дискриминацијом не баве и који премије наплаћују по нижој цени. Осигуравајућа друштва којима би мотив пословања било дискриминисање осигураника не би на крају могла да издрже све трошкове и недостатак прилива средстава. На тај начин би се конкуренција показала као најподесније и најефикасније средство за елиминисање дискриминације на тржишту, са много бољим учинком од прописа и других интервенција државе.<sup>59</sup>

Једини мотив пословања осигуравајућих друштава представља остваривање профита, што захтева одмеравање степена ризика осигуравајућих друштава и допирање до што већ броја осигураника.<sup>60</sup> О

---

<sup>58</sup> J. Pearl, D. Mackenzie, *The Book of Why: the new science of cause and effect*, London, 2018, 349.

<sup>59</sup> Тако и W. Block, N. Snow, E. Stringham, "Banks, Insurance Companies and Discrimination", *Business and Society Review*, No. 3, 2008, 405.

<sup>60</sup> T. Day, S. J. Liebowitz, „Mortgage lending to minorities: Where is the bias?“, *Economic Inquiry*, No. 1, 1998, 1-27.

томе сведочи и чињеница да и амерички судови и Суд правде ЕУ полазе од идеје да је употреба пола као актуарског фактора недозвољена, али се постављају на различите начине према њему у зависности од ситуације, позивајући се на различите уочене статистичке правилности.<sup>61</sup>

Неки аутори иду толико далеко да чак дискриминацију која је мотивисана финансијским разлозима, а не каквом нетрпељивошћу према осигураницима, називају рационалном дискриминацијом.<sup>62</sup> Ипак, и такво оправдање осигураваача их свакако не аболира одговорности за последице које нужно наступају.

Да је изналажење јединственог решења врло компликован захтев, јасно говори и чињеница да је немогуће наићи на јединствен став ни у теоријским ни у научним круговима, чији ставови покривају читав дијапазон одговора – од тога да је позивање на актуарска правила и статистику фер, преко тога да то може бити фер, до тога да је свака тзв. рационална дискриминација одбојна и неприхватљива. Разлог лежи у томе да регулисање дискриминација у осигурању захтева помирење законских правила, економских и математичких правила и филозофских начела. Из сваке од ових перспектива, захтев да нешто буде фер и правично се може другачије тумачити. За неке фер значи једнак приступ, а за економисте и актуаре засигурно значи и ефикасан и исплатив.

Приликом одлучивања на који начин ће се избалансирати захтеви делатности осигурања и потребе за заштитом људских права, не сме се испуштати из вида да модерна друштва признају људско право на осигурање као друштвено добро.<sup>63</sup> Основно здравствено осигурање и осигурање живота се готово почињу схватати неопходним и нужним, тако да се може прихватити став да свако има право на њих по приступачним ценама, приликом чијег одређивања се узимају у обзир појединачне карактеристике појединаца.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Тако је Европски суд правде у поменутом случају *Test Achats* из 2011. године стао на становиште да је забрањено женама наплаћивати мањи износ премија за осигурање живота него мушкарцима, иако жене процентуално живе дуже. Насупрот томе, у САД Врховни суд је потпуно забранио наплаћивање женама више него мушкарцима премија за пензионос осигурање иако жене живе дуже и ако ће дуже имати право на исплату осигуране суме. Иако би дужи живот жена требало да буде третиран на исти начин, јер се и осигураваачи позивају на природне законе, то очигледно није случај.

<sup>62</sup> M. Katz, *op. cit.*, 436.

<sup>63</sup> J. Gaulding, *op. cit.*, 1688–1694.

<sup>64</sup> R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000, 435-436.

## ЛИТЕРАТУРА

Avraham, K., "Efficiency and Fairness in Insurance Risk Classification", *Virginia Law Review*, No. 3, 1985,

Avraham, R., Logue K., Schwarcz, D., "Understanding Insurance Antidiscrimination Laws", *Southern California Law Review*, No. 87, 2014,

Avraham, R., Logue K., Schwarcz, D., "Towards a Universal Framework for Insurance Anti-Discrimination Laws", *Connecticut Insurance Law Journal*, No. 1, 2014,

Avraham, R., "Discrimination and Insurance", *Law and Economic Research Paper*, No. E574, 2018,

Aitken, C., Roberts, P., Jackson, G., *Fundamentals of Probability and Statistical Evidence in Criminal Proceedings*, Royal Statistical Society, London, 2010,

Alexander, L., "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", *University of Pennsylvania Law Review*, 1992,

Arrow, K. J., "Models of job discrimination", *Racial Discrimination in Economic Life* (ed. A. H. Pascal), Lexington Books, Lexington, 1972,

Block, W., Snow, N., Stringham, E., "Banks, Insurance Companies and Discrimination", *Business and Society Review*, No. 3/2008,

Gaulding, J., "Race Sex and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair", *Cornell Law Review*, No. 80, 1995,

Глинтић, М., „Оправданост примене полне неутралних премије осигурања“, Улога права у развоју друштва, Косовска Митровица, 2019,

Day, T., Liebowitz, S. J. „Mortgage lending to minorities: Where is the bias?“, *Economic Inquiry*, No. 1/1998,

Dworkin, R., *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000,

Ђурић, В, Враћеш, Н. „Уставноправни и управноправни модели уређивања јавних празника у мултикултуралним државама“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 9, Бања Лука, 2019,

Katz, M., "Insurance and the Limits of Rational Discrimination", *Yale Law and Policy Review*, No. 8, 1990,

Kahneman, D., Tversky, A., "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", *Econometrica*, No. 2, 1979,

Kelly, M., Nielson, N., “Age as a variable in insurance pricing and risk classification”, *The Geneva Papers on Risk & Insurance—Issues and Practice*, No. 31(2), 2006,

Lamb C., et al., “HMDA, Housing Segregation, And Racial Disparities in Mortgage Lendings”, *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties*, No. 12, 2016,

Lemmens, T., Thiery, Y., “Insurance and Human Rights: What can Europe learn from Canadian Anti-Discrimination Law”, *Discrimination in Insurance* (ed. H. Cousy, C. van Schoubroeck), Antwerp/Brussels, 2007,

Lynch, S., Brown, J., Harmsen, K., “Black-White Differences in Mortality Compression and Deceleration and the Mortality Crossover Reconsidered”, *Sage Journal*, No. 25(5), 2003,

Maitzen, S., “The Ethics of Statistical Discrimination”, *Social Theory and Practice*, No. 17, 1991,

Pearl, J., Mackenzie, D., *The Book of Why: the new science of cause and effect*, London, 2018,

Powell, L., “Risk-Based Pricing of Property and Liability Insurance“, *Journal of Insurance Regulation*, No. 39(4), Washington, 2020,

Rego, M., “Statistics as a Basis for Discrimination in the Insurance Business”, *Law, Probability and Risk*, No. 15, 2015,

Slovic, P., “Trust, Emotion, Sex, Politics, and Science: Surveying the Risk-Assessment Battlefield”, *Risk Analysis*, No. 19(4), 1999,

Schauer, F., *Profiles, Probabilities, And Stereotypes*, Cambridge, 2003,

Schmeiser, H., Störmer, T., Wagner, J., “Unisex Insurance Pricing: Consumers’s Perception and Market Implications“ *The Geneva Insurance on Risk and Insurance*, No. 39(2), 2014,

Schwarcz, D., “Towards a Civil Rights Approach to Insurance Anti-Discrimination”, *DePaul Law Review*, No. 69(2), Chicago, 2020,

Squires, G., “Racial Profiling, Insurance Style: Insurance Redlining and the Uneven Development of Metropolitan Areas“, *Urban Policy Forum: Insurance Redlining*, No. 25, 2003,

Hill, A. V., *The Encyclopedia of Operations Management: A Field Manual and Glossary of Operations Management Terms and Concepts*, Pearson, London, 2011,

Cather, D., “Reconsidering Insurance Discrimination and Adverse Selection in an Area of Data Analytics“, *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 45(3), Geneva, 2020,



Cather, D., “Insurance Pricing Discrimination and Aristotelian Equality: An Application to Minority Annuity Pricing”, *Journal of Insurance Regulation*, 2021,

Watson, P., “Equality, Fundamental Rights and the Limits of Legislative Discretion: Comment on Test-Achats”, *Economic Law Review*, No. 36, 2011,

Williams, A., “Some economic and Legal aspects of Insurance Rate Discrimination“, *Journal of Risk and Insurance*, No. 24 (2), 1957,

Winkler, A., “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts”, *Vanderbilt Law Review*, No. 56, 2006,

Wynne, B., “Institutional Mythologies and Dual Societies in the Management of Risk”, *The Risk Analysis Controversy. An Institutional Perspective* (ed. H. C. Kunreuther, E. U. Ley), Berlin, 1983.

Mirjana GLINTIĆ, Ph.D

Research Associate, Intitute of Comparative Law, Belgrade

## RISK CLASSIFICATION AS A CAUSE OF DISCRIMINATION IN INSURANCE LAW

### Summary

Classification of the insureds and risk classification represent an inevitability in insurance law. Numerous decisions of insurers regarding the insurance premium they will collect and the insurance coverage they will offer depend on the manner of dividing the insureds into subclasses and classes according to the probability of occurrence of the insured risk. However, in the last few years, a number of national and supranational courts have raised the issue of the adequacy of the criteria used by the insurers when classifying their policyholders. Many of these criteria have been identified as discrimination causes leading to unfair treatment of individuals. Main insurers' argumet against these allegations is the existence of a statistical correlation between the disputed actuarial criteria and the probability of the occurrence of the risk insured, which should justify the usage of the given criteria.

The author tries to answer the question whether the statistically justified discrimination actually exists in insurance law or whether it is just a lack of other actuarial criteria that insurers could use and which would make allowance for taking into account the heterogeneity of each artificially formed group of policyholders.

**Key words:** Insurance, Risk Classification, Discrimination, Statistics, Actuarial factors.

прегледни рад  
достављен: 03. 04. 2022.  
прихваћен за објављивање: 25. 04. 2022.  
УДК 342.721(4-672EU)  
351.77:[616.98:578.834

Јелена ЈАКШИЋ\*

## СЛОБОДА КРЕТАЊА И ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

### Апстракт

Људско право на слободу је проглашено основним правом у члану 6. Повеље о основним правима Европске уније (2000/С 364/01) који оличава у члану 45. слободу кретања и боравка као право грађана, што прописује и члан 2, Протокола бр. 4 уз Европску конвенцију о људским правима. У раду се говори о утицају пандемије COVID-19 на људска права, нарочито на право на слободу кретања. Овај рад има за циљ да анализира праксу Европског суда за људска права по питању ограничења слободе кретања. Сврха чланка је да се испита да ли су ограничења која су уведена да би се спречило ширење заразе била легитимна и неопходна. У процесу истраживања коришћене су опште и посебне научне методе, као што су дијалектичке, компаративне, догматске и правне методе. Анализом долазимо до сазнања да је током пандемије вируса COVID-19 дошло до суспендовања права на слободу кретања, како би се превентивно деловало на ширење заразног вируса, а све у циљу заштите живота и здравља људи, што се сматра легитимним.

**Кључне речи:** Европска унија, Европски суд за људска права, људска права, слобода кретања, ограничења слободе кретања, пандемија, COVID-19, здравствена криза.

---

\* Асистент на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, jelena.jaksic@pr.ac.rs

## УВОД

О појму и садржини људских права до сада је толико тога написано, да би се слободно могло поставити питање да ли се уопште може рећи нешто ново. Ипак, и поред тога, о људским правима и њиховој заштити се и даље говори и пише не мањим интензитетом. У савременој српској правној терминологији израз „људска права“, који је превод енглеског израза „human rights“, сврстава се у изразе новијег датума. У прошлости, посебно у деспотијама и апсолутистичким монархијама, владарје имао неограничену власт, што значи и могућност да одлучује о судбини, па и животу својих поданика. Он је, зависно од своје процене, или чак само од тренутнограсположења, могао да некеме призна посебна права (нпр. припаднициманеке верске или етничке групе), као што је могао и да их ускрати. Ако би некеме ипризнавао извесна права, то се сматрало актом његове „милости“. Са друге стране,могао је кад год жели, да промени мишљење и укине или ограничи већ признатаправа, а то је тим пре могао да учини његов наследник на престолу. Па ипак, чак и у далекој прошлости постојала су одређена одступања, било дасе радило о поштовању обичајних правила, било да се сматрало да одређена праваљуди имају по Божијој правди.<sup>1</sup>

У правној литератури људска права се обично одређују као скуп права и слобода која припадају свим људима. Уз ово одређење често се додају и речи које упућују на неутуђивост људских права и њихово природно порекло. Тако се каже да се „човек рађа слободан, са свим правима и слободама које припадају и другим људима. Сви људи обдарени су истим корпусом људских права, без обзира на то у којој држави живе. Људска права не зависе од воље државне или друге власти. Човек своја права и слободе не добија од милосрдне власти, нити му их одузима зловољна власт. Појединац остаје господар својих права, чак и ако она нису записана у уставу или другомправном документу“.<sup>2</sup> Поједини аутори, тако, дефинишу људска права као „урођена права сваког

---

<sup>1</sup> Ово је несумњиво, мада се, с друге стране, практично током читаве историје могу наћи неки облици признавања, уважавања, па чак и правног јамчења онога што данас називамо људским правима односно макар неких таквих права. Према: Krivokapić, B. „The Position of People in the State Owning and Feudal Societies – the First Human Rights?“, *МегатрендРевуја – Megatrend Review* 2, 2014, 3-34.

<sup>2</sup> Гајин, С. *Људска права – Правно-системски оквир*. Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд, 2012, 15.

људског бића“.<sup>3</sup> Она су и назив за „скуп основних права човека, тј. права које човек не мора посебно стицати, већ их поседује на основу самог свог постојања и независно од земље чији је држављанин или у којој живи, као и без обзира на то што можда нема држављанство или је избеглица“.<sup>4</sup> Схватају се и као „скуп норми које се заснивају на начелима и стандардима међународног права, па и на праву поједине државе.“<sup>5</sup> Има и аутора који људска права дефинишу као „низ начела и стандарда заједничких свим људима, која могу припадати појединцима и/или групама, без обзира на пол, расу, вероисповест, националност, политичко убеђење или порекло; уз то су и свеопшта, без обзира на спорења која се везују за њих.“<sup>6</sup> Људска права се одређују и као „основна и највећа вредност савременог друштва и модерног, демократског уређења.“<sup>7</sup> Међутим, изван број правних теоретичара поставља питање „да ли се појам људских права може уопште дефинисати на уобичајен начин, који подразумева низ речи које би мање-више представљале синоним тог појма или набрајање његових битних својстава.“<sup>8</sup> То је вероватно и разлог што поједини аутори уопште и не дефинишу људска права.

У данашњем друштву сваке године расте мобилност светске популације, кретање људи постаје све распрострањеније, миграција радника се стално повећава. Ово захтева од држава и међународних организација да правилно и благовремено регулишу такве процесе. Истовремено, данашња стварност, због ширења COVID-19 и ограничења која су уведена у вези са тим, захтевају проучавање права на слободу кретања у светлу нових услова. Очигледно је да право на слободу кретања има посебну правну природу. „Јавни односи у вези са слободом кретања подлежу законској регулативи у разним гранама права (приватном и јавном). Можемо говорити о интерсекционалној правној природи

---

<sup>3</sup> Димитријевић, В., Поповић, Д., Папић, Т., Петровић, В. *Међународно право људских права*, Београд, 2007, 36.

<sup>4</sup> Иблер В., *Рјечник међународног јавног права*, Загреб, 1987, 236.

<sup>5</sup> На сличан начин људска права у међународном праву дефинишу и Аврамов С., Крећа М., *Међународно јавно право*, Београд, 2007, 297.

<sup>6</sup> Сахацић, М. „Међународно право људских права: заштита појединаца и скупина“, у: „Актуелност и значај људских права и слобода“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву*, 2011, стр. 246.

<sup>7</sup> Новаковић, М. *Однос државе према људским правима кроз непосредну примену међународних конвенција*, Београд, 2013, 220.

<sup>8</sup> Griffin, J. *On Human Rights*, Oxford University Press, 2011, 18.

регулисања процеса остваривања и заштите права на слободу кретања.<sup>9</sup> Међутим, држава и закон морају не само да признају слободу човека, већ и да је обезбеде. То укључује и његово ограничење у потребној мери, тако да и сви остали актери могу да га несметано примењују. Ово се такође односи на слободу кретања и право на слободан избор места становања, што су основне људске слободе. Слобода о којој је реч има широк спектар деловања, што омогућава њено проучавање у најмање две области. Прва се односи на поштовање људског достојанства и обезбеђивање одговарајућих услова за развој личности. Треба, међутим, имати у виду да значајан утицај на развој личности има активан контакт појединца са окружењем, односно са познавањем света, развојем интересовања, стицањем искуства.<sup>10</sup> Друга област план, којом се изражава садржај слободе кретања, везана је за познавање различитих култура и обичаја, размену искустава међу народима, што је услов културног напретка и цивилизације, а самим тим и повезано са одржавањем мира и развојем међународне сарадње. Међутим, ово неутуђиво право на слободу кретања и слободан избор пребивалишта може бити ограничено под одређеним условима и основама. Главни међународноправни инструменти који се односе на људска права предвиђају ограничавање овог права опште природе, посебно током рата или увођења ванредног стања у земљи, као иу другим случајевима предвиђеним законом.<sup>11</sup> Право на слободу кретања значајно је ограничено од најаве пандемије корона вируса COVID-19. То је посебно било уочљиво од марта 2020. године, када су уведене мере карантина за спречавање ширења заразе.

## 1. МЕХАНИЗМИ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА - ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА И ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Европска конвенција о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП) представља међународни уговор сачињен 1950. године у оквиру Савета Европе. До сада је свих 47 држава чланица Савета Европе ратификовало ову Конвенцију. Државе чланице Европске уније су све чланице Савета Европе и стране у ЕКЉП.

---

<sup>9</sup> Zolka, V., Tsarenko, O., Kushnir, I., Tsarenko S., Havrik, R. “The Impact of the Pandemic Covid - 19 on the Human Right to Freedom of Movement.” *European Journal of Sustainable Development*. 10, 1/2021, 376.

<sup>10</sup>*Ibid*, 377.

<sup>11</sup>*Ibid*.

Суштина људских права огледа се у тежњи да се заштити достојанство сваког човека. Дакле, у средиште пажње се поставља људска личност, а заштита људских права се заснива на заједничком општем вредносном систему посвећеном неповредивости живота. У том смислу успостављени су механизми заштите како на међународном, тако и на регионалном нивоу. Међународне организације доприносе заштити људских права у првом реду тако што њихови органи, или органи створени под њиховим окриљем, *надзиру* поштовање међународних обавеза држава да штите и поштују људска права. Европска унија приступила је ЕКЉП потписивањем Лисабонског уговора из 2007. године, што је додатно прецизирано Протоколом бр. 8 уз ЕКЉП. Механизми заштите су значајно еволуирали и конституисан је Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП), као судско тело које надгледа поштовање конвенције од стране држава чланица. Европски суд за људска права је, дакле, основни орган надзора над поштовањем обавеза преузетих ЕКЉП. Налази се у седишту Савета Европе, у Стразбуру (Француска). Установљен је још 21.1.1959. године пошто је осам земаља чланица доставило декларације којима признају обавезну надлежност Суда, како се тражило по тадашњој верзији Конвенције. Прва два предмета су се нашла пред Судом две године касније (1961). Од новембра 1998. године, он је успостављен као стални орган Конвенције, који има обавезну надлежност за све земље чланице Савета Европе које су и чланице Конвенције (члан 19 ЕКЉП). Тиме је нови стални суд почео да обавља досадашње послове Европске комисије за људска права и старог Европског суда за људска права.<sup>12</sup>

Посебност овог тела Европског суда за људска права је у томе што појединци могу поднети притужбе против било које од држава чланица Савета Европе због кршења њихових права садржаних у ЕКЉП. Досадашњи развојни пут ЕКЉП допушта да закључимо да је по својим ефектима тај акт увелико надмашио механизам заштите људских права који је створен на глобалном нивоу у оквиру УН. О ЕКЉП се све више говори као о „најделотворнијем режиму људских права на свету“.<sup>13</sup>

Потписивањем ЕКЉП државе се обавезују на поштовање људских права која су у њој прокламована. Ипак, том конвенцијом су предвиђена и

<sup>12</sup> Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крсић, И. *Међународна људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2014, 97.

<sup>13</sup> Keller, H., Stone Sweet, A., *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 3.

два изузетка од тог општег правила. Прво, у доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, свака држава потписница може да предузме мере које одступају од обавеза из ЕКЉП, и то у најнужнијој мери коју ситуација изискује, с тим да оне буду у складу с другим обавезама које има према међународном праву. Према ЕКЉП, одступање од људских права је допуштено, али само „у најнужнијој мери“, а у круг апсолутно заштићених права сврстани су: право на живот (осим смрти проузроковане законитим ратним поступцима), забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, забрана ропства и принудног рада и принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* (нема злочина, нема казне). Друго, у ЕКЉП је предвиђено да приликом њеног потписивања или приликом депоновања инструмената ратификације свака држава може да стави резерву на сваку одредбу ЕКЉП појединачно, у обиму у коме неки закон који је тада на снази на њеној територији није сагласан са том одредбом. Да се тај институт не би злоупотребљавао, у ЕКЉП нису допуштене резерве општег карактера.<sup>14</sup>

## 2. СЛОБОДА КРЕТАЊА

Право на слободу кретања је једно од основних људских права, чијем законском регулисању се посвећује велика пажња у међународним прописима, као и у националним законодавствима земаља.<sup>15</sup> Сада се већини људи право на слободно кретање чини толико природним и неotuђивим да ни не размишљају о његовом значењу, а важност и фундаменталност овог права постаје јасна тек када се појединац суочи са потенцијалним губитком овог права.<sup>16</sup> Слобода кретања је уско везана за уживање слободе сваке личности.<sup>17</sup> Гарантована је чланом 2. Четвртог протокола уз Европску конвенцију.

Слобода кретања подразумева право појединца на несметану циркулацију и избор места становања у границама једне државе, под условом да се законито налази на тој територији. Ово право гарантује се

---

<sup>14</sup>Симовић, Д., Станковић, М., Петров, В. *Људска права*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018, 388.

<sup>15</sup> Vanswevelt T. Dewallens F. Healthcare law and the COVID-19 outbreak in Belgium. *Medicine and Law*, 39, 2/2020, 131-150.

<sup>16</sup> Wilhelm, K. E. Freedom of Movement at a Standstill? Toward the Establishment of a Fundamental Right to Intrastate Travel. *Boston University Law Review*, 6/20210, 2462.

<sup>17</sup> Крстић, И., Маринковић, Т. *Европско право људских права*. Савет Европе, Београд, 2016, 151.



сваком лицу, како домаћем држављанину, тако и странцу и апатриду.<sup>18</sup> Европска конвенција не гарантује странцу право уласка и боравка на територији једне државе уговорнице, јер државе имају право да контролишу улазак на своју територију, боравак и депортацију странаца, као и тип боравка који ће доделити странцу.<sup>19</sup> Такође, ово право односи се на странце који законито бораве на територији једне државе, чиме се ограничава домаћај по ставу 1, члана 2. Четвртог протокола уз Европску конвенцију и признаје суверено право државе да контролише улазак странаца на своју територију.<sup>20</sup> Право на слободу кретања и избор боравишта у једној земљи захтевају законито присуство у одређеној држави, а то не значи само законито прећи пасошку контролу на граници.<sup>21</sup>

Члан. 12 Међународног пакта о грађанским и политичким правима експлицитно предвиђа ограничења слободе кретања. Међутим, примена таквих ограничења захтева претњу по јавну безбедност, јавни ред, јавно здравље или морал, или права и слободе других. Треба имати у виду да су ова ограничења исцрпна и да никаква друга ограничења нису недопустива, а ограничења предвиђена националним правом и постојећа у пракси не смеју да пређу ове границе (члан 5. Међународног пакта о грађанским и политичким правима). Нажалост, у пракси се државе још увек не придржавају овог основног принципа. Ограничење слободе кретања предвиђено је и чл. 2 Протокола бр. 4 уз ЕКЉП (Савет Европе, 1968). Остваривање права на слободу кретања и избора места становања не може бити подложно било каквим ограничењима осим оних предвиђених законом и неопходних у демократском друштву у интересу националне или јавне безбедности, јавног реда, превенције криминала, здравствене заштите или морала или ради заштите права и слобода других.

Једном речју, слобода кретања представља извешан камен темељац слободе сваке личности. Међутим, она је подложна извесним факултативним ограничењима, предвиђеним у ставу 3, члана 2 уз ЕКЉП. Наиме, до ограничења слободе кретања може доћи када су испуњени следећи услови: да је ограничење у складу са законом, да је неопходно у

<sup>18</sup> Explanatory Report to Protocol no. 4, par. 9.

<sup>19</sup> *Sisojeva and others v. Latvia*), представка бр. 60654/00, пресуда од 17. јануара 2007, став 91.

<sup>20</sup> Explanatory Report to Protocol no. 4, par. 8.

<sup>21</sup> *Piermont v. France*, представка бр. 5/1994/452/531–532, пресуда од 20. марта 1995, став 44.

демократском друштву, да је предузето ради остварења легитимног циља, односно из разлога националне безбедности, јавне сигурности, очувања јавног поретка, спречавања криминала, заштите здравља, заштите морала и ради заштите права и слобода других лица. У питању је ограничење које је садржано у члановима 8. до 11. Европске конвенције.<sup>22</sup> Став 4, члана 2 садржи још једно ограничење којим се предвиђа право на слободу кретања. Наиме, слобода избора боравишта лица које се законито налази на територији једне државе може се ограничити, у извесним областима, када је то ограничење у складу са законом и када је оправдано јавним интересом у демократском друштву. Дакле, како се из формулације поменуте норме може закључити, слобода кретања и избора боравишта допуштена је само под условом да лице законито борави у једној држави. Национално право и национални органи власти искључиво су надлежни за одређивање услова законитог боравка неког лица у држави.<sup>23</sup> Овде ограничење мора бити „оправдано“, али не и „неопходно у демократском друштву“, што је нижи стандард од оног предвиђеног у претходном ставу. Међутим, то не значи да се тест пропорционалности не примењује и у случају ограничења из става 4, члана 2. ЕКЉП, које ипак дозвољава шира дискрециона овлашћења када су у питању посебне области. Тако, неке посебне области могу бити затворене за јавност или је њихов приступ ограничен услед војног значаја, због спречавања кријумчарења људи или ради остварења економске добробити.<sup>24</sup>

До сада је прихваћено да су дозвољена ограничења која се намећу због пропуста да се изврше обавезе војне службе,<sup>25</sup> ограничења путовања особе са менталним инвалидитетом којој није обезбеђена одговарајућа брига у земљи дестинације,<sup>26</sup> када је у питању судска забрана одвођења малолетне деце у иностранство,<sup>27</sup> ограничења слободе кретања особи која је пуштена да се брани са слободе уз кауцију,<sup>28</sup> или ради наплате

---

<sup>22</sup>*Timishev v. Russia*, представка бр. 55762/00, 55974/00, пресуда од 13. децембра 2005, став 45.

<sup>23</sup>*Paramanathan v. Germany*, пресуда од 1986. године.

<sup>24</sup>Крстић, И., Маринковић, Т., *op. cit.*, 155.

<sup>25</sup>*Marangos v. Cyprus*, представка бр. 31106/96, одлука од 20. маја 1997. године.

<sup>26</sup>*Nordblad v. Sweden*, представка бр. 19076/91, одлука од 13. октобра 1993. године.

<sup>27</sup>*Roldan Texeira and others v. Italy*, представка бр. 40655/98, пресуда од 26. октобра 2000; *Diamante and Pelliccioni v. San Marino*, представка бр. 32250/08, пресуда од 27.09.2011.

<sup>28</sup>*Rosengren v. Romania*, представка бр. 70786/01, пресуда од 24.04.2008.

приватног дуга,<sup>29</sup> када постоји бојазан да ће лице открити државну тајну, када је лице осуђено али није рехабилитовано,<sup>30</sup> или због превенције злочина када се сумња да је лице члан мафије. У једном предмету, дошло је до озбиљног ограничења слободе кретања зато што се сумњало да је подносилац представке члан мафије и то на основу чињеница да га је доушник означио као члана мафије и што му је брат био члан мафије.<sup>31</sup> Он у периоду од три године чак по 10 сати није могао да изађе из стана, а морао је да обавести полицију о сваком напуштању стана. Такође, није могао да контактира друга лица која су имала кривични досије или су били под сличним надзором, није смео да посећује барове, нити јавна места. Европски суд је прихватио да се могу сматрати легитимним мере које су усмерене на превенцију од криминала, чак и пре осуде неког лица. Ипак, Суд није био убеђен да су примењене мере биле неопходне, посебно имајући у виду да постоји одсуство конкретних доказа да је то лице члан мафије. С друге стране, и мања ограничења слободе кретања могу довести до кршења члана 2. само на основу чињенице да трају дужи временски период.<sup>32</sup>

### 3. УСЛОВИ ЗА СПРОВОЂЕЊЕ И СУСПЕНДОВАЊЕ ПРАВА НА СЛОБОДУ КРЕТАЊА ТОКОМ ПАНДЕМИЈЕ ВИРУСА COVID-19

Нека људска права су толико важна да се ни у ком случају и никада не смеју ограничавати. Та права се сматрају апсолутно заштићеним правима и то су слобода од мучења, слобода од ропства, право на поштено суђење и слобода мишљења. За разлику од наведеног, постоји и друга група права која се могу ограничити и то онда када је то неопходно ради важнијег јавног добра. Државе су ограничавале поједина људска

---

<sup>29</sup>*Ignatov v. Bulgaria*, представка бр. 50/02, пресуда од 2. јула 2009. године; *Gochev v. Bulgaria*, представка бр. 34383/03, пресуда од 26. новембра 2009. године; *Khlyustov v. Russia*, представка бр. 28975/05, пресуда од 11. јула 2013. године.

<sup>30</sup>*Sarkizov and others v. Bulgaria*, представка бр. 37981/06 и даље, пресуда од 17. априла 2012. године; *Dimitar Ivanov v. Bulgaria*, представка бр. 19418/07, пресуда од 14. фебруара 2012. године; *Milen Kostov v. Bulgaria*, представка бр. 40026/07, пресуда од 3. септембра 2013. године; *Georgiev v. Bulgaria*, представка бр. 25451/07, пресуда од 3. децембра 2013. године.

<sup>31</sup>*Labita v. Italy*, представка бр. 26772/95, пресуда од 6. априла 2000. године.

<sup>32</sup>*Rosengren v. Romania*, став 38. У овом предмету ограничење слободе кретања трајало је шест година и три месеца, а Суд је узео у обзир и кашњење у укидању наредбе о рестрикцији у трајању од чак 18 месеци.

права због заштите права на здравље, односно због јавног здравља. Најчешће су то били случајеви са циљем спречавања ширења неке заразне болести, а примењиване су мере као што су: забрана слободе кретања, успостављање карантина и изолација људи које су се предузимале ради спречавања ширења опасних заразних болести.<sup>33</sup>

Нека права попут оних која су нужна за националну безбедност, јавни ред и јавно здравље, могу садржати тзв. „*claw back* клаузулу“ којом се допушта њихово ограничавање. Оваква могућност постоји нарочито у односу на слободу кретања, слободу напуштања сваке земље, укључујући и властиту земљу, слободу мисли, савести и вероисповести, укључујући изражавање вере или уверења слободу изражавања и информисања, слободу окупљања и удруживања.<sup>34</sup>

Данас, у периоду пандемије (COVID 19), наш живот се променио, може се слободно рећи из корена. Главна, ако не и једина тема која све занима јесте пандемија која је и даље у току, јер већ две године су присутне осцилације у броју заражених. Светска здравствена организација је једна од најпопуларнијих међународних организација у овом тренутку. Ова криза ће несумњиво имати значајан утицај на то како живимо, путујемо и доживљавамо наше владе. Брзо ширење коронавируса SARS-CoV-2, а самим тим и ризик по живот и велики терет на здравствени систем жртава болести изазване COVID-19 довели су владе да наметну многа ограничења нормалном животу у свим земљама широм света.<sup>35</sup>

Тешка епидемија корона вируса приморала је владе широм света да прибегну драстичним мерама како би успориле ширење вируса и спречиле кризу јавног здравља. Као и другде, ове хитне мере предузете у Европи утицале су на све аспекте друштвеног живота и дубоко утицале на личне слободе људи и права појединца, као што је садржано у Европској конвенцији о људским правима (ЕКЉП). Иако се одређена људска права могу суспендовати у ванредним ситуацијама, конвенције о људским правима, као што је ЕКЉП, настављају да се примењују и тада. У ствари, многи инструменти о људским правима предвиђају такве ситуације и садрже наменске „клаузуле о ванредним ситуацијама“ које дају владама додатну флексибилност у решавању криза. Заиста, у оквиру ЕКЉП, члан 15 је једна таква клаузула која омогућава државама чланицама Савета

---

<sup>33</sup>Разумевање људских права - приручник о образовању за људска права, Министарство за људска и мањинска права Србије и Црне Горе, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, 116.

<sup>34</sup>*Ibid.*, 27.

<sup>35</sup> Zolka, V., Tsarenko, O., Kushnir, I., Tsarenko S., Havrik, R. *op. cit.*, 384.

Европе да привремено одступе од својих редовних конвенцијских обавеза за решавање ванредног стања, под условом да су испуњени одређени услови. Током пандемије коронавируса, клаузуле о дерогацији, као што је члан 15. ЕКЉП, добиле су посебан значај, јер је до сада 10 држава чланица Савета Европе обавестило о својој намери да одступи од одређених одредби ЕКЉП како би се ухватила у коштац са епидемијом.<sup>36</sup>

Члан 15. дозвољава државама чланицама да одступе у хитним случајевима. Пандемија COVID-19 јасно ће спадати у дефиницију ванредног стања. Међутим, најважнији аспект овде је да члан 15 не дозвољава уговорним странама да се мешају у било која права на начин на који желе током ванредног стања. Ове сметње треба да буду јасно повезане са пандемијом, временски ограничене и стриктно неопходне. Суд задржава надлежност да преиспита мере. Сматра се да у случају пандемије одступања од члана 15 нису посебно корисна и шаљу непотребну поруку људима да ће државе почети да ограничавају њихова људска права. Сада ће се објаснити зашто примена члана 15 неће направити превелику разлику у контексту кризе COVID-19. Као одговор на пандемију коронавируса, 10 држава чланица Савета Европе, укључујући неколико држава чланица ЕУ, одступило је од одређених људских права заштићених ЕКЉП.

ЕКЉП представља један од кључних инструмената за заштиту основних права широм Европе. У оквиру овог оквира, члан 15. ЕКЉП се бави заштитом људских права током ванредних ситуација и чини важан камен темељац Уговора. У суштини, класична клаузула о дерогацији, у члану 15. ЕКЉП дозвољава државама чланицама Савета Европе да привремено одступе од одређених конвенцијских правила како би се позабавиле „ратом или другим ванредним ситуацијама“.<sup>37</sup> Под условом да

---

<sup>36</sup> Radjenovic A., Eckert, G. *Upholding human rights in Europe during the pandemic*, 2020, 2.

<sup>37</sup> Члан 15 ЕКЉП (Дерогација у ванредним ситуацијама) - 1. У време рата или друге ванредне ситуације која угрожава живот нације, свака висока страна уговорница може предузети мере које дерогирају своје обавезе према овој конвенцији у мери у којој то стриктно захтевају хитне ситуације, под условом да такве мере нису у супротности са своје друге обавезе према међународном праву. Ради појашњења, Високе стране уговорнице Европске конвенције су државе које су пристале на ограничену надлежност Европског суда у међусобним споровима и онима које, сходно начелу супсидијарности, против државе покреће појединац – тек пошто исцрпи редовне унутрашње правне лекове. Крстић, И., Маринковић, Т. *Европско право људских права*. Савет Европе, Београд, 2016, стр. 13.

је испуњен низ стриктно дефинисаних услова, државе чланице могу законито усвојити мере које би у нормалним околностима могле представљати кршење ЕКЉП.

Члан 15. ЕКЉП стога проширује поље деловања влада у ситуацијама невоље и омогућава ефикасно решавање тренутне кризе. С друге стране, члан 15 намеће јасне границе владином деловању (тј. утврђивањем листе права која се не могу одступити) и на тај начин гарантује поштовање основних права и вредности из ЕКЉП, посебно у временима тешке кризе. На овај начин, члан 15 игра кључну улогу у очувању људских права током ванредних ситуација и олакшава деликатан баланс између потребе за хитним деловањем и заштите основних права током периода ванредног стања.

Дерогација према члану 15. ЕКЉП захтева претходно обавештење. Као што је наведено у члану 15(3), државни органи морају да обавесте генералног секретара Савета Европе о својој намери да дерогирају и пруже детаљне информације о конкретним мерама које ће бити предузете као и њиховој сврси. У недостатку било каквог обавештења, члан 15. се не примењује на усвојене мере и држава чланица се не може позивати на клаузулу о дерогацији, како је то разјаснио Суд (Кипар против Турске)<sup>38</sup>. Образложење за систем обавештавања је повећање транспарентности и одговорности. Свако одступање ће постати јавно и друге државе чланице ће сазнати за дерогацију, која игра кључну улогу у систему колективног спровођења Савета Европе. Исто тако, од држава чланица се тражи да обавесте о престанку дерогације.

Да ли држава чланица сматра да је активирање члана 15 неопходно у датој ситуацији, искључиво је дискреционо право одговарајућих националних власти. Очигледно, сматра се да ефективно и законито прибегавање члану 15. испуњава све његове услове; међутим, такво прибегавање не покреће члан 15 „аутоматски”. Примена члана 15 је само резултат званичне одлуке (и обавештења) органа држава чланица

---

2. Никаква одступања од члана 2, осим у вези са смрћу насталом услед законитих радњи рата, или од чланова 3, 4 (став 1) и 7 неће бити направљена према овој одредби. Свака висока страна уговорница која користи ово право на дерогацију обавештаваће генералног секретара Савета Европе у потпуности о мерама које је предузела и разложима за то. Такође ће обавестити генералног секретара Савета Европе када такве мере престану да функционишу и када се одредбе Конвенције поново у потпуности примењују.

<sup>38</sup> *Кипар против Турске*, представка бр. 25781/94, ст. 219, пресуда Великог већа изречена 10. маја 2000. године.

након пажљиве процене ситуације да је дерогација једини начин да се ефикасно ухвати у коштац са кризом. Раније се члан 15 углавном примењивао у контексту тероризма или политичког насиља (нпр. тероризам у Северној Ирској). Међутим, изгледа да епидемија коронавируса подједнако задовољава услове из члана 15. Пандемија је представљала огромну претњу читавим државама, тако да би могла да доведе до „јавне ванредне ситуације“. До средине августа 2020. године, Србија, Јерменија, Албанија, Естонија, Грузија, Летонија, Северна Македонија, Молдавија, Румунија и Сан Марино обавестиле су генералног секретара Савета Европе о својој намери да одступе од ЕКЉП како би сузбиле ширење епидемије. До сада су одлуку о дерогацији повукле Албанија, Естонија, Летонија, Северна Македонија, Молдавија, Румунија и Сан Марино, пошто је темпо избијања успорен. Остале државе чланице су изабрале другачији пут и нису активирале члан 15. Сходно томе, њихове противмере против коронавируса морале су да буду у складу са стандардним одредбама ЕКЉП.

### 3.1. Утицај мера против корона вируса на права и слободе појединца према Европској конвенцији о људским правима

Већина права и слобода садржаних у ЕКЉП су релативног карактера, што значи да су ограничења дозвољена унутар уско дефинисаних области. Многе одредбе ЕКЉП помињу заштиту јавног здравља као један од законских основа за наметање ограничења. Стога су хитне мере које подразумевају ограничења наметнута овим „релативним“ правима већ обухваћене редовним одредбама ЕКЉП и генерално се могу сматрати законитим, ако су пропорционалне и неопходне.<sup>39</sup>

Право предвиђено чланом 2. Протокола 4 је јасно укључено ако се уведу било какве карантинске мере. Међутим, ове сметње могу бити у складу са ЕКЉП ако су уведене у складу са националним законом за заштиту здравља. Осим ако ова ограничења нису несразмерна, тешко је видети како ће Суд утврдити кршење овог члана у контексту пандемије COVID-19.

На врхунцу избијања коронавируса којем смо до сада сведочили, неколико европских влада увело је забрану кретања како би обуздало његово регионално ширење. Ове забране су се разликовале по обиму и интензитету, у распону од ограничавања кретања унутар граница државе

---

<sup>39</sup> Radjenovic A., Eckert, G. *op. cit.*, 2.

до забране људима да напусте државу. Примери ограничења кретања унутар државе су забрана међуградског путовања уведена у Бугарској и Кипру, забрана путовања између копна и одређених острва уведена у Естонији, или географско ограничење наметнуто на кретање у Ирској (максимална удаљеност путовања од 5 км). Без сумње, ове мере су ометале слободу кретања људи као што је садржано у члану 2. Протокола бр. 4 уз ЕКЉП, и имале су значајан утицај на друштва и појединце.<sup>40</sup>

Члан 2 (1) даје свакоме ко се законито налази на територији неке државе право да се слободно креће по њој, као и право да бира место боравка. Према члану 2(3), ова слобода може бити предмет законских ограничења, али само у уско дефинисаним случајевима. Законити разлози обухватају одржавање јавног реда, спречавање криминала, интересе националне безбедности (јавне безбедности), заштиту здравља и морала, као и права и слободе других. У контексту избијања корона вируса, власти држава чланица су углавном позвале на заштиту јавног здравља као основ за доношење мера којима се ограничава слобода кретања и путовања. Као што је наведено у члану 2(3), таква ограничења морају бити наметнута „у складу са законом” и могу се усвојити само ако су „неопходна у демократском друштву” и сразмерна легитимном циљу којем се тежи. Да ли је нека мера премашила стандард пропорционалности процењује Европски суд за људска права, који узима у обзир различите факторе као што су трајање мере, постојање клаузуле о застаревању и прихватљивост изузетака (клаузуле о тешкоћама). У прошлим случајевима, ЕСЉП је нагласио да ограничења слободе и слободе кретања, као што су налози о карантину, треба да остану „привремена мера, која ће се укинути чим то околности дозволе“ и да је њихова примена током „дуготрајног трајања“ вероватно бити несразмеран“ (Куимов против Русије)<sup>41</sup>. У Европи је велика већина мера предузетих у вези са пандемијом временски ограничена или подложна клаузулама о аутоматском престанку рада (нпр. Ирска). Даље, многе мере су укључивале клаузуле о тешкоћама и стога ће вероватно задовољити стандард пропорционалности.<sup>42</sup>

Слично томе, неколико земаља увело је забрану изласка спречавајући своје грађане и становнике да напусте своју територију у

---

<sup>40</sup>*Ibid.*

<sup>41</sup> Куимов против Русије, представка бр. 32147/04, пресуда од 8. јануара 2009. године.

<sup>42</sup>*Ibid.*



циљу обуздавања епидемије (Белгија, Чешка, Литванија и Малта). Ова мера подједнако ограничава слободу кретања људи, тачније право да напусте било коју земљу (укључујући и сопствену), како је предвиђено чланом 2(2). Такво мешање може бити законито, под условом да држава која га намеће поштује услове наведене у члану 2(3) и поштује принцип пропорционалности. Теже мере, као што је затварање у нечији дом или обавезан притвор у сврхе карантина, могу чак довести до лишења слободе, као што је садржано у члану 5. ЕКЉП. Члан 5 свакоме даје право на слободу и безбедност и штити појединце од произвољног притварања и хапшења.

Затварање у домове, односно *lock out* (осим куповине основних животних потребштина) свакако повлачи за собом озбиљно ограничење слободе, али још увек није лишавање слободе у смислу члана 5. Да би га ЕКЉП прогласио таквим зависиће од неколико фактора (надзор власти, итд.). Насупрот томе, принудни притвор у сврхе карантина се у прошлости сматрао лишењем слободе у смислу члана 5 (Куимов против Русије). Таква мера може бити оправдана и стога законита ако се примењује у циљу заустављања ширења заразних болести, као што је предвиђено чланом 5(1)(е). Међутим, како је ЕСЉП у више наврата нагласио, притвор заражене особе може се користити само као „последње средство у циљу спречавања ширења болести” и само „јер су размотрене и утврђено да су мање строге мере недовољне“ за очување јавног здравља (Енхорн против Шведске). У недостатку строге неопходности и пропорционалности, притвор заражене особе престаје да буде законит и може представљати кршење члана 5. У вези са избијањем коронавируса, обавезан притвор у сврхе карантина је, на пример, предвиђен у Ирској.

Посебно треба истаћи да је наш познати и најбољи тенисер света, Новак Ђоковић, био изложен шпекулацијама о томе да је антиваксер<sup>43</sup> и да невакцинисан није могао да уђе у Аустралију. Проблем са Ђоковићевом визом трајао је од 5. јануара када је тенисер слетео у Аустралију како би учествовао на Аустралијан Опену. Ђоковић се нашао у прихватном центру за имигранте у Мелбурну након што му је поништена виза по доласку на аеродром. Прво саслушање пред Савезним судом је одржано у суботу у 10.15, односно у ноћи између петка и суботе по средње европском времену. Након што је Савезни суд Аустралије потврдио одлуку Владе, Ђоковићу је забрањен улазак у ту земљу на

---

<sup>43</sup>Општирније у чланку BBC-ја, доступном на:  
<https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-59911541>

период од три године. Сматра се да је право на слободу кретања Новаку Ђоковићу било суспендовано, али смо мишљења да је Аустралијски суд и државна политика била усмерена на заштиту њиховог народа од евентуалне поновне кризе изазване COVID-ом 19, с тога без обзира што је Новак омиљени играч, ипак треба сагледати и другу страну медаље и забринутост Аустрије због пандемије. Постоје изврсне индиције да се све сводило на то да је циљ да се Новак осрамоти и депортује, под пандемијским параваном.

### 3.2. Стратегија опоравка ЕУ као одговор на пандемију

Криза јавног здравља изазвана избијањем корона вируса еволуирала је у економску и социјалну кризу која је истакла постојеће очигледне економске и социјалне неједнакости и недостатке постојећих система здравствене и социјалне заштите. Стратегије опоравка држава чланица и будући напори морају да се позабаве свим овим питањима, укључујући дискриминацију која је неке људе учинила рањивијим на болест и на економски и друштвени утицај одговора на заустављање ширења вируса.

Уједињене нације су развиле неколико препорука за ову сврху, прецизирајући да:

- стимулативни пакети и други одговори за ублажавање економских утицаја пандемије треба да буду усмерени на људе и да на адекватан начин подржавају групе које су највише погођене губитком средстава за живот;
- постоји потреба за обезбеђивањем сигурности прихода и циљане социјалне помоћи за најугроженије;
- национални и локални планови одговора и опоравка треба да идентификују и успоставе циљане мере за решавање несразмерног утицаја вируса на рањиве групе и појединце.<sup>44</sup>

Европска комисија је предложила план опоравка за Европу како би се осигурао ефикасан одговор ЕУ на кризу корона вируса. План има за циљ да помогне у поправљању економске и социјалне штете коју је нанела криза, да подстакне опоравак економија ЕУ и заштити и отвори радна места. Након ограничавајућег ефекта који су хитне мере држава чланица имале на неке основне слободе, Комисија се обавезала на опоравак заснован на пуном поштовању основних принципа и људских

---

<sup>44</sup>*Ibid.*

права, укључујући мере непосредне помоћи маргинализованим групама погођеним кризом.

Ово је у складу са програмом трио председништва Савета (који су саставиле Немачка, Португал и Словенија, државе чланице које преузимају председавање за наредна три шестомесечна периода од јула 2020. године), који потврђује да план опоравка мора бити заснован на солидарности и да буду инклузивни и у сувласништву свих укључених, уз потпуно поштовање вредности, права и владавине права грађана ЕУ. Три државе чланице такође су се обавезале да ће промовисати бољу заштиту права старијих људи и других угрожених одраслих као начин да се спречи повећање неједнакости и дискриминације било које врсте услед пандемије. Европски парламент, у својој резолуцији од 15. маја 2020. о новом вишегодишњем финансијском оквиру, сопственим ресурсима и плану опоравка, сматра кључним да се опоравак бави социјалним и економским неједнакостима и потребама оних који су најтеже погођени кризом, као што су жене, мањине и оне на или испод границе сиромаштва. Парламент такође позива Комисију и државе чланице да предводе напоре за опоравак и трансформацију који су резултат пандемије на међународном нивоу, истовремено подржавајући вредности солидарности, заштите људских права, демократских принципа, владавине права и мултилатерализма.

Европска мрежа националних институција за људска права поздравља стратегију ЕУ за стимулисање привреде и подршку средстава за живот, истовремено наглашавајући да сва људска права, укључујући економска и социјална права, треба да усмеравају примену таквих мера. Мрежа наводи неколико тачака које би ЕУ и државе чланице требало да узму у обзир приликом осмишљавања плана опоравка за социјално кохезивно и одрживо друштво. На пример, фонд ЕУ за опоравак би требало да обезбеди бесповратна средства државама чланицама којима је потребна како би људи широм ЕУ могли да уживају минимални суштински ниво социоекономских права, укључујући права на становање, здравље, храну, воду, санитарије, образовање, социјално осигурање и рад. Штавише, детаљна процена утицаја мера опоравка на људска права може помоћи у заштити људи од дискриминације и спречити ширење постојећих неједнакости.

## ЗАКЉУЧАК

Са циљем обуздавања ефеката COVID-19 изазваног коронавирусом познатим као SARS-CoV-2, државе широм света усвојиле су широк спектар мера које имају заједничку карактеристику: ограничавање слободе кретања као основног људског права. Људска права настављају да се примењују чак и када држава прогласи ванредно стање или одступи од својих обавеза из области људских права. Међутим, подједнако је важно да када криза прође, опоравак буде вођен тим правима.

Оно што овај рад јасно показује јесте да људска права у целини и ЕКЉП посебно нису препрека ефикасним владиним мерама усмереним на пандемију. Такође показује да је у хитним случајевима посебно кључно држати се људских права, држати власти одговорним иу одређеним границама јер кризно законодавство које даје нова широка овлашћења извршној власти може имати дуготрајне несразмерне ефекте на наше животе, наше слободе и наша друштва.

Ограничавање слободе кретања током пандемије је имало велику корисност, а то је заштита живота и здравља људи. Ови параметри наводе нас на закључак да су мере изолације исправно донете под претпоставком да здравље и живот морају бити изнад свих основних права, будући да су материјални ослонац осталих основних права и слобода. Анализа тренутка када су мере обавезног карантина донете у односу на број оболелих и умрлих показала је да је у оним земљама где су мере донете са нижим стопама заражених, утицај пандемије био мањи. Директна веза између ових података показује да су затварање и ограничења слободе кретања били неопходни за управљање здравственом кризом како би се заштитили животи, здравље и добробит грађана.

Уколико посматрамо праксу Европског суда за људска права, уочавамо да се ограничавање слободе кретања примењивало само на појединце, док је под применом тзв. антиковид мера дошло до намерног затварања (lock-out-a) и карантина у циљу спречавања ширења заразе. У неким земљама је покренута дискусија о томе да ли су примењена ограничења усвојена на законит начин или су нарушила основна права. Док је изолација утицала на те слободе, локаут је успостављен да би се заштитила основна и људска права других као што су живот, здравље и физички интегритет грађана. Дискусија о смањењу слободе кретања као слободе мора се превазићи, стављајући фокус на њену корисност за

заштиту живота и здравља људи. Међутим, упркос објективној неопходности оваквих мера, у таквој ситуацији интервенцију државе треба темељно одмерити како не би дошло до кршења људских права.

## ЛИТЕРАТУРА

- Vansweevelt, T. Dewallens, F. Healthcare law and the COVID-19 outbreak in Belgium. *Medicine and Law*, 39 (2)/2020, pp. 131-150.
- Vervaele, J. „Judicial Co-operation in the European Union”, Integrated security in Europe, a democratic perspective, News of the College of Europe – Nouvelles du Collège d’Europe Collegium n° 22, Bruges, 2001, p. 44-50.
- Гајин, С. *Људска права – Правно-системски оквир*. Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд, 2012.
- Griffin, J. *On Human Rights*, Oxford University Press, 2011.
- Димитријевић, В., Поповић, Д., Папић, Т., Петровић, В. *Међународно право људских права*, Београд, 2007.
- Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода  
Протокол 7 уз Конвенцију за заштиту људских шрава и основних слобода  
Иблер, В. *Рјечник међународног јавног права*, Загреб, 1987.
- Извештај Регионални округли сто на даљину („онлајн“) “Видеоконференција у судским поступцима: стандарди људских права”, 2020.
- Keller, H., Stone Sweet, A., *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Krivokapić, B. „The Position of People in the State Owning and Feudal Societies – the First Human Rights?”, *Megatrend Revija – Megatrend Review* 2, 2014, 3-34.
- Крстић, И., Маринковић, Т. *Европско право људских права*. Савет Европе, Београд, 2016.
- Новаковић, М. *Однос државе према људским правима кроз непосредну примену међународних конвенција*, Београд, 2013, стр. 220.
- Ortiz, M. L. L. Restrictions on freedom of movement and residence in the European Union due to COVID-19, *Journal of Modern Science*, 45/2020, pp. 105-120.
- Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крсић, И. *Међународна људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2014.
- Radjenovic A., Eckert, G. *Upholding human rights in Europe during the pandemic*, 2020.
- Сахацић, М. Међународно право људских права: заштита појединаца и скупина, „Актуелност и значај људских права и слобода“, *Зборник*

- радова Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, 2011.*
- Симовић, Д., Станковић, М., Петров, В. *Људска права*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018.
- Zolka, V., Tsarenko, O., Kushnir, I., TsarenkoS., Havrik, R. “The Impact of the Pandemic Covid - 19 on the Human Right to Freedom of Movement.” *European Journal of Sustainable Development*. 10, 1/2021, pp. 376-388.
- Wilhelm, K. E. Freedom of Movement at a Standstill? Toward the Establishment of a Fundamental Right to Intrastate Travel. *Boston University Law Review*, 6/20210, pp. 2461-2497.
- Универзална декларација о људским правима (1948)  
Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966)

Jelena JAKŠIĆ

Teaching Assistant, University of Priština in Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

## FREEDOM OF MOVEMENT AND PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

### Summary

The human right to liberty is proclaimed a fundamental right in Article 6 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000 / C 364/01), which embodies in Article 45 the freedom of movement and residence as a right of citizens. The article discusses the impact of the COVID-19 pandemic on human rights, especially the right to freedom of movement. This article aims to analyze the case law of the European Court of Human Rights on restrictions on freedom of movement. The purpose of the article is to examine whether the restrictions introduced to prevent the spread of the infection were legitimate and necessary. General and special scientific methods were used in the research process, such as dialectical, comparative, dogmatic and legal methods. The analysis shows that during the pandemic of the COVID-19 virus, the right to freedom of movement was suspended, in order to prevent the spread of the contagious virus, all with the aim of protecting human life and health, which is considered legitimate.

**Keywords:** European Union, European Court of Human Rights, human rights, freedom of movement, restrictions on freedom of movement, pandemic, COVID-19, health crisis.



прегледни рад  
достављен: 30. 03. 2022.  
прихваћен за објављивање: 30. 04. 2022.  
УДК 341.645.5(4)  
341.231.14

Јелена ЈОВАНОВИЋ\*

## ПОСТУПАК ЗАШТИТЕ ПРАВА И СЛОБОДА ПРОКЛАМОВАНИХ ЕВРОПСКОМ КОНВЕНЦИЈОМ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА

### Апстракт

Европски суд за људска права представља примарни орган надзора над поштовањем Европске конвенције и заштите људских права и слобода. Након наступања правоснажности пресуде Европског суда за људска права (у даљем тексту суд), којом је утврђена бар једна повреда права гарантованих Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и протокола уз њу, држава на коју се односи пресуда има обавезу да предузме одговарајуће мере како би се пресуда извршила. Обавезност пресуде за државе потписнице Конвенције произлази из чланова 1. и 46. Високе стране уговорнице јемче свакоме у својој надлежности права и слободе предвиђене Конвенцијом. Ратификацијом Конвенције државе су се обавезале да се повинују и изврше правоснажну пресуду у сваком предмету у ком су странке.

**Кључне речи:** Европски суд за људска права, поступак пред Судом, дејство пресуда.

### 1. УВОД

Европски суд за људска права установљен је 21. јануара 1959.године, пошто је осам земаља уговорница доставило декларације

---

\* Докторанд, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, адвокат  
adv.j.jovanovic@gmail.com

којима признају обавезну надлежност Суда, а како се тражило по тадашњој верзији Конвенције.<sup>1</sup>

Ступањем на снагу Протокола 11 уз Европску конвенцију дошло је до реформе суда. Суд је успостављен као стални орган Конвенције који има обавезну надлежност за све чланице Савета Европе (члан 19 Европске конвенције). Тиме је нови стални суд почео да обавља послове претходне Европске комисије за људска права и старог Европског суда за људска права, а уједно су створени услови за директно обраћање суду, па је и то делимично утицало на пораст предмета пред судом.<sup>2</sup>

Пред Европским судом за људска права постоје три врсте надлежности:

Надлежност *ratione personae* регулисана је чланом 1. Конвенције и односи се на територијалну надлежност држава уговорница, што значи да представку могу поднети и лица која се налазе на територији државе уговорнице, независно од њиховог држављанства. Само изузетно се може признати дејство Конвенције у вршењу екстратериторијалне надлежности држава уговорница.

Надлежност *ratione materiae* предвиђена је чланом 19. Конвенције и значи да је у надлежности Европског суда поштовање обавеза из Конвенције и протокола уз њу које су прихватиле стране уговорнице.

Надлежност *ratione temporis* значи да суд у обзир узима акте и пропусте држава уговорница који су настали после ратификације Конвенције и протокола, као и акте који су настали пре ратификације Конвенције а који су настављени после ступања на снагу Конвенције за државу уговорницу.<sup>3</sup>

### 1.1. Судски поступак

Иницијални акт којим се покреће поступак пред Судом је представка, чија је форма стандардна (*application from*). Конвенција предвиђа две врсте представки. Чланом 33. установљена је међудржавна представка коју може да поднесе држава потписница Конвенције против

---

<sup>1</sup> В. Димитријевић, М. Пауновић, „Надзор међународних организација над поштовањем људских права“, текст у зборнику „Права и слобода, Међународни и југословенски стандарди“, Београдски центар за људска права, Београд, 1995, 77.

<sup>2</sup> М. Пауновић, С. Царић, *Европски суд за људска права-надлежност и ток поступка*, Београд, 2007, 120.

<sup>3</sup> Зорица Јовановић против Србије бр. 21794/08, пресуда од 26.03.2013. године.

друге државе потписнице, уколико сматра да је та држава прекршила одредбе Конвенције. Друга врста представки које су регулисане чланом 34. Конвенције су појединачне представке, које су овлашћени да поднесу појединци, невладина организација или група лица, која се жале на повреду људских права које гарантује Европска конвенција и додати протоколи. Појединачне представке чине више од деведесет посто свих представки пред Судом.

У поступку пред Судом постоји могућност интервенције трећих лица односно умешача. Умешачи у поступку могу бити: држава чији је држављанин подносилац представке, било која држава потписница Конвенције, свако друго лице, као и Комесар за људска права Савета Европе. Свака држава уговорница, овлашћена је да упуту поднесак и учествује у расправи пред судом, када је њен држављанин подносилац представке.<sup>4</sup>

## 1.2. Заступник пред Европским судом за људска права

У Републици Србији Законом о правобранилаштву<sup>5</sup> чланом 13. став 1. предвиђено је да Државно правобранилаштво заступа Републику Србију пред Европским судом за људска права у складу са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и додатним протоколима уз ову конвенцију.

Заступник пред Судом има следеће обавезе и овлашћења: обавља комуникацију између државе и Суда, заступа државу пред судом, сарађује са надлежним органима у земљи као што су судови, министарства, органи управе, интервенише у појединим случајевима пред судом, преговара о пријатељском поравнању, прати спровођење пресуда Суда и доставља информације Комитету министара Савета Европе о мерама које је влада држава респондента преузела у вези са спровођењем пресуда. Правни статус заступника у домаћем правном систему регулисан је Законом о државном правобранилаштву.

## 2. ОКОНЧАЊЕ ПОСТУПКА ПРЕД СУДОМ

Поступак пред Европским судом може се завршити на пет начина:

---

<sup>4</sup> Марковић и др. против Италије бр. 23037/04, пресуда од 23.04.2007. године.

<sup>5</sup> Закон о правобранилаштву „Службени гласник РС“, број 55/20014.

1. доношењем пресуде и пријатељским поравнањем.
2. повлачењем представке од стране подносиоца. Подносилац представке има право да повуче представку. Међутим, Суд може да одбије да скине представку са листе случајева, уколико сматра да је реч о случају који захтева даље истраживање.
3. када је подносилац представке пасиван, Суд на основу члана 37. Конвенције, може да скине представку са листе случајева.
4. решењем спорног правног питања.
5. када се из сваког другог разлога покаже да даље разматрање представке није потребно.<sup>6</sup>

Ипак, основни начини окончања судског поступка пред судом јесте доношење пресуде и пријатељско поравнање.

### 2.1. Пријатељско поравнање

Већ приликом првог обраћања држави респонденту, Суд ће изаћи са предлогом да се склопи пријатељско поравнање или према чл. 38, став 1б, Суд се „ставља на располагање странама у спору како би се постигло пријатељско поравнање засновано на поштовању људских права установљених Конвенцијом и протоколима уз њу.“<sup>7</sup> Уколико дође до закључења пријатељског поравнања, Суд предмет скида са листе случајева пред судом. Пријатељско поравнање има исту снагу као и пресуда, тако да Комитет министара Савета Европе, прати спровођење поравнања.

Једностране декларације (unilateral declaration) представљају једнострану изјаву воље дате од стране овлашћеног заступника пред Европским судом за људска права. Изјава се може дати до окончања поступка и представља један од начина окончања поступка. Овом изјавом овлашћени заступник нуди одговарајуће задовољење и евентуално признање кршења Конвенције, због чега се и води поступак.

Европски суд може да не усвоји једнострану декларацију, уколико сматра да заштита људских права захтева наставак пред судом. Оно што је карактеристично за једнострану декларацију, је то да се не тражи сагласност подносиоца представке за прихватање једностране декларације.

---

<sup>6</sup> С. Царић *Европски систем људских права*, Факултет за економију и инжењерски менаџмент, Универзитет привредна академија Новом Саду, Нови Сад, 2012, 139.

<sup>7</sup> М. Пауновић, С. Царић, *Европски суд за људска права*, Београд, 2006, 88.

## 2.2. Пресуда

Суд мериторно одлучује о прихватљивости представке у форми пресуде. Изреком пресуде констатује се да ли је Суд утврдио повреду Европске конвенције и протокола уз Конвенцију или да је утврдио да није било кршења. Уколико Суд утврди кршење неке од одредаба у изреци се наводи које су одредбе тачно прекршене од стране државе уговорнице и у складу са тим даће налог Виској страни уговорници да предузме радње у циљу отклањања утврђене повреде конвенције и спречавања даљег кршења права.

Сваки судија који је учествовао у разматрању предмета има право да приложи пресуди своје издвојено мишљење, мишљење које се супроставља пресуди или није у сагласности са њом, или само изјаву о неслагању.<sup>8</sup>

Пресудом Суд утврђује да ли је дошло до повреде Конвенције и на тај начин повреда права подносица представке које му гарантује Конвенција. Уколико суд утврди да је држава уговорница прекршила Конвенцију, наложиће истој да предузме мере у циљу отклањања повреда. Циљ је да се успостави стање које је било пре повреде, односно враћање у пређашње стање (реституција).

## 2.3. Пилот-пресуда

Европска конвенција за људска права не садржи појам пилот-пресуда. Међутим, у оквиру новије судске праксе, настала је пилот-пресуда. У погледу самог појма ове врсте пресуде нема сагласности. Она по својој садржини и форми је као и свака друга пресуда. Доношењем пилот-пресуда решавају се проблеми који настају на нивоу унутрашњег права. Наиме, у случајевима поремећаја функционисања националних правних система услед непостојања одговарајућег законског уређења, дешава се да се пред Европским судом нађе велики број случајева са истоветним садржајем, односно исто кршење Европске конвенције. Стога, у оваквим ситуацијама Европском суду није циљ само да реши један конкретан случај, већ се тада суочава и са изазовом репетативних случајева доносећи пилот-пресуду с циљем да се отклони системски проблем у држави. Прва таква пресуда је у предмету Брониовски против

---

<sup>8</sup> Rules of Court, Registry of Court, Strasborug, rule 74.

Пољске<sup>9</sup>, након чега се веома брзо ова пракса развијала. Сврха ове пресуде је да се Суд растерети и да се пружи могућност да држава нађе решење за свој проблем, који је настао у њеном унутрашњем правном систему.<sup>10</sup>

Пословником Европског суда 21. фебруара 2011. године кодификована је судска пракса у погледу пилот-пресуда.<sup>11</sup> Европски суд доноси пилот-пресуду када чињенице једног случаја указују на постојање системског проблема у једној држави а који може изазвати понављање оваквих случајева у пракси суда. На основу члана 46. Европске конвенције, Суд налаже одговорној држави усвајање општих мера којим ће се унутрашње право ускладити са правилима Европске конвенције и додатим Протоколима уз Конвенцију. Поступак доношења пилот-пресуде је исти као и за све друге пресуде, оно што је карактеристично за пилот-пресуду је то што Суд у изреци ове пресуде утврђује постојање системског недостатка у унутрашњем праву државе уговорнице и налаже јој да предузме опште мере којима ће отклонити недостатак који је узроковао појаву масовне повреде права. Такође у изреци пресуде ће дати препоруку које мере држава треба да предузме.<sup>12</sup> Дакле, оно што је специфично за пилот пресуду је да се мора утврдити постојање системског недостатка у унутрашњем правном систему државе уговорнице. Тај недостатак може бити последица постојања закона чије одребе нису у сагласности са одредбама Конвенције или судске или административне праксе која није у сагласности са Конвенцијом. Овакви недостаци морају довести до учесталог и масовног кршења људских права услед чега се Суду подноси велики број представки са истоветним садржајем. На крају, потребно је да Суд у изреци пресуде изричито наложи одговорној држави да предузме мере опште по природи и отклони недостатак како би престало кршење људских права, за шта се оставља одређени рок.

Када се донесе пилот-пресуда, Суд прекида поступак у осталим репетативним случајевима док не истекне рок за предузимање наложене мере. Ако држава отклони системски недостатак остали случајеви ће се решити пред унутрашњим органима.

---

<sup>9</sup> V.Broniowski против Пољске број 31443/96, пресуда од 15. децембра 2004. године.

<sup>10</sup> Д. Поповић, *Европско право људских права*, Београд, 2012, 79.

<sup>11</sup> Rules of Court, Registry of Court, Strasbourg, rule 61  
[http://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG](http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG) 13.01.2016.

<sup>12</sup> Д. Поповић, *Европско право људских права*, Београд, 2012, 145.

## 2.4. Правни лекови и правоснажност пресуде

Да би се једна пресуда могла извршити, неходно је да буде правоснажна. Правоснажност пресуде наступа:

- а) када странке изјаве да се неће обраћати Великом већу;
- б) када протекне три месеца након доношења пресуде ако се не тражи да пресуда буде изнета пред Велико веће;
- в) када колегијум (панел од петоро судија) одбије захтев за обраћање Великом већу;
- г) пресуда Великог већа је правоснажна.

## 3. ДЕЈСТВО ПРЕСУДЕ

Судска пресуда представља крајњи исход вођење једног судског поступка, али суштински гледано, тек њеним потпуним извршењем остварује се ситуација због које је читав поступак покренут. Дакле, сврха вођења сваког судског поступка није самоисходовање пресуде него њено извршење.

Према Европској конвенцији пресуда Европског суда за људска права је одлука која делује између странака и обавезујућа је само за странке. Значи, Европски суд утврђује постојање повреде људског права у конкретном случају и пресуда делује и обавезујућа је само према држави која је у поступку у коме је пресуда донета учествовала као странка. На другој страни је подносилац представке бенефицијар који стиче право да захтева спровођење одлуке. Поступак извршавања пресуда Европског суда је битна фаза судског поступа и представља његов интегрални део.

Циљ поступка пред Европским судом је отклањање повреда Европске конвенције који се може остварити тек извршењем пресуда. Извршење судске пресуде представља саставни део основног људског права на правично суђење у разумном року, у складу са чланом 6. Европске конвенције о људским правима. Дакле, све државе чланице имају обавезу да омогуће да сва лица која добију правоснажну и извршну пресуду суда имају право на извршење те пресуде као и могућност да то и остваре. Из члана 46. Европске конвенције произлази да пресуда нема дејство *erga omnes* тако се заинтересована лица којима је повређено неко право из Конвенције не могу позвати пред надлежним органима државе, која им је повредила право, на већ донете пресуде против друге државе,

које се односе на слично чињенично стање, нити на пресуде донете против те државе ако нису учествовале као странке у поступку у коме је донета пресуда на коју се позивају. Важно је напоменути да је одлука Суда деклараторне природе. То значи да Суд може констатовати повреду Европске конвенције и досудити накнаду (*just satisfaction*) и трошкове поступка. Високе стране уговорнице су обавезне да предузму све мере у корист подносиоца представке како би се спречила даља злоупотреба права, уклониле настале последице (*restitutio in integrum*) и предупредило ново кршење људских права.<sup>13</sup>

Пресуда Европског суда има прецедентни карактер. Ово значи да Европски суд, приликом доношења пресуде има у виду своје раније одлуке у сличним предметима и доста ретко одступа од раније заузетих ставова.<sup>14</sup> Одлуке Европског суда имају велики ауторитет не само на државе уговорнице на које се односе, већ и на све друге државе потписнице Конвенције. У већини држава постоји обавеза заступника државе да прати пресуде односно праксу Суда, анализира исте и на тај начин утиче уколико се у одређеним земљама појаве истоветни проблеми слични проблемима који су условили доношење одређене пресуде по поднетој представи. Уколико утврди постојање сличних проблема, заступник има обавезу да укаже на потребу измене одређених прописа или праксе и да се то усклади са Конвенцијом. На овај начин пресуда може да значајно утиче на законодавство и судску и административну праксу не само државе против које је донета већ и других држава уговорница, које идентификују сличне несагласности са Конвенцијом у свом правном систему.<sup>15</sup> Пример за наведено је у случају Ковачић и др. против Словеније<sup>16</sup>, пресудом у овом предмету Суд је налжио државама бивше Југославије да доставе извештаје у вези са предузетим мерама у вези са случајем старе девизне штедење.

Када се ради о пилот-пресудама, треба напоменути и њихове особености приликом извршења. Специфичност пилот-пресуда огледа се у томе што се извршењем једне пресуде ове врсте отклањају последице

---

<sup>13</sup> С. Царић, *Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд, 2011, 281.

<sup>14</sup> М. Пауновић, С.Царић, *Европски суд за људска права*, Београд, 2007, 83.

<sup>15</sup> Љ. Мијовић, „Утицај одлука Европског суда за људска права и правне системе држава чланица Вијећа Европе с посбеним освртом на Босну и Херцеговину“, *Годишњак прваног факултета у Бања Луци, број 31/32*, Бања Лука, 2010, 243.

<sup>16</sup> Ковачић и др. против Словеније представка број 44574/98, 45133/98 и 48316/99, пресуда од 03. октобра 2008. године.



повреде људских права према већем број апликаната. Када одговорна држава изврши пресуду и отклони недостатак који је узроковао масовно кршење права отклањају се последице и према свим осталим лицима чија су права повређена на идентичан начин, без потреба да се посебно поступа по њиховим представкама и да се за све случајеве доноси пресуда. Из изнетог закључујемо да пилот-пресуда има шире дејство од редовних пресуда. Она не делује само између странака у поступку већ се пилот-пресудом ствара обавеза за одговорну државу према свим лицима којим је повређено право из Конвенције на истоветан начин као подносиоцу представке у чију корист је пресуда донета. Пилот-пресудама отклањају се системски недостаци у унутрашњем правном систему, те се поставља питање у погледу дужине рока који се оставља држави уговорници за отклањање системског недостатка у унутрашњем правном систему једне државе. Неке пресуде, пре свега прве пилот-пресуде, не садрже никакво одређење рока, док се касније може уочити тенденција прецизирања таквог временског периода. Изузетно је тешко унапред одредити један општи рок за усвајње наложених мера, обзиром да идентификовани недостатак унутрашњег права представља последицу једног коренитог проблема у самој структури правног система, чиме отклањање таквог недостатка чини комплексним и његово отклањање сложеним процесом, чије ће трајање зависити од околности конкретног случаја. Затим, треба водити рачуна да остављени рок не сме бити сувише дуг, али са друге стране, одговорној држави ипак треба оставити довољно времена да уведе новине, било оне законодавне или административне природе.<sup>17</sup> Из наведеног произлази да јединственог правила нема, већ да је на оцени Суда да, у сваком конкретном случају, ценећи све релевантне околности, одреди један разуман рок за реакцију одговорне државе, али да је одређење таквог рока од великог значаја, јер је на крају крајева и циљ да се на тај начин одговорна држава подстакне да што пре отклони учињену повреду.

Ипак, без обзира на тенденцију која је присутна у новијој пракси да Суд у својим одлукама предлаже одговорној држави да предузме тачно одређену меру ради отклањања повреде Конвенције, пресуде и даље задржавају деклараторни карактер, зато што Суд не може издавати наредбе државама уговорницама да отклоне повреду на тачно одређен начин, које би их обавезивале. Иако је пресуда обавезујућа, сам налог да се предузме одрђена мера не обавезује одговорну државу. Тако пресуде не

---

<sup>17</sup> Д. Поповић, *Европски суд за људска права*, Београд, 2008, 100.

могу извршити директно утицај на правни поредак и праксу државних органа одговорне државе, пре свега јер ни Суд ни било који други орган Савета Европе не може спровести извршење пресуде, већ је њено извршење у надлежности државе, а при том треба имати у виду да саме државе могу одабрати начин на који ће отклонити констатовану повреду Конвенције, па пресуде Европског суда за људска права не представљају извршни наслов као домаћа пресуда.<sup>18</sup>

#### 4. ИЗВРШЕЊЕ ПРЕСУДА

Приликом самог пријема у Савет Европе свака држава мора прихватити да поштује принципе гарантовања људских права и слобода свим лицима под својом јурисдикцијом. Сваку државу за коју се сматра да може и да је вољна испунити захеве за поштовање људских права Комитет министара Савета Европе може позвати да постане чланица Савета Европе. Али исто тако свакој држави чланици Савета Европе која озбиљно прекрши обавезу поштовања људских права и основних слобода могу бити ускраћена права представљања и може бити позвана од стране Комитета министара да се повуче из чланства Савета Европе.<sup>19</sup>

Када се правоснажном пресудом утврди да је држава уговорница прекршила неку од одредаба Конвенције и протокола уз њу, држава има три обавезе:

- дужна је да прекине са даљим кршењем људских права;
- да накнади штету и отклони последице повреде, што је могуће исплатом одређене суме новца или изменом закона или праксе и
- да предузме потребне мере да се не понови повреда.<sup>20</sup>

Начин на који ће држава да изврши своју обавезу која јој је наложена пресудом Суда односно коју ће меру да предузме је одлука саме

---

<sup>18</sup> М. Настић, *Уставно правни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима*, Ниш, 2007, 123, 124.

<sup>19</sup> М. Настић, *Уставно правни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима*, Ниш, 2007, 147.

<sup>20</sup> E.Lambert – Abdelgawad, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2002, 10.

државе. Пресудама Суда ретко се држави изричито налаже да предузме конкретне мере како би се отклониле повреде права, чак и у случају тачног налога или препоруке за предузимање одређене мере држава није у обавези да их предузме. Оно што је битно је да држава уговорница која је прекршила одредбе Конвенције, дужна да предузме ефикасне мере које ће отклонити узрок који је довео до повреда, док је она сама слободна да одабере меру са којом ће се отклонити повреда.

#### 4.1. Предмет извршења

Предмет извршења пресуде Европског суда је спровођење мере којом се може извршити обавеза из пресуда. То може бити правична сатисфакција односно исплата новчане своте или конкретна чинидаба која подразумева усвајање појединачне мере, а може бити и усвајање опште мере.

Имајући у виду да је пресуда Европског суда деклараторне природе, Суд једино може констатовати повреду Европске конвенције и досудити наканду (*just satisfaction*) и трошкове поступка. Правично задовољење је у суштини правична накнада коју може тражити сваки подносилац представке у писаним запажањима о суштини ствари или путем писаног захтева најкасније два месеца од дана доношења одлуке о прихватљивости представке. Захтев је стриктан, уколико се то не учини у овом року Суд по приговору заступника државе да је захтев неблаговремен може да одлучи да не досуди накнаду подносиоцу представке, чак и у случају да је пресудом утврђена повреда одредаба Конвенције.<sup>21</sup> Пример за то је случај Филиповић против Србије.<sup>22</sup> Правична накнада најчешће се досуђује у случајевима где подносилац представке захтева накнаду нематеријалне штете.

Правично задовољене може се остварити само исплатом досуђене суме новца, међутим када се ради о индивидуалним мерама, држава уговорница има избор приликом одабира индивидуалне мере којом ће извршити меру. У пракси суда најчешћи случајеви су да суд пресудом поред досуђене суме новца, држави наложи да изврши и неку меру како би се отклонила постојећа повреда Конвенције. Дакле, када правичним

---

<sup>21</sup> С. Царић, *Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд, 2012, 263.

<sup>22</sup> Филиповић против Србије број 13909/05, пресуда од 06.11.2007.године.

задовољењем није могуће отклонити повреду Конвенције, пресудом Суда се налаже предузимање одређених мера с циљем отклањања последица повреде. Стране уговорнице су, такође, у обавези да предузму неопходне мере у корист подносиоца представке како би се спречила даља злоупотреба права, уклониле настале последице (*restitutio in integrum*) и предупредило ново кршење права. То значи обавеза предузимања одређених индивидуалних мера.<sup>23</sup>

Када се ради о индивидуалним мерама које држава треба да предузме, избор конкретне мере зависи пре свега од самог случаја и карактера повреде. Такве мере су нпр. поновно отварање судског поступка, брисање кривичног досијеа, давање боравишта, укидање одлуке о депортацији, екстрадицији итд. Једна од најзначајнијих мера јесте поновно отварање поступка. Понављање поступка предвиђено је новим законским решењима у управном, кривичном и парничном поступку.

Некада је за реализацију конкретне обавезе неопходно ради реализације исте предузети и опште мере. Сврха општих мера је да се спрече нове или сличне повреде у будућности. Предузимањем општих мера утиче се не само на подносица представке и конкретан случај већ и на неодређен број лица која се нађу у ситуацији коју регулише предузета општа мера. Ове мере се најчешће предузимају у случају када се утврди недостатак у уставним актима, закону, подзаконским актима, односно свим општим актима који регулишу права неодређеног броја лица. Најчешћи узроци повреде Конвенције су непримерено дуго трајање поступака у коме се доноси одлука или поступка извршења.

Пресудама Европског суда, државама које су прекршиле одредбе Конвенције налаже се да отклоне повреду с тим што им се препушта одабир мера путем којих ће отклонити повреду. Међутим у новијој пракси Суда јављају се случајеви где се оговорним државама налажу конкретне мере за отклањање повреда и њених последица. Наиме, Суд може у пресуди да наложи одговорној држави да предузме тачно одређену општу или појединачну меру или да да препоруку која је саставни део образложења пресуде.

---

<sup>23</sup> С. Царић, *Европски систем људских права*, Нови Сад, 2011, 156.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Можемо закључити да је заштита људских права и основних слобода на међународном нивоу развијена. Да би се оставрила ова заштита неопходно је искористити сва правна средства која подносиоцу стоје на располагању у оквиру домаћег права. Из наведеног произлази да и судска пракса Европског суда има велики и обавезујући утицај и на унутрашње право чланица Савета Европе. Пресуда Европског суда на посредан начин утиче на правни систем држава уговорница имајући у виду обавезност надлежних органа одговорне државе да спроведе све неопходне мере како би се отклонила повреда права, успоставило стање које је постојало пре кршења права као и да спречи да дође до поновног кршења права на истоветан начин. У случају да је до повреде дошло услед несагласности одређеног закона са Конвенцијом, у том случају је неопходна и промена и закона коју нису у сагласности са Конвенцијом.

## ЛИТЕРАТУРА

В. Димитријевић, М. Пауновић, „Надзор међународних организација над поштовањем људских права“, текст у зборнику „*Права и слободе, Међународни и југословенски стандарди*“, Београдски центар за људска права, 1995, Београд, 77.

М. Пауновић, С. Царић, *Европски суд за људска права-надлежност и ток поступка*, Београд, 2007, 120.

Зорица Јовановић против Србије бр. 21794/08, пресуда од 26.03.2013. године.

Марковић и др. против Италије бр. 23037/04, пресуда од 23.04.2007. године.

Закон о правобранилаштву „Службени гласник РС“, број 55/20014.

С. Царић *Европски систем људских права*, Факултет за економију и инжењерски менаџмент, Универзитет привредна академија Новом Саду, Нови Сад, 201,139.

М. Пауновић, С. Царић, *Европски суд за људска права*, Београд, 2006, 88.

Rules of Court, Registry of Court, Strasborug, rule 74.

В. Broniowski против Пољске број 31443/96, пресуда од 15. децембра 2004. године.

Д. Поповић, *Европско право људских права*, Београд, 2012,79.

Rules of Court, Registry of Court, Strasbourg, rule 61

[http://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG](http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG) 13.01.2016.

Д. Поповић, *Европско право људских права*, Београд, 2012, 145.

С. Царић, *Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд, 2011, 281.

М. Пауновић, С.Царић, *Европски суд за људска права*, Београд, 2007, 83.

Љ. Мијовић, „Утицај одлука Европског суда за људска права и правне системе држава чланица Вијећа Европе с посбеним освртом на Босну и Херцеговину“, *Годишњак прваног факултета у Бања Луци, број 31/32*, , Бања Лука, 2010, 243.

Ковачић и др. против Словеније предатка број 44574/98, 45133/98 і 48316/99, пресуда од 03. октобра 2008. године.

Д. Поповић, *Европски суд за људска права*, Београд, 2008,100.

М. Настић, *Уставно правни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима*, Ниш, 2007,123,124.

М. Настић, *Уставно правни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима*, Ниш, 2007, 147.

Е.Lambert – Abdelgawad, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2002,10.

С. Царић, *Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд, 2012, 263.

Филиповић против Србије број 13909/05, пресуда од 06.11.2007.године.

С. Царић, *Европски систем људских права*, Нови Сад, 2011,156.

**Jelena JOVANOVIĆ**

PhD candidate, University of Novi Sad, Faculty of Law

Attorney at Law

PROCEDURE FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS AND  
FREEDOMS PROCLAIMED BY THE EUROPEAN CONVENTION FOR  
THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL  
FREEDOMS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

**Summary**

Upon admission to the Council of Europe, each state must agree to respect the principles of guaranteeing human rights and freedoms to all persons under its jurisdiction. The European Court of Human Rights is the primary oversight body for compliance with the European Convention and the protection of human rights and freedoms. Following the entry into force of the judgment of the European Court of Human Rights, which found at least one violation of the rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its protocols, the state is obliged to take appropriate measures to enforce the judgment. The obligation of a judgment for States Parties to the European Convention stems from Articles 1 and 46. The High Contracting Parties warrant to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms set forth in the Convention. By ratification of the Convention, the states have undertaken to comply and enforce a final judgment in each case in which they are parties.

**Keywords:** European Court of Human Rights, proceedings before the Court, enforcement of judgments.



## УПУТСТВО АУТОРИМА

### 1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Рукопис рада мора бити компјутерски обрађен коришћењем програма WORD, на формату странице А4, у фонту Times New Roman (величина фонта 12pt, размак између редова 1,5), писан на српском језику, ћириличним писмом (Serbian, Cyrillic Serbia). Уколико је рад писан на неком од страних језика у широј употреби у међународној комуникацији, потребно је да садржи резиме и кључне речи на српском језику и писму.

Обим рада је један ауторски табак, који, према претходним упутствима износи до 16 страна компјутерски обрађеног текста.

Рад се предаје у електронском облику и подлеже обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

### 2. ФОРМА И СТРУКТУРА

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводе се подаци о аутору (ауторима): академска титула, име и презиме, звање, афилијација (у фусноти и електронска адреса). Ови подаци се достављају и на енглеском језику, уз резиме.

НАСЛОВ рада се пише на средини, великим словима, фонт 12, након чега следе апстракт обима до 20 редова и кључне речи (максимум пет).

ПОДНАСЛОВИ се пишу на средини, великим словима, фонт 12, и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. малим словима, фонт 12, 1.1.1. – малим словима, фонт 12, итд.

Након интегралног текста рада, следе резиме (Summary) обима до једне стране, са подациома о аутору, насловом рада и кључним речима на енглеском језику (максимално пет), као и попис коришћене литературе (редослед: азбучни ред према почетном слову презимена аутора).

### 3. ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

Књиге се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив (*италик*), место издања, година издања (курентом – обично). Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., рр. и слично).<sup>1</sup>

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом пре места издања. Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.<sup>2</sup>

Уколико се у раду цитира текст одређеног аутора, **код поновљеног цитирања** тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи ознака *op. cit* и број стране.<sup>3</sup>

Уколико се цитира **више радова истог аутора**, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка.

Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају ћирилична слова а, б, в, г, итд., после чега следи само број стране.<sup>4</sup>

Уколико постоји **више аутора** књиге или чланка (**до три**) раздвајају се зарезом.<sup>5</sup>

Уколико се цитира књига (чланак) са **више од три аутора**, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице *et al.*<sup>6</sup>

Наредно цитирање.<sup>7</sup>

Уколико се цитира податак са исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница *Ibid*, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора): *Ibid*.

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *Ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају; *Ibid*, 69.

---

<sup>1</sup> З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд, 2010, 254.

<sup>2</sup> З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд, 2010, 265.

<sup>3</sup> З. Стојановић, *op. cit.*, 265.

<sup>4</sup> З. Стојановић (2010), 265; З. Стојановић (2010а), 222; З. Стојановић (2010б), 223.

<sup>5</sup> С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *Криминологија*, Прометеј, Београд, 2010.

<sup>6</sup> М. Ф. Aebi et al., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Fifth Edition, HEUNI, Den Haag, 2010.

<sup>7</sup> М. Ф. Aebi et al., (2010), 254.

**Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив часописа (*италик*), број и годиште, место и година издања, број стране (све курентом - обично).<sup>8</sup>

**Прописи** се наводе пуним називом, потом се **под наводницима** наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања. Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати. Уколико је било измена и допуна прописа, наводе се sukcesивно бројеви и године објављивања измена и допуна.<sup>9</sup>

Навођење **судских одлука** треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

Цитирање **текстова с интернета** треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице и датум приступа страници.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> С. Перовић, „Право на слободу и природно право“, *Правни живот*, бр. 7-8, Београд, 2004, 9.

<sup>9</sup> Закон о облигационим односима – ЗОО, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78.

<sup>10</sup> Recommendation No. R (99)4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning The Legal Protection Of Incapable Adults, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf), 15. децембар 2020. године.



## РЕЦЕНЗЕНТИ

1. Проф. др Душанка Јововић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
2. Проф. др Миомира Костић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу,
3. Prof. dr Victoria Serzhanova, Habilitated Doctor of Juridical Sciences, Institute of Legal Sciences, Rzeszow University, Пољска,
4. Проф. др Дарко Симовић, редовни професор Криминалистичкополицијског Универзитета у Београду,
5. Проф. др Дарко Димовски, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
6. Prof. dr Maria Genrikhovna Reshnyak, University of the MFA of Russia, Faculty of International Law Moscow State University for International Relations, Москва, Русија,
7. Проф. др Димитрије Ђеранић, ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Источном Сарајеву,
8. Проф. др Слободан Орловић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду,
9. Проф. др Владимир Боранијашевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
10. Проф. др Олга Јовић-Прлаиновић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
11. Проф. др Сава Аксић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

12. Проф. др Слободанка Перић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
13. Проф. др Станка Стјепановић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву,
14. Проф. др Горан Марковић, редовни професор, Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву,
15. Проф. др Љубинка Ковачевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
16. Проф. др Драгиша Дракић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду,
17. Проф. др Бојан Миљисављевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
18. Проф. др Дејан Вучетић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу,
19. Prof. dr Ante Novokmet, vanredni profesor Univerziteta „J. J. Strossmayer“ u Osijeku, Hrvatska,
20. Проф. др Тина Пржеска, редовни професор Правног факултета ”Јустинијан Први” Универзитета ”Св. Кирило и Методије”, Скопље, Северна Македонија,
21. Проф. др Андреја Катанчевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
22. Проф. др Валентина Ђорђевић Цветковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
23. Проф. др Душица Миладиновић-Стефановић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу,
24. Др Милица Колаковић-Бојовић, виши научни сарадник Института за криминолошка и социолошка истраживања у Београду,
25. Проф. др Емир Ћоровић, ванредни професор Државног Универзитета у Новом Пазару,

26. Проф. др Милош Прица, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу,
27. Проф. др Јелена Беловић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
28. Проф. др Дејан Мирковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
29. Проф. др Огњен Вујовић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
30. Проф. др Страхиња Миљковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
31. Проф. др Бојан Бојанић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
32. Проф. др Здравко Грујић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
33. Проф. др Драган Благић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
34. Проф. др Сузана Димић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
35. Проф. др Саша Атанасов, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

36. Dr Miklos Tihanyi, Senior Lecturer, University of Public Service, Faculty of Law Enforcement, Будимпешта, Мађарска,
37. Доц. др Филип Бојић, доцент Правног факултета Универзитета у Београду,
38. Доц. др Душко Челић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
39. Доц. др Срђан Радуловић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
40. Доц. др Мирјана Ђукић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
41. Доц. др Гордана Дамјановић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
42. Доц. др Данијела Петровић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.
43. Доц. др Невена Миленковић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
44. Др Иван Милић, асистент са докторатом Правног факултета Универзитета у Новом Саду.





CIP - Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

341.231.14(082)

347(082)

МЕЂУНАРОДНА научна конференција "Заштита људских права и слобода  
у светлу међународних и националних стандарда" (2022 ; Косовска Митровица)

Зборник радова / Међународна научна конференција Заштита људских права и  
слобода у светлу међународних и националних стандарда, одржана ... 20. маја 2022.  
године на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у  
Косовској Митровици ; [главни и одговорни уредник Драган Благић]. - Приштина [тј.]  
Косовска Митровица : Правни факултет Универзитета, 2022 (Краљево : Кварк). - 606 стр.  
: илустр. ; 25 cm

Тираж 90. - Стр. 13-14: Реч уредника / Драган Благић. - Напомене и библиографске  
референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-86-6083-083-0

а) Људска права -- Међународна заштита -- Зборници б) Људска права -- Заштита --  
Србија -- Зборници в) Грађанско право -- Србија -- Зборници

COBISS.SR-ID 66003209





ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У ПРИШТИНИ  
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ

38220 Косовска Митровица, ул. Лоле Рибара 29  
e-mail: pra@pr.ac.rs, www.pra.pr.ac.rs



ISBN 978-86-6083-083-0



9 788660 830830