

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

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ПРАВНИ СИСТЕМ И ЗАШТИТА
ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ**

ЗБОРНИК РАДОВА

ДРУГА СВЕСКА

**THE LEGAL SYSTEM AND
PROTECTION AGAINST
DISCRIMINATION**

COLLECTION OF PAPERS

SECOND VOLUME

**Косовска Митровица
2015.**

“ПРАВНИ СИСТЕМ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ”
Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем
у Косовској Митровици, 23. јун 2015. године
ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА

Издавач:

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у
Косовској Митровици

За издавача

Проф. др Душанка Јововић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Владимир Боранијашевић

Заменик главног и одговорног уредника

Доц. др Страхиња Миљковић

Редакциони одбор:

Проф. др Петар Станојевић, проф. др Владан Михајловић, проф. др Владимир
В. Вековић, проф. др Марија Крвавац

Проф. др Силвија Петрић (Република Хрватска), проф. др Татјана Зороска
Камиловска (Република Македонија), доц. др Нивес Мазур Кумрић
(Белгија)

Технички уредник

Младен Тодоровић

Дизајн корица

Димитрије Милић

Штампа

Графи колор, Краљево

Тираж:

100 примерака

ISBN 978-86-6083-031-1

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

САДРЖАЈ

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Војислав Ђурђић КРИВИЧНОПРОЦЕСНА ФОРМА КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ МАЛОЛЕТНИКА	9
Др Петар Станојевић ПРОСТИТУЦИЈА КАО СОЦИО-ПАТОЛОШКИ ФЕНОМЕН	29
Др Драган Јовашевић ЗЛОЧИН ГЕНОЦИДА И ДИСКРИМИНАЦИЈА ГРУПЕ	37
Др Владимир В. Вековић СУДИЈА ЗА ИЗВРШЕЊЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА – НОВИ ИНСТИТУТ У ИЗВРШНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	59
Др Саша Кнежевић ОГРАНИЧАВАЊЕ ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ МАЛОЛЕТНИКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	69
Др Миомира Костић, др Дарко Димовски ПРЕВЕНЦИЈА ВИКТИМИЗАЦИЈЕ/ДИСКРИМИНАЦИЈЕ СТАРИЈИХ	83
Др Драгиша Дракић ОПАСНОСТ УЧИНИОЦА КАО УСЛОВ ИЗРИЦАЊА МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ ПСИХИЈАТРИЈСКОГ КАРАКТЕРА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ	103
Др Дарко Радуловић СИСТЕМ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ ЦРНЕ ГОРЕ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ	117
Dr Ivan Vukušić, mr Nina Mišić Radanović ЈАВНО РОТИЦАЊЕ НА НАСИЉЕ И МРЏЊУ КАО ОБЛИК ДИСКРИМИНАЦИЈЕ – КАЗНЕНОПРАВНИ И ГРАЂАНСКОПРАВНИ АСПЕКТ	137

Др Горан Јованић, мр Љепосава Илијић ДИСКРИМИНАЦИЈА СТАРИХ ОСОБА У ЗАТВОРСКОМ СИСТЕМУ	157
Dr Lucija Sokanović SIGURNOSNA MJERA ZABRANE OBAVLJANJA ODREĐENE DUŽNOSTI ILI DJELATNOSTI IZMEĐU DISKRIMINACIJE POČINITELJA I SPECIJALNE PREVENCIJE	167
Мр Бобан Симић, др Жељко Никач САВРЕМЕНИ КОНЦЕПТ ПОЛИЦИЈСКОГ РАДА У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ	189
Мр Здравко Грујић ПРИМЕНА ЕЛЕКТРОНСКОГ НАДЗОРА У ИЗВРШЕЊУ АЛТЕРНАТИВНИХ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА И МЕРА	203
Иван Илић ДЕГРАДАЦИЈА ПОЛОЖАЈА ОШТЕЋЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ	217
Иван Милић О НЕКИМ НОВИНАМА У ОБЛАСТИ ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ ЗАТВОРА	239
Марија Маљковић ДИСКРИМИНАЦИЈА У ПРОЦЕСУ РЕИНТЕГРАЦИЈЕ ОСУЂЕНИХ ЛИЦА	253

УСТАВНОПРАВНА И УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Владан Михајловић, мр Бојан Бојанић ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ КАО УСЛОВ И ГАРАНЦИЈА ПРАВНЕ (УНУТРАШЊЕ ПРАВНЕ) И МЕЂУНАРОДНЕ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА	269
---	-----

Др Борче Давитковски, др Ана Павловска-Данева, др Елена Давитковска, др Драган Гоцевски АФИРМАТИВНЕ МЕРЕ У ЗАПОШЉАВАЊУ У ДРЖАВНОЈ УПРАВИ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ	287
Др Славољуб Вукићевић, мр Биљана Димитрић, мр Софија Вукићевић ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ (НОРМАТИВНИ ОКВИР И ПРАКСА) – ОСВРТ НА БИХ И РС	319
Др Дарко Симовић УСТАВНИ МОДЕЛ МИЛИТАНТНОГ СЕКУЛАРИЗМА	331
Др Радомир Зекавица ДРУШТВЕНИ И ПРАВНИ СТАТУС ЛГБТ ОСОБА С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА СЛУЧАЈ СРБИЈЕ	343
Dr Nives Mazur Kumrić KONCEPTUALIZACIJA PRAVA NA DRŽAVLJANSTVO U JURISPRUDENCIJI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA	361
Др Горан Марковић КОНСОЦИЈАЦИЈА И ДИСКРИМИНАЦИЈА	379
Др Дејан Мирковић ГОВОР МРЖЊЕ И ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ЉУДСКИМ ПРАВИМА	397
Др Весна Симовић-Звицер МЈЕРЕ АФИРМАТИВНЕ АКЦИЈЕ У ПОСТУПКУ ЗАПОШЉАВАЊА И ОСТВАРИВАЊА ПРАВА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ У ЦРНОЈ ГОРИ	409
Марта Томић, мр Марија Мићовић ЖЕНЕ И ПРОФЕСУРА ДАНАС	425

Милан Рапајић, Војислав Бачанин
ПОЛИТИЧКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У УСТАВНОМ
СИСТЕМУ СРБИЈЕ УЗ ОСВРТ НА ЗАБРАНУ
ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ЗБОГ ПОЛИТИЧКЕ ИЛИ
СИНДИКАЛНЕ ПРИПАДНОСТИ 443

Јелена Јовичић
УСТАВНОПРАВНА И ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА
ЉУДСКИХ ПРАВА – ИСТОРИЈСКИ И КОМПАРАТИВНИ
АСПЕКТ 469

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Војислав Ђурђић

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

КРИВИЧНОПРОЦЕСНА ФОРМА КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ МАЛОЛЕТНИКА

Апстракт: У овом раду се објашњава могући утицај новог модела кривичне процедуре на уређење поступка према малолетницима и са тог становишта, нужност или потреба реформе малолетничког кривичног законодавства. Полазиште расправе су фундаментални кривичнопроцесни чиниоци и криминалнополитички циљеви који одлучујуће утичу на уређење поступка према малолетницима. У том контексту, најпре су објашњени природа поступка према малолетницима, кроз институционалне облике друштвене реакције на криминалитет малолетника и модели кривичне процедуре, да би се указало на одреднице које теорија узима као одлучујуће за разврставање овог поступка у посебне процесне форме. Анализа његове природе и форме послужила је за закључак да није нужно реформисати поступак према малолетницима по аналогији са моделом реформисаног редовног кривичног поступка. Због тога су структурални елементи поступка према малолетницима објашњени са становишта могућих промена у циљу његове рационализације, а не у циљу унификације са моделом редовног кривичног поступка. Последњи део рада посвећен је дејству основних принципа редовног кривичног поступка на посебне и упрошћене форме процедуре, затим, могућем утицају измењених принципа опште форме на уређење и принципе поступка према малолетницима, а нарочито какво је дејство укидања неког основног принципа кривичног поступка.

Кључне речи: кривичнопроцесна форма / структура кривичног поступка / основна начела / поступак према малолетницима / заштита малолетника.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Уобичајено се поступак према малолетницима разврстава у посебне кривичне поступке због битних разлика у односу на општу кривичнопроцесну форму. Те битне разлике одражавају се и на положај окривљених у поступку, али се, с обзиром на основ и сврху ове посебне процесне форме не може рећи да је она узрок било какве дискриминације,

већ средство заштите малолетника. У том контексту, интересно је сагледати какав утицај имају промене редовног кривичног поступка на поступак према малолетницима, начелно узев, а особито кад су те промене радикалне, којима се мења тип кривичне процедуре.

Кривично процесно законодавство Србије подложно је честим променама – честе су ревизије али и реформе. Само у последњој деценији донета су два потпуно нова процесна кодекса, 2006. и 2011. године, а сваки од њих више пута је мењан. Законик о кривичном поступку из 2006. никад се није примењивао (изузев одредби о поступку за организовани криминал) иако је ступио на снагу, његова примена два пута је одлагана – 2007.¹ и 2008,² а био је усвојен и један предлог измена и допуна. Процесни кодекс из 2011. године мењан је пет пута од доношења до данас.³ Због многобројних и изузетно оштрих критика научне и стручне јавности,⁴ могу се очекивати нове промене кривичног процесног права, а с обзиром на показану лакоћу с којом законодавац усваја нове законске пројекте, не треба искључити ни неку нову реформу кривичног поступка која би била спроведена доношењем потпуно новог процесног кодекса.

За разлику од кривичног процесног (и кривичног материјалног), малолетничко кривично законодавство (материјално, процесно и извршно)⁵, одолело је читаву деценију ревизијским захтевима и остало непромењено. После изградње потпуно новог модела кривичног поступка, реформом кривичног процесног законодавства из 2011. године, у жижи интересовања нашла се потреба хармонизације модела поступка према малолетницима са новим моделом кривичног поступка који се примењује према пунолетним лицима. У бити, нови модел кривичног поступка према пунолетним учиниоцима кривичних дела представља компилацију јавнотужилачке истраге и адверзијалног главног претреса, чиме се напушта мешовити (континенталноевропски) тип кривичног поступка, као део наше правне традиције. Стога се, као прво, поставља питање нужности промене модела кривичног поступка према малолетницима. У расправи о овом питању треба поћи од природе и сврхе поступка према

¹ "Сл. гласник РС", бр. 49/2007.

² "Сл. гласник РС", бр. 122/2008.

³ "Сл. гласник РС", бр. 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

⁴ Види: М. Шкулић – Г. Илић, *Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад“*, Београд, 2012, стр. 83-89; др С. Бејатовић, *Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2/2010, стр. 98-99; В. Ђурђић, *Редефинисање класичних процесних појмова у Преднацрту Законика о кривичном поступку из 2010. године*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010, стр. 3 - 22.

⁵ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005).

малолетницима, од органа у чијој ингеренцији је тај поступак, те од процесне форме у којој се одвија. Тек на основу анализе ових чинилаца, може се дати одговор на питање да ли модел поступка према малолетницима треба да буде исти као модел кривичног поступка према пунолетним учиниоцима. Отуда би априоран став о потреби унификације ова два кривична поступка био исхитрен, па самим тим и непожељан. Будући да је поступак према малолетницима у потпуности судски, може се поставити питање поверавања јавном тужиоцу појединих фаза поступка, аналогно јавнотужилачкој истрази у општој форми кривичног поступка, која се примењује према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Расправа о овом питању своди се, у основи, на дескрипцију и дефинисање структуре поступка према малолетницима. И најзад, да ли промене законске регулативе основних принципа кривичног поступка, поготову оне радикалне, као што је, на пример, укидање неког од основних принципа. У вези с тим, најпре треба сагледати какав уопште имају утицај основни принципи на моделирање и уређење посебних поступака па и поступка према малолетницима, а потом анализирати могућа дејства промена основних принципа (на којима се темељи уређење опште форме кривичног поступка): да ли или у којој мери те промене принципа утичу на друкчије уређење поступка према малолетницима. У том контексту, круцијално питање је – ако се укине принцип истине и тзв. инквизициона максима, као што је учињено у општој процесној форми, може ли поступак према малолетницима бити парница, у којој суд треба да одлучи ко је победник у правном двобоју између јавног тужиоца, с једне, и малолетног учиниоца кривичног дела, с друге стране.

Наведене области у којима су могуће промене у процесним одредбама малолетничког кривичног законодавства, због радикалне реформе кривичног поступка извршене последњом новелом кривичног процесног законодавства, биће предмет даље расправе у овом раду.

2. МОДЕЛИ ДРЖАВНЕ РЕАКЦИЈЕ НА КРИМИНАЛИТЕТ МАЛОЛЕТНИКА

Упоредноправно и историјски посматрано, поступак према малолетницима има посве друкчију природу од редовног кривичног поступка зато што се води према малолетним учиниоцима кривичних дела – разликују се по органу коме је поверено вођење поступка, сврси која се настоји постићи, форми радњи и принципима уређења поступка. С обзиром на такву природу и њене чиниоце, под утицајем разнородних фактора, настали су различити модели државне реакције на криминално понашање малолетника. Државе су изграђивале такав модел малолетничког правосуђа који највише одговара њеним потребама за

сузбијање криминалитета малолетника, судском систему, правним и криминолошким схватањима о малолетничкој делинквенцији, економским могућностима, правној традицији и правној култури, и другим чиниоцима.

А) Природа и врсте органа у чијој надлежности је вођење поступка према малолетницима

Модел кривичне процедуре настајао је заједно са развојем институционалних облика друштвене реакције на криминалитет малолетника. Сматра се да је први суд за малолетнике настао поткрај XIX века у Чикагу (САД). Године 1899 донет је посебан закон (*Act to Regulate the Treatment and Control of Dependent, Neglected and Delinquent Children*) којим је било предвиђено оснивање судова за малолетнике у свим покрајинама федералне државе Илиноис. Судови за малолетнике настали су на идејама доктрине *parens patriae*,⁶ која је била основ за судску надлежност над малолетницима. Према тој доктрини, малолетни преступници који су кршили законе означени су као деликвенти а не као криминалци, а примарна сврха малолетничког правосудног система није изрицање казне, већ рехабилитација и заштитни надзор младих. Треба напоменути да тај први суд за малолетнике није био неки засебан суд, као институционално самостални државни орган, већ је наведеним законом редовном кривичном суду стављено у надлежност вођење поступка према малолетницима који су прекршили било који закон или локални пропис, али и према запуштеним малолетницима, као и онима којима је потребна помоћ и заштита. Идеја о формирању посебних судова за малолетнике све више се ширила, тако да су малолетничке судове до половине XX века основале све државе САД, по правилу, као посебна одељења редовних судова, а та се тенденција проширила и изван америчког континента, напре на Аустралију, а потом је захватила и европске државе.

Од тада до данашњих дана изграђени су различити модалитети судова за малолетнике. Они су у неким земљама у систему судова редовне надлежности а у другим су основани у оквиру специјализованих судова.

⁶ Према доктрини *parens patriae*, која је настала у енглеском средњовековном праву, држава је у крајњем била старатељ оним малолетницима којима је потребна заштита. Ту своју заштитну функцију држава је остваривала преко суда лорда канцелара (*chancery court*), који је примењивао еластичнију (*equity*) процедуру него што је била крута, формална процедура средњовековног *common law*-а. (Caldwell, R. G., *The juvenile court: Its Development and Some Major Problems*, *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1961, No 5, pp. 493 - 494).

Имајући у виду упоредноправна решења, може се рећи да постоје три модела судова за малолетнике:

(а) *Посебни судови за малолетнике*, који институционално представљају самосталне државне органе, који су у судском систему одвојени од редовних судова, персонално и организационо, и примењују посебан поступак. То су у правом смислу речи посебни, специјализовани судови, али су заступљени у мањем броју земаља. Ови организационо самостални судови за малолетнике, претпостављају постојање довољног броја малолетничких предмета. Овакви малолетнички судови установљени су у неким америчким државама, у којима је уређење малолетничког правосуђа у надлежности федералних држава.

(б) Судови за малолетнике као *посебна одељења породичних судова*, који се јављају у форми *family courts* или *domestic relations courts*. У овим судовима решавају се сви предмети из породичних односа и сви други предмети везани за породицу, те имају надлежност у грађанским и кривичним стварима. Устројени су на идеји породице као јединствене друштвене целине којој одговара третман према малолетном учиниоцу кривичног дела везан за читаву породицу. У оквиру породичних судова формирају се посебна одељења у чију надлежност се стављају кривична дела малолетника. Овакви породични судови постоје у Канади⁷ и Јапану⁸.

(ц) Судови за малолетнике као *посебна већа редовних судова опште надлежности* карактеристични су за европске земље, нпр. за Немачку, Италију и већину европских земаља, и за поједине државе САД. Суд за малолетнике није организационо самосталан суд, као засебан државни орган, већ део редовног суда опште надлежности. И ови судови одликују се извесном специјализацијом судија. У односу на састав судова који суде пунолетним учиниоцима, ови судови за малолетнике разликују се по саставу већа, стварној и месној надлежности и по форми поступка који примењују. Овај модел судова за малолетнике заступљен је и у нашој земљи.

Постоје и земље које немају посебне судове за малолетнике. У тим земљама редовни судови суде и пунолетним и малолетним учиниоцима кривичних дела, у истом саставу судских већа и примењују исту форму кривичног поступка. Код овог модела не може се говорити о некаквој заштити малолетних учинилаца. У ствари, реч је о правним системима

⁷ *Amplius*: Louise Dezwirek Sas, David A. Wplfe, and Kevin Gowdey, *Children and the courts in Canada*, Criminal Justice and Behavior, Newbury Park, 1996, vol. 23/2, pp. 338 - 357.

⁸ *Vidi*: D. Winston, *Family Courts in Japan*, The British Journal of Criminology, 1966, No 2, pp. 205 - 209.

који не познају посебне судове за малолетнике, што је одлика већине земаља Латинске Америке и неразвијених земаља Азије и Африке.

Поред судова за малолетнике или судова опште надлежности који суде и пунолетним и малолетним учиниоцима кривичних дела, који су део судског система дате државе, постоји и *модел административних органа*, у чију надлежност се ставаљају малолетни делинквенти. У време настанка првих малолетничких судова у САД, на европском континенту, и то у скандинавским земљама се поступање са малолетним учиниоцима кривичних дела преноси у надлежност посебних органа локалне самоуправе, установљених да пружају заштиту и помоћ свим малолетницима, оним који су извршили кривична дела али и неделинквентима. Идеја да се поступак према малолетним учиниоцима кривичних дела повери несудским органима најпре је реализована у Норвешкој 1896. године, доношењем посебног закона о оснивању одбора дечје заштите. Оснивање одбора дечје заштите потом је пренето у све скандинавске земље, а најбоље су имплементирани и разрађени у Шведској, која је те одборе основала у свакој општини. Основна одлика ових административних органа је њихова широка надлежност, вршили су превентивну функцију пружањем помоћи малолетницима који нису делинквенти а потребна има је помоћ и заштита, а такође судску функцију према малолетним учиниоцима кривичних дела. Тако је заштита малолетних учинилаца кривичних дела постала чисто административна функција, лишена кривичне судске форме.⁹

У савременим законодавствима ниједан од ових модела институционалне организације државне реакције на криминалитет малолетника не постоји у чистом облику, зато што сваки од њих има своје предности и мане. Због тога се у пракси судски и административни модел комбинују и тако стварају мешовити системи, са различитим модалитетима.¹⁰ Зато се и може рећи, теоријски и историјски посматрано, да постоје три модела институционалне организације судовања малолетницима: а) модел судова за малолетнике, б) модел административних органа и ц) мешовити модел.

Б) Кривичнопроцесни модели

Савремени кривични поступци према малолетницима разликују се од опште форме кривичног поступка који се води према пунолетним

⁹ Т. С. Pihlblad, *Juvenile Offender in Norway*, The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, 1955, vol 43, p. 500 - 511.

¹⁰ Опширније о облицима судовања малолетницима, види: Ante Carić, *Problemi maloljetničkog sudstva*, Split, 1971, str. 107 - 11.

учиниоцима кривичних дела, прилагођени су узрасту малолетника и криминалнополитичким циљевима који се настоје постићи. Кад се апстрахују разлике у појединостима, према заједничким битним карактеристикама, сви ти поступци могу се разврстати у три модела: протективни, правосудни и корпоративни модел.¹¹

Протективни или заштитнички модел настао је под снажним утицајем хуманистичких наука и доминирајући је у савременим процесним системима. У првом плану заштитничког модела је личност малолетника, а кривично дело је само повод за покретање поступка. На теоријском плану, концепција се заснива на објашњењу малолетничке делинквенције друштвеном условљеношћу, што у третману малолетних учинилаца води ка доминацији психо-социо-педагошких аспеката, те се питање кривичноправног и кривичнопроцесног субјективитета потискује у други план. Примарни циљ је заштита личности малолетника, његова ресоцијализација и преваспитање. У сагласју с таквим циљем, тежиште поступка преноси се са кривичног дела на учиниоца. Поступак је фокусиран на индивидуализацију правде, применом достигнућа хуманистичких и медицинских наука, ради утврђивања чињеница о личности малолетника, његовим породичним приликама и социјалној средини у којој живи, па питање кривице остаје у другом плану. Такав концепцијски приступ изискује специјализацију судија (и других учесника у поступку). Посматрано са чисто процесног становишта, поступак је мање формалан, одликује га уношење више инквизиционих елемената¹² и има посебну структуру, одступа се од неких основних процесних начела и обавезно је учешће социјалних органа. Кривичне санкције се изричу у неодређеном трајању, а њихово коначно трајање утврђује се на основу оцене успешности третмана у току њиховог извршења, тако да се улога судије проширује и на поступак извршења кривичних санкција.

Правосудни модел је насатао и утемељен је на критикама протективног модела, са израженом тежњом да у највећој мери буде сличан класичном судском поступку установљеном за пунолетне учиниоце. Протективни модел је критикован да дерогира људска права малолетног учиниоца која припадају окривљеном у кривичном поступку. Присталице изградње правосудног модела дају предност универзалним људским правима везаним за правосуђе у односу на заштиту малолетника

¹¹ М. Шкулић, *Основни модели поступка према малолетницима у упоредном праву*, у: Улога јавног тужиоца у правно систему, Београд, 2010, стр. 62.

¹² О инквизиционим елементима поступка према малолетницима, види: Vladimir Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga prva:Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava*, Zagreb, 1977, str. 191 - 194.

која би се спроводила без обзира на његову вољу. Отуда се и сматра да је овај модел кривичне процедуре према малолетницима “процесни антипод” протективном моделу.¹³ Идеје о поштовању воље и људских права малолетног учиниоца у кривичном поступку стекле су поборнике међу америчким правницима, криминолозима и социолозима, а осамдесетих година двадесетог века стекле су бројне присталице и на европском тлу. На теоријском плану, прихватање правосудног модела одговара новијим криминолошким схватањима која узроке малолетничке делинквенције покушавају да објасне првенствено индивидуалним, личним факторима, потенцирајући слободу избора малолетника између делинквентног и неделинквентног понашања. Према овим гледиштима, социјална средина није примарни фактор криминалног понашања малолетника, мада се као циљ санкција истиче и промена социјалне средине. У правосудном моделу инсистира се на слободи воље малолетника, па консеквентно и на одговорности малолетника за делинквентно понашање. Неодређеност кривичних санкција карактеристична за протективни модел се одбацује, лишење слободе је у унапред ограниченом трајању и настоји се да буде што краће, а такође се сматра да је потребно обештетити како жртву кривичног дела тако и друштво у коме малолетник живи.¹⁴

За корпоративни модел могло би се рећи да представља надоградњу протективног модела. Његове суштинске компоненте су: шира примена административног поступања него судског; одвраћање да се поступак одвија пред класичним кривичним судом; примена бројних алтернативних програма превенције и сузбијања малолетничке делинквенције; заједничко деловање разних државних и друштвених служби; систематско одвраћање малолетника од даљег делинквентног понашања с циљем ефикасне социјализације малолетника.¹⁵ У земљама које су прихватиле овај модел, посебно се инсистира на специјализацији полиције за решавање случајева малолетничке делинквенције. Главна одлика овог модела је, у ствари, алтернативно поступање. Реч је о широким процесним могућностима заснованим на дискреционом праву и широком спектру алтернативних мера које се прилагођавају личности

¹³ М. Шкулић, *оп. цит.*, стр. 76.

¹⁴ О. Перић: *Положај малолетника у Југословенском кривичном законодавству са становишта заштите људских права*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3/2000–2001, стр. 27.

¹⁵ К. Filipčić, *Obravnavanje mladoletnih delinkventov*, Ljubljana 1998, str. 42-44 (цитирано код: М. Шкулић, *Основни модели поступка према малолетницима у упоредном праву*, у: Улога јавног тужиоца у правном систему, Београд, 2010, стр. 77 и 78).

малолетника ради успешног сузбијања малолетничке делинквенције. Те алтернативне могућности карактеристичне за поједине европске земље, у нашој литератури се још означавају као *диверзиони модел*,¹⁶ с тим што та диверзија¹⁷ може бити двојака – једноставна и сложена.

Имајући у виду изнете одлике кривичнопроцесних модела, може се поставити питање какав је наш модел поступка према малолетницима. Има мишљења да наш модел по већини својих обележја спада у заштитнички модел,¹⁸ док други сматрају да је нови закон "по свом опредељењу најближи 'мешовитом' или 'компаративном моделу' који свој приступ и садржину заснива на добрим решењима из оба претходна, али заговара и један савременији, прихватљивији, обухватнији и мање оспораван, у основи иновативни, концепт кривичноправног положаја малолетника".¹⁹ Будући да у правним системима, по правилу не постоји, само један, чист систем, већ садржи нека решења која су карактеристична за друге моделе, могло би се рећи да се наш систем који је пре реформисања био заштитнички, приближава правосудном систему и да садржи елементе протективног модела. Такав правац коинцидира са тежњом да се уравнотежи латентна напетост између потенцирања третмана који захтева максималну флексибилност и потенцирања гаранција права, која иде ка стварању оптималног модела "четири Д" (диверсион, дејудициарисатион, деинституционалисатион, две процес).²⁰

В) Теоријско поимање процесне форме поступка према малолетницима

С обзиром на процесну форму, поступак према малолетницима уобичајено се разврстава у *посебне поступке*, чиме је наглашено одступање од опште кривичнопроцесне форме, у закону означене као

¹⁶ И. Стевановић, *Алтернативне кривичне санкције према малолетницима*, у: Зборник Српског удружења за кривично право „Актуална питања малолетничке делинквенције“, Копаоник, 1995, стр. 27.

¹⁷ О значењу израза "диверзија" у америчкој литератури види ккод: М. Симовић и В. Симовић, *Преусмјеравање („диверсион“) малолетничке делинквенције у Сједињеним Америчким Државама*, у: *Малолетничка делинквенција као облик друштвено неприхватљивог понашања*, Банња Лука, 2008, стр. 269.

¹⁸ М. Шкулић, *оп. цит.*, стр. 64.

¹⁹ Никола Милошевић, *Нове тенденције у савременој науци кривичног права и малолетничко кривично законодавство*, у "Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство", Златибор/Београд, 2005, стр. 286.

²⁰ Види: Н. Матовски, *Кривичноправни аспекти малолетничке делинквенције у Македонији*, у: „Кривичноправна питања малолетничке делинквенције, Београд, 2008, стр. 92.

редовни кривични поступак. За разлику од других врста кривичне процедуре (модификованих поступака и неправих кривичних поступака) код којих је само модификовано уређење највиших правних бића или се односе на правне ствари некривичне природе, посебни кривични поступци се разликују од опште кривичнопроцесне форме по структури поступка.²¹ Док су код осталих посебних поступака структуралне промене условљене предметом поступка (тежином кривичног дела или довољношћу доказне грађе) или врстом кривичне санкције и зато немају поједине фазе или стадијуме, структура поступка према малолетницима условљена је својствима субјекта против кога се води, а сама структура поступка има етапе које су по дијахроном следу аналогне етапама опште форме, али су битно модификоване. У овом поступку суштинске промене су у принципима интеграције процесних радњи, процесних субјеката и услова покретања и вођења поступка, са посве друкчијим циљем, услед чега настаје потпуно друкчији тип процеса.²² У односу на општу форму, по својој структури то није “дефектан” поступак, да изостаје нека фаза или стадијум, него су његови структурални елементи битно модификовани с циљем да се физиономија поступка прилагоди личности малолетника. Таква процесна форма поступка према малолетницима треба да служи постављеним криминалнополитичким циљевима, сагласно усвојеном моделу кривичног поступка (заштитничком, правосудном или корпоративном), о којима је било речи.

Г) Да ли је потребна реформа поступка према малолетницима?

После доношења и почетка примене новог законика о кривичном поступку из 2011. године, којим је установљен један потпуно нови модел кривичног поступка, који представља компилацију јавнотужилачке истраге и адверзијалног модела главног претреса, са редефинисаним основним процесним појмовима и знатно измењеним основним принципима – поставља се питање да ли је нужно или потребно ускладити поступак према малолетницима са новим моделом редовног кривичног поступка.

Из излагања о природи поступка према малолетницима, детерминисаној органима друштвене реакције на криминално понашање малолетника, о криминалнополитичким циљевима третмана малолетника, који се очитују у моделима кривичне процедуре (протективном, правосудном и корпоративном), те о кривичнопроцесној форми овог

²¹ О врстама кривичнопроцесних форми, тј. о врстама кривичног поступка, види: В: Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Ниш, 2014, стр. 16 - 18.

²² С. Бркић, *Кривично процесно право – Посебни део*, Нови Сад, 2013, стр. 13 и 14.

поступка – може се закључити да није нужна реформа поступка према малолетницима с циљем да се форме ових двају поступака унифицирају. Не само да ова два поступка не морају имати исту процесну форму него не морају бити у надлежности истог органа. У упоредном праву се поступак према малолетницима поверава или судовима или административним органима или и једним и другим. Самим тим што би се поступак према малолетницима могао поверити административном органу, пред којим би модел судског кривичног поступка био немогућ, то је недвосмислен аргумент да се нови модел редовног кривичног поступка не мора “копирати” иако се поступак према малолетницима води пред судом.

Ни циљеви ова два поступка не иду у прилог нужности промена модела поступка према малолетницима, поготову ако се имају у виду циљеви заштитничког и корпоративног модела. Док се овим моделима поступка према малолетницима настоји приоритетно осигурати заштита малолетника и примена алтеративних мера и поступака, ради сузбијања делинквенције малолетника, циљ опште форме судског поступка је правилна примена материјалног права, тј. утврђивање да ли је учињено кривично дело, ко је учинилац дела, да ли је учинилац крив и да ли су испуњене законске претпоставке за примену кривичне санкције. Због читих разлика у циљевима, поступак према малолетницима, нарочито у протективном моделу, приоритетно је усмерен ка утврђивању чињеница везаним за малолетника, његово био-психо-социолошко стање, док се питање кривице за учињено дело расветљава и утврђује из другог плана.

И кад се узме узме у обзир процесна форма поступка према малолетницима, разлози и начини структуралних промена у односу на редовни кривични поступак, унифицирање ових двају поступака није нужно. Структурални елементи поступка према малолетницима битно се модификују да би се прилагодили личности малолетника, на начин који одговара врстама и општој сврси кривичних санкција према малолетницима. Управо су то разлози да се процесна форма разликује од опште форме. Могућност уједначавања уређења процесних субјеката, процесних радњи, услова за покретање и вођење поступка и процесних принципа, може ићи само до границе која остварење тих циљева омогућава. Нови модел кривичног поступка се налази изван тих маргина, због неутемељене концепције и многих неприхватљивих законских решења. Навешћемо само пар елемената новог модела који то упечатљиво показују. Најпре, новоустановљени авдерзијални главни претрес је претворио кривични поступак у парницу, те суд мора имати посве пасивну улогу која се, у крајњем, своди на доношење одлуке ко је победио у правном двобоју, те се задатак суда исцрпљује у томе да спор буде решен, па постизање циљева изван тога није могуће. Таква форма

пресуђења апсолутно је неприхватљива за било који модел малолетничког судовања, особито за заштитнички модел, какав је у основи наш, јер ограничавање задатка суда само на решавање спора, уопште не дотиче сферу заштите, помоћи, васпитања и ресоцијализације малолетника. Протеривање начела истине из кривичног поступка, укидање истражне максиме и правила унакрсног испитивања сведока и вештака, такође директно противрече сврси поступка према малолетницима и непримерени су усвојеном моделу. Поступак према малолетницима управо треба да има супротне одлике – да има инквизиционе елементе који ће омогућити суду да истражи и утврди све чињенице везане за личност малолетника, да нема процесних препрека за утврђивање тих чињеница, да буде што мање формалан како би био бржи и ефектнији.

Ова општа оцена, да због промене модела редовног кривичног поступка није нужно мењати а још мање нужно реформисати поступак према малолетницима, не искључује могуће измене и доградњу процесних правила малолетничког кривичног законодавства, али из других разлога – да би се инкорпорисала достигнућа кривичних наука, у циљу побољшања заштите права малолетног учиниоца у поступку, ради његовог убрзања, скраћивања (изостављањем појединих фаза) и деформализације, из правнотехничких разлога зарад успостављања кохерентности са одредбама ЗКП-а на чију примену се упућује (а нису у супротности са малолетничким законодавством), или из других криминалнополитичких разлога (у наставку излагања биће речи и о неким могућим изменама и допунама малолетничког законодавства).

3. ОСОБЕНОСТИ СТРУКТУРЕ ПОСТУПКА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

Поступак према малолетницима, будући да представља посебан кривични поступак, има посве специфичну структуру, различиту од опште кривичнопроцесне форме, о чему је било речи. Таква структура прилагођена је личности малолетника и треба да одговара концепцији модела процедуре према малолетницима којим се настоји осигурати сврха друштвене реакције према малолетним учиниоцима кривичних дела. Уместо фазе истраге и подизања оптужнице, са судском контролом оптужбе, покреће се и води припремни поступак према малолетницима. Стадијуму главног поступка одговара поступак пред већем за малолетнике. Главни претрес није обавезна фаза поступка, па се одлуке доносе најчешће у седници већа, и то на основу резултата припремног поступка. Одлуке суда прилагођене су кривичним санкцијама које се могу изрећи малолетницима и форми поступка у коме се доносе. Саобразно првостепеном поступку и одлукама суда за малолетнике, уређен је и

поступак по правним лековима. У целини посматрано, може се рећи да поступак према малолетницима има три стадијума: а) припремни поступак; б) поступак пред већем за малолетнике и ц) поступак по правним лековима. И на сам ток поступка према малолетницима *сходно се примењују одредбе Законика о кривичном поступку ако нису у супротности са посебним правилима предвиђеним у Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.*

У вези са структуром поступка према малолетницима, као прво, поставља се питање како се на њу одражавају промене у структури редовног кривичног поступка, пре свега две најрадикалније промене, увођење јавнотужилачке истраге и уређење главног претреса као адверзијалног.

У излагању о природи поступка према малолетницима, већ смо објаснили да на општем плану те промене нужно не изискују промену структуре поступка према малолетницима јер није непосредно условљена структуром редовног кривичног поступка. Евентуалне измене структуре поступка према малолетницима могу бити узроковане другим разлозима, уколико постоје.

У вези с тим, мислимо да претходни поступак и даље треба да остане судски, из више разлога. Најпре, спровођење поступка према малолетницима од стране јавног тужиоца аналогно концепцији јавнотужилачке истраге, онако како је сада уређена, не би допринело убрзању поступка, зато што је јавнотужилачка истрага претерано формализована. Утврђивање профила личности малолетника са већом пажњом вршиће судија који касније треба да изрекне кривичну санкцију малолетнику (мисли се пре свега на избор васпитних мера), него процесни субјект који врши функцију кривичног гоњења. Осим тога, и у случају кад би се припремни поступак поверио јавном тужиоцу, било би нужно ангажовање судије за малолетнике у тој етапи кад треба извести тзв. инцидентне доказе или кад треба применити неку радњу принуде, што је посебно осетљиво кад су у питању малолетници. У прилог заузетог става могу се још навести разлози правне традиције, искуство судија и јавних тужилаца кад је припремни поступак судски, те решења из упоредног права (нпр. од ексјугословенских земаља само је Црна Гора припремни поступак ставила у функционалну надлежност јавног тужиоца).

Ни снижавање чињеничног супстрата за покретање истраге концепцијски не би било у складу са судском природом припремног поступка према малолетницима. Задржавање основане сумње о делу и учиниоцу, као услова за покретање порипремног поступка олакшало би остваривање уставних гаранција права на приступ суду и одређивање притвора према малолетнику.

О дисхармонији адверзијалног главног претреса са природом и сврхом поступка према малолетницима већ је излагано. Евентуална примена процесних правила којима се осигурава адверзијални карактер главног претрес, начелно долази у обзир, али се мора поступити обазриво – предвидети њихову примену само кад је то у интересу малолетника и у тим случајевима осигурати обавезну одбрану малолетника. То се пре свега односи на доказни поступак – на страначко извођење доказа и на унакрсно испитивање сведока и вештака. Питање је колико правила унакрсног испитивања могу допринети утврђивању чињеница о биолошком, психолошком и социјалном стању личности малолетника. Очито је да тај задатак може боље обезбедити истраживачка максима која судији даје иницијативу у трагању за изворима доказа и активан положај приликом извођења доказа. Једно је сигурно, унакрсног испитивања сведока не сме бити у припремном поступку јер га нема ни у јавнотужилачкој истрази.

Повезано са структуром поступка, интересантно је и питање припремног рочишта, за које треба рећи да је сувишно и у редовном кривичном поступку, кад се има у виду начин на који је уређено и необавезност примене. У поступку према малолетницима припремно рочиште би само одуговлачило поступак јер је концепцијски везано за изјашњавање о оптужном акту и увођење доказа у поступак који се пре свега односе на учињено дело и кривицу учиниоца, а не на био-психичко стање малолетника и његов ранији живот у конкретној социјалној средини. Искључење треба експлиците предвидети, у противном, сходно ће се примењивати одговарајуће одредбе ЗКП-а о припремном рочишту, по општој одредби о сходној примени из чл. 74 ст. 1 важећег Закона о малолетницима.

На плану рационализације поступка према малолетницима, могло би се размишљати о проширењу функционалне надлежности судије за малолетнике, тако да се овласти за доношење одлука поводом казненог захтева јавног тужиоца кад год се сврха заштите малолетника може постићи и без вођења поступка пред већем за малолетнике. Услове и разлоге за коначну одлуку судије за малолетнике треба конципирати имајући у виду санкције које би се малолетнику могле изрећи, врсту судске одлуке која би се могла донети пред већем за малолетнике (нпр. ослобађајућа пресуда) или кад судија оцени да има места примени начела опортунитета (има смисла омогућити да судија за малолетнике, својом образложеном одлуком, обустави поступак под истим законским условима и из истих разлога због којих је јавном тужиоцу допуштена примена начела опртунитета. Једно такво скраћивање структуре поступка према малолетницима, којим би се створила законска могућност да изостане читав један стадијум првостепеног поступка, убрзало би

поступак према малолетницима и учинило га економичнијим, а заштита интереса малолетника била би осигурана. Овакво проширивање функционалне надлежности судије за малолетнике може се правда компарацијом са надлежношћу судије појединца у кривичном поступку према пунолетним лицима: из истих разлога због којих је судији појединцу поверено да пресуђује кривична дела са запређеном казном до осам година затвора, треба овластити судију за малолетнике да може, за та или нешто лакша дела, да доноси коначну одлуку у првом степену кад та дела изврши малолетник.

4. УТИЦАЈ ОСНОВНИХ НАЧЕЛА РЕДОВНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА НА УРЕЂЕЊЕ ПОСТУПКА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

Под утицајем разнородних фактора,²³ правних и ванправних, начела подлежу променама, мења им се обим и значење, разлози којима се правдају и циљеви којима служе, или се једна начела замењују другима – зато им је *релативност*²⁴ одлика. На нормативном плану, у законодавним реформама се промене основних начела манифестују у виду проширења или смањења поља важења неког основног начела, у виду њиховог законског редефинисања па све до укидања појединог начела.

Свака од тих промена у основним начелима одражава се, у мањој или већој мери, на уређење опште форме кривичног поступка, а одраз тих промена на уређење и повезивање структуралних елемената поступка нарочито је изражен код ограничења и укидања неког основног начела. Укидање неког начела у општој процесној форми које се у доктрини разврстава у основна начела, као што је учињено Законом о кривичном поступку из 2011, реперкутује се на преуређење читавог редовног кривичног поступка, поготову ако се ради о начелу за које се сматра (или се сматрало) да доминира свим другим начелима, као што је начело утврђивања истине. Због укидања начела истине у кривичном поступку отварају се многобројна питања: Ако се у кривичном поступку не утврђује истина о кривичном догађају, на који начин је могућа правилна примена материјалног кривичног права на конкретан случај, као општеприхваћени циљ кривичног поступка? Пошто у држави „владавине права“ нико не може бити кажњен док се са сигурношћу не утврди да потпада под право државе на кажњавање, кад се укине начело истине и суд у кривичном

²³ Види: М. Грубач, *Начела кривичног поступка и њихова трансформација*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 1-2/1995, стр. 72.

²⁴ Др Тихомир Васиљевић, *Трансформација принципа кривичног процесног права*, *Анали Правног факултета у Београду*, 1969, бр. 3 - 4, стр. 300.

поступку ослободи одговорности за доказивање свих правно релевантних чињеница – на чему ће се заснивати *ius puniendi* државе? То је фундаментално питање, правнотеоријско и правнополитичко, али и етичко и филозофско, на које српски законописци нису дали одговор. Може ли држава, у крајњем, поверити странкама утврђивање чињеница на којима се заснива јавни интерес кажњавања или је цивилизацијски да се ослони на самостални, независни, непристрасни и компетентни орган, какав је суд?²⁵

Основна процесна начела распростиру се и на све процесне форме уређене Законом о кривичном поступку којима се одступа од опште процесне форме (у законику именоване као “редовни кривични поступак”²⁶), разуме се ако њихово важење није експлиците ограничено или укинута посебним одредбама процесног законика којима се уређује дата врста кривичног поступка. По логици ствари, то једнако важи и за *дејство законских промена* основних начела на упрошћене и све друге процесне форме, па и кад су у питању негативна дејства. Друкчије речено, негативна дејства реформисања основног начела на уређење и практичну примену опште форме кривичног поступка, преносе се и на све друге процесне форме у којима то начело није ограничено или искључено изричитом нормом процесног кодекса.

Распрострањање дејства промена основних начела и на друге процесне форме прописане истим законом којима је уређена општа форма поступка, посве је разумљиво кад се посматра кроз призму концепцијске и номотехничке кохерентности – за ефикасан и ефективан кривични поступак нужан је процесни и логички склад законских норми. Међутим, питање је да ли и у којој мери ова општа констатација важи и за кривични поступак према малолетницима, будући да је уређен посебним законом и да нема “дефектну” већ особену структуру поступка. Тако је на нивоу нормативног, али питању још више има места кад се узму у обзир природа и сврха кривичног поступка према малолетницима.

Поред основних принципа кривичног поступка на којима се темељи уређење опште форме поступка, у поступку према малолетницима

²⁵ В. Ђурђић, *Ревизија основних процесних начела на којима је уређен нови кривични поступак Србије*, Правна ријеч, бр. 33/2012, стр. 454.

²⁶ Међутим, питање је да ли се општа форма кривичног поступка сада може назвати „редовним“ поступком, што би значило да се тај поступак редовно примењује а остале процесне форме изузетно, кад се зна да је проширена примена сумарног поступка на сва кривична дела са запређеном казном затвора до осам година, што је по законској номенклатури приближно $\frac{3}{4}$ свих кривичних дела.

важе и други процесни принципи,²⁷ карактеристични само за тај поступак, али ће о њима изостати излагање, с обзиром да се у овом раду процесни принципи посматрају првенствено са аспекта утицаја њихових промена извршеним Закоником о кривичном поступку из 2011. године.

Нови процесни закон, за разлику од ранијих реформи, задира у основне процесне принципе, мења им поље важења, а неке чак укида.²⁸ Укратко: начело истине протерано је из кривичног поступка; извршена је ревизија начела легалитета и проширено је поље важења начела опортунитета; ограничења начела непосредности остала су иста као да је истрага судска; фаворизовано је начело контрдикторности као темељ правног двобоја страна у адверзијалном поступку, али су недостатне гаранције положаја окривљеног и своде се на формалну једнакост; изнуђено је изостављена законска дефиниција начела оптужбе, због погрешног законског дефинисања појма кривичног поступка. Размотрићемо потребу промене неких од ових принципа у поступку за малолетнике.

Начело истине није требало укинути ни у кривичном поступку према пунолетним лицима, између осталог, због наше правне традиције и зато што протеривање истине из кривичног поступка доводи у питање право државе на кажњавање. Зато, начело истине треба задржати у поступку према малолетницима. Оно је и до сада постојало иако није било експлиците прописано, јер су се, у време доношења посебног закона о малолетницима, одредбе о начелима кривичног поступка сходно примењивале и на поступак према малолетницима, а то начело било је предвиђено у основним одредбама ЗКП-а из 2001. Пошто је одредба о начелу истине укинута у важећем процесном закоником, сада је потребно експлиците предвидети да су суд за малолетнике и други органи који у овом поступку учествују дужни да истинито и потпуно утврђују све чињенице од значаја за судску одлуку. Само истинито утврђене чињенице могу бити чињенични основ законите, правилне и правичне пресуде, и омогућити остварење сврхе поступка према малолетницима – остваривање његовог најбољег интереса. На крају, у вези са начелом истине, треба створити законске услове за примену истраживачке максиме у поступку пред већем за малолетнике, кад то диктирају разлози правичности и интереси малолетника.

²⁷ Види: Љ. Митровић, Н. Грбић-Павловић, *Међународноправни стандарди и посебна начела поступка према малолетницима*, Правни живот, 2/2010, стр. 861 - 877.

²⁸ Опширније о реформи појединих основних принципа види: В. Ђурђић, *Ревизија основних процесних начела на којима је уређен нови кривични поступак Србије*, Правна ријеч, бр. 33/2012, стр. 447 - 465.

Следећи међународне стандарде заштите малолетника, искуства других држава и научне ставове о корпоративном моделу, начело опортунитета²⁹ треба доградити с циљем да се осигура његова примена у већем обиму. У том смислу, може се предвидети обавезно испитивање да ли има места примени начела опортунитета за лакша кривична дела, као што је то било предвиђено новелом процесног законика из 2009³⁰ године. Таква обавеза јавног тужиоца могла би се предвидети за дела са прописаном казном затвора до пет година затвора, с тим да се јавни тужилац обавезе да у списима констатује да је испитао могућност примене опортунитета. На тај начин би за та дела начело опортунитета постало основно начело кривичног гоњења, што би значило приближавање корпоративном моделу поступка према малолетницима, са којим је ово начело у хармонији.

5. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

На основу анализе његове природе и сврхе, изграђеног модела кривичне реакције, који је у основи заштитнички, али са елементима правосудног и корпоративног модела, као и кривичнопроцесне форме – може се закључити да након усвајања потпуно новог модела редовног кривичног поступка, није нужна реформа поступка према малолетницима с циљем унификације. Поступак треба да остане чисто судски, без поверавања претходног поступка јавном тужиоцу и без адверзијалног главног претреса, који је у дисхармонији са природом и сврхом поступка према малолетницима.

Могућа доградња државне реакције на криминалитет малолетника узрокована је потребом да се имплементирају достигнућа кривичнопроцесне доктрине и криминолошке науке, како би се постојећи модел усавршио с циљем да се поступа у најбољем интересу малолетника.

На плану рационализације поступка према малолетницима, могла би се проширити функционална надлежност судије за малолетнике да доноси коначну одлуку у првом степену кад год се сврха заштите малолетника може постићи и без вођења поступка пред већем за малолетнике.

²⁹ Опширну теоријскоправну дескрипцију начела опортунитета у процесу реформе кривичног законодавства, види код: С. Бејатовић, *Опортунитет кривичног гоњења и нови ЗКП РС*, у: Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект), Златибор, 2012, стр. 125 - 141.

³⁰ Види чл. 61 ст. 5 Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку, “Сл. Гласник РС” бр. 72/2009.

У поступак према малолетницима треба имплементирати начело истине, тако што би у закону било експлиците прописано, и сагласно томе задржати и доградити процесна правила која омогућавају остваривање тзв. инквизиционе максиме. Само истинито утврђене чињенице могу бити чињенични основ законите, правилне и правичне пресуде, а истинито утврђене одлучне чињенице конкретног кривичног дела и истинито утврђене чињенице о његовој личности и средини у којој живи једино омогућавају остварење сврхе поступка према малолетницима – поступање и изрицање мера у најбољем интересу малолетника.

Следећи научне идеје о корпоративном моделу кривичне процедуре, могло би се размишљати о проширењу начела опортунитета кривичног гоњења. Процесним правилима могло бисе осигурати да се обавезно испитује могућност примене начела опортунитета за лакша кривична дела, што би ово начело уздигло на ранг основног начела кривичног гоњења за та дела уместо начела легалитета кривичног гоњења.

Vojislav Đurđić, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

CRIMINAL PROCEDURAL FORM AS AN INSTRUMENT FOR PROTECTION OF JUVENILES

Summary

This paper examines the possible effects of the new model of criminal procedure on the regulation of proceedings against juvenile offenders, and from that standpoint, the necessity or the need for a reform of the juvenile procedural legislation. The starting point are the fundamental procedural factors and criminal policy objectives which determine the regulation of the procedures against minors. In this context, the nature of the proceedings against minor offenders has been explained, through the institutional forms of social reactions to the juvenile crime as well as the models of criminal procedure, in order to point out the characteristics which the theory takes as determinative for classifying this procedure as a specific procedural form. The analysis of its nature and form has led to the conclusion that it is not mandatory to reform the procedure against juvenile offenders by analogy with the reformed model of the general criminal procedure. Therefore, the structural elements of the procedure against juvenile offenders are explained in the perspective of possible changes aimed at the rationalization thereof, and not with the aim of unification with the

general criminal procedure model. The last part of the paper is dedicated to the effects of the basic principles of criminal procedure on the specific and simplified procedural forms, and finally to the possible effects of the modified general procedural principles on the regulation and the principles of proceedings against juvenile offenders, particularly, to the question of consequences of the abolishment of a certain ground criminal procedural principle.

Др Петар Станојевић

**Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици**

ПРОСТИТУЦИЈА КАО СОЦИО-ПАТОЛОШКИ ФЕНОМЕН

Апстракт: *Проституција као специфични феномен садржи све индикативне облике криминалне активности, али за собом повлачи и дискутабилност њеног социо- патолошког сагледавања, као и остале негативне појаве на које директно или индиректно утиче. Само проучавање проституције у раду размотрено је кроз анализу феноменологије проституције, у ком проституцију сагледавамо кроз њен историјски развој и метаморфозе које ову појаву разврставају на различите сегменте; етиологију проституције, где се акцентују различита психолошка, социокултурна, биолошка гледишта. Криминолошко-виктимолшки аспект сажето обрађује жртве сексуалног насиља и осталих видова угрожавања људске слободе.*

Кључне речи: *проституција, социо-патолошки феномен, етиологија проституције, кривично процесни аспект.*

УВОД

Етиологија проституције и њена друштвена оправданост

Временску детерминанту утемељавања проституције као контроверзне друштвене установе која и даље представља комплексно питање са многим неразрешеним интересима, вредностима или појавама, тешко је утврдити. Сам настанак проституције се повезује са појавом приватне својине, односно имовинске неједнакости на вишем степену варварства. Проституција се развијала упоредо са друштвено-економским развојем и иманентна је друштвеним неједнакостима у којима превласт припада мушкарцима. Може се рећи да је робовласничко друштво колевка проституције.

Проституција у Грчкој доживљава несметан и брз развитак, али значајнија правна регулатива проституције јавља се у Риму. Проституција као делатност надзирала се од стране полицијских чиновника-едила који су издавали посебне дозволе за рад *licentia stupri*. На тај начин улична проституција постаје професионална и као таква служи многим породицама за остваривање допунских прихода.

Са настанком феудализма смањује се обим проституције у односу на античко доба. Са експанзијом хришћанства мења се и однос друштва према проституткама и проституцији. Међутим, оскудан живот и сиромаштво погодновало је поновном развоју проституције а време освајачких крсташких ратова само је поспешило трговину женским телом, а посебно омогућило развијање војне проституције.

У средњовековној Европи проституција постаје саставни део културног живота друштва а проститутке постају важан слој као чинилац друштвеног расположења. Није било већих скупова, верских или световних а да нису учествовале проститутке. Турнири ритерског карактера, разне свечаности и други скупови редовно су се завршавали јавним игранкама на улицама налик на карневале. Иако је проституција у начелу била друштвено жигосана као недолична појава и била правним нормама реглементирана и санкционисана, она се ни у једном класном друштву није могла ефикасно сузбити или искоренити. У сваком класном друштву увек су постојали повољни чиниоци, као резултат друштвених супротности, који су је поспешивали. Поред тога, друштвена активност преко правне регулативе, казнене политике и самог односа цркве према проституцији, није била усаглашена и јединствена. Оваква и слична схватања о функцији проституције попут Солона у Грчкој и Катона у Риму, испољавао је и свети Августин који каже: "Ако сузбијете проституцију, лакомислена пожуа поквариће друштво".¹ Наравно било је и супротних мишљења која су анатемисала проституцију, на пример, свети Тома који овај друштвени порок изједначује са прљавим блатом. Да парадокс буде већи многи црквени великодостојници проповедали су крајњу аскезу и осуђивали блуднице и блудне радње, док су други показивали разумевање и обилато користили услуге проститутки па чак били и власници јавних кућа и убирали добре приходе. Управо, у таквим условима њеног бивствовања, дошла је до изражаја увек присутна дилема: *да ли проституцију сузбијати друштвеним мерама репресије или је пак толерисати и одговарајућим правним поступцима регулисати.*

Логика примењивања забрана, моралних осуда и многих других васпитних мера, уступа место логици потпунијег правног дејства. Законодавна пракса добија озбиљнију форму правног израза у 12. и 13. веку скоро у свим државама Европе. Правним прописима регулисан је ред јавних кућа и јавних купатила као стециштима проституције. Многим наредбама и уредбама прописани су услови рада, унутрашња организација

¹ Д. Смиљанић, М. Мијушковић, *Драма брака и породице*, Рад, Београд, 1965, стр. 305.

ових установа као и обавеза доношења статута којима се ближе уређују права и обавезе јавних кућа. И поред оваквог друштвеног односа према проституцији она се, услед све веће класне диференцијације, све више ширила. Настанком нових друштвено-економских односа подстакнуто ренесансом и општим друштвеним развојем, током 14-16 века стварају се повољни услови за још већи развој проституције. Сматра се да је током 16. века у Бечу било регистровано око 50.000 проститутки, у Паризу 30-40.000 колико је и у Лондону не рачунајући метресе.²

Проституција, као веома распрострањена друштвена институција, присутна је и у капиталистичкој друштвеној формацији, без обзира на све присутније критике нове друштвене класе. Напротив, продубљене класне разлике, односно преобразја радне снаге у робу доприноси да се и жена претвара у робу. Тешки услови рада, незапосленост и друге негативне одлике овог друштвеног система, утицали су да се стално повећава број жена проститутки и да цена њихових услуга опада. То је даље утицало да се током 19. и почетком 20. века проституција развија и у многим мањим местима. С друге стране, оба светска рата допринела су порасту проституције, њеном ширењу, попримању одлика бизниса и њеној криминализацији. Са порастом проституције мењају се многи односи у њеној пословној и функционалној организацији. Тржишни односи задиру и у област проституције па се јављају нови облици проституције. Поред борделске све више расте тзв. изолована или отмена проституција која функционише према договору и жељама клијената. Са порастом проституције развија се и функција подвођења (енг. solicitation) као неизбежна компонента проституције која има улогу, не само налажења нових "кадрова" за проституисање, већ и посредовања између проститутке и клијената. Углавном то су вешти организатори који се лажно приказују као добротинитељи и хуманисти, иначе без људских скрупула, равнодушни на реаговања младих и неискусних девојака када схвате реалност свог положаја. Није редак случај да се подводачи јављају у улози агената у трговини белим робљем преко одговарајућих агентура и филијала, па подвођење оваквог типа има криминогени карактер због чега је предмет пажње Интерпола, односно Међународне организације криминалистичке полиције, али и многих невладиних организација.

Имајући у виду обим, појавне облике и последице проституције, друштво је непрестано чинило напоре, пре свега за њену забрану и контролу. Залагања за правно регулисање проституције, неретко, наилазила су на отпор оних који су сматрали да су она једнострана и

² F. Eduard, *Illustrierte Sittengeschichte-Die gelante Zeit*, Verlag Albert Langen, Milnchen, 1910., стр. 404 - 405.

дискриминаторна, јер се односе само на жене. За аболиционисте то је значило прокла-мовање политике двојног морала. С друге стране, с правом се сматрало да, поред укључивања органа репресије (полиција, инспекције, судови), у праћењу и контроли проституције треба укључити и друге друштвене субјекте (установе за социјални рад и социјалну заштиту, здравствене установе, васпитно-образовне организације, завод за тржиште рада и др.) како би се остварила успешнија координација друштва у сузбијању проституције. Потребне за континуираним праћењем феномена проституције, данас су још актуелније, поготово због друштвених промена које су у току и које по свом карактеру имају епохални и цивилизацијски значај. Друштвена оријентација према тржишној привреди и друге промене политичког карактера, наметнула су неизбежни процес транзиције у многим државама света. Отпори и кризе, често са ратним исходима, изазвали су многе друштвене проблеме као што су незапосленост, пад животног стандарда, сукоби на међунационалном плану, присилне миграције становништва и др., што је погодовало не само њеном порасту већ и појави нових облика проституције као и већем степену њене повезаности са другим облицима криминала. Назначене друштвене промене у целини, оправдавају друштвену потребу за сагледавање проституције у новим условима друштвеног развоја. Наравно, при томе треба имати у виду да сва досадашња сазнања о коренима и узроцима проституције у минулим епохама друштвеног развоја, једнако су важне и актуелне и за савремено друштво. Међутим, може се логички претпоставити да се разлике могу очекивати у организацији проституције, појавним облицима, њеној већој повезаности са другим облицима криминала као и недовољној регламентацији исте.

I

ПРОСТИТУЦИЈА КАО СОЦИОПАТОЛОШКО ПОНАШАЊЕ

Домен социјалне патологије означава девијантне друштвене појаве које се објашњавају друштвеним узроцима а не биопсихолошким особинама оних који у њима учествују.

Професионална проституција као девијантна друштвена појава, такође спада у домен социјалне патологије и њена појава и постојање објашњава се друштвеним узроцима. Ранија гледишта о проституцији углавном су ослањана на психофизичким особинама личности проститутки да би се избегла друштвена одговорност за њену појаву.

Проституција као својеврсна друштвена делатност следи логику постанка сваке друге делатности (занимања) функцијом поделе рада,

понудом и потражњом услуга и др., односно довођењем у везу с основним друштвеним односима. С друге стране, психофизичка сагледавања имају своју логику и оправдање јер указују зашто јединка постаје или има потенцијалне изгледе да постане проститутика.

У литератури се најчешће наводе три основна критеријума за одређење друштвене девијације, и то: нормативни, реактивни и вредносни. Према првом, девијантно понашање је свако оно понашање које одступа од утврђених норми или правила понашања у друштву. Наравно, то је релативно поимање обзиром да сва одступања такве врсте нису санкционисана у многим друштвима и на исти начин. Према другом критеријуму који означава друштвену реакцију, девијантно понашање је изражено као друштвено супротно дејство на понашање појединца на основу којег се појединац означава девијантним. Према овом критеријуму девијантност није својство понашања појединца, већ оно се изводи из одређеног типа реакције на то понашање. Трећи критеријум означава меру одступања неког понашања од утврђених друштвених вредности.³

Иначе социопатолошки карактер појаве може се одредити, према Љ. Бавкону, као деловање и понашање чији је заједнички именитељ супротност вазећим, друштвено признатим и прихваћеним нормама и вредностима.⁴ Другим речима проституција као социопатолошка појава могло би се одредити као понашање које околина сматра неморалним, асоцијалним или антидруштвеним. Исто тако, и проститутке као носиоци социјалнопатолошких појава, као и сви други појединци могло би се рећи да представљају посебну друштвену категорију пошто се сви налазе у истом друштвеном односу - односу сукоба и принуде према друштвеној околини.⁵

Према томе, девијантност се испољава као друштвено непожељна активност која се супротставља моралном кодексу и прихваћеним нормама понашања, због чега добија обележја друштвене патологије. С друге стране, проститутке као девијанти, по правилу су део становништва које је искључено из друштвене поделе рада јер су махом незапослене и као релативно "сувишно" становништво припадају потчињеној класи па су "службено" промовисане у девијантне особе.⁶

Проблем појмовног одређења проституције је доста сложен обзиром да постоји више прилаза овој друштвеној појави. Поред тога,

³ И. Јанковић, В. Пешић, *Друштвене девијације*, Критика социјалне патологије, Научна књига, Београд, 1988, стр. 10-12.

⁴ Љ. Бавчон, *Социјална патологија*, Младинска књига, Љубљана, 1969, стр.20.

⁵ И. Јанковић, В. Пешић, наведено дело, стр. 29

⁶ Д. Радуловић, *Проституција у Југославији*, Филип Вишњић, Београд, 1986., стр. 137.

друштво не показује исти однос према проституцији као пошасте посебно у погледу степена испољене толеранције, што се изражава неједнаком друштвеном реакцијом. Са социолошког гледишта проституција као друштвена појава припада групи "социопатолошких појава" јер по свом одређењу подразумева сексуалну аберацију једног иначе природног, нужног и неопходног односа међу половима преко кога се обезбеђује егзистенција и репродукција људског рода. У неким дефиницијама у којима се наглашава да је проституција "социопатолошка појава или девијантно понашање", као полазна основа служи однос према систему вредности, пре свега етичке и моралне. У том смислу жена проститутка је слабог моралног интегритета и налази се на дну лествице моралних вредности. Међутим, када је реч о очувању институције брака са свим својим врлинама, онда је проституција "алтернативна форма задовољавања за велики број мушкараца".⁷ Дакле цивилизацијски цинизам двоструког морала.

II КРИМИНОЛОШКО-ВИКТИМОЛОШКИ АСПЕКТ ПРОСТИТУЦИЈЕ

За схватање и тумачење криминалитета као појединачног понашања и као масовне друштвене појаве, нису довољна само сазнања о узроку и условима њеног настанка, већ и сазнања о утицају који на настанак криминалитета врши жртва, у нашем случају, лице у улози проститутке. У том случају важно је нагласити да проституција као облик социопатолошког понашања, са гледишта криминалне патологије, представља подручје које карактеришу егзогени и ендогени чиниоци. Стога је логично да у предмету овог истраживања буду обухваћена она гледишта која ће допринети сазнањима у којој мери жртва, односно њена својства и односи са другим социопатолошким појавама утичу на виктимогенезу и друштвену опасност проститутки као антисоцијалне групе. Е. А. Фетах, наглашава да се виктимологија бави непосредно жртвом злочина и то посебно њеном личношћу, њеним биолошким, психолошким и моралним цртама, социокултурним карактеристикама, везама са делинквентима и њеном улогом и доприносом генези злочина.⁸

⁷ Ј. Спадијер-Џинић, Социјална патологија, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1988, стр. 86.

⁸ Е.А. Fatah, "La victimologie": Quest-eile et quel est son, anveir. Revue internationale de criminologie et de police technique, 1967/2, стр. 113.

Сагледавање проституције са криминолошког и виктимолошког гледишта претпоставља проширивање сазнања о овој пошасту, значајна за потпунију оцену кривичне одговорности и изрицању адекватне кривичне санкције извршиоцу дела. Кривично-правно одређење појма жртве претпоставља и укључује жртве сексуалног насиља. Да би се истакао криминалошки и правни карактер проституције као облика социопатолошког понашања, битно је сагледати важније облике и жртве сексуалног насиља, у првом реду жртве силовања, али и жртве садизма, жртве педофилије али и жртве трговине беим робљем. Ово утолико пре, што кривично дело силовања, као једног од најпознатијих и најраспрострањенијих кривичних дела против достојанства и морала није на одговарајући начин решено у кривичном законодавству бар што се тиче питања жртве овог кривичног дела, односно третмана проституције као кривичног дела. Дилеме изазивају и преовладајућа одређења да жртва силовања може бити само лице женског пола, што није у правном смислу коректно, обзиром да жртве могу бити и мушка лица, посебно у случајевима насилне обљубе од стране више жена или пак од стране партнера при хомосексуалном односу. На тај начин кривично-правно одређење жртве и даље остаје непотпуно. Жртве појединих облика сексуалних изопачености, односно сексуалних инверзија присутне су од када постоји и функционише човек.

Међутим, без обзира на бројне и различите теоријске покушаје, чини се да недостају "релевантне и конзистентне" цињенице о психопатологији, психодинамици и третману сексуалних девијација и криминала на основу којих би се изградила базична теорија.⁹ То је основни разлог што се још увек не може поуздано тврдити зашто неко постаје сексуално девијантан или агресиван. Изнета сазнања у нашем истраживању о генези овог проблема сагласна су и валидна у мери колико домети појединих научних погледа то омогућују. У том смислу, важно је истаћи општу сагласност да рано искуство и утицаји којима је индивидуа била изложена у првих пет година живота имају огромну важност за формирање личности уопште, а нарочито оних сегмената који имају нагонску и биолошку програмирану основу, као што је то сексуално функционисање.¹⁰ Међутим, недоречености и даље остају када је у питању поправљање и ревидирање сложених механизма таквих утицаја, што је веома значајно за правну теорију и праксу.

⁹ Л. Крон, *Сексуално насиље*, Патолошка студија, ИТГП Прометеј, Београд, 1992, стр. 23.

¹⁰ Исто.

Petar Stanojević, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

PROSTITUTION AS A SOCIO-PATHOLOGICAL PHENOMENON

Summary

Prostitution as a specific phenomenon contains all indicative forms of criminal activity, but entails reassessment of its socio-pathological perception, as well as other negative phenomena that are directly or indirectly under its influence. The study of prostitution in this work follows the analysis of the phenomenology of prostitution, in which prostitution is viewed through its historical development and metamorphoses that break down this phenomenon into different segments; etiology of prostitution, where emphasis is placed on various psychological, socio-cultural, biological points of view. Victimology aspects briefly deals with victims of sexual violence, its psychological effects and other forms of threats to human freedom. Special emphasis is related to sanctions and prevention of prostitution and other research with emphasis on criminogenic ethical and etiological characteristics.

Др Драган Јовашевић

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ЗЛОЧИН ГЕНОЦИДА И ДИСКРИМИНАЦИЈА ГРУПЕ

Апстракт: *Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице, али и у националном (интерном) кривичном законодавству појединих држава предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за већи број међународних кривичних дела (међу којима се издваја злочин геноцида). То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право) и којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства. За ова кривична дела су у међународном, али и у националном кривичном праву прописане најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. За учиниоце кривичних дела геноцида у одређеним случајевима је примарна належност међународних судских (наднационалних) органа као што је Међународни суд у Хагу. У овом раду се анализирају појам и карактеристике геноцида као кривичног дела које је засновано на дискриминацији друге групе.*

Кључне речи: *међународно право, кривично дело, геноцид, група, дискриминација, учинилац, одговорност, казна*

УВОД

Општи део међународног кривичног права представља систем правних прописа којима се одређују појам и елементи међународног кривичног дела, основи кривичне одговорности и систем кривичних санкција за њихове учиниоце, као и услови за утврђивање кривичне одговорности и кажњивости.¹ Ови прописи свој извор налазе у: 1) међународним правним актима (актима међународне заједнице који су донети у оквиру међународних универзалних или регионалних организација, као и уговорима између појединих држава са кривично правном проблематиком) и 2) националном кривичном законодавству (међународна кривична дела чија се обележја бића састоје у кршењу прописа међународног права).²

¹ Д. Јовашевић, Међународно кривично право, Ниш, 2011. године, стр. 49-52.

² Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године, стр. 345-368.

Из овако одређеног појма општег дела међународног кривичног права произилази да су три његова основна појма или института:³ 1) међународно кривично дело (опште и посебно биће, стадијуми у извршењу дела, облици искључења кривичног дела, облици испољавања кривичног дела, саучесништво), 2) кривична одговорност (урачунљивост, виност - кривица, облици искључења виности) и 3) кривичне санкције (казне и друге кривично правне мере).⁴

МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ДЕЛО

1. Појам и елементи међународног кривичног дела

Први основни појам општег дела међународног кривичног права⁵ јесте међународно кривично дело. Без овог дела, његовог извршења или покушаја, уопште се и не поставља питање постојања ове најмлађе гране казног права, нити органи кривичног правосуђа приступају утврђивању кривичне одговорности неког лица у судском поступку, нити извршењу кривичних санкција.⁶ У одређивању појма, елемената и карактеристика међународног кривичног дела у теорији се разликује више схватања.⁷

Према једном схватању међународно кривично дело представља чињење које је уперено против међународног правног поретка чија је кажњивост предвиђена непосредно нормама међународног права које на то понашање надовезује правне последице у виду санкција у сврху сигурности и поправљања.⁸ Други аутори појам међународног кривичног

³ Д.Јовашевић, Кривично право, Општи део, Ниш, 2012. године, стр. 471-474.

⁴ Иако има схватања у кривичноправној литератури према којима општи део материјалног међународног кривичног права није ни близу онако развијен као што је то случај са унутрашњим кривичним правом, мишљења смо да се и у оквиру ове гране права може конституисати наука општег дела материјалног права са основним институтима : међународно кривично дело, кривична одговорност и кривична санкција. (Д. Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр. 46-69).

⁵ У правној теорији се истиче да општи део међународног кривичног права чини скуп правила која предвиђају субјективне елементе бића кривичних дела, облике и врсте кривичне одговорности, услове који искључују кривичну одговорност и систем кривичних санкција. (А. Cassese, Међународно кривично право, Београд, 2005. године, стр. 21).

⁶ М. Милојевић, Обавеза кажњавања за међународна кривична дела, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 2/1969. године, стр. 227-229.

⁷ Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. године, стр. 127-129.

⁸ М. Марковић, Међународна кривична дела и развој међународног кривичног права, Југословенска ревија за међународно право, Београд, број 1/1972. године, стр. 1-7.

дела одређују као напад на основе међународних односа који је предвиђен међународним актом. Према трећем схватању међународно кривично дело је дело које је извршено са намером да се повреди основни интереси заштићени међународним правом или са знањем да ће дело вероватно повредити такав интерес и које не може бити адекватно кажњено путем нормалне кривичне јурисдикције сваке државе. Њиме се напада на социјалну свест човечанства у целини.

Због значаја изложених карактеристика, у правној теорији се издваја следећа дефиниција међународног кривичног дела које чини пет елемената. То су:⁹ 1) забрањена радња је од значајног међународног интереса, посебно ако се њоме угрожава међународни мир и безбедност, 2) забрањена радња представља изузетан напад на вредности које уобичајено важе у међународној заједници, па се такав напад сматра ударом на осећај хуманости, односно општељудску свест, 3) забрањена радња има транснационалне импликације што подразумева укљученост више од једне државе или се последице или се планирање, припремање или извршење дела простиру на подручју више држава, односно постоји разлика у држављанству жртава или употребљена средства премашују националне границе, 4) забрањена радња је штетна по међународно заштићена лица или интересе и 5) забрањена радња крши међународно заштићене интересе.

Међународно кривично дело (злочин) представља кршење међународних правила која повлаче индивидуалну кривичну одговорност појединца. Овај појам чине следећи елементи:¹⁰ 1) кршење међународних обичајних правила, 2) ова правила имају за сврху да штите вредности које цела међународна заједница сматра важним и која обавезује све државе и све појединце, 3) постоји универзални интерес за сузбијање тих кривичних дела, па свака држава може у начелу гонити и кажњавати учиниоце таквих дела без обзира где су они извршени, од стране чијих држављана и на чију штету су таква дела извршена и 4) ако је извршилац деловао у неком службеном својству (као државни или војни званичник) не може се позивати на имунитет од грађанске или кривичне јурисдикције.

Према опште усвојеној дефиницији појма кривичног дела у националним кривичним законодавствима (која је комплексна објективно-

⁹ М. С. Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, New York, 2003. godine, str. 119-121.

¹⁰ А. Cassese, Међународно кривично право, op.cit. стр. 26-28.

субјективна и материјално-формална), међународно кривично дело¹¹ се може одредити као противправно понашање кривично одговорног (виног) учиниоца којим се повређују или угрожавају добра заштићена међународним правом, мир међу народима и безбедност човечанства, које је прописима одређено као кривично дело и за чијег учиниоца је прописана кривична санкција.¹² Слична овој је и дефиниција¹³ која као међународно кривично дело сматра ону противправну и скривљену радњу која је, у циљу заштите одређеног добра које се на нивоу међународне заједнице сматра универзалним, односно коме се од стране већег броја држава признаје неопходност кривичноправне заштите, законима тих држава у истоветном или веома сличном облику предвиђена као кривично дело.

На овом месту истичемо и дефиницију која међународно кривично дело одређује као чињенично стање (људско понашање) уперено против међународног правног поретка, чија је кажњивост предвиђена непосредно нормама међународног права које на то понашање надовезује правне последице у виду санкција у циљу сигурности и поправљања или то је злочин чије се кажњавање темељи непосредно на међународном праву.¹⁴ Према члану 19. Нацрта Правила о одговорности држава који је припремила Комисија за међународно право ОУН из 1976. године међународно кривично дело је оно противправно дело које произилази из повреде од стране неке државе међународне обавезе која је толико битна за заштиту основних интереса међународне заједнице да је њена повреда призната међународним злочином од те заједнице у њеној целини и представља међународни злочин.¹⁵

¹¹ Д. Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010. године, стр. 131-137.

¹² Б. Петровић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, Сарајево, 2010. године, стр. 89-91.

¹³ М. Шкулић, Појам међународног кривичног дела, Зборник радова, Примена међународног кривичног права од стране међународних и националних судова, Тара, 2006. године, стр. 92.

¹⁴ G. Dahm, Zur Problematik des Volkerstrafrechts, Gottingen 1956. godine, str. 47- 49.

¹⁵ В. Ђ. Деган, Б. Павишић, Међународно казнено право, Загреб, 2005. године, стр. 182.

2. Деоба међународних кривичних дела

Постоји више врста међународних кривичних дела.¹⁶ Уобичајена је подела на : 1) међународна кривична дела у ужем смислу (права или чиста) и 2) међународна кривична дела у ширем смислу (неправа или мешовита).¹⁷ Иначе ова је подела међународних кривичних дела први пут усвојена на 14. Конгресу Међународног удружења за кривично право који је одржан 1989. године у Бечу.¹⁸ Критеријум за ово разликовање јесте надлежност међународних кривичних судова (који поступају само у случају извршених међународних кривичних дела у ужем смислу), односно историја кривичног правосуђа.

Међународна кривична дела у ужем смислу чине прву врсту ових кривичних дела. Ту се ради се о међународним кривичним делима којима се крше ратни закони и обичаји рата¹⁹ (дакле норме међународног ратног и хуманитарног права). То су дела садржана у нирнбершкој и токијској пресуди. Она се још називају међународна кривична дела према општем међународном праву (или *crimina iuris gentium*).²⁰ Ту спадају следећа међународна кривична дела : а) злочин против мира, б) ратни злочин, в) злочин геноцида и г) злочин против човечности.

Усвајањем Римског Статута Међународног кривичног суда и његовим ступањем на снагу 1. јула 2002. године инаугурисана су такође ова међународна кривична дела у виду : а) злочина геноцида, б) злочина

¹⁶ У правној литератури разликују се бројне деобе међународних кривичних дела. Тако С.М. Bassiouni 28 међународних кривичних дела разврстава у четири групе. То су : 1) *ius ad bellum et ius in bello*, 2) злочини против људског бића, 3) злочини обележени терористичким актом и 4) злочини против друштвених и економских интереса (М.С. Bassiouni, *Introduction au droit penal international*, Bruxelles, 2002. godine, str. 116-142). Други аутори као нпр. Н. Ascencio, Е. Decaux и А. Pellet разликују само две групе међународних кривичних дела. То су : 1) злочини против мира и безбедности човечанства и 2) друга кривична дела која су одређена међународним правом где се разликују : а) кривична дела заштите лица и народа, б) кривична дела заштите државе, међународне организације и њихових представника, в) кривична дела која се односе на простор и околину и д) кривична дела у вези са међународним нивоом. (Н. Ascencio, Е. Decaux, А. Pellet, *Droit international penal*, Paris, 2000. godine, str. 241-611).

¹⁷ З. Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2000. године, стр. 33.

¹⁸ Поделу међународних кривичних дела ове врсте заступају и бројни аутори у правној теорији : Bassiouni, Cassese, Than, Shorts и др.

¹⁹ Y. Dinstein, M. Tabory, *War Crimes in International Law*, Dordrecht, 1996. godine, str. 145 - 167.

²⁰ С.М. Bassiouni, *A manual on international humanitarian law and arms control agreements*, Ardsley, 2000. godine, str. 131 - 168.

против човечности, в) ратних злочина и г) злочина агресије. У правној теорији има схватања да се ова кривична дела називају међународним злочинима *stricto sensu* иза којих стоје когентне норме међународног права нпр. хашке или женевске конвенције.²¹ Дакле, то су међународна кривична дела која су директно инкриминисана правилима међународног кривичног права за које то право предвиђа јурисдикцију међународних судова. То су и најтежа кривична дела – *core crimes*.²² Инкриминацијом ових кривичних дела штите се вредности које цела међународна заједница сматра нарочито важним и чијим се кршењем угрожава и сам опстанак те заједнице.

Као основне карактеристике међународних кривичних дела у ужем смислу у правној теорији се наводе следеће:²³ 1) ови међународни злочини имају двоструку природу. Њихово извршење повлачи, с једне стране, кривичну одговорност појединаца као њихових извршилаца или саучесника, односно надређених лица (по основу командне одговорности) и међународноправну одговорност државе, с друге стране, 2) међународним злочинима се крше основна (темељна) људска права и они су стога забрањени као репресалије у случају вршења исто таквих злочина друге супротстављене стране, 3) међународни злочини у погледу кривичног гоњења и кажњавања не застаревају и 4) опште међународно право намеће обавезу државама да не крше основне норме које забрањују њихово вршење као обавезу *erga omnes*.

Другу врсту међународних кривичних дела представљају међународна кривична дела у ширем смислу (тзв. "неуобичајена" међународна кривична дела или *delicta iuris gentium*). То су дела којима се крше друга правила међународног права и која међународна заједница жели да инкриминише и санкционише у оквиру националног кривичног законодавства. Овде се, заправо, ради о делима која имају основу у међународним забранама, али је кажњавање и кривични прогон њихових учинилаца остављен на вољи националним кривичним законодавствима.²⁴ Ова међународна кривична дела се разликују од међународних кривичних дела у ужем смислу:²⁵ а) по тежини проузрокованих последица, б) по начину њихове инкриминације и кажњавања, в) за њихово кажњавање нису надлежни међународни кривични судови, већ национални судови појединих држава које су их и прихватиле као кривична дела у свом

²¹ Д. Радуловић, Међународно кривично право, Подгорица, 1999. године, стр. 103

²² В. Ђ. Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, Међународно и транснционално кривично право, Београд, 2013. године, стр. 139 - 140.

²³ В. Ђ. Деган, Б. Павишић, Међународно казнено право, оп.цит. стр. 186 - 187.

²⁴ Д. Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр. 51-54

²⁵ Б. Петровић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр. 136 - 142.

националном законодавству, г) њима се не повређују највише вредности међународне заједнице и д) питање незастаривости ових дела се уопште не поставља. Активност међународне заједнице овде није усмерена на обезбеђење репресивног супранационалног равништа, већ ка целовитој примени међународних инструмената, хармонизацију кривичних законодавстава и интензивну узајамну сарадњу држава. Ту спадају кривична дела у вези са опојним дрогама или нуклеарним материјама, безбедношћу ваздушног или поморског саобраћаја, у вези са проституцијом, порнографијом, трговином људима, трговином оружјем, заштитом животне средине, али и транснационална организована кривична дела и сл.

Према критеријуму извора, међународна кривична дела се могу поделити на:²⁶

а) кривична дела према међународном обичајном праву. То су таква кривична дела која су претходно дефинисана у неком међународном уговору и потом захваљујући универзалним вредностима које штите прихваћена су као таква у пракси већине држава света. Отуда дефиниције ових кривичних дела и кривичне санкције за њихове учиниоце представљају *ius cogens* и делују *erga omnes*. То су кривична дела против хуманитарног права као што су : 1) геноцид, 2) злочин против човечности и 3) ратни злочини. То су, заправо, међународна кривична дела у ужем смислу и

б) кривична дела прописана вишестраним међународним уговорима. Овде спадају кривична дела која су прописана међународним уговорима и имају дејство само у међусобним односима држава уговорница, па и не спадају у надлежност међународних судова. То су дела која су прописана бројним међународним уговорима као што су : тероризам, прање новца, корупција, трговина људима, злоупотреба опојних дрога итд. То су, заправо, међународна кривична дела у ширем смислу.

Интересантна је класификација међународних кривичних дела²⁷ присутна у правној теорији у последње време. Према овом схватању разликују се следећа међународна кривична дела :

1. међународни злочини (злочини према општем међународном праву, међународна кривична дела *stricto sensu* или *crimina iuris gentium*).

²⁶ В. Димитријевић, О. Рачић, В. Ђерић, Т. Папић, В. Петровић, С. Обрадовић, Основи међународног јавног права, Београд, 2007. године, стр. 238 - 239.

²⁷ С. М. Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, op.cit. str. 144 - 154.

Као одлике међународних злочина сматрају се:²⁸ а) њима се повређују највише вредности међународне заједнице (супстанцијални састојак), б) таква дела су предвиђена међународним правом као кривична дела (формални састојак), в) међународно право према општеприхваћеним правилима намеће државама обавезу да учиниоце ових дела подвргну суђењу ли предаји ради суђења и г) противност ових дела међународном праву. У међународне злочине спадају: а) агресија, б) геноцид, в) злочин против човечности и г) ратни злочини,

2. међународни деликти (*delicta iuris gentium*). То су бројна кривична дела која су поједине државе предвиделе у својим националним кривичним законодавствима извршавајући обавезе преузете потписивањем одговарајућих међународних уговора. Ту спадају: а) нелегално поседовање, употреба и располагање оружјем, б) крађа нуклеарног материјала, в) агресивно деловање плаћеника, г) заштита хуманих интереса (апартхејд, ропство и сл.), д) заштита од терористичког насиља и њ) заштита социјалних и културних интереса.

3. међународни прекршаји где спадају: а) трговина порнографским материјалом, б) фалсификовање новца и в) корупција међународних службеника итд.

3. Објект међународног кривичног дела

Код међународног кривичног дела као објект заштите јављају се: а) човечност и б) међународно право.²⁹ Практично у основи међународних кривичних дела налази се Де Мартенсова³⁰ идеја о позивању на законе човечности и захтеве јавне свести, у постулатима ратног права – ограничавању дејства на војну потребу и избегавање непотребних жртава, као и циљевима људских права – заштити људи, њиховог достојанства, несметаног развоја и задовољавања људских потреба.³¹ Под човечношћу

²⁸ Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, Коментар Казненог закона, Загреб, 2007. године, стр. 410.

²⁹ Мир и безбедност човечанства су увек били у средишту настојања да се међународном кривичном заштитом обезбеди поредак светске заједнице што је разумљиво када се зна да ратна разарања остављају за собом без изузетака најтрагичније и најдалекосежније последице. (V. V. Pella, *La Protection de la paix par le droit interne*, Paris, 1933. године, стр. 9 - 14).

³⁰ Фјодор Фјодорович Мартенс (1845-1909), професор права и члан руске делегације на Првој Хашкој конференцији 1899. године.

³¹ Према Мартенсовој клаузули која је први пут унета у Хашку конвенцију о законима и обичајима сувоземног рата 1899. године утврђује се да у свим ситуацијама које нису регулисане уговорима "становништво и учесници у рату остају под влашћу и заштитом начела међународног права каква произилазе из обичаја

се подразумевају добра или вредности од општег цивилизацијског интереса за целу међународну заједницу, за цело човечанство. Заштита човечности значи обезбеђење заштите основних људских добара као што су: живот, телесни интегритет и здравље човека, достојанство личности, основна људска права и слободе. Међународно право које се крши овим кривичним делима представља систем међународних правила о људском, моралном, хуманом односу према интегритету човека и његовој егзистенцији, и то како човека као појединца, тако и човека као члана једне социјалне, друштвене групе, његова људска права и слободе, као и његово достојанство.

Али у правној литератури се може наћи и схватање према коме објект заштите код ових кривичних дела представљају друштвени односи, али не они који постоје у одређеној држави, већ друштвени односи који постоје у широј међународној заједници, односно у свим или бар највећем броју држава у оквиру цивилизованог дела човечанства. Или другим речима, основна је функција међународног кривичног права обезбеђење ефикасне заштите корпуса универзалних, елементарних људских права и слобода свих и сваког.³²

Систем међународно заштићених добара и вредности које представљају објект заштите код ових кривичних дела произилази и из преамбуле Римског статута Међународног кривичног суда у којој стоји да се њиме на овај начин : "штите мир, сигурност и добробит света будући да су сви људи повезани блиским везама и заједничким интересима и да су њихове културе спојене заједничким наслеђем".³³ Управо зависно од добара и вредности којима се пружа заштита од вршења међународног кривичног дела, у оквиру међународних кривичних дела се може вршити њихова даља унутрашња систематика (деоба).

Објект радње кривичног дела јесу предмети на којима се врши радња кривичног дела да би се могао повредити или угрозити заштићени објект или вредност. Код различитих међународних кривичних дела се разликују и објекти радње, па се тако као ови објекти јављају : 1) национална, расна, верска или етничка група, 2) цивилно становништво,

установљених међу просвећеним народима, из захтева човечности и захтева јавне свести". Одредба сличне садржине унета је касније у члан 1. став 2. Првог Допунског протокола уз Женевске конвенције из 1977. године.

³² М. Радојковић, Међународна заједница и кривична одговорност у доба оружаних сукоба, Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, број 2/1973. године, стр. 166 - 169.

³³ В. Василијевић, Враћање једном раскршћу међународног кривичног права, Југословенска ревија за међународно право, Београд, број 3/1977. године, стр. 267 - 295.

цивилни објекти, поједина цивилна лица, 3) рањеници, болесници, бродоломници, санитарско и верско особље, 4) материјал, залихе и средства санитарских установа и транспорта, 5) ратни заробљеници, 6) ваздушни или поморски саобраћај, 7) опојне дроге и психотропне супстанције, 8) радиоактивне и опасне материје и др.

ЗЛОЧИН ГЕНОЦИДА

Као "злочин над злочинима",³⁴ најтеже кривично дело данашњице, како у међународном, тако и у националном кривичном праву, сматра се геноцид (народоубиство, убиство рода или племена – чији назив потиче од грчке речи "genos" - род и лат. "occidere" - убити). То је, укратко речено, онемогућавање опстанка и живота другој националној, расној, верској или етничкој групи. Ако је било које кривично дело, а посебно међународно кривично дело, засновано на мржњи и нетрпељивости, односно дискриминацији, то је, управо, очигледно код злочина геноцида.³⁵

Иначе прву дефиницију злочина геноцида је још 1944. године дао Рафаел Лемкин који: "под геноцидом подразумева уништење етничке групе, иако уопште узев он не мора да значи уништавање нације, осим у случајевима када се реализује масовним убијањем свих припадника нације. Та реч треба да означи усклађен план различитих делатности које су усмерене да униште основне темеље живота националне групе са циљем да се уништи и сама група. Циљеви таквог плана би били дезинтеграција политичких и друштвених институција, културе, језика, националних осећања, религије и економског постојања националних

³⁴ У делу правне теорије се сматра да геноцид не представља самостално кривично дело, већ да је то само врста злочина против човечности. (P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004. godine, str. 498 - 499). Геноцид се одређује као "злочин над злочинима". Забрана вршења или пропагирања овог кривичног дела представља *ius cogens*, тако да противправност геноцидних активности, па и сам криминални карактер ових радњи је општеприхваћен и неспоран у међународној заједници. Овом инкриминацијом су заштићене само стабилне групе, које карактерише сталност и чијим се чланом постаје на основу рођења, док су искључене несталне скупине чијим се чланом постаје на основу индивидуалне одлуке. На том становишту стоји и Међународни кривични трибунал за Руанду у случају Акајесе.

³⁵ За постојање геноцида није потребан и већи број жртава. Наиме, сматра се да је довољно да учинилац убије једно или више лица. Исто тако геноцид може учинити и изоловани појединац ако поступа са геноцидном намером и ако се његово понашање поклапа са другим сличним понашањима, а такве је природе да може довести до уништења целе скупине.

група и уништење личне безбедности, слободе, здравља, достојанства, па чак и живота појединаца који припадају таквим групама".³⁶

Но, било је и других покушаја да се дефинише овај најтежи злочин. Тако је Израел Чарни одредио геноцид као "масовно убијање значајног броја људских бића које се не догађа у току војне акције војних снага признатих непријатеља под условом да су жртве обезоружане и беспомоћне". Сличну дефиницију геноцида дају и Александар Кименуи и Отис Скот према којима је "геноцид једнострани облик масовног уморства у коме држава или други ауторитети намеравају да разоре групу коју извршилац сам дефинише".³⁷ Дакле, код овог злочина се као објект напада јавља група као колективитет, заједница са својим особеностима и специфичностима.

Стога ћемо се у наставку рада бавити теоријским и практичним аспектима овог злочина.

Геноцид и Нирнбершка пресуда

Статут међународног војног суда усвојен на основу Лондонског споразума савезничких сила 8. августа 1945. године³⁸ у члану 6. одређује међународна кривична дела чији ће учиниоци као појединци или као чланови организације бити суђени од стране овог суда. То су: а) злочини против мира, б) ратни злочини и в) злочини против човечности.³⁹ Интересантно је да и поред прогона више милиона Јевреја, Словена, Рома и других народа за време шестогодишњег нацистичког агресивног рата широм Европе, савезничке силе нису сматрале за потребно да највише политичке и војне руководиоце поражене Немачке кривично гоне за злочин геноцида. Сматрало се да су његова обележја (карактеристике) обухваћене злочином против човечности, иако се у Основној оптужници Комитета главних тужилаца наводи "да су ОНИ спроводили намерни и систематски геноцид тј. истребљење расних и националних група против цивилног становништва извесних окупираних области у циљу да униште

³⁶ А. Игњатовић, геноцид у међунаодном и националном кривичном праву, Београд, 1996. године, стр. 13.

³⁷ С. Аврамов, Геноцид у Југославији 1941-1945-1991., Други део, Београд, 2008. године, стр. 70.

³⁸ Нирнбершка пресуда, Београд, 1948. године, стр. 13 - 19.

³⁹ Љ. Прљета, Злочин против човечности и међународног права, Београд, 1992. године, стр. 35 - 46.

одређене расе и класе становништва и националне, расне и верске групе, нарочито Јевреје, Пољаке, Цигане и друге".⁴⁰

Почетак инкриминације злочина против човечности датира из времена Првог светског рата као реакција савезничких сила на злочине које су извршиле турске власти у току 1915. године над Јерменима. Велика Британија и царска Русија су у заједничкој ноти оптужиле Порту за "злочине против човечности и цивилизације" (арменоцид). На Версајској мировној конференцији је 1919. године најављено установљење међународног кривичног суда који би, између осталог, био надлежан и за "кршење закона човечности". Тај предлог је спречен од стране САД са образложењем да још увек нема утврђених и универзалних стандарда човечности.

Поред непосредних извршилаца ових међународних кривичних дела (злочина), кривично су одговорна и лица која се јављају у својству вође, организатора, подстрекача или другог саучесника, а која су учествовала у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере ради извршења неког од напред наведених злочина. Овде се, заправо, ради о одговорности и кажњавању саучесника за извршена дела по принципу субјективне акцесорне кривичне одговорности. Учиниоцу ових кривичних дела у смислу одредбе чл. 27. и 28. Статута, могу се изрећи следеће врсте казни : а) смртна казна, б) друга врста казне (затвора) коју суд нађе за праведну и в) конфискација (одузимање сваке украдене) имовине.⁴¹

Злочин против човечности из члана 6. став 2. тачка ц. је по први пут дефинисан управо Статутом Међународног војног суда. Ту спадају следећи акти : 1) убиства, 2) истребљење, 3) поробљавање, 4) депортација и 5) остала нечовечна дела. За постојање злочина против човечности битно је испуњење још два елемента. То су: а) да је радња извршена против било ког цивилног становништва и б) да се радња предузима у одређено време - пре или за време трајања рата. При томе се као злочин против човечности сматра и свако прогањање на политичкој, расној или верској основи у извршењу или у вези било којег злочина у надлежности овог суда без обзира да ли се тиме врше или не врше повреде закона оне земље у којој су злочини извршени.⁴² Овим се кривичним делом практично целим

⁴⁰ А. Игњатовић, Геноцид у међународном и националном кривичном праву, *op.cit.*, стр.15.

⁴¹ Д. Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, *op.cit.*, стр. 213 - 215.

⁴² М. Марковић, Нирнбершко суђење – примена нових начела у међународном кривичном праву, Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, број 2/1973. године, стр. 176 - 180.

људским групама (припадницима политичке, расне или верске групе) онемогућава или отежава живљење, и то како за време рата, тако и пре рата. Иако, то овај Статут не каже, ово дело заправо представља злочин геноцида. Ово је било једино међународно кривично дело из надлежности Међународног војног суда које се могло извршити независно од рата или оружаног сукоба.⁴³

Иста међународна кривична дела познаје и Закон број 10. Контролног савета за кажњавање лица одговорних за ратне злочине, злочине против мира и злочине против човечности у члану 2. с тим што поред наведене три врсте злочина познаје и посебно дело које се састоји у самом чланству у злочиначкој групи или организацији које су од стране Међународног војног суда проглашене злочиначким.⁴⁴ У ставу 2. овог члана Закон је изричито одредио да се за ове злочине могу казнити следећа лица : 1) свако лице без обзира на држављанство или својство у коме је делало ако је било главни учинилац или саучесник, 2) лице које је наредило или подстицало или се сагласило са извршењем неког од ових кривичних дела, 3) лице које је било повезано са плановима или радњама које су довеле до извршења неког дела, 4) лице које је било члан организације или групе за вршење ових кривичних дела, 5) лице које је имало високи политички, грађански или војни положај у Немачкој или у некој земљи која је била њен савезник или заједно са њом ратовала или је била њен сателит и 6) лице које је имало висок положај у финансијском, индустријском или привредном животу било које од тих земаља.

Учиниоцу неког од ових кривичних дела се према одредби става 3. овог члана могу изрећи следеће казне: 1) смртна казна, 2) доживотни затвор или затвор на одређени број година са принудним радом или без принудног рада, 3) новчана казна и затвор са или без принудног рада у случају неплаћања новчане казне, 4) конфискација имовине, 5) повраћај неправилно стечене имовине и 6) одузимање појединих или свих грађанских права.

На принципима Нирнбершке пресуде 9. децембра 1948. године Генерална скупштина ОУН је донела Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида (која је ступила н снагу 12. јануара 1951. године).⁴⁵ Ова Конвенција у члану 2. дефинише злочин геноцида као дело извршено са намером да се потпуно или делимично уништи једна

⁴³ В. Petrović, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo, 2010. godine, str. 178 - 182.

⁴⁴ Љ. Прљета, *Злочин против човечности и међународног права*, op.cit. стр. 47 - 53.

⁴⁵ В. Petrović, М. Bisić, V. Perić, *Međunarodno kazneno sudovanje*, Sarajevo, 2011. godine, str. 284 - 286.

национална, етничка, расна или верска група : 1) убиством чланова групе, 2) наношењем тешких телесних ии душевних повреда члановима групе, 3) намерним подвргавањем чланова групе таквим условима живота који би требало да доведу до њеног потпуног или длеимичног уништења, 4) наметањем таквих мера којима се жели спречити рађање у оквиру групе и 5) присилним премештањем деце из своје групе у другу групу. У члану 3. Конвенција даље предвиђа као кажњиво не само дело геноцида, већ и : а) завера да се изврши геноцид, б) непосредно и јавно подстицање да се изврши геноцид, в) покушај да се изврши геноцид и г) саучесништво у геноциду.⁴⁶

Геноцид и Статут Хашког трибунала

Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 827 од 25. маја 1993. године усвојен је Статут Међународног трибунала за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији бивше СФР Југославије почев од 1991. године. Овај Статут (познат као Статут "Хашког трибунала")⁴⁷ познаје четири врсте међународних кривичних дела. То су: а) тешке повреде Женевских конвенција од 1949.године, б) кршење закона и обичаја ратовања, в) геноцид и г) злочини против човечности.⁴⁸ Учиниоцу ових кривичних дела од стране Трибунала се може према члану 24. изрећи само једна врста казне и то казна затвора у трајању према општој пракси судова у Југославији при чему је судско веће обавезно да узме у обзир тежину извршеног кривичног дела (објективне околности) и лична својства оптуженог (субјективне околности). Уз казну се учиниоцу међународног кривичног дела могу изрећи и следеће санкције : а) повраћај имовине њиховим правим власницима (реституција) и б) одузимање добити која је прибављена криминалном делатношћу.⁴⁹

⁴⁶ У правној теорији се стога истиче да се овом инкриминацијом кажњавају само различити облици извршења биолошког и физичког геноцида. (Lj. Lazarević, V. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004. godine, str. 1021).

⁴⁷ Д. Јовашевић, Међународно кривично право, op.cit., стр. 256 - 258.

⁴⁸ Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године, стр. 14.

⁴⁹ Dž. Džouns, S. Pauls, Međunarodna krivična praksa, Sarajevo, 2005. godine, str. 131 - 147.

Најтеже кривично дело данашњице "злочин над злочинима" – геноцид⁵⁰ је предвиђено у члану 4. Статута Хашког трибунала. Ово дело се састоји у намерном⁵¹ уништењу у целини или делимично националне, етничке, расне или религиозне групе. Пресуда Међународног суда правде у спору Босне и Херцеговине против Србије (параграф 194.) није прихватила негативан појам "заштићене групе" коју је тужба навела као "несрпска национална, етничка или верска група у оквиру Босне и Херцеговине која се, међутим, не ограничава само на ту територију у коју је посебно укључено муслиманско становништво" будући да Конвенција о геноциду изричито прописује "позитивну дефиницију" групе.

Пракса Хашког трибунала није прихватила екстензивно тумачење појма геноцида које би укључивало намеру уништења националног, језичког, верског, културног или неког другог идентитета групе, а без њеног физичког уништења.⁵² Но, и поред тога у пресуди генералу Радиславу Крстићу, команданту Дринског корпуса Војске Републике Српске (који је осуђен за саучесништво у геноциду у Сребреници) се говори, поред физичког или биолошког уништења групе и о "културној и социјалној деструкцији групе. Тако Претресно веће истиче да су тамо где је на делу физичко или биолошко уништење често присутни истовремени напади на културну и верску баштину, као и на симболе циљане групе, напади који се са пуним правом могу сматрати доказом намере да се група физички уништи (смишљено разарање џамија и кућа које припадају одређеној скупини)".

Битно је за постојање овог међународног кривичног дела да је у напред наведеној намери предузета једна од следећих више алтернативно предвиђених радњи:⁵³

- 1) убијање чланова одређене групе,
- 2) проузроковање физичких или менталних повреда члановима групе,
- 3) намерно смештање чланова групе у такве услове живота смишљене да доведу до њеног физичког, делимичног или потпуног уништења. У пракси Хашког трибунала овај облик геноцида је извршаван следећим делатностима: а) држањем затвореника у загушљивим и

⁵⁰ B. Lukšić, Genocide and command responsibility, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, Split, broj 4/2001. godine, str. 283 - 291.

⁵¹ Пресуда у случају Примена Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида у предмету Босна и Херцеговина против Србије и Црне Горе од 26. фебруара 2007. године.

⁵² Б. Иванишевић, Г. Илић, Т. Вишњић, В. Јањић, Водич кроз Хашки трибунал, Београд, 2007. године, стр. 65.

⁵³ Dž. Džouns, S. Pauls, Međunarodna sudska praksa, op.cit., str. 143 - 147.

пренатрпаним просторијама, б) спавање затвореника на поду и без ћебади, ц) ускраћивање затвореницима хране и воде, д) давање затвореницима нечисте воде која би проузроковала њихово оболевање, е) ускраћивање лекова затвореницима, ф) неуказивање лекарске помоћи затвореницима и г) излагање затвореника напорном раду,

4) спровођење мера са намером да се спречи рађање унутар групе и

5) намерно премештање деце једне групе у другу групу.

Геноцидна намера је најзначајнија карактеристика кривичног дела геноцида. Она се мора односити на уништење значајног дела групе. Тај значајан део је довољно "значајан" да утиче на групу⁵⁴ у целини. Овај квантитативни критеријум је допуњен и могућношћу које су извршиоци овог кривичног дела стајале на располагању, па се тако ова намера доказује и када је она испољена само у односу на групу у оквиру ограниченог географског подручја. И коначно, геноцидна намера узима у обзир и квалитативне одлике нападнутог дела групе дозвољавајући могућност да се као суштински део укупне групе квалификује онај део који представља њен симбол или је битан за њен опстанак. Тако Питер Дрост поводом пресуде генералу Крстићу истиче да "није неопходно имати намеру да се оствари потпуно затирање групе у сваком кутку земљине кугле. Злочин геноцида својом природом захтева намеру да се уништи барем знатан део одређене групе".

Постојање геноцидне намере у досадашњој пракси Хашког трибунала је утврђивано путем следећих критеријума : а) општи контекст који обухвата следеће елементе: 1) ширина и распрострањеност извршених дела, 2) шира политичка доктрина из које су дела произилазила, 3) обим остварених или покушаних дела, 4) методичност у планирању убијања, 5) систематичност убијања и уклањања лешева, 6) дискриминаторски карактер дела и 7) дискриминаторска намера оптуженог, б) извршење других кривичних дела систематски усмерених против исте групе, ц) број почињених злочина, д) систематско усмеравање

⁵⁴ Геноцид према конкретном објекту може бити национални или етнички геноцид или етноцид ако је тај објект национална или етничка скупина. О расном геноциду ради се ако је радња усмерена на одређену расну групу или на више таквих група. Верски геноцид је усмерен на припаднике одређене верске групе или више таквих група. Скупина (група) се не одређује према објективном, статичком критеријуму, већ је за појмовно одређене групе и према схватањима *ad hoc* трибунала одлучујуће је како њене припаднике субјективно доживљава учинилац дела. (V. Đ. Degan, B. Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, *op.cit.*, str. 230). У правној теорији се истиче недостатак оваквих дефиниција геноцида по којима он не обухвата културни геноцид у смислу уништавања језика и културе одређене групе. (A. Cassese, *Međunarodno krivično pravo*, *op.cit.*, str. 111 - 113).

на цивиле због њихове припадности одређеној групи и е) понављање деструктивних и дискриминаторских дела. Насупрот томе, Комисија за међународно право ОУН 1996. године сматра да "уништење означава материјално уништење групе физичким или биолошким путем, а не уништавање националног језичког, верског, културног или другог идентитета групе. Национални или верски, расни или етнички елемент нису узети у обзир при дефиницији речи – уништење која мора да се схвати само у свом материјалном, физичком или биолошком значењу".

Поред непосредног предузимања наведених радњи (непосредни извршилац), као радње извршења геноцида сматрају се и следеће : а) учешће у завери ради вршења геноцида, б) директно и јавно подстицање на вршење геноцида (подстрекавање), в) покушај вршења геноцида као и г) саучесништво у било ком облику у вршењу геноцида.

Геноцид и Статут Трибунала за Руанду

Иста међународна кривична дела, као и Статут Хашког трибунала, са идентичним обележјима и карактеристикама познаје и Статут Међународног кривичног трибунала за Руанду. Резолуцијом Савета безбедности Организације уједињених нација број 955 од 8. новембра 1994. године усвојен је Статут Међународног кривичног трибунала за Руанду. Овај трибунал је надлежан за кажњавање лица која су одговорна за геноцид и друга тешка кршења међународног хуманитарног права која су извршена на подручју Руанде, као и њених грађана која су извршила таква дела на подручју суседних држава у току 1994. године. С обзиром да се према правној квалификацији Савета безбедности ОУН овде није радило о међународном оружаном сукобу, то овај Трибунал и није надлежан за кривично дело које се састоји у "тешком кршењу Женевских конвенција из 1949. године", као ни за "кршење закона и обичаја рата".

Наиме, овај Статут (познат и као Статут трибунала за Руанду) познаје три врсте међународних кривичних дела. То су : 1) геноцид (члан 2.), 2) злочин против човечности (члан 3.) и 3) злочин који се састоји у тешком кршењу члана 3. Женевских конвенција и Другог допунског протокола из 1977. године (члан 4.).

Учиниоцу ових кривичних дела од стране Трибунала се може изрећи само једна врста кривичне санкције, и то казна затвора која се може јавити у два облика и то као: 1) казна доживотног затвора и 2) казна затвора у временски одређеном трајању. При одмеравању казне учиниоцу међународног кривичног дела судско веће Трибунала за Руанду је обавезно да узме у обзир тежину извршеног кривичног дела (објективне околности) и лична својства оптуженог (субјективне околности). Уз казну

се учиниоцу дела могу изрећи и две мере и то: а) повраћај имовине њиховим правим власницима (реституција) и б) одузимање добити која је прибављена криминалном делатношћу.

Најтеже кривично дело данашњице – геноцид је предвиђено у члану 2. Статута трибунала за Руанду. Оно се састоји у намерном уништењу⁵⁵ у целини или делимично националне, етничке, расне или религиозне групе. Појам групе је, поред геноцидне намере, најспорнији елемент овог злочина.

Овај Трибунал је у предмету Рутаганда истакао да се "појмови националне, етничке, расне или верске групе"⁵⁶ веома широко изучавају и да за сада не постоје општеприхваћене дефиниције. Сваки од тих појмова се мора процењивати у светлу конкретног политичког, социјалног и културног миљеа. Претресно веће сматра да је припадност групи, пре субјективни, него објективни појам. Извршилац геноцида схвата жртву као некога ко је предодређен за уништење.⁵⁷ У неким случајевима чак жртва сама себе види као припадника такве групе".

Исти Трибунал у предмету Акајешу под групом сматра "групе створене на стабилним основама и са сталним члановима, предодређеним рођењем, искључујући мобилније групе којима се појединци добровољно придружују као што су политичке или економске групе. Због тога је заједнички критеријум за групе то што њени чланови не оспоравају припадност групи којој припадају аутоматски рођењем, припадност која је

⁵⁵ Уништење групе значи физичку деструкцију, а не деструкцију њеног културног бића.

⁵⁶ Националну групу чини скупина људи која осећају да деле правну везу заједничког држављанства попраћену реципрочним правима и обавезама. Етничку групу чине чланови које веже заједнички језик и култура, расна група је пак група заснована на наследним физичким обележјима која се често идентификује са одређеном географском облашћу без обзира на језичке, културне, националне или верске факторе, док верску групу чине чланови који имају исто верско убеђење, назив вере или начин вршења верских обреда. Заправо појмови националне, етничке, расне или верске групе веома се широко изучавају и за сада не постоје опште и међународно прихваћене прецизне дефиниције. Сваки од тих појмова се зато мора процењивати у светлости конкретног политичког, социјалног и културног миљеа.

⁵⁷ Инкриминација геноцида не тражи у објективном смислу уништење неке етничке, односно народне групе, већ само намеру да се она у потпуности или делимично уништи. Дело мора бити усмерено против једног или више лица у својству припадника те скупине. Остало је при томе нерешено, могу ли се таквим тумачењем инкриминације заштитити и политичке групе које имају стабилитет и континуитет. Намера се може доказивати коришћењем различитих индиција. Тако нпр. оних које следе из општег контекста и склопа околности под којима је злочин учињен, те његове природе и мере (пресуда Међународног трибунала за Руанду у предмету ИЦТР-96-4Т од 2. септембра 1998. године).

стална и често се не може изменити". Овај Трибунал у предметима Кајишема и Рузиндана дефинише следеће групе: "а) етничка група је она чије припаднике везује заједнички језик и култура и група која се препознаје као таква (самоидентификација) или група коју као такву идентификују други, укључујући извршиоце злочина (идентификација других), б) расна група се заснива на наследним физичким обележјима и често се повезује са припадношћу неком географском подручју и в) верску групу означава назив вере, начин вршења верских обреда или група која дели заједничка верска осећања".

Битно је за постојање овог међународног кривичног дела да је у напред наведеној намери предузета једна од следећих више алтернативно предвиђених радњи: 1) убијање чланова одређене групе, 2) проузроковање физичких или менталних повреда члановима групе, 3) намерно смештање чланова групе у такве услове живота смишљене да доведу до њеног физичког, делимичног или потпуног уништења, 4) спровођење мера са намером да се спречи рађање унутар групе и 5) намерно премештање деце једне групе у другу групу.⁵⁸ Поред непосредног предузимања наведених радњи (непосредни извршилац), као радње извршења геноцида сматрају се и следеће:⁵⁹ 1) учешће у завери ради вршења геноцида, 2) директно и јавно подстицање на вршење геноцида (подстрекавање), 3) покушај вршења геноцида као и 4) саучесништво у било ком облику у вршењу геноцида.

ЗАКЉУЧАК

Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице и кривичном законодавству појединих држава предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за међународна кривична дела. То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право), којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства. За ова дела прописане су најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. За учиниоце ових дела у одређеним случајевима примарна је надлежност међународних судских (наднационалних) органа као што су нпр. токијски и нирнбершки суд, Хашки трибунал, Трибунал за Руанду, Римски суд итд.

⁵⁸ S. Fabijanić Gagro, M. Škorić, Zločin genocida u praksi međunarodnih ad hoc tribunala, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 6/2008. godine, str. 1387 - 1419.

⁵⁹ V. Đ. Degan, Zločin genocida pred međunarodnim krivičnim sudištima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 1-2/2008. godine, str. 77 - 95.

Међу међународним кривичним делима се по свом значају, природи и карактеру издваја злочин над злочинима. То је злочин геноцида. Дело геноцида се састоји у издавању наређења да се врше или у вршењу: убистава, тешке повреде тела или тешког нарушавања физичког или душевног здравља чланова групе људи или у стављању чланова групе у такве животне услове који доводе до њеног потпуног или делимичног истребљења или у примени мера којима се спречава рађања између припадника групе или у принудном пресељавању деце у другу групу, а у намери да се потпуно или делимично уништи национална, етничка, расна или верска група људи.

Ово дело означава убијање рода, односно племена. Резолуцијом Генералне скупштине ОУН број 96/1 од 11. децембра 1946. године геноцид је проглашен за "међународно кривично дело које је су супротности са духом и циљевима ОУН и које цивилизовани свијет осуђује". Иако се појавио као "подврста злочина против човечности", геноцид је убрзо добио аутономан статус и садржину као једно од најтежих кривичних дела данашњице.

Геноцид као међународно кривично дело одређују три елемента: а) објективни састојак – *actus reus*, б) субјективни састојак – *mens rea* и ц) објект дела – скупина или група – жртва. Основ за ову инкриминацију се налази у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године која у члану 2. одређује појам и елементе овог међународног кривичног дела. У законодавству, теорији и пракси овај израз има шире тумачење. Наиме, под овим изразом се подразумева не само убијање, већ уништење на било који начин одређене групе која чини једну повезану целину на националној, етничкој, расној или верској основи.

Dragan Jovašević, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

GENOCIDE AND DISCRIMINATION AGAINST GROUPS

Summary

International criminal law, as a system of legal regulations found in acts of the international community and criminal legislations of individual states, establishes criminal liability and punishments for crimes against international law. These acts represent breaches of the laws and customs of war

(international humanitarian law) that violate or threaten peace among nations and the security of mankind. Penalties prescribed for these criminal offences stand for the most severe penalties in contemporary criminal legislation. In some cases, international judiciary (supranational) institutions such as The Nurnberg and The Tokyo Tribunal, The Hague Tribunal, The Rome Court etc. have primary jurisdiction over perpetrators of these criminal offences.

Due to its significance, nature and character, the crime above all crimes stands out among all the crimes against international law. It is the crime of genocide. The act of genocide consists of ordering or committing: killing, causing serious bodily or mental harm to members of a human group or deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its extinction in whole or in part or imposing measures intended to prevent births within the group or forcibly transferring children to another group, with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group of people.

This criminal offence means the killing of a nation or a tribe. Genocide was proclaimed as “a crime under international law, which is in contradiction with the spirit and the aims of the OUN and condemned by the entire civilized world” by UN General Assembly Resolution 96/I from 11 December 1946. Although it emerged as a “subspecies of crime against humanity”, genocide rapidly obtained an autonomous status and contents as one of the most serious crimes of today. As a crime against international law, genocide is determined by three elements: a) the objective component- *actus reus* b) the subjective component- *mens rea* c) the subject of the act-the group-the victim.

The source of this incrimination is found in Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide from 1948, which, in paragraph 2, defines the term and the elements of this crime against international law. In legislation, theory and practice, this term can be interpreted in the broader sense, as well. Namely, this term does not include only killing but also destruction, committed in any other way, of a particular group that forms a consistent entity on national, ethnical, racial or religious grounds. In this paper the author has analysed theoretical and practical aspects about the genocide crime in criminal law of Republic of Serbia and in international criminal law.

Др Владимир В. Вековић
**Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици**

**СУДИЈА ЗА ИЗВРШЕЊЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА –
НОВИ ИНСТИТУТ У ИЗВРШНОМ КРИВИЧНОМ
ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Апстракт: *Ступањем на снагу новог Закона о извршењу кривичних санкција који је Народна Скупштина усвојила 23. маја 2014. године, Република Србија се придружила земљама које већ дужи низ година у свом пенитенцијарном систему имају судију за извршење кривичних санкција. На тај начин, наше позитивно извршно кривично законодавство је усклађено са највишим стандардима из ове области успостављеним у бројним међународним документима донетим под окриљем Уједињених нација и Савета Европе.*

Циљ увођења судије за извршење кривичних санкција као потпуно новог института у нашем законодавству је остваривање ефикасније судске заштите и надзора над поштовањем права лица лишених слободе, као и обезбеђивање њихове равноправности и једнакости пред законом. У раду се детаљно анализирају улога, надлежност, организација и процесни оквир деловања судије за извршење кривичних санкција и указује на бројне предности овог решења у односу на судску заштиту права осуђених лица која се, према одредбама Закона о извршењу кривичних санкција из 2005. године, остваривала у управном спору. Лични интегритет, професионални углед, афинитет за рад у овој области, добро познавање пенитенцијарне проблематике, као и спремност да се та знања континуирано унапређују су квалитети које мора имати судија за извршење. Аутор указује да само компетентна, објективна, независна и правремена судска заштита омогућава да се права лица лишених слободе, која су на нормативном плану усклађена са релевантним међународним стандардима, у свакодневној пракси заиста и остварују, тј. да се отклони још увек присутна супстанцијална разлика између прописаног и стварног.

Кључне речи: *извршно кривично законодавство, пенитенцијарни систем, судска заштита права лица лишених слободе, судија за извршење кривичних санкција, Република Србија.*

I УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Извршење казне затвора је операција *in vivo*, изузетно сложен процес често оптерећен бројним проблемима, од којих се по деструктивном учинку издваја непоштовање људских права осуђених лица.¹ У том погледу, ни српски пенитенцијарни систем не представља изузетак.² Уважавајући нужност неодложног превазилажења оваквог стања, наш законодавац у Закону о извршењу кривичних санкција из 2005. године (у даљем тексту: ЗИКС/05, закон)³ уводи могућност судске заштите права осуђеног. Конкретно, ЗИКС/05 предвиђа да против коначне одлуке којом му је током извршења казне затвора ограничено или повређено неко законом утврђено право осуђени има право на судску заштиту⁴ која се остварује у управном спору. Тужба за судску заштиту подноси се у року од три дана од дана достављања одлуке, а о њој надлежни суд одлучује у року од 30 дана од дана пријема тужбе. Тужба одлаже извршење одлуке, осим у случајевима утврђеним законом када жалба не одлаже извршење решења (чл. 165 – 166).

Могућност вођења управног спора значи да извршење ове казне више није у искључивој надлежности Управе за извршење кривичних санкција (Управа). Реч је о решењу утемељеном на ставу да се заштита

¹ Из тог разлога, остваривање, унапређивање и заштита права лица лишних слободе све чешће се разматра као посебна целина у оквиру комплекса људских права. Видети: В. Димитријевић, М. Пауновић, *Људска права – уџбеник*, Београд, 1997, стр. 254 - 255.

² О забрињавајућем стању људских права осуђеника и других лица лишених слободе у нашој земљи, постоји низ извора поткрепљених бројним упечатљивим примерима. Посебно су значајни извештаји European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (СРТ), Заштитника грађана, као и невладиних организација (НВО) које се баве овом проблематиком. Видети: *Report to the Government of Serbia on the visit to Serbia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 1 to 11 February 2011.* [СРТ/Inf (2012) 17]; С. Јанковић, *Национални механизам за превенцију тортуре – Извештај за 2013. годину*, Београд, јун 2014; М. Јанковић, *Национални механизам за превенцију тортуре – Извештај о посети КПЗ Сремска Митровица*, Београд, 2013.

³ „Службени гласник РС”, бр. 85/05, 72/09 и 31/11.

⁴ Видети: Article 8. of the Universal Declaration of Human Rights; Article 2. paragraph 3. of the International Covenant on Civil and Political Rights; rule 36.3) of Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners; principle 33. par. 1. and 4. of the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment; Article 13. of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; члан 36. став 2. Устава Републике Србије, „Службени гласник РС”, бр. 83/06 и 98/06.

права и гарантованог положаја осуђених лица не сме завршити на нивоу завода или Управе, већ да се може остваривати и на суду.⁵ Међутим, убрзо се показало да управно-судска заштита не представља облик делотворне судске заштите, с обзиром да је најчешће била ограничена само на контролу законитости управних аката донетих током извршења казне затвора. Сем тога, осуђени су се веома ретко користили правом на судску заштиту. Број поднетих тужби је, имајући у виду величину осуђеничке популације, био готово симболичан: примера ради, 2009. године против коначних одлука директора Управе поднете су 23 тужбе за судску заштиту и све су одбијене, а 2013. – 49, од чега је 39 тужби одбијено, односно одбачено, шест је уважено, а у четири случаја поступак није окончан до краја те године.⁶

Изложени недостаци били су један од главних разлога да Народна скупштина Републике Србије 2014. године донесе нови Закон о извршењу кривичних санкција (ЗИКС/14).⁷ Тим законом уведен је нови институт – судија за извршење кривичних санкција (судија за извршење), како би се са строго административног надзора над извршењем кривичних санкција прешло на судску контролу извршења кривичних санкција, с обзиром да улога суда не сме да се оконча изрицањем санкције, већ треба да обухвати и праћење њеног извршења. Успостављањем судије за извршење обезбеђује се делотворнија судска заштита права лица лишених слободе, као и надзор судског органа у поступку извршења кривичних санкција. Овакво решење у складу је са праксом која постоји у већем броју европских земаља. Наиме, судија за извршење уведен је у Италији, Француској, Немачкој, Шпанији, Португалији и низу других земаља, ради смањења стопе рецидивизма и растерећења капацитета пенитенцијарних установа. Све оне имају позитивна искуства са овом новом врстом судске заштите права лица лишених слободе. Треба истаћи и да је Савет Европе, који је извршио анализу текста Предлога ЗИКС-а/14, похвалио прописивање овог института. Све изнето даје основа за закључак да се доследном применом нових законских решења на плану судске заштите права лица лишених слободе и контроле извршења кривичних санкција могу остварити много бољи резултати него што је то био случај до сада.

⁵ В. В. Вековић, *Систем извршења кривичних санкција*, Београд, 2013, стр. 118.

⁶ 2009 Annual Report on Prison Administration Operations, Ministry of Justice of Republic Serbia, Belgrade, 2010, стр. 45; 2013 Annual Report on Prison Administration Work, Ministry of Justice Republic of Serbia, Belgrade, May 2014, стр. 45.

⁷ „Службени гласник РС”, бр. 55/14.

II СУДИЈА ЗА ИЗВРШЕЊЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА

ЗИКС/14 посвећује значајну пажњу судији за извршење. Овај нови институт детаљно је регулисан одредбама чл. 33–42, којима ћемо се бавити у даљем тексту.

1. Појам судије за извршење кривичних санкција – Судију за извршење кривичних санкција при сваком вишем суду одређује председник суда из реда судија тог суда. У предметима за које је надлежан поступа као судија појединац. Судији за извршење у раду може помагати посебна стручна служба из реда запослених у суду. У складу са Судским пословником,⁸ судија за извршење води посебну евиденцију о предметима у којима поступа.

2. Стварна надлежност – Судија за извршење: а) штити права притвореника, осуђеника, лица којем је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, обавезног лечења наркомана или обавезног лечења алкохоличара када се спроводи у заводу, б) надзире законитост у поступку извршења кривичних санкција и в) обезбеђује равноправност и једнакост ових лица пред законом. Он одлучује о:

– заштити права по притужби притвореника и захтеву за судску заштиту осуђеника, лица којем је изречена мера обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, обавезног лечења наркомана или обавезног лечења алкохоличара када се спроводи у заводу;

– заштити права осуђеника одлучивањем по жалби против одлуке управника завода или директора Управе, у случајевима предвиђеним овим законом;

– другим случајевима предвиђеним законом.

На основу изложеног може се закључити да су надлежности судије за извршење релативно ограничене.⁹ Са друге стране, треба истаћи да је, у односу на ЗИКС/05, круг лица која уживају судску заштиту значајно

⁸ „Службени гласник РС”, бр. 110/09, 70/11, 19/12 и 89/13.

⁹ Значајно је истаћи да је Нацрт ЗИКС-а из децембра 2012. године предвиђао знатно ширу надлежност судије за извршење, која је, између осталог, обухватала и: упућивање на издржавање казне затвора и извршење мера безбедности институционалног карактера; одлагање извршења казне затвора; опозив одлагања извршења те казне; одлучивање о опозиву условне осуде у случајевима факултативног опозива предвиђеним Закоником о кривичном поступку итд. Нажалост, важећим ЗИКС-ом ингеренције судије за извршење су, без ваљаног образложења, значајно редуковане у односу на Нацрт, што релевантни домаћи аутори оправдано критикују. Видети: Ђ. Игњатовић, *Право извршења кривичних санкција*, Београд, 2014, стр. 150 - 151.

проширен. Наиме, ЗИКС/14 успоставља делотворну судску заштиту права две категорије лица која су изузетно рањива и често изложена ризику лошег поступања, чак и мучења. Реч је о притвореницима и лицима којима је изречена нека од горе наведених мера безбедности медицинског карактера када се спроводи у заводу. Забраном, односно елиминисањем дискриминације ових лица гарантује се и штити принцип једнакости, који подразумева: једнакост пред законом, једнаку законску заштиту и једнакост при имплементацији закона.¹⁰

3. Месна надлежност – За заштиту права осуђеног током издржавања казне затвора надлежан је виши суд према седишту завода у коме издржава казну затвора, док је за заштиту права притвореника током трајања мере притвора надлежан виши суд према седишту завода у коме се мера извршава.

У случају промене места извршења казне затвора или мере притвора, за даље поступање према осуђеном, односно притвореном надлежан је виши суд према месту седишта завода у који је осуђени/притворени премештен. Судија за извршење из места седишта завода из којег је осуђени/притворени премештен одмах доставља списе предмета судији за извршење у месту седишта завода у који је осуђени/притворени премештен.

4. Поступак пред судијом за извршење – На поступак пред судијом за извршење сходно се примењују одредбе Законика о кривичном поступку,¹¹ ако ЗИКС-ом/14 или другим законом није другачије одређено.

Поступак пред судијом за извршење покреће се на захтев осуђеног или по притужби притвореног, а у другом степену по жалби.

Уколико притвореник сматра да је током извршења мере притвора у заводу повређено неко његово право, има право да усмено на записник или писмено поднесе притужбу судији за извршење.

Осуђени има право да поднесе захтев за судску заштиту против одлуке директора Управе у року од три дана од дана достављања одлуке, ако сматра да је тиме незаконито ограничено или повређено неко од његових права предвиђено чл. 76–125. ЗИКС-а/14 (нпр. право на човечно поступање, посете, право на здравствену заштиту, верска права итд.). Пре подношења захтева за судску заштиту осуђени је дужан да се за заштиту својих права обрати органима и у поступку прописаном чл. 126. (притужба управнику завода, а уколико не добије одговор на њу или није задовољан донетим решењем – жалба директору Управе) и 127. (притужба директору Управе). Изузетно, осуђени може поднети захтев за судску

¹⁰ В. В. Вековић, *Систем извршења кривичних санкција*, *op. cit.*, стр. 28.

¹¹ „Службени гласник РС”, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

заштиту директно судији за извршење у случају када му је право на живот или телесни интегритет озбиљно угрожено.

Притужба судији за извршење подноси се у року од три месеца од дана настанка повреде права, а изузетно у року од шест месеци ако је постојала објективна спреченост.

ЗИКС/14 предвиђа да судија за извршење може одржати рочиште на коме ће се учесници у поступку усмено изјаснити о чињеницама и доказима важним за доношење судске одлуке. Међутим, уколико из навода притужбе, односно захтева за судску заштиту и других доказа процени да је право на живот, телесни интегритет или здравље притвореника/осуђеника угрожено, судија ће обавезно одржати рочиште.

На рочиште се позива и пуномоћник ако га притворено или осуђено лице има. У случају да се уредно позвани пуномоћник не одазове позиву суда, рочиште ће се одржати у његовом одсуству. Рочиште се може одржати како у суду, тако и у просторијама завода.

Током поступка судија за извршење може саслушавати у својству сведока лица запослена у заводу, друге осуђене, прибавити или извршити увид у документацију завода и других државних органа, посетити просторије завода и утврђивати чињенице на други начин.

5. Одлуке судије за извршење – Судија за извршење своје одлуке доноси у форми решења. Он може:

– одбацити притужбу притвореника, захтев за судску заштиту или жалбу осуђеника, уколико је неблаговремена, неуредна или недозвољена;

– одбити притужбу или захтев за судску заштиту ако утврди да је неоснован;

– усвојити притужбу, односно захтев за судску заштиту када утврди да је основан и наложити заводу да у одређеном року отклони утврђену незаконитост и обавести га о мерама предузетим у том циљу. У случају да отклањање незаконитости није могуће, судија ће утврдити незаконитост и забранити њено даље понављање.

6. Поступак по жалби против одлуке управника завода и директора Управе – Осуђени може да поднесе жалбу судији за извршење против одлуке управника завода или директора Управе у року од три дана од дана достављања одлуке у случајевима предвиђеним ЗИКС-ом/14. Он може директно поднети жалбу судији за извршење против одлуке управника завода о дисциплинском кажњавању (члан 174), одређивању посебне мере смештаја под појачан надзор (члан 151) и мере усамљења (члан 152), као и жалбу против одлуке директора Управе о накнадном распоређивању осуђеног у други завод (члан 52), премештају осуђеног (члан 130) и прекиду извршења казне затвора (члан 132).

Како би се поступак несметано одвијао, жалба мора да садржи

податак о одлуци против које се подноси, разлог због којег се изјављује и потпис лица које изјављује жалбу. Жалба се подноси преко завода првостепеном органу који је дужан да је са списима предмета одмах достави судији за извршење. Подносилац може у жалби да предлаже утврђивање нових чињеница и прибављање нових доказа уколико нису били познати у време доношења побијане одлуке. Благовремено изјављена жалба не задржава дејство одлуке (нема суспензивно дејство).

Када одлучује о жалби против одлуке управника завода или директора Управе, судија за извршење ће:

– одбити жалбу као неосновану и потврдити одлуку првостепеног органа;

– усвојити жалбу, побијану одлуку укинути и упутити предмет првостепеном органу на поновно одлучивање или усвојити жалбу и преиначити првостепену одлуку.

7. Поступак по жалби против одлуке судије за извршење – Против одлуке судије за извршење о притужби притвореника и захтеву за судску заштиту може се изјавити жалба. Жалба се подноси ванрасправном већу истог суда преко судије за извршење који је донео првостепену одлуку, у року од три дана од дана њеног пријема.

Ванрасправно веће одлучује о жалби у року од осам дана од дана пријема жалбе.

8. Обавештавање о стању права осуђеника – Судија за извршење најмање једном у свака четири месеца током године обилази заводе на територији своје месне надлежности, разговара са осуђенима и информише их о начинима остваривања њихових права.¹²

Генерално узев, осуђени су недовољно информисани о својим правима и могућностима њиховог остваривања и заштите. Током последњих година учињени су значајни квалитативни помаци на овом плану: у заводима су формиране правне библиотеке, тако да су осуђеним лицима доступни текст Устава Републике Србије, важећих закона из области кривичног материјалног, процесног и извршног права, одговарајућих подзаконских аката, релевантних међународних докумената који се односе на извршење кривичних санкција и заштиту основних људских права и слобода, као и бројни приручници из ове области.¹³

¹² Paragraph 54. of 2nd General Report on the CPT's activities [CPT/Inf (92) 3].

¹³ В. В. Вековић, Извршење казне затвора у Републици Србији – скромни домети и нужност суштинских реформи, *Владавина права и правна држава у региону* (Зборник радова са Међународног научног скупа одржаног 26. октобра 2013. године на Палама), Источно Сарајево, 2014, стр. 701-702; В. В. Вековић, *Систем извршења кривичних санкција*, *op. cit.*, стр. 100-101; члан 39. став 3. Правилника о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора, „Службени гласник РС”, бр. 110/14.

Међутим, законодавац је сматрао да и судије за извршење својим периодичним посетама заводима и разговором са осуђенима могу допринети бољој информисаности о правима која им припадају и начинима њиховог остваривања.

III ЗАКЉУЧАК

Ступањем на снагу ЗИКС-а/14 Република Србија се придружила земљама у чијим пенитенцијарним системима већ дужи низ година егзистира институт судије за извршење кривичних санкција. Систем судског надзора над извршењем кривичних санкција постоји у већем броју европских земаља и прилагођен је потребама њихових казних система. Свим континенталним системима судског надзора над извршењем кривичних санкција заједничка је надлежност за одлучивање о заштити права лица лишених слободе. Ефикасна судска заштита омогућава да се њихова права, која су на нормативном плану усклађена са релевантним међународним стандардима, у свакодневној пракси заиста и остварују, тј. да се отклони супстанцијална разлика између прописаног и стварног. Објективним, независним и правовременим судским надзором се: а) пружа директна заштита осуђеним, али и другим лицима лишеним слободе, б) остварује значајна превентивна функција и в) смањује огроман јаз у односу моћи коју, с једне стране, има особље пенитенцијарних установа и, с друге стране, лица која су у њима смештена.

Имајући у виду да судски надзор усмерава систем извршења кривичних санкција ка правилном функционисању и подводи његово целокупно деловање под принцип владавине права, приликом одређивања судија за извршење при вишем суду морају се поставити високи критеријуми: лични интегритет, професионални углед, афинитет за рад у овој области, богато радно искуство и добро познавање пенитенцијарне проблематике су квалитети које мора поседовати судија за извршење. С обзиром да је реч о специјализованим судијама, они морају исказати и спремност да континуирано унапређују своја знања кроз обуку организовану од стране Правосудне академије, Мисије ОЕБС-а у Републици Србији, као и других компетентних институција. То је неопходна претпоставка да нова законска регулатива у овој области заиста и заживи у пракси и омогући делотворнију судску заштиту права лица лишених слободе и контролу извршења кривичних санкција.

Vladimir V. Veković, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

**JUDGE FOR EXECUTION OF CRIMINAL SANCTIONS – NEW
INSTITUTE IN THE EXECUTIVE CRIMINAL LEGISLATION
OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

Upon entry into force LECS/14 the Republic of Serbia joined the countries in whose penitentiary systems, for many years exists institute judges for criminal sanctions. The system of judicial supervision over the execution of criminal sanctions exist in a number of European countries and adapted to the needs of their criminal system. All continental systems of judicial supervision over the execution of criminal sanctions is a joint responsibility for deciding on the protection of the rights of persons deprived of their liberty. An effective judicial protection to their rights, which are the normative plan complies with relevant international standards, in daily practice are actually delivered, that is to eliminate the substantial difference between the prescribed and actual. Objective, independent and timely judicial review are: a) providing direct protection of prisoners, but also other inmates, b) achieves significant preventive function and c) reducing the huge gap in terms of power that, on the one hand, has a staff of penalty institutions and, on the other hand, persons who are placed in them.

Keeping in mind that judicial supervision system directs the execution of criminal sanctions to the proper functioning and subsumes its entire operation under the principle of the rule of law, when determining the enforcement judge in a higher court must be set high criteria: personal integrity, professional reputation, affinity for working in this area, rich experience and good knowledge of the penitentiary issues are the qualities that enforcement judge must have. Considering that these are specialized judges, they must show willingness to continuously improve their skills through training organized by the Judicial Academy, OEBS Mission in Serbia, and other competent bodies. It is a necessary assumption to new legislation in this area really comes alive in practice and provide effective judicial protection of the rights of persons deprived of their liberty and control the execution of criminal sanctions.

Др Саша Кнежевић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ОГРАНИЧАВАЊЕ ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ МАЛОЛЕТНИКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ¹

Апстракт: *Остваривање кривичноправне заштите друштвених вредности претпоставља законом установљену могућност надлежних државних органа да примењују репресивне мере. Легитимитет тих принудних мера произлази из недвосмислено, правноснажном пресудом, утврђене кривице учинилаца кривичних дела. Међутим, функционисање система кривичноправне заштите изискује и потребу примене принудних мера, и пре него што се мериторно одлучи о основаности кривичноправног захтева за кажњавање окривљеног. Стога се на идејној матрици нужности несметаног функционисања правосуђа заснива и правно дозвољена могућност ограничења личне слободе, мотивисана процесним разлозима. Притвором и другим видовима лишења слободе осумњиченог и окривљеног, остварују се процесни циљеви, али се и привремено ограничавају елементарне слободе и права лица, против којих је покренут кривични поступак.*

Кључне речи: *малолетници; поступак; притвор; лична слобода*

Опште напомене

Малолетници представљају посебну категорију учинилаца кривичних дела, те, стога, у већини правних система имају кривичноправни третман различит од пунолетних учиниоцима. Реч је о лицима у процесу био-психичког развоја, чији душевни апарат није у могућности да у потпуности схвати значај друштвених норми. Услед тога, могуће је и асоцијално понашање, па и кршење кривичноправних норми. Може се сматрати да понашање инкриминисано кривичноправним нормама, није резултат јасно генерисане криминалне воље малолетника, већ недостатка психичке и социјалне зрелости. Стога и друштвена реакција према малолетним учиниоцима кривичних дела треба да буде специфична. То се поготово односи на примену репресивних мера процесног карактера.

¹ Чланак је израђен у оквиру пројекта "Усклађивање права Србије са правом Европске уније," који финансира Правни факултет у Нишу (2013-2018).

Малолетни делинквент може бити превентивно лишен слободе одређивањем *притвора*, полицијског *задржавања* и различитим видовима *принудног привременог смештаја*.

1. Међународноправни стандарди лишења слободе малолетника

Међународноправни стандарди заштите деце и малолетника, садржани у најзначајнијим конвенцијама из области заштите људских права, предвиђају изузетност одређивања притвора малолетницима. Сагласно овим стандардима, притвор би требало да представља последњу меру којом би се обезбедило присуство малолетника у кривичном поступку. *Конвенција о правима детета* предвиђа "да ни једно дете не буде незаконито или произвољно лишено слободе. Хапшење, задржавање у притвору и затварање детета ће бити у складу са законом и примењено једино као последња могућа мера, и то на најкраћи могући период" (чл. 37. ст. 2). Одредбама ове Конвенције уважавају се интенције најважнијих међународноправних докумената из области заштите људских права (Универзалне декларације о људским правима, Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, и других аката), којима се пледира за издвајање режима мера лишења слободе малолетника из општег режима примене ових мера. На курсу поштовања основних постулата заштите малолетника лишених слободе су и одредбе *Стандардних минималних правила Уједињених нација о малолетничком правосуђу* (чл. 13. ових, тзв. *Пекиничких правила*).

Потреба за потпунијом заштитом малолетника лишених слободе, резултирала је и доношењем *Правила Уједињених нација о заштити малолетника лишених слободе*.² Овим правилима, прецизира се да малолетници могу бити лишени слободе, само у сагласности са принципима, и кроз процедуре предвиђене овим правилима и Стандардним минималним правилима Уједињених нација о малолетничком правосуђу (тзв. Пекиничким правилима). Сагласно Правилима, под лишењем слободе подразумева се било која врста хапшења или затварања малолетника, по наређењу правосудне, административне или друге јавне власти, у јавну или приватну установу коју лице не може да напусти (правило бр. 11. б). Из овога произлази да се Правила односе, не само на лишења слободе у кривичном поступку, већ и на она предузета у оквиру мера социјалне и здравствене заштите.

² Ова правила усвојена су Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација, 14. децембра 1990. године, 68. пленарно заседање, A/Res/45/113

Лишење слободе малолетника мора се вршити под условима који обезбеђују поштовање људских права малолетника (правило бр. 12). Притворени малолетници морају се сматрати невиним, а поступак према њима мора бити експедитиван (правило бр. 17). Исто тако, малолетници превентивно лишени слободе имају право на стручну одбрану и на бесплатну правну помоћ, као и на несметану комуникацију с браниоцем (правило бр. 18).

2. Полицијско задржавање малолетника

Задржавање малолетника лишеног слободе одређеног од јавног тужиоца или полицијских органа није допуштено Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и о кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије. Међутим, упоредноправни системи предвиђају могућност полицијског задржавања малолетника. Опште посматрано, *француско* законодавство допушта одређивање полицијског притвора малолетницима, старијим од тринаест година. Међутим законским променама од 9. септембра 2002. године, допушта се, додуше изузетно, могућност одређивања полицијског притвора и малолетницима, старости између десет и тринаест година! То је могуће, ако су малолетници овога узраста учинили или покушали извршење кривичног дела, за које се може изрећи најмање пет година затвора. Додуше, у овој ситуацији полицијски официр, да би одредио притвор, мора имати сагласност јавног тужиоца, магистрата специјализованог за малолетничко правосуђе или судије суда за малолетника. Трајање овога, *de facto*, полицијског задржавања може бити максимално дванаест часова.

Родитељи притвореног малолетника, без обзира на његову животну доб, према француском законодавству имају права да, одмах по задржавању малолетнику, буду обавештени о чину лишења слободе малолетника. Међутим, могућност јавног тужиоца и поступајућег судије да изузетно забране обавештавање родитеља о притварању малолетника сужава хоризонте прокламованог начела заштите личне слободе! Овај рестриктивни приступ остваривању постулата заштите личне слободе у француском поступку према малолетницима, донекле, ублажен је постојањем права малолетника према коме је одређен полицијски притвор на стручну одбрану. Осим тога, полицијски притвор одређен малолетницима, узраста између тринаест и шеснаест година, а не може се продужити, уколико им се за извршено кривично дело може изрећи казна затвора испод пет година. Опште узев, полицијски притвор одређен малолетницима у француском праву под надзором је јавног тужиоца. Притом, постоје различите форме организовања надзора над радом

полиције, приликом одређивања притвора малолетницима. Најчешће се при јавним тужилаштвима оснивају инспекције специјализоване за надзор над радом полицијских официра, овлашћених за одређивање притвора малолетницима.³

Према *италијанском* праву, малолетник може бити ухапшен и задржан у предсудећој фази поступка, само ако је извршено кривично дело за које се може изрећи казна затвора од девет и више година. Осим тога, задржавање је могуће и за нека друга, таксативно набројана кривична дела (силовање, дела везана за дрогу и наркотику, илегална трговина оружјем, пљачке, и слично-чл. 23. параграф 1. DPR 448-88). Након хапшења, полиција мора одмах обавестити јавног тужиоца, који може одредити смештај у центар за задржавање малолетника, или малолетника предати родитељима, до судске одлуке. Јавни тужилац мора, у року од 48 сати, захтевати судску одлуку о оправданости хапшења. Суд може потврдити или укинути задржавање малолетника.

Малолетник лишен слободе може, према *холандском* позитивном праву, бити задржан од полиције највише шест сати. Уколико полиција сматра да је потребно дуже задржавање малолетника, може затражити одлуку јавног тужиоца. На основу одлуке јавног тужиоца, задржавање може трајати најдуже три дана. Продужење превентивног лишења слободе малолетника могуће је само на основу одлуке судије за саслушање, најчешће посебног судије за малолетнике.⁴

Полицијско задржавање, као вид превентивног лишења слободе малолетника, предвиђа се и *хрватским* законодавством. Судија за малолетнике може према малолетнику одредити мера задржавања у трајању од 24 часа (чл. 67. ст. 2. Закона о судовима за младеж).

Према *македонском* праву, према малолетнику се, поред притвора, одлуком органа унутрашњих послова може одредити и мера задржавања. Задржавање малолетника могуће је, ако је малолетник затечен при извршењу тешког кривичног дела, или ако је за њим расписана потерница, односно ако је затечен при извршењу других дела а постоји опасност да се дело понови или доврши започето, или је затечен при извршењу кривичног дела а ситуација захтева примену мера његове заштите, или се не може утврдити његов идентитет (чл. 109. Закона о малолетничкој правди). Полицијско задржавање може трајати најдуже 12 сати.

³ Anne Wivekens, The French Juvenile System, Working group on Juvenile Justice, www.soe.int, стр. 5-6.

⁴ Види: Youth Justice in the Netherlands, site: www.equal-nederland.org

3. Притвор у кривичном поступку према малолетницима

3. 1. Притвор према малолетницима у позитивном праву Србије

Притвор представља најтежу меру за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку. Реч о принудној мери с јасно израженим процесним циљем, а не о кривичној санкцији (казни) према окривљеном. Одређивању притвора требало би приступити тек, ако се другим мерама, не би могло обезбедити присуство окривљеног у кривичном поступку, поготово ако је реч о малолетнику.

Притвор, као каутеларна (осигуравајућа, заштитна) мера, може се одредити само кад суд процени да је то неопходно ради вођења кривичног поступка (чл. 30. Устава Србије). Трајање притвора ограничено је на шест месеци, до ступања оптужнице на правну снагу, а ако до тог времена не буде подигнута оптужница, окривљени се мора пустити на слободу. По подизању оптужнице, трајање притвора суд треба свести на најкраће неопходно време (чл. 31). Одредбама Устава, штите се и људско достојанство у поступку лишења слободе (чл. 28), као и право на изјављивање правних лекова против одлука о лишењу слободе (чл. 27. ст. 3. Устава Србије).

Притвор према малолетницима представља супсидијарну меру обезбеђења присуства малолетног окривљеног у кривичном поступку, јер се може одредити ако се процесни циљеви не могу постићи мером привременог смештаја малолетника (чл. 67. *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије*). Овај вид лишења слободе малолетног окривљеног се, изузетно, може одредити решењем судије за малолетнике, при чему је трајање притвора ограничено на месец дана. На основу одлуке већа за малолетнике, притвор се може продужити за још два месеца, уколико за то постоје оправдани разлози (чл. 67. ст. 3. *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије*). За разлику од одредаба главе XXIX *Законика о кривичном поступку Србије* (којом је, до доношења *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, регулисан кривични поступак према малолетницима), трајање притвора према малолетницима се, *lex specialis* законом из области малолетничке делинквенције, ограничава и по *завршетку припремног поступка*. Наиме, од подношења предлога за изрицање кривичне санкције, притвор према старијем малолетнику може трајати најдуже шест месеци, а према млађем малолетнику четири месеца (чл. 67. ст. 4.

Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије). Трајање притвора ограничено је и од момента изрицања васпитних мера заводског карактера и казне малолетничког затвора, и износи шест месеци (чл. 67. ст. 5).

Позитивноправним решењима, која се односе на притвор према малолетницима, отклоњене су све недоумице у вези с временским ограничењем притвора по завршетку припремног поступка, проистекле из одредаба раније важеће главе XXIX Законика о кривичном поступку Србије. Поред тога, изричитим прописивањем обавезе периодичног преиспитивања потребе за опстанком већ одређеног притвора (на сваких месец дана), учињен је одлучан заокрет ка пуном уважавању међународноправних и уставноправних стандарда заштите људских права притворених малолетника.

У погледу основа за одређивање притвора, Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (чл. 67. ст. 1) предвиђа сходну примену основа, предвиђених чл. 142. ст. 2. Законика о кривичном поступку.

Сагласно законским одредбама, притвор према малолетнику може се одредити :

- ако се лице, за које постоји основана сумња да је извршило кривично дело, крије или ако се не може утврдити његова истоветност, или ако постоје друге околности које указују на опасност од бекства;

- ако постоје околности које указују на то да ће окривљени уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе, или трагове кривичног дела, или ако особите околности указују да ће окривљени ометати поступак утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче (тзв. колузиона опасност);

-ако особите околности указују на то да ће окривљени поновити кривично дело, или да ће довршити кривично дело које је покушано, или да ће учинити кривично дело којим прети ;

-ако уредно позвани окривљени очигледно избегава да дође на главни претрес;

- ако је за кривично дело прописана казна затвора преко десет година, и ако је то оправдано због начина извршења или других посебно тешких околности кривичног дела или тежа казна, а услед начина извршења, последица или других околности дела.

Иако одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица није предвиђена сходна примена одредаба Законика о кривичном поступку о жалби на решење о одређивању притвора и о продужењу притвора, може се сматрати да нема оправдања за различит третман притвореника у погледу ових околности.

Малолетник издржава меру притвора одвојено од пунолетних притвореника. Дискреционо је право судије за малолетника да, ако процени да би усамљење штетило малолетнику, одреди малолетнику да буде у притвору заједно са пунолетним лицем (чл. 68. ст. 1. ЗМ). Судија за малолетнике има иста права према малолетнику, као и истражни судија према притвореном окривљеном у истрази (у редовном кривичном поступку). Међутим, с обзиром на квалитативно другачији приступ кривичној одговорности малолетника, судија за малолетнике мора посебно водити рачуна о својствима личности малолетника и о потребама сваког малолетника (чл. 68. ст. 2. ЗМ).

3. 2. Притвор према малолетницима у упоредном праву

Лишење слободе малолетника из процесних разлога предвиђа се у свим значајнијим правним системима, упркос експанзији концепта ресторативне правде. Наравно, чине се покушаји хуманизације самог режима малолетничког притвора, одређеног у тзв. предсудећој (*pre-trial*) и судећој фази поступка.

Француско малолетничко кривично право, поред полицијског задржавања, предвиђа и могућност одређивања притвора у оквиру формалног кривичног поступка према малолетницима, нарочито у тзв предсудећој фази поступка. Притвор одређен малолетнику који се сумњичи за извршење кривичног дела за које се може изрећи казна затвора три и више година извршава се у затворском амбијенту. Међутим, малолетници оптужени за лакша кривична дела могу, сагласно законским променама из 2002. године, издржавати меру притвора и у "затвореним образовним центрима", уз могућност да се евентуални неуспех у извршењу ових обавеза одређених малолетнику санкционише издржавањем притвора у затворским условима.

Након полицијског задржавања, превентивно лишење слободе малолетника у предсудећој фази поступка (*pre-trial*), према *холандском*, праву може трајати најдуже *сто* дана. Притом, првих десет дана по окончању полицијског задржавања притвор одређује јавни тужилац, а трајање превентивног лишења слободе у предсудећој фази од три месеца (притвор) могуће је на основу одлуке суда за малолетнике. Иначе, максимално трајање притвора одређеног малолетнику, према *холандском* праву, је годину дана за малолетнике старосне доби од 12 до 16 година, односно две године за оне између 16 и 18 година старости.⁵

⁵ Youth Justice in the Nederland, op. cit., стр. 3.

Притвор према малолетницима представља изузетну меру обезбеђења малолетника и у *италијанском* праву. Ова мера се одређује када постоји опасност од бекства, опасност од уништења доказа, услед опасности од рецидивизма или наставка покушаног озбиљног кривичног дела (чл. 23. параграф 3. DPR 448-88). Трајање притвора је ограничено, у распону од месец дана до две године за малолетнике доби од 14-16 година, и од месец и по дана до три године за старије малолетнике (од 16-18 година).

Превентивно лишење слободе малолетника прописано је и одредбама *немачког Jugendstrafverfahren* (JGG), *lex specialis* закона, усмереног на друштвено реаговање према малолетним преступницима. Сагласно овом закону, малолетнику се изузетно може одредити истражни затвор. Овај вид превентивног лишења слободе представља супсидијарну меру процесне принуде, која се изриче само ако се исти циљ не може постићи применом нардбе о васпитању малолетника или другим мерама (§ 72. ст. 1. JGG). Против малолетника млађих од шеснаест година истражни затвор због опасности од бекства може се одредити само ако је избегао поступак или је побегао из установе, или ако нема стално пребивалиште ии боравиште на јурисдикционом подручју немачких судова. Малолетици меру истражног затвора издржавају у посебним установама или у посебним одељењима затворских установа (§ 93).

Право *Енглеске и Велса* предвиђа *обавезност притвора* малолетницима којима се суди за убиство, који се изриче на неограничено време! Реч је о тзв. задржавању по дискрецији Круне (*Detained during Her Majesty's pleasure*), прописаног Законом о деци и омладини из 1953. године (измењеним и допуњеним 1963). Трајање притвора, притом, зависи од процене државног секретара у Министарству унутрашњих послова! Он има дискреционо право да предмет упути Одбору за условни отпуст. Ако би одлука Одбора била позитивна, државни секретар има дискреционо право за одређивање условног отпуста малолетника (чл. 35. ст.2. Закона о кривичном правосуђу). Изменом Кривичног законика из 1997. године прописана је искључива надлежност Одбора за одлучивање о условном отпусту малолетника (чл. 28).

Европски суд за људска права одучивао је о усклађености задржавања по дискрецији Круне, прописаног енглеским позитивним правом. Закључено је, да овај вид притварања малолетника не противуречи забрани подвргавања окривљеног тортури и другим

видовима мучења, али да није у складу са правом на правично суђење (чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода).⁶

Ограничење личне слободе малолетника у процесне сврхе одлуком суда предвиђено је и *хрватским* законодавством. Одлукама судије за малолетнике и већа за малолетнике малолетнику се може одредити притвор, и то у максималном трајању од три месеца (чл. 73). Превентивно лишење слободе малолетника на основу одлуке суда предвиђа и *македонско* право. Према малолетнику се може одредити и притвор од стране судије за малолетнике, у трајању од месец дана, с могућношћу, да веће за малолетнике продужи трајање притвора за још два месеца (чл. 110 Закона о малолетничкој правди).

4. Привремени смештај малолетника

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије, осим притвора, предвиђа се још један вид лишења слободе малолетника у кривичном поступку - привремени смештај малолетника. У поступку према малолетницима, судија за малолетнике може, у току припремног поступка, донети решење о привременом смештају малолетника у прихватилиште, васпитну или сличну установу, или да се малолетник стави под надзор органа старатељства, односно да се смести у другу породицу (чл. 66). Ово ограничење слободе окривљеног могуће је, ако је то потребно ради издвајања малолетника из средине у којој је живео, или, пак, ради пружања помоћи, надзора, заштите или смештаја малолетника.

Мера привременог смештаја малолетника не представља кривичну санкцију, и не подразумева обавезу да се, пре него што буде одређена, испита личност малолетника. Мањкавост законске регулативе привременог смештаја малолетника, огледа се у чињеници да није временски одређено трајање ове мере. С обзиром на обавезу хитног поступања свих органа који учествују у кривичном поступку према малолетницима, као и имајући у виду да је реч о ограничењу слободе кретања малолетника, трајање ове мере требало би свести на минимум.

Одлука, којом се одређује привремени смештај малолетника, може се побијати жалбом, коју, у року од 24 часа од доношења решења, могу изјавити малолетник, родитељи, усвојилац, старатељ, бранилац и јавни тужилац за малолетнике. Законска одредба не прецизира коме се жалба подноси, и ко о њој одлучује. С обзиром на чињеницу, да је рок за

⁶ Одлука Европског суда у случају В. против Уједињеног Краљевства, од 16. 12. 1999. године, бр. представке 24888/97.

подношење жалбе двадесет четири часа, хитност поступка налаже да о жалби одлучује веће за малолетнике првостепеног суда.⁷ Трошкови смештаја предујмљују се из буџетских средстава, и имају третман трошкова кривичног поступка.

Имајући у виду природу ове мере ограничења личне слободе малолетника, поставља се питање, да ли се време проведено у у прихватилишту, васпитној или сличној установи, урачунава, сходно одредби чл. 63. Кривичног законика Србије, у трајање васпитних мера заводског карактера, као и у казну малолетничког затвора. Према једном гледишту, даје се потврдан одговор на ово питање, јер је реч о једном од видова лишења слободе, те као и свако друго лишење слободе урачунава се у трајање кривичних санкција изречених малолетницима (чл. 67. ст. 2. ЗМ).⁸ У научној литератури се истиче и да се овом мером првенствено остварују социјални и педагошки циљеви, али да оном делом представља и део процесног механизма којим се могу остварити неки од циљева који се постижу одређивањем притвора. Наиме, малолетник који је привремено смештен у неку од установа теже ће побећи или починити ново кривично дело. Из тих разлога би требало време проведено на издржавању ове мере урачунати у трајање кривичних санкција према малолетницима.⁹

Према другом гледишту, заступљеном у теорији кривичног процесног права, мера привременог смештаја малолетника нема карактер мере лишења слободе, те, стога, не може се урачунавати у трајање кривичних санкција према малолетницима.¹⁰

Ако се пође од чињенице да је општа тенденција у малолетничком кривичном праву да се ретрибутивност трансформише у ресторативност, логичном се чини идеја да се, доградњом нормативног оквира мере привременог смештаја малолетника, ова мера процесно уобличи као мера обезбеђења присуства малолетника, чиме би се у већој мери редуцирала примена притвора у поступку према малолетницима.¹¹ То би се нарочито остварило привременим смештајем малолетника у другу породицу или стављањем малолетника под надзор органа старатељства. Уопште узев, овим би се поступало у складу са тенденцијама редуцирања извршавања

⁷ Проф. др Обрад Перић, Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2005, стр. 166.

⁸ Ibid

⁹ Др Иво Јосиповић, Ухићење и притвор, Загреб, Тарга, 1998, стр. 399.

¹⁰ Др Љубиша Лазаревић, др Момчило Грубач, Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2005, стр. 129.

¹¹ Др Драго Радуловић, *op.cit.* стр. 190.

мера процесне принуде у ванзатворском амбијенту, заступљеним у компаративном праву.

Овај вид ограничења слободе малолетника може се применити и према старијем малолетнику, а под законом предвиђеним условима (чл. 51. ст. 3. ЗМ), и у случају конекситета кривичних дела малолетника и пунолетног окривљеног.

Из законске норме (чл. 67.ст. 1. ЗМ) произлази да је мера привременог смештаја малолетника примарно средство ограничења личне слободе малолетника, јер се притвор може одредити ако се сврха због које се притвор одређује не може постићи овом мером. Оваква законска формулација отвара дилему да ли судија за малолетнике, у случајевима потребе за применом мера процесне принуде, најпре треба одредити меру привременог смештаја малолетника, па тек ако се овом мером не постигне жељени циљ, потом оидреди притвор према малолетнику. Мишљења смо да су у питању два вида ограничења личне слободе, који имају потпуно различит *ratio legis*. Док се притвором првенствено остварују процесни циљеви, привременим смештајем малолетника у прихватилиште, васпитну или сличну установу или стављањем малолетника под надзор органа старатељства или смештајем у другу породицу постижу се ванпроцесни циљеви (издвајање из дотадашње средине, пружање помоћи, надзор, заштита или смештај малолетника). Стога би било беспредметно примену једне мере усмерене на остваривање процесних циљева условљавати претходном применом мере којом се постижу ванпроцесни циљеви!¹²

Немачки *JGG* предвиђа могућност одређивања *мере привременог смештаја у прикладни дом*, ако је то оправдано за развој малолетника и његову заштиту од даљег вршења кривичних дела (§ 71. ст. 2). Реч је о привременој мери, везаној за васпитање малолетника, која се одређује наредбом судије. Према малолетнику се може одредити и мера *смештаја ради посматрања* (§ 73). Циљ ове мере је омогућавање спровођења вештачења о душевном развоју малолетника. Она се може одредити након саслушања браниоца и вештака, на основу закључка судије. Мера се спроводи у установама заводског типа, а може трајати шест недеља. Против закључка суда може се изјавити жалба, о којој се одлучује по хитном поступку.

¹² Сличан приступ овом питању има и: др Драго Радуловић: Притвор и друга лишења слободе малолетних учинилаца кривичних дела, Зборник радова са међународног научног скупа Кривичноправна питања малолетничке делинквенције, организованог од Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 21-22. 03. 2008, стр. 189.

Нормативни оквир мере привременог смештаја малолетника у одговарајућу установу и његовог стављања под надзор органа старатељства у *хрватском* праву, чини се да је усмерен ка недвосмислено израженом остваривању, како социјално-педагошких (заштита малолетника од угрожавања његовог развоја), тако и процесних циљева (спречавање понављања кривичног дела). Такав закључак се може извести из формулација законске одредбе чл. 72. Закона о судовима за младеж Републике Хрватске, јер се изричито наглашавају ови циљеви за примену мере привременог смештаја малолетника! То може представљати додатни аргумент за преображај физиономије ове мере, у правцу афирмације њене процесне улоге. Ова мера заступљена је и у *македонском* законодавству (чл. 108. Закона о малолетничкој правди) .

Завршне напомене

Малолетни учиниоци изузетно могу бити подвргнути мерама процесне принуде. Циљ ових мера је обезбеђење присуства малолетника у кривичном поступку, али и заштита малолетника од даљег вршења кривичних дела кроз одговарајући васпитни утицај.

Превентивно лишење слободе малолетника, поготово у предсудећим фазама поступка, мора бити последица судске одлуке. Могућност одређивања полицијског задржавања малолетника не доприноси остваривању постулата повишеног степена заштите малолетника. Уколико ова мера егзистира у правним системима, потребно је да се обезбеди судска контрола извршења ове мере процесне принуде. Одређивање притвора малолетницима требало би да представља супсидијарну меру процесне принуде према малолетницима. Примат морају имати мере из широког репертоара механизма социјалне и здравствене заштите ове категорије учинилаца кривичних дела.

Saša Knežević, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

LIMITATION OF PERSONAL FREEDOM OF MINORS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

Minors represent a specific category of offenders, and hence, in the majority of legal systems, in criminal proceedings, they are treated differently than adult offenders. Therefore, the social reaction to minor crime offenders needs to be specifically tailored, especially when it comes to application of repression measures of procedural character.

Juvenile delinquent may be imprisoned preventively, by the means of custody, police detention and different forms of compulsory temporary placement. The advantage should be given to the application of those limitations of personal freedoms of minors, targeted at removing minors from their previous surroundings, or those including assistance, surveillance, protection and placement of minors.

International standards referring to protection of children and minors, contained in the most important conventions on human rights protection, provide that incarceration of minors should be treated only as an exceptional measure. According to these standards, it should be applied only as the last resort aimed at ensuring the presence of minors in criminal proceedings.

Др Миомира Костић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Др Дарко Димовски
Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

ПРЕВЕНЦИЈА ВИКТИМИЗАЦИЈЕ/ДИСКРИМИНАЦИЈЕ СТАРИЈИХ

Апстракт: У раду аутори су нагласили да се као посебно важан показатељ сваког развијеног друштвеног система који се односи на положај угрожених слојева становништва, а посебно прилике у којима живе остарела лица и у односу на то међународна регулатива, издваја начин превенирања дискриминације/виктимизације остарелих лица. У том смислу, било је битно да се најпре уоче извесне правилности таквих тенденција на нивоу ОУН, као и у земљама чланицама ЕУ и Савета Европе, као пример добре праксе у решавању питања социјалне политике према старијима.

Кључне речи: старе особе; документи; социјална политика; ОУН; Савет Европе; ЕУ.

1. Увод

У друштвено-хуманистичким и природним наукама коначно не постоји јединствен научни став о томе када заправо почиње физиолошко старење.¹ Међутим, око једног питања, везаног за старост и старење, постоји сагласност, а то је да настаје значајан раскорак између општих услова живота у старости и специфичних својстава старог организма. Верзар (Fritz Verzar) указује на то да је експериментална геронтологија „утврдила да је смањена способност физичког и психичког прилагођавања карактеристична промена у старењу. Она је даље утврдила сужавање хоризонта старе особе. Ове промене воде у област у којој социјална

¹ Према Когоју, физиолошко старење започиње након 50 године живота, али наводи мишљење Шелдона који сматра да старост почиње код мушкараца са 65 година живота, а код жена са навршених 60 година. Баумгартнер „познаје пресенесценцију у периоду од 45 до 50 година живота, сенесценцију или период мировања од навршене 68-80 године живота и сенијум од 80 година живота. Когој, Ф., *ibid.* цит. у: Манојловић, П., *Старење и живот у старости* (Стање и карактеристике протеклог периода и пројекције до 2000. године), Институт за социјалну политику, Београд, 1981., стр. 5.

геронтологија налази своје редовне задатке. За старе особе је основни доживљај промена њиховог рада, на пример, пензионисањем, промена околине услед губитка породице или смештајем у старачки дом, или за оне с хроничним болестима, у болницу. Ако можемо да стекнемо разумевање за ово физиолошко старење, онда можемо да дамо корисну подршку старој особи“.² При свему томе, од основног значења је непобитна медицинска чињеница да „човек у току свог живота прелази из фазе потпуне зависности (новорођенче-дете) кроз фазу независности (одрасло-зрело доба) у нову фазу зависности (старост)...“ и да је „у социјално-медицинском смислу прва фаза зависности одређена и у развијеним земљама доведена до високог ступња савршенства“, а да „друга фаза – старачко доба – још увек захтева усавршавање“.³

Утицај биолошког старења организма утиче на неминовност физиолошких, а често и патолошких промена човековог организма у старости и стварања сасвим нових потреба које је неопходно задовољити да би се достигао одређени квалитет живота. Тако природни, биолошки фактори непосредно утичу на промену одређених друштвених околности (материјална улагања за адекватно лечење, обезбеђење туђе неге, набавку лекова) у смислу промена става околине о потребама старих особа, али и нужности усвајања одређених законских решења која би обезбеђивала сузбијање различитих облика виктимизације остарелих лица.

Због тога долази до повећавања броја захтева усмерених према здравственим службама, пензионим фондовима и социјалним давањима, неопходним за задовољење препознатих потреба старих особа. Извесно је да постоје само два начина обезбеђења социјалне сигурности у старости. Један начин је да се „праве залихе“ садашњих добара, што је, како наводе неки аутори „неодговарајуће, скупо, и не може се примењивати на услуге које потичу од људи (нпр. медицинска заштита)“.⁴ Други начин за појединце састоји се у могућности размене садашњих добара за потраживања у будућности.⁵ Да би се остварили сви ти циљеви, владе су у

² Fritz Verzar, „Стари и нови путеви истраживања о старењу“, *Das Medizinische Prisma* 2/68, Југословенско издање „Истраживање о старењу“, цит. у: Манојловић, П., *op. cit.*, стр. 7 - 8.

³ *ibid.*

⁴ Видети опширније: Обрадовић, Г., Димитријевић, М., „Старење становништва и криза система текућег финансирања пензија“, *Правни живот*, Београд, бр. 7/8, 2008., стр. 163 - 164.

⁵ У оквиру овог другог начина обезбеђивања социјалне сигурности у старости постоје два могућа поступања: одвајање дела зараде и гомилање новца који се може разменити за добра произведена од млађих људи или може да се прихвати обећање –

обавези да израде низ програма са јасно одређеним правцима деловања. Тако је неопходно организовати: промоцију вишегенерацијске породице, развијање неформалне мреже за негу старих особа, концентрацију здравствене политике на дегенеративне и хроничне болести и реформу пензионог система.⁶

У многим модерним индустријским друштвима досегнути старост као да подразумева припадање субординираној групи људи. Стари људи су често лимитирани у свом учешћу у друштвеном, економском и политичком животу, што онемогућава њихов довољни утицај у различитим сферама друштвеног живота, иако по броју они нису мањинска група. Већина улога у социјалној структури савремених друштава не припада старим особама и за њих обитава само неколицина регуларних, санкцијом заштићених могућности за пуно учешће у друштвеном животу. Развија се један стални сукобљени однос између тежњи старих особа да им припадну одређене улоге у друштву и тежњи млађег дела становништва да им те улоге не додели. Зато неки социолози положај старих људи пореде са положајем адолесцената. Наиме, њихове тешкоће да се прилагоде друштвеним захтевима су сличне. Међу њима често постоји осећање бескорисности као и спознаја да њихове жеље скоро нико не препознаје. Садашњост је битна за радно способно становништво – стари људи из садашње перспективе немају будућност, а млади тек треба да ступе на њено тло.

У том смислу, живот старих особа често добија маргиналан карактер као битисање људи који се налазе на “руб” друштвеног живота. Утицај њихових свакодневних активности на токове друштвеног живота не може се ни легалистичким оквиром нити пак неким опште прихваћеним моралним нормама дефинисати као доминантан у процесу доношења одлука које би мењале стварност.⁷

Бројчана заступљеност остарелих особа код нас, у односу на млађу популацију, упућује да ниједно од наведених питања и закључака изнетих у односу на процес старења и статус остарелих особа, као универзалне категорије, није непознато, нити непостојеће, у неком свом облику и код нас. У домаћој општој и стручној јавности све је учесталије јавно исказивање потребе да се процес старења боље разуме, да се докучи значење „биолошких граница човековог живота, детерминаната

од потомства или од државе – да ће бити обезбеђена добра произведена од других. Цит. у: *ibid.*

⁶ Наведено према: Рашевић, М., „Решавање проблема старења становништва“, *Социјална мисао*, Београд, 7-8/1995., стр. 139 - 141.

⁷ Видети: Костић, М., Ђорђевић, Р., „Виктимизација старих особа као припадника посебне маргиналне групе“, *Темид*, Београд, бр. год. 7, јун 2004., стр. 3.

дуговечности, путева за здравији живот у трећем и четвртном животном добу, третмана болести које отежавају живот у старости, улоге старе особе у модерном старом друштву...⁸

Међутим, питања старења и живота у старости не остају само у домену социолошких, криминолошких, виктимолошких или медицинских студија, расправа и истраживања. Она су, пре свега, део корпуса основних људских права регулисаних експлицитним домаћим правним нормама, које је наша држава ускладила са свим ратификованим међународним правним документима, који обухватају темељна права човека, као што су: забрана дискриминације, право на живот, здравље, одржање егзистенције, а посебно на заштиту у домену социјалних потреба старих људи.

Питања старења и живота у старости не остају само у домену социолошких, криминолошких, виктимолошких или медицинских студија, расправа и истраживања. Она су, пре свега, део корпуса основних људских права, регулисаних експлицитним међународним и домаћим правним нормама. Домаће правне норме држава је ускладила са свим ратификованим међународним правним документима, који обухватају темељна права човека, као што су: забрана дискриминације, право на живот, здравље, одржање егзистенције, а посебно на заштиту у домену социјалних потреба старих људи.⁹ Стога је неопходно упознати се са основним документима ОУН, као и оних донесених на нивоу Европске уније и Савета Европе, који представљају тековину за уградњу добре праксе социјалне политике према старијима, у модерним државама, а и код нас.

Владавину права чини скуп идеја и практичних поступака у циљу промовисања схватања да закон треба да превлада насиље, да свим

⁸ „Окружење за старе по њиховој мери“, *Социјална мисао*, Београд, април-септембар, 2-3/2003., стр. 146.

⁹ Правне норме домаћег законодавства, којима се на непосредан или посредан начин штите права и регулише положај остарелих особа код нас, налазе се у бројним законским и подзаконским актима, стратегијама, одлукама и другим документима. Стиче се утисак да изван поступања стручне јавности, у смислу њихове професионалне окупације, не постоји довољно сазнања о разноврсности, али и разуђености правних норми код нас које се односе на остареле особе. То су норме: о забрани дискриминације, из области кривичног и грађанског законодавства, о здравственој заштити, пензијској и инвалидској сигурности, као и о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана. Наша држава донела је и посебне стратешке циљеве популационе политике, где су поред општих стратешких циљева, прописани и они који се односе на остарело становништво. За све побројане документе није постојала претензија приказа и анализе по принципима хијерархије правних аката, већ по предметном одређењу и истицању положаја остареле категорије становништва код нас.

поступцима треба да буде управљано на законит начин, а не арбитрарном вољом људи. Поред нужности постојања идеја које инспиришу политичка друштва да прихвате владавину права, такође је неопходно обезбедити добро утврђену праксу уградње принципа владавине права, у циљу њихове примене у стварности.¹⁰

2. Уједињене нације

Почетак интересовања земаља чланица УН за питања старости, као доба живота и положаја остарелих лица датира из 1969. године. Наиме, 16. децембра 1969. године усвојена је резолуција 2599 (XXIV) којом Генерална скупштина УН изражава „*жаљење због немогућности да се на (њеном, прим. аут.) XXIV размотри питање остарелих особа, имајући обиман програм рада, и, одлучује да да приоритет и адекватну пажњу овом питању на свом XXV заседању*“.¹¹ Међутим, питање старења и положаја остарелих лица било је предмет разматрања тек на XXVI заседању Генералне скупштине УН, када је 18. децембра 1971. године донета резолуција 2842 (XXVI) којом се по први пут постављају конкретни захтеви пред Генералног секретара и државе чланице УН, између осталог да „наставе изучавање промена социо-економске и културолошке улоге и статуса старих лица у земљама различитог нивоа развоја и да припреме, са постојећим изворима и у сарадњи са Међународном организацијом рада и Светском здравственом организацијом и другим заинтересованим специјализованим агенцијама, извештај којим се сугеришу водећи принципи за националне политике и међународну акцију, који се односе на потребе и улогу старијих и остарелих лица у друштву, у контексту општег развоја, посебно у земљама где су уочени социо-економске тешкоће старих лица...“¹²

На XXVIII заседању Генералне скупштине, 14.12.1973. године, донета је резолуција 3137 којом се детаљније одређују задаци које треба да испуне владе земаља чланица по питању старијих (остарелих) лица, па

¹⁰ Видети: Константиновић-Вилић, С., Костић, М., Миладиновић, Д., *Право на правну помоћ и квалитет правне помоћи пружене грађанима у кривичном поступку и поступку издржавања казне*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2007., стр. 15.

¹¹ Видети: 2599 (XXIV) *Question of the elderly and the aged*, 16.12.1969.
<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/257/33/IMG/NR025733.pdf?OpenElement>, приступ: 3. 12. 2007.

¹² Видети: 2842 (XXVI) *Question of the elderly and the aged*, 18.12.1971.
<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/328/58/IMG/NR032858.pdf?OpenElement>, приступ: 3. 12. 2007.

им се у том смислу упућују конкретне препоруке за активности: *развијати*, у складу са националним приоритетима, програме социјалне добробити, здравља и заштите остарелих лица; *развијати* прогресивно мере социјалне сигурности којима би се обезбедило да стара лица, независно од пола, примају адекватно издржавање; *појачати* учешће старијих лица у друштвеном и економском развоју; *обесхрабрити*, увек када је то могуће, дискриминаторске ставове, политику и мере у пракси запошљавања, која се искључиво заснива на годинама живота; *охрабрити* креирање могућности запошљавања за старије особе у сагласности са њиховим потребама; *промовисати*, свим могућим средствима, јачање породичне заједнице; *стимулисати* билатералне и мултилатералне договоре о сарадњи на пољу социјалне безбедности за добробит старих лица¹³.

На 105. пленарном заседању, Генерална скупштина УН је 16.12.1977. године усвојила резолуцију 32/131, којом се позива на све дотадашње препоруке изахтеве који су упућени државама-чланицама, с тим што, по први пут, *наглашава* важност примене Декларације о друштвеном напретку и развоју од 11.12.1969. године¹⁴, којом је Генерална скупштина прокламовала неопходност заштите права и обезбеђења неопходности социјалне добробити старих лица. Овом резолуцијом се владе држава чланица упућују на препоруке увојене резолуцијом 3137 (XXVIII) из 1973. године и *разрађују захтеви* према Генералном секретару УН да: размотри мере за јачање активности регионалних комисија, формираних да помажу у планирању, установљавању и унапређивању социјалних и здравствених служби за старе; помаже владама, по њиховом захтеву и у складу са националним приоритетима, у планирању, установљавању и ширењу програма за сектор популације који чине старији људи, у контексту њихових свеопштих развојних програма; надзире семинаре и радионице и спроводи истраживања у овој области, посебно у оним случајевима који се тичу старих лица са којима су суочене земље у развоју; надзире истраживање о могућности очувања и промовисања оснаживања породичне заједнице, на начин који олакшава, где је то могуће, бригу о старијим и остарелим особама од стране њихове сопствене породице; сакупља, пореди и шири

¹³ Видети: 3137 (XXVIII) *Question of the elderly and the aged*, 14.12.1973.

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/282/09/IMG/NR028209.pdf?OpenElement>, приступ: 3.12.2007.

¹⁴ *Declaration on Social Progress and Development 2542 (XXIV)* 11.12.1969.

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/256/76/IMG/NR025676.pdf?OpenElement>, приступ: 3.12.2007.

информације о старењу путем Система размене информација.¹⁵ На том истом заседању, Генерална скупштина је резолуцијом 32/132 установила Међународну годину и светску скупштину о старењу, позивајући се на Декларацију о друштвеном напретку и развоју од 11.12.1969. године и наглашавајући њене одредбе о достојанству и вредности људског бића и права старих лица.¹⁶

УН су преузеле још један помак у регулисању и заштити питања везаних за положај старијих и остарелих особа. Наиме, на свом Генералном заседању од 14.12.1978. године, донета је резолуција 33/52 којом је, уз консултацију са државама чланицама, специјализованим агенцијима и одговарајућим организацијама, постигнута сагласност да 1982. године буде одржана Светска скупштина о остарелим особама, као форум који ће повести програм међународне акције чији је циљ да гарантује економску и социјалну сигурност старим особама, исто као и могућности да оне постану учеснице у националном развоју.¹⁷

Прва светска скупштина о старењу одржана је у Бечу 1982. године и на њој је усвојен Бечки међународни план акције за старење (The Vienna International Plan of Action on Ageing), као први међународни инструмент посвећен старењу. Овим документом одређена је основа за формулисање политике и програма о старењу. План је одобрен од стране Генералне скупштине УН 1982. године (на 90. пленарном састанку 3. децембра 1982., резолуцијом 37/51), а усвојен раније те исте године на Првој светској скупштини о старењу у Бечу.¹⁸ Садржи 62 препоруке за различита поступања у области истраживања, прикупљања података и анализу, тренинг и обуку, као и одређене активности везане за: исхрану и здравље; заштиту остарелих корисника; настањивање и околину; породицу; социјалну сигурност; материјалну сигурност и запослење; образовање.¹⁹

Десет година касније, 1992., Генерална скупштина УН усвојила је, резолуцијом 47/5, Прокламацију о старењу, којом је 1. октобар проглашен Међународним даном старих особа, а 1999. година Међународном

¹⁵ 32/131 *Question of the elderly and the aged*, 16.12.1977. <http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r131.pdf>, приступ: 3. 12. 2007.

¹⁶ 32/132 *International year and world assembly on aging*, 16.12.1977. <http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r132.pdf>, приступ: 3. 12. 2007.

¹⁷ 33/52 *World Assembly on the Elderly*, 14.12.1978. <http://www.un.org/documents/ga/res/33/ares33r52.pdf>, приступ: 3. 12. 2007.

¹⁸ Видети: *UN – Key conference outcomes on ageing*, <http://www.un.org/esa/devagenda/aging.html>, приступ: 30. 11. 2007.

¹⁹ Детаљније видети текст: *37/51 Question of Ageing*, 3.12.1982. <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/425/29/IMG/NR042529.pdf?OpenElement>, приступ: 3.12.2007.

годином старих особа²⁰ и прихватила понуду Шпаније да буде домаћин Друге светске скупштине о старењу у Мадриду, као и понуду Немачке да буде домаћин Министарске конференције о старењу у Европи, у Берлину.²¹

Пошто је 1999. година била проглашена Међународном годином старих лица, тада су усвојени Принципи Уједињених нација за старе особе.²² Као основни принципи, по којима су подељени делови текста, наводе се: независност; учествовање; старање; самоиспуњење; достојанство.²³

Током 2000. године, Генерална скупштина УН усвојила је Миленијумску декларацију, резолуцијом 55/2 8.9.2000. године.²⁴ Значај одредби Миленијумске декларације у односу на статус и квалитет живота остарелих лица свуда у свету, је у томе, што документ децидирано одређује фундаменталне вредности које треба да буду есенцијално заступљене у међународним односима у XXI веку. Оне обухватају: слободу (мушкарци и жене имају право да живе сопствени живот и одгајају своју децу у достојанству, ослобођени страха од глади, насиља, опресије или неправде); једнакост (ниједно индивидуи нити нацији не сме бити оспорена могућност да уживају добробит од развоја); солидарност (глобалним изазовима мора се управљати на начин који расподељује трошкове и одговорност на праведан начин у односу на основне принципе једнакости и социјалне правде; они који пате или уживају мање повластице заслужују помоћ од оних који уживају веће повластице); толеранцију (људска бића морају поштовати једна друге, у свим разноврсностима свог веровања, културе или језика; различитости унутар и између друштава не треба да буду испуњени неправдом и репресијом, већ чувани као драгоцен заоставштина људскости; култура мира и дијалог између свој цивилизација треба да буде активно промовисан); поштовање природе; дељење одговорности (одговорност за управљање

²⁰ 1992 *Proclamation on Ageing, A/RES/47/5*, 42nd plenary meeting, 16 October 1992 (1. Urges the international community (j)), <http://www.un.org/esa/socdev/iyop/iyoppoa.htm>, приступ 5. 12. 2007.

²¹ Видети: Козарчанин, Л., „Процес праћења и имплементације Мадридског плана акције за старење у Европи (активности, препоруке и обавезе)“, *Социјална мисао*, (тема броја: „Стратегија развоја социјалне заштите“), Београд, година XII, октобар-децембар, бр. 4, 2005., стр. 144 - 145.

²² *Unated Nations Principles for Older Persons*, <http://www.un.org/esa/socdev/iyop/iyoppop.htm#top>, приступ 30. 11. 2007.

²³ Видети детаљније: *Unated Nations Principles for Older Persons*.

²⁴ 55/2. *Unated Nations Millennium Declaration*, 8 September 2000, <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>, приступ: 30. 11. 2007.

светском економијом и друштвеним развојем, исто као и претње међународном миру и сигурности морају бити подељени међу нацијама света и треба да буду вршене мултилатерално).²⁵

Друга светска скупштина о старењу одржана је у Мадриду од 8-12. априла 2002. године. Представници влада из целог света су промовисали концепт „друштва за све генерације“, као интернационални одговор на изазове старења за XXI век. Пошто су државе чланице УН изразиле бригу због брзине и облика глобалног процеса старења, Генерална скупштина је усвојила Политичку декларацију и Мадридски интернационални план акције за старење који обавезује владе да се суоче са изазовима старења популације у свету. Планом акције предвиђено је 117 конкретних препорука у оквиру плана акције.²⁶

На Генералној скупштини УН уочена је неопходност да се процес старења посматра у контексту Светске стратегије у борби против сиромаштва, као и неопходност напора да се за све земље у развоју постигне пуно учешће у светској економији. На овај став је посебно утицало научно сазнање да ће процес демографског старења бити највећи и најбржи управо у земљама у развоју, односно да ће се старије становништво у овим земљама до 2050. године повећати чак четири пута.

Мадридски план представља први међународни споразум који посебно препознаје потенцијал старијих људи да допринесу развоју својих друштава. План обавезује више од 160 влада држава потписница да

²⁵ Имплементација Миленијумске декларације и њених основних циљева била је, између осталог, предмет разматрања септембра 2005. године на нивоу Економске комисије УН за Европу. Видети: Report to the Economic Commission for Europe, Sixtieth Annual Session, Geneva, 22-25 February, 2005. Иначе, овај Извештај, који је сачињен за 60. седницу Економске комисије УН за Европу (UNECE) одржане у Женеви, фебруара 2005. године, односи се на праћење Регионалне стратегије имплементације Мадридског интернационалног плана акције за старење. Текст Извештаја сачињен је у сарадњи владе Републике Аустрије, UNECE Секретаријата и Европским центром за политику социјалног старања и истраживања. ITEM 8: Achieving the internationally agreed development goals, including those contained in the Millennium Declaration, as well as implementing the outcomes of the major United Nations conferences and summits *Economic Commission for Europe, Annual report (27 February 2004 – 25 February 2005), Economic and Social Council, Official Records, 2005, Supplement N°17*, http://unece.org/commission/2005/ANNUAL_REPORT_2005.pdf, приступ: 30. 11. 2007.

²⁶ Видети: *Madrid International Plan of Action on Ageing (MIPAA)* (Advance unedited copy), <http://www.un.org/ageing/coverage/action.pdf>, приступ: 30. 11. 2007. ; Main Content: Madrid International Plan of Action on Ageing, <http://www.helpage.org/Researchandpolicy/MadridInternationalPlanofActiononAgeing/Background>, приступ: 30. 11. 2007; Report to the Second World Assembly on Ageing, http://www.un.org/esa/socdev/ageing/madrid_intlplanaction.html, приступ: 30. 11. 2007.

укључе старење у све видове друштвене и економске развојне политике и да преполове сиромаштво у старости до 2015. године, у складу са Миленијумским развојним циљевима. Планом се:

- * одређује да старење треба да буде инкорпорисано у глобалне развојне агенде;

- * позива на право старијих људи да остварују једнако учешће у развојним изворима;

- * пожурује владе да обухвате старије људе кроз процесе националног развоја и социјалне политике (као што су стратегије смањења сиромаштва и национални развојни планови);

- * садржи детаљно разрађене секције о развојним областима, које се односе на старије људе и њихове породице, укључујући: сиромаштво, ХИВ, насиље и злостављање, приступ здравственим службама и друштвену заштиту;

- * позива на ефикасну сарадњу и партнерство између влада, цивилног друштва, међународних агенција и приватног сектора са старијим људима и њиховим удружењима да достигну оно што је предмет одређења у Мадридском плану.

У кључном делу пратеће Политичке декларације пише: „Ми се обавезујемо да елиминишемо све облике дискриминације, укључујући старосну дискриминацију. Ми, такође, препознајемо да особе, пошто старе, треба да уживају у животу у пуној мери, здрављу, безбедности и да буду активни део економског, друштвеног, културног и политичког живота у својим друштвима. Ми смо одлучни да повећамо препознавање достојанства старијих особа и да елиминишемо форме занемаривања, злостављања и насиља“.²⁷ У чл. 17 Политичке декларације даље пише: „Владе имају примарну одговорност у обезбеђивању руковођења по питањима старења и у имплементацији Интернационалног плана акције – 2002, али, од суштинског је значаја ефикасна сарадња између националне и локалне власти, интернационалних агенција, самих старијих људи и њихових организација и других делова цивилног друштва, укључујући невладине организације и приватни сектор“. Представници влада су „подвукли важност улоге система УН, укључујући Регионалне комисије, у помагању владама, на њихов захтев, у имплементацији, праћењу и националном мониторингу интернационалног плана акције за старење,

²⁷ Видети: *Main Content: Madrid International Plan of Action on Ageing*
<http://www.helpage.org/Researchandpolicy/MadridInternationalPlanofActiononAgeing/Bacground>, приступ: 30. 11. 2007.

узимајући у обзир разлике у економским, социјалним и демографским условима које постоје између земаља и региона“ (чл. 18).²⁸

У Плану, 117 препорука се односи на три основна правца утврђених приоритетних акција, које се односе на:

- Старије људи и њихову улогу у развоју друштва;
- Унапређење здравља и добробити у старијој животној доби;
- Обезбеђивање сигурних и подржавајућих услова средине за живот људи.

У плану акција се промовишу нови ставови у односу на појаву старења. Старење се не може сагледати једнострано и само као питање социјалне сигурности и социјалне заштите (на пример, само као питање једног од „животних ризика“), већ као процес који се одвија у сваком сегменту живота друштва, у сваком сегменту развоја и у целокупној развојној и економској политици једног друштва. Наглашена је потреба да се промовише позитиван аспект старења и да се превазиђу негативни стереотипи о старењу.

Сва обухваћена питања у Интернационалном плану акције за старење 2002. године, усмерена су на постизање побољшања економских и осцијалних услова у којима живе старије особе. Препоруке владама се односе на области као што су:

1. Обезбеђивање пуне реализације свих људских права и основних слобода за све старије људе;
2. Унапређење сигурности старијих људи које укључује реафирмацију борбе против сиромаштва старијих људи и развој друштва усклађен са принципима које је за старије људе прокламовала ОУН (усвојени на Генералној скупштини 1991. године);
3. Оснаживање старијих људи да дају пун допринос и да ефикасно учествују у економском, политичком и социјалном животу њихових друштава, укључујући и остваривање прихода, као и волонтерски рад;
4. Обезбеђивање могућности за индивидуална развој у старијој животној доби – као и за све друге животне доби, могућности за лична постигнућа и остваривање добробити у познијој животној доби, исто као и на другим узрастима, кроз, на пример, несметан приступ образовном процесу, или, кроз пуно учешће и у сваком другом сегменту живота заједнице;

²⁸ Ibidem.

5. Обезбеђивање пуног остваривања економских, социјалних и културних права као и свих грађанских и политичких права човека и грађанина.²⁹

Међутим, основни изазов, а уједно и тешкоћа је у томе како стећи уверење да владе држава чланица испуњавају обавезе преузете у Мадриду. У том смислу, у параграфу 114 пише: „Имплементација Интернационалног плана акција 2002, ће обезбедити одрживе акције на свом нивоима (...) Обезбедиће систематску евалуацију као одговор на нове изазове (...).“³⁰ Такође је истакнуто да „треба учинити напоре да се промовише институционално праћење Интернационалног плана акција 2002, укључујући као одговарајуће основање агенција за питање старења и националне комитете(...)“. Регионалне комисије УН-а су одговорне за развијање стратегија имплементације у својим регионима, а Комисија УН за социјални развој (UN Commission for Social Development) надгледаће како владе имплементирају План. Систематски преглед имплементације Интернационалног плана акција 2002, од стране држава чланица УН је од суштинске важности за његов успех у побољшању квалитета живота старијих људи. Међусобна размена исхода у редовном прегледу имплементације између земаља имаће, у наредном периоду, посебну вредност (параграф 131).

План не обавезује владе нити међународну заједницу да обезбеде додатне изворе за имплементацију садржаја документа. То значи да су извори којима се располаже, у ствари, доступни из програма за редукацију сиромаштва унутар појединих држава. У читавом процесу имплементације Плана значајну, виталну улогу имају старије особе и њихова удружења, који треба да осигурају да се владе држава потписница понашају у складу са препорукама предвиђеним Планом, као и у надгледању тог процеса. Они, као активни учесници процеса, треба да утичу на то да старење, као појава, треба да буде интегрисано у националне програме за редукацију сиромаштва, као и сличне повезане иницијативе, како би се достигли Миленијумски развојни циљеви.³¹

Владе држава чланица УН су се, преко својих представника у овим документима, обавезале на конкретну националну активност, али и на међусобну сарадњу, како у остваривању договорене политике у области

²⁹ *Madrid International Plan of Action on Ageing (MIPAA)* (Advance unedited copy), ISSUE 1: Active participation in society and development (25. Objective 1: Recognition of the social, cultural, economic and political contribution of older persons; Actions), <http://www.un.org/ageing/coverage/action.pdf>, приступ: 30. 11. 2007.

³⁰ *Madrid International Plan of Action on Ageing (MIPAA)* (Advance unedited copy), <http://www.un.org/ageing/coverage/action.pdf>, приступ: 30. 11. 2007.

³¹ *Ibidem.*

старења и поводом одвијања тог процеса код становништва, тако и у систематском и активном праћењу имплементације те политике.

3. Савет Европе и Европска унија

Савет Европе је усвојио у Паризу 19. децембра 1953. године Европски међувременски споразум о нацрту плану социјалне сигурности старих лица, инвалида и преживелих и Протокол уз то. У чл. 1 Споразума је прописано да ће одредбе документа бити уграђене у све законске текстове и другу правну регулативу која се односи на социјалну сигурност, у државама које су потписнице Споразума. Те одредбе се односе на добробит: старих особа, инвалида и преживелих (из периода Другог светског рата, прим.а.).³²

На нивоу Европске уније донета је 2000. године Директива о оквирној једнакости у запошљавању.³³ То је био први правни пропис донет у ЕУ који је осмишљен тако да прописује принципе једнакости међу свим грђанима независно од доба старости, инвалидитета или сексуалне оријентације приликом запошљавања и на радном месту, као и приликом помоћи у избору занимања и чланства у установама које се баве запошљавањем. иначе, европске институције имале су дуго времена пре усвајања Директиве велики број правних аката усмерених против дискриминације по другим основама, као што је родна припадност, на пример, Ипак, тек средином деведесетих година прошлог века почели су да се односе и на друге облике неједнаког третмана и то по основу година старости или инвалидитета.

³² Видети: *European Interim Agreement on Social Security Schemes Relating to Old Age, Invalidity and Survivors and Protocol Thereto*, Council of Europe, European Treaty Series – No. 12 – Social Security (Interim Agreement), Paris 19.12.1953, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/012.doc>, приступ: 24. 11. 2008. Савет Европе је пре овог документа усвојио Споразум којим се пружа социјална сигурност осим старим лицима, инвалидима и преживелима још и у случајевима болести, материнства, повреда на раду, незапослености и давања породичних додатака. Видети: *European Interim Agreement on Social Security Other Than Schemes Relating to Old Age, Invalidity and Survivors and Protocol Thereto*, Council of Europe, European Treaty Series – No. 13 – Social Security (Interim Agreement), Paris 11.12.1953, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/013.doc>, приступ: 24. 11. 2008.

³³ Stephen Charters: *Age Related Policies: A Global Review on Age Discrimination Legislation*, January 2008., International Federation on Ageing, p. 40-46., <http://www.silverinnings.com/docs/Elder%20Law/International/Age%20Related%20Policies.pdf>, приступ 24. 11. 2008.

Амстердамски споразум из 1997. године садржао је прве одредбе донете на нивоу ЕУ за установљење процеса доношења закона против дискриминације по основу година старости. Споразум је омогућио Европски савет, судско тело са улогом да одреди општу стратегију међу државама – чланицама, у циљу предузимања акције за борбу против дискриминације по основу старости. Две године касније, 1999., усвојена је Директива од стране великог броја чланица ЕУ.

Директивом је установљен минимум стандарда за препознавање дискриминације на основу година старости приликом запошљавања које су државе чланице обавезне да уграде у своја домаћа законодавства. Забрањени су сви облици дискриминације, непосредни, посредни, као и сексуално узнемиравање. Непосредна дискриминација се односи на акт којим се једна група или индивидуа ставља у гори положај у односу на другу групу или појединца, док се посредна дискриминација односи на по изгледу неутрални однос или поступак који за последицу има стварање сметњи једној групи или појединцу од стране неког другог. Директивом је установљена одредба која ставља ван снаге било који закон који је супротан овим принципима. С друге стране, Директива дозвољава изузетке за различит третман у оправданим случајевима (позитивна дискриминација).

Од држава чланица се захтевало да имплементирају правне одредбе о једнакости у односу на године старости до децембра 2003. године. Од тада им је додељен грант период од три године (до 2006.) када су о напретку на том плану морале да поднесу извештај Европској комисији, појединачно за сваку годину из трогодишњег периода гранта.

Данас се већ може говорити о Одредбама о једнакости приликом запошљавања (the Employment Equality Regulations) (у даљем тексту: Одредбе) из 2006. године, којима су обухваћена сва одређења дискриминације дата у Директиви. Одредбе дозвољавају различити третман међу старосним групама којим се може доказати способност за неку професију, где је „поседовање особина повезаних са добом живота основни и детерминишући захтев за запошљење“. Установљавање другачијег третмана приликом запошљавања на основу година живота мора показати да је добробит овакве праксе значајније битна од неопходности забране дискриминације и мора бити једини разумни избор доступан послодавцу. Неки примери где ово разликовање може да се дозволи обухватају случајеве као што су: доношење закона, национална безбедност; пензионисање; минимум зараде; животно осигурање и обезбеђивање одређених повластица базираних на дужини службовања.

Обавезно пензионисање је допустиво када су легитимни захтеви за запошљавање повезани са годинама живота. Са навршених 65 година

живота се одлази у пензију и послодавци нису у обавези да приме у радни однос некога са навршених или преко 65 година старости.

Сваки поступак супротан Одредбама може доспети у виду притужбе пре суд за радне спорове. Овај суд се установљава при секретаријатима за рад и пензије. Изузеци изван ове процедуре постоје у случајевима дискриминације унутар институција за више образовање и са њима повезаних инстанци, када подносилац притужбе мора покренути грађанску парницу.

Будућност Одредби, као одвојеног дела легислатуре, можда неће дати дугорочне очекиване резултате. У Великој Британији, која је била међу последњим државама ЕУ која је донела законе у складу са Директивом, истиче се да је дискриминација по основу старости најчешћи облик дискриминације на радном месту (BBC News, 2005). Сем Мерсер (Sam Mercer) директор Форума послодаваца по питањима старости (the Employers Forum on Age) рекао је: „Као што је наше истраживање потврдило, остарелост је ендемично питање у нашем друштву и распрострањено је на радном месту. Са овим се ставовима морамо суочити, тако да они постану неприхватљиви као сексизам или расизам... Ми сви морамо много да радимо да се уверимо да је питање старости постало ствар прошлости. Сада када је закон овде, како послодавци, тако и појединци морају брзо да постану свесни тога шта би то значи за њих и њихово радно место“.³⁴ Истраживање које је извршила Ludic Group указало је да се дискриминација по основу старости много лакше прихвата од других облика дискриминације. Сама законска решења неће утицати на решење тешкоћа на радним местима широм Британије јер већина не сматра да је дискриминација по основу старости озбиљна форма као она која се врши по основу расе или религијске припадности. Неопходне су дубоке културолошке промене да би се важећа легислатура заиста и примењивала.³⁵

У Европској унији донета је Европска уставна повеља, којом се нека питања, попут минималне наднице, пензије и породичног додатка уопште не регулише. Овај документ је претрпео бројне критике стручне јавности зато што „је такође корак уназад у односу на Универзалну декларацију о људским правима из 1948. године у којој је записано да свака особа „има право на животне услове довољне како би могла да се стара о сопственом здрављу, да обезбеди прихватљив квалитет живота за себе и своју породицу (...); да има право на обезбеђење у случају незапослености, болести, инвалидитета, удовиштва, *старости* и у свим

³⁴ Sam Mercer: *Management Issues* 2006., цит. у: *ibid.*

³⁵ Amble 'Legislation 'Not the Answer to Ageism' 2005, цит. у: *ibid.*

другим случајевима губитка способности да себи обезбеђује средства за живот. Не признаје се право на минималну надницу, па самим тим ни на минималну европску надницу (што би, међутим, био предуслов стварања осећања заједништва свих Европљана).“ У посебно су тешком положају жене. „Жене у Француској представљају 83% сиромашних радника и пензионера чије пензије су испод износа утврђених као минимум за *пристојну старост*.“³⁶ Међутим, осим оваквог критичког става који се односи на положај жена, у чл. II-94 у делу под називом „Социјална сигурност и социјална помоћ“ Уставном повељом је прописано да државе чланице Европске уније „препознају и поштују добробит од социјалне сигурности и социјалних служби“, које се између осталих, старају и о интересима старих особа.

4. Предлози

За Светски дан борбе против злостављања остарелих људи био је проглашен 15. јуни 2007. године. То је начин да се позову на активност појединци, организације и друштвена заједница у циљу подизања свести о злостављању, занемаривању и експлоатацији остарелих лица. У склопу обележавања тог дана потребно је спровести низ активности, као што су: развијање едукативних програма и прес конференције; обезбеђење волонтера који би били спремни да посете или позову неку изоловану стару особу која може бити у опасности да постане жртва злостављања, занемаривања или експлоатације; спровођење било које активности чији је циљ да развија свест о злостављању старих особа, као што је писање и објављивање чланака о томе у локалним новинама.³⁷

Један од начина превенције виктимизације остарелих лица јесте установљавање дугорочних програма заштите коју би спроводили омбудсмани.³⁸ Заступници дугорочне омбудсманске заштите за становнике домова, у којима се пружа нега и заштита старих лица, помажу у вештинама везаним за свакодневни живот. Пошто је овај

³⁶ Предлог Европске уставне повеље су усвојили шефови европских држава јуна 2004. године. Предлог је био предложен за ратификацију до краја 2005. године у 25 земаља чланица ЕУ. Видети: „Жене и Европска уставна повеља“, <http://www.atc.org.yu/data/File/Zenska%20prava/Zene%20i%20Evropska%20ustavna%20povelja.pdf>, приступ: 25. 11. 2008.

³⁷ Видети: *Elder Rights & Resources*; Elder Abuse, 2007 World Elder Abuse Awareness Day, http://www.aoa.gov/eldfam/Elder_Rights/Elder_Abuse/Elder_Abuse.asp, приступ 17. 10. 2007.

³⁸ *Elder Rights & Resources*, Long Term Care Ombudsman Program, http://www.aoa.gov/eldfam/Elder_Rights/LTC/LTC.asp, приступ 17. 10. 2007.

програм отпочео још пре 30 година и на хиљаде плаћених или омбудсмана волонтера учествовало је у његовој реализацији.

У развијеним земљама света, попут САД на пример, при Министарству здравља (Department of Health and Human Services) формирају се посебни одсеци који се баве питањима старости/старења (Administration on Aging AoA).³⁹

Напори свих сличних државних служби увек су усмерени на то да старије особе треба да остану у својим домовима и да учествују у што ширем распону у животу локалне заједнице, што је често онемогућено финансијском експлоатацијом и преварама корисника. Тако се у делокруг рада овог Одсека убраја промовисање нивоа свести корисника, превенира виктимизација остарелих лица и ради на томе да се оствари учешће локалне заједнице у циљу спречавања преваре, грешке и злостављања у Здравственој заштити сиромашних (Medicaid) и у Здравственој заштити старих људи у оквиру социјалног осигурања (Medicare). Информисањем и обучавањем старијих волонтера, затим особља које би радило на повезивању старих људи, као и оних који би обезбеђивали за њих медицинску негу, организација AoA има за циљ да остарели Американци и њихови заступници буду у позицији да на бољи начин користе здравствену негу. Држава може да охрабрује остарела лица да на време планирају свој живот уколико буду онеспособљени болешћу или на други начин и да свој начин живота организују тако да ту неспособност одложе или је превенирају, али ови напори не могу да буду остварени у пуној мери за она остарела лица која изгубе своју уштеђевину или своје куће уколико то повере преварантима или упадну у замку финансијске експлоатације. Зато се сматра да су преваре и финансијска експлоатација основне претње за добробит остарелих људи. Према истраживању Службе за спречавање злостављања остарелих лица под називом The National Elder Abuse Incidence Study потврђено је да се сваке године број случајева финансисјских превара увећава у односу на број случајева физичког злостављања остарелих лица.

Финансијске институције често су у могућности да прве препознају злостављање, превару и експлоатацију усмерену ка остарелој особи или вулнерабилној одраслој особи, што се најчешће врши од стране рођака или особе од поверења којој је поверена брига о остарелом лицу.

³⁹ *Department of Health and Human Services, Administration on Aging, Elder Rights*, http://www.aoa.gov/eldfam/Elder_Rights/Preventing_Fraud/Preventing_Fraud.asp, приступ 17. 10. 2007. У нашој земљи, при Министарству рада и социјалне политике постоји сектор за бригу о породици и социјалној заштити, при коме се питања старости и старења не помињу као посебна поља рада. Видети: www.minrzs.sr.gov.yu, приступ 28. 10. 2007.

Тако, тренутни или чак стални контакт које финансијска институција остварује са остарелим лицима као клијентима, ствара за ту институцију јединствену могућност да пријави сумњу на превару АоА организацији ради даљег истраживања. У том смислу, неке од државних агенција организују тренинге обуке за службенике банака у циљу спречавања финансијске експлоатације остарелих особа.⁴⁰

Развијене земље светедоносе посебне законе који омогућавају санкцијом загарантована права старих људи. Тако, у САД Older American Act из 1965. године предвиђа да старим особама треба обезбедити: одговарајуће пензије у складу са стандардом живота у САД; пружање најбоље могуће медицинске неге у области физичког и менталног здравља која треба да буде пружена свима без обзира на економски статус корисника; одговарајуће домаћинство које би се самостално одабрало, тако да буде дизајнирано и лоцирано онако као то одговара потребама и могућностима старих особа; службе које би пружале пуну институционалну бригу старима; могућност запошљавања без дискриминаторског односа према старости; пензионисање у условима здравља, почаст и достојанства - после година доприноса економском просперитету; тежњу ка значајног активности унутар широког опсега грађанских, културних и рекреационих могућности; делотворне комуналне службе које пружају друштвено учешће на усклађени начин и које су лако доступне када је то потребно; сталну добробит из показаног истраживачког сазнања која може да подржи и унапреди здравље и срећу; слободу, независност и слободну примену личне тежње у планирању и управљању својим сопственим животом.⁴¹

Као последње разматрање у овој фази теоријског истраживања дискриминације/виктимизације и могућности превенције остарелих лица, могу као добар путоказ бити следеће речи:

⁴⁰ Овакву врсту партнерства остварила је служба APS користећи потпору АоА агенције. У банци Wachovia организовала је тренинг особља банке и унапредила увид у досијеа у циљу спречавања финансијске експлоатације остарелих. Ово партнерство је показало изузетне резултате и касније је коришћено као модел успешне праксе при комитету националног конзорцијума банака за смањење превара, под називом BITS Financial Services Roundtable. Одговор банкара био је обојен ентузијазмоми утицао је на ширење овог модела на националном нивоу унутар банкарског система. Видети: *Department of Health and Human Services, Administration on Aging, Elder Rights*, http://www.aoa.gov/eldfam/Elder_Rights/Preventing_Fraud/Preventing_Fraud.asp, приступ: 17. 10. 2007.

⁴¹ Bill of Rights for the Old, Title I of the 1965 Older American Act, цит. у: "Politics of Aging: Government Agencies and the Aging Network", loc.cit.

“Друштво не представља само однос између оних који живе, већ између оних који живе, оних који су умрли и оних који тек треба да се роде. Стари људи треба да знају да они имају сопствени дуг према прошлости и да из тога дуга произилази њихова обавеза према будућности. .. Ако уште ценимо свој сопствени живот онда треба да ценимо и осећамо неку обавезу према онима који су тај живот учинили могућим, нашим сопственим породицама и прошлим друштвима која су их подржала. Ми дугујемо онима који долазе после нас бар онолико колико смо добили од оних иза себе, могућност живота и опстанка”.⁴²

Miomira Kostić, Ph.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš,

Darko Dimovski, Ph.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

PREVENTION OF DISCRIMINATION/VICTIMIZATION OF ELDERLY PERSONS

Summary

In the article the authors emphasized that every developed social system of the modern states separates the legal way of elderly discrimination/victimization prevention. The status position of the elder persons, in some specific conditions of the social environment, is limited by their unemployed position and economical, emotional and social load for the younger. But there is an objective gradually limited fact that all active persons are future unactive part of the population. The elder persons have already given their contribution to the social progress, so during the „third“ and the „fourth“ period of their lives, they have all rights to expect help and protection from the society. If young persons have power of making decisions and running the social courses, than influencing to the social position of elder, they also influence to the quality of their own future. Victimization of elder is usually coloured by the great „dark number“. Greater risk to the victimization of elder depends on the personal predispositions linked by the end of evolution process in their bodies, as same as on the psychological changes during the „third“ time. That way it’s been important to look on some tendencies on the international organizations as well as on the other states (UN, EU, CE).

⁴² “Social Psychology of Aging”, loc. cit.

Др Драгиша Дракић

Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ОПАСНОСТ УЧИНИОЦА КАО УСЛОВ ИЗРИЦАЊА МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ ПСИХИЈАТРИЈСКОГ КАРАКТЕРА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ

Апстракт: У раду аутор се бави анализом елемента опасности учиниоца, као услова за изрицање мера безбедности психијатријског карактера у кривичном праву Србије.

У првом делу рада аутор говори о околностима и идејама које су допринеле увођењу мера безбедности у савремене регистре кривичних санкција.

Централни део рада посвећен је разматрању елемента "озбиљне опасности", који представља законски услов за изрицање психијатријских мера безбедности у српском кривичном праву. Аутор анализира околности које би требало узети у обзир приликом процене испуњености овог услова, и критички се осврће на његове слабости узимајући у обзир формулацију коју користи Кривични законик Републике Србије.

На крају закључује да начелни проблеми и отворена питања који овде постоје намећу потребу да се материји мера безбедности психијатријског карактера у будућности посвети већа пажња. Јер, од промишљених одговора на сва спорна питања зависиће, не само правилно сагледавање места психијатријских мера безбедности у систему кривичних санкција, већ и побољшање правног положаја душевно болесних и поремећених учинилаца кривичних дела.

Кључне речи: *опасност учиниоца, мере безбедности психијатријског карактера, кривично право Србије.*

Појам опасности учиниоца кривичног дела стар је готово колико и само кривично право. О њему су у овом или оном контексту расправљали многи знаменити филозофи, а касније и антрополози, социолози, криминолози, психијатри и психолози, као и теоретичари кривичног права. Не улазећи у ове расправе јер то није од већег значаја за предмет нашег интересовања у раду, потребно је нагласити да се тек од друге половине деветнаестог века почињу водити интензивне дебате о опасности учиниоца кривичног дела као услова изрицања нових кривичних санкција, мера безбедности, које су први пут уведене у европска кривична законодавства почетком двадесетог века.

Проф. др Драгиша Дракић

Настанак мера безбедности као кривичних санкција био је мотивисан научним сазнањима и практичним искуствима да се криминални потенцијал одређених, специфично психички структурисаних учинилаца кривичних дела не може ефикасно сузбити применом казне лишења слободе. Постало је јасно да се њеном применом не могу постићи позитивни ефекти на плану ресоцијализације и поправљања таквих учинилаца. Штавише, искуство је показало да је ова казна деструктивно деловала на њихову личност у целини, а јављали су се и озбиљни проблеми у установама у којима се она издржавала. Коначно, пораст криминалитета у свету током деветнаестог века почео је полако да руши мит о казни као јединој кривичној санкцији којом би се успешно и праведно могло ефикасно реаговати на криминалитет. Због тога се јавила потреба да се у односу на такве учиниоце реагује другачијом кривичном санкцијом, која би се и по циљу који се њоме жели постићи, као и по својој садржини, разликовала од казне као изразито ретрибутивне, на одмазду оријентисане санкције. Истицало се да, као што је и криминалитет производ, како спољашњих тако и унутрашњих подстицаја, те су за његово манифестовање преко потребне како унутрашње настројености тако и спољашњи подстреци, тако ни његово сузбијање није могуће без истовременог деловања, како на опште криминогене факторе, тако и на личност самог извршиоца.¹ Под утицајем таквих размишљања у дугогодишњем процесу трансформације система кривичних санкција које су се примењивале на пунолетне учиниоце кривичних дела временом се прешло са монистичког на плуралистички систем, који ће пуну афирмацију доживети у првој половини двадесетог века. Мере безбедности најпре су се примењивале на душевно болесне, неурачунљиве а нешто касније и смањено урачунљиве учиниоце кривичних дела, као и у односу на категорију непоправљивих злочинаца, вишеструких повратника. У даљем развоју кривичног права поље њихове примене све више се проширује и на друге, карактеристичне категорије делинквената.²

Овим "дуализмом" кривичних санкција у односу на пунолетне учиниоце кривичних дела први пут је јасно и недвосмислено прокламована, како појмовна тако и термилошка, подвојеност мера

¹ Видети: Fritjof Haft, *Aus der Waagschale der Justitia – eine Reise durch 4000 Jahre Rechtsgeschichte*, 4.Auflage, C.H.Beck, München 2009, 2009, 147.

² О настанку и развоју идеје која је довела до увођења мера безбедности у савремене регистре кривичних санкција видети детаљно: Александар Стајић, "Мјере безбједности – историјскокомпаративни осврт и класификација", *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, IX/1961.

безбедности од казни.³ У време настанка и прихватања тог концепта у литератури је постојала релативно јасна граница између казне и мере безбедности. Док се казни као циљ постављала одмазда, морална опомена и генерална превенција кроз застрашивање, мерама безбедности се стављало у задатак да остваре искључиво специјално-превентивне циљеве кроз лечење или поправљање.⁴ Другим речима, искључиви циљ мере огледао се у томе да се опасност одређених учинилаца, која се манифестовала у извршеном делу и његовој предисторији, предупреди за будућност, и то кроз третмане односно поступања који су управљени на њихово лечење, њихову заштиту, старање над њима, или пак њихово елиминисање.⁵

Као што је познато, дуалистички концепт кривичног санкционисања први пут је формално доживео своју реализацију у Штосовом (Carl Stoos) Преднацрту Кривичног законика Швајцарске из 1893. године. Њиме је кроз кумулирање казне и мере безбедности ублажена антиномија која је до тада постојала између испаштања и превенције као могућих циљева кривичног санкционисања. За тему нашег рада значајно је то што је Штос, посебно наглашавајући важност категорије "опасности" учиниоца за новопрокламоване кривичне санкције, истакао да је циљ мера безбедности да заштите друштво од штетности или опасности која извире из одређених особа које су већ учиниле неко кривично дело.⁶ Штосов преднацрт био је узор за велики број европских и јужноамеричких кривичних закона тог времена.⁷ Упркос томе, овај пројект никада није постао закон у земљи у којој је настао, те самим тим Швајцарска није била прва земља у чије су кривично законодавство уведене мере безбедности као кривичне санкције. Прва земља која је то учинила својим Кривичним закоником из 1902. године била је Норвешка.⁸ Потом је талас мера безбедности за време такозване велике европске законодавне реформе преплавио и остала европска, и не само европска кривична законодавства.

³ "Мада се неке мере безбедности јављају и пре него што су се појмовно и термилошки издвојиле од казне, уобичајено је да се њихово прихватање као кривичних санкција посебног типа везује тек за почетак XX века", Зоран Стојановић, *Кривично право*, ЦИД, Подгорица 2008, 319, 320.

⁴ Тако: З. Стојановић, *ibid.*

⁵ Тако: Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996, 83.

⁶ Видети: Carl Stoos, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, 2. Auflage, Franz Deuticke, Wien und Leipzig 1913, 246.

⁷ Тако: Н.-Н. Jescheck, Т. Weigend, *op. cit.*, 84.

⁸ Тако: група аутора под редакцијом Николе Срзентића, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Савремена администрација, Београд 1978, 259.

Код нас су ове санкције први пут уведене Кривичним закоником Краљевине Југославије из 1929. године. Овај законик познавао је чак девет различитих мера безбедности.⁹ Једна од њих била је и мера психијатријског карактера која се називала *Упућење у завод ради чувања и лечења*. Од тада па до данас мере безбедности представљају незаобилазни део нашег система кривичних санкција. Кривични законик Србије који је данас на снази, а донет је 2005. године¹⁰, познаје укупно једанаест мера безбедности, од којих су две мере психијатријског карактера: Обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи и Обавезно психијатријско лечење на слободи. Док прва мера безбедности стационарног типа постоји у нашем кривичном праву од тренутка када су ове санкције први пут код нас уведене 1929. године, с тим што се тада, као што смо то напред назначили, нешто другачије називала, мера Обавезног психијатријског лечења на слободи, дакле она амбулантног типа, уведена је први пут Кривичним законом СФРЈ из 1976. године.

С тим у вези, мера Обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи може се изрећи неурачунљивом, као самостална кривична санкција, или битно смањено урачунљивом учиниоцу кривичног дела, једино уз казну затвора ако, с обзиром на учињено дело и стање душевне поремећености, постоји "озбиљна опасност" да ће учинити "теже" кривично дело и да је ради отклањања ове опасности потребно његово лечење у таквој установи.¹¹

Мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи може се такође изрећи неурачунљивом, као самостална санкција, или битно смањено урачунљивом учиниоцу кривичног дела, једино ако му је уз њу изречена условна осуда, или је пуштен на условни отпуст у вези са издржавањем претходне мере, уз услов да постоји "озбиљна опасност" да ће учинити било које кривично дело, као и да је ради отклањања ове опасности довољно његово лечење на слободи.¹²

За разлику од нашег пређашњег кривичног закона који је код обе мере говорио о "опасности за околину", важећи законик сада мења овакву формулацију, те говори код прве мере о "озбиљној опасности" од вршења "тежег" кривичног дела, а код друге о "озбиљној опасности" да ће

⁹ Видети: *Кривични законик за Краљевину Југославију* – од 27. јануара, 1929. године, са изменама и допунама од 9. октобра, 1931. године, седмо издање, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1932, 25-30.

¹⁰ *Кривични законик Републике Србије*, "Службени гласник РС", бр.85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012. У даљем излагању уместо пуног назива овог законика користићемо скраћеницу КЗРС.

¹¹ Видети: чл. 81, ст. 1 и 2 КЗ.

¹² Видети: чл. 82, ст. 1, 2 и 3 КЗ.

извршилац у будућности учинити било које кривично дело. Дакле, "озбиљна опасност" да ће неурачунљиви или битно смањено урачунљиви учинилац вршити кривична дела у будућности представља заједнички услов за изрицање и једне и друге мере, с том разликом што се у првом случају захтева опасност од вршења неког тежег кривичног дела, док је у другом довољна опасност од вршења било којег кривичног дела. Из тога би по логици саме ствари следило да изрицање мере безбедности амбулантног типа долази у обзир једино ако на страни учиниоца постоји опасност да ће извршити неко лако, или евентуално кривично дело средње тежине.

Овде се као претходно мора разрешити питање, шта се подразумева под "озбиљном опасношћу". Јер, овај услов заједнички је за обе мере, те ако се не докаже да је учинилац у време суђења "озбиљно опасан" за друге оне се не би ни могле изрећи.

С тим у вези, у теорији кривичног права прави се разлика између "обичне" могућности и "вероватноће", као повећаног степена могућности вршења кривичних дела у будућности, те већина аутора захтева постојање вероватноће да би се изречла психијатријска мера безбедности стационарног типа. Истиче се да "могућност да неко почини поједино кривично дело не може никако да се искључи, чак ни код неког пре тога у потпуности прилагођеног човека, пре свега зато што нико није ослобођен неубичајених конфликтних ситуација и мисли из којих би могао да скрене на пут деликта".¹³ Другим речима, за изрицање мере не би требало безусловно захтевати извесност, па ни вероватноћу која се граничи са извесношћу, али не би требало да је довољна ни проста могућност вршења дела у будућности.¹⁴ У сваком случају, владајуће је схватање да је за њено изрицање неопходно доказати да постоји вероватноћа будућег криминалног понашања високог степена.¹⁵ При томе, није нужно да су очекивана дела иста или слична по врсти са већ извршеним делом. Али је зато потребно утврдити "да се очекивана дела заснивају на истим психичким поремећајима на којима се заснивају и почињена дела и да представљају последицу овог стања".¹⁶ Као што између одређене душевне поремећености и почињеног дела мора постојати узрочна веза, тако ова веза мора постојати и између предметне душевне поремећености и

¹³ Günter Stratenwerth, "Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Massnahmen", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Bern, 1/1988, 257.

¹⁴ Тако: Karl Lackner, Christian Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 2001, 367.

¹⁵ Тако: Hans Tröndle, Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50. Auflage, München 2001, 525.

¹⁶ H. Tröndle, T. Fischer, *ibid.*

очекиваних дела. Из тог разлога је један психијатар својевремено изјавио да се душевна поремећеност "као нека црвена нит провлачи кроз читав институт друштвене опасности".¹⁷ Коначно, требало би узети да је овај услов испуњен и када се докаже да постоји велика вероватноћа да ће извршилац учинити кривично дело у односу на одређену особу, без обзира на то што истовремено није, уопште или у довољној мери, опасан и за друге потенцијалне жртве,¹⁸ премда има и другачијих схватања у литератури.¹⁹

Пошто се у нашем кривичном закону не прави разлика у степену опасности када су у питању услови за изрицање мера безбедности психијатријског карактера, већ се код обе мере захтева "озбиљна опасност", из тога би се могло закључити да се ни једна ни друга мера не би могле изрећи уколико у време њиховог изрицања на страни учиниоца није постојао висок степен вероватноће вршења кривичних дела у будућности, како се у нашој теорији кривичног права, а по угледу на напред наведена мишљења страних аутора, тумачи појам "озбиљне опасности".²⁰ Дакле, из тога следи да овај интензитет опасности захтева законодавац код изрицања обе мере, јер се у оба случаја, као што знамо, говори о "озбиљној опасности".

Пре него што ово детаљније размотримо, потребно је одговорити на питање, на основу којих параметара би требало да се процењује предметна опасност у судско-психијатријској пракси. Премда се може прихватити став да је врста извршеног дела и начин на који је оно извршено релативно поуздана индиција за утврђивање те опасности, требало би с благом резервом узети у обзир мишљења појединих аутора у којима се тврди да би изрицање стационарне мере требало бити законски условљено извршењем тешког кривичног дела, као наводно јединог очигледног симптома веће, озбиљније опасности. Судска пракса иначе, готово једнодушно, спроводи у дело те обилато упражњава овај шаблонизам у закључивању. Иако је с тим у вези тачно да се за неког ко је извршио тешко кривично дело, баш због тога што је извршио такво дело, може основано очекивати да је у високом степену опасан за друге, могло би се у појединачном случају ипак догодити да неки учинилац у време

¹⁷ D. Knežević, "Procjena društvene opasnosti psihički abnormnih delinkvenata", Теџај за усавршавање из форензицке психијатрије, Психијатријска болница Врпче, Загреб 1980, 117.

¹⁸ H. Tröndle, T. Fischer, *ibid*, 527.

¹⁹ H.-H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit.*, 810.

²⁰ Видети нпр. З.Стојановић, *Кривично право – општи део, двадесето издање*, Правни факултет и Правна књига, Београд 2013, 354.

суђења није више уопште, или у већој мери извор такве опасности.²¹ Овде у првом реду имамо у виду учиниоце који болују од параноје, али и не само њих, код којих се може догодити да у тренутку лишавања живота особе коју су били укључили у свој параноидни, суманути систем прогањања, престају бити опасни за друге, јер се свака друга особа у том моменту налази изван њиховог параноидног система мишљења. У таквој ситуацији могло би се констатовати да у тренутку суђења заиста не постоје потенцијалне жртве које би могле бити угрожене њиховим понашањем у блиској будућности. Такође, не би се могло категорички тврдити ни то, да учинилац који је извршио неко лакше кривично дело није и не може бити у великом степену опасан за друге у време суђења.²²

Ово нас упозорава на већу обазривост приликом процене дате ситуације. Стога би било упутно да се поред тежине и начина извршења дела, приликом процене да ли је испуњен овај услов за изрицање предметних мера безбедности, нарочито узме у обзир врста и карактер душевног поремећаја и његов утицај на психичко функционисање учиниоца у време извршења дела, као и стање психичких функција у време суђења. Премда се може рећи да је ово можда и најважнији параметар од којег зависи одговор на питање да ли је учинилац и у којој мери опасан за своју околину,²³ за њега такође важи оно на шта смо мало пре упозоравали, да се наине исти не би смео ни преценити. Јер, свако поступање по аутоматизму може довести до погрешних закључака и штетних последица. Овде у првом реду мислимо на анахроно, механичко и фиктивно изједначавање душевне болести, то јест психозе, с једне стране, и "опасности", с друге. Пракса необоривог претпостављања опасности када су у питању душевно болесни учиниоци била је додуше карактеристична за нека прошла времена, иако се и данас може наићи на таква схватања и поступања у судско-психијатријској пракси. Стога се треба прихватити став да душевни болесник није само због своје болести "опасан за себе и друге", већ се закључак о његовој "опасности" мора поткрепити и другим индицијама.²⁴

²¹ С тим у вези, "извршено кривично дело, независно о каквом кривичном делу се ради, лакшем или тежем, не може бити искључиви основ примене мере безбедности уколико се, на основу њега и других околности, не донесе закључак да ће учинилац и у будућности вршити кривична дела". Тако: Милош Бабић, Иванка Марковић, *Кривично право – општи дио*, друго издање, Правни факултет, Бања Лука 2009, 431.

²² Слично: Franz Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2. Auflage, Stuttgart 2002, 337.

²³ Тако и: М. Бабић, И. Марковић, *ibid.*, 435.

²⁴ Тако и: Enzo Musco, "Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Heft 2, Berlin – New York 1990, 432.

Из тог разлога се, поред врсте и природе извршеног дела, као и врсте, степена и карактера душевне болести или поремећености, приликом процене опасности морају узети у обзир и друге околности, као што су: структура психопатолошких симптома односно синдрома као и процена динамике развоја болесног процеса у тренутку суђења; препсихотична структура личности учиниоца; процена криминогености испољених психопатолошких садржаја; све околности које су у вези са извршеним делом; емотивни однос учиниоца према свом делу; могућност увида у сопствену болест и степен мотивисаности за лечење; очуваност односно мањкавост на плану његових моралних схватања и осећања; став и заинтересованост уже социјалне заједнице односно породице према оваквој особи; али и друге околности које могу бити од значаја за конкретан случај.²⁵

Ипак, чак ни када се узму у обзир и правилно размотре све наведене, али и друге околности које нисмо изричито навели а могле би бити релевантне у конкретној ситуацији, чак ни тада не би се могло доћи до уверења да ће учинилац у будућности сигурно извршити неко кривично дело. Све ове околности су индицијалне природе, које никада не доводе до пуног доказа о извесности нечијег криминалног понашања у будућности. Ово не би требало да буде спорно. На основу њих се дакле једино може прогнозирати, навестити могућност оваквог понашања. Ипак, оно што може бити спорно је чињеница што теорија кривичног права и кривично законодавство овде готово једнодушно захтевају више од ове "просте" могућности. Тако наш закон захтева "озбиљну опасност", која се, како смо напред навели, у литератури тумачи као "висок степен вероватноће" да ће учинилац извршити, код стационарне мере безбедности – теже кривично дело, а код амбулантне мере – било које друго дело. Ту се основано може поставити питање, да ли је оправдано инсистирати на овом и оволиком степену вероватноће будућег криминалног понашања када се зна да се у пракси закључак о томе не доноси нити може донети безрезервно, односно са убедљивошћу која чува од грешака. Очекивање да се да оваква прогноза и извуче децидирани закључак о високом степену вероватноће нечијег делинквентног понашања у будућности морало би бити проблематично, ако ни због чега другог а оно "због несавршености наших знања, начина спознаје, немогућности да се скупе све одлучне чињенице и, пре свега, недовољног познавања самог човека".²⁶ Ако је то тако, а све су прилике да јесте, могло

²⁵ Видети о томе детаљније: Д. Павичић, В. Петровић, "Процена опасности по околину и права душевних болесника", Проблеми реинтеграције и реформе југословенског кривичног законодавства, Београд 1995.

²⁶ Franjo Vačić, *Kazneno pravo – opći dio*, Informator, Zagreb 1998, 450.

би се доћи до закључка да квантификација "опасности", у смислу поделе на велику, затим обичну вероватноћу, и на крају обичну могућност вршења кривичних дела у будућности, има само теоријски али не и практични значај, јер очигледно овде не постоје објективни критеријуми помоћу којих би се на егзактан начин извршило односно степеновање. Да ли то опет значи да се у пракси поступа интуитивно, а понекад свакако и произвољно, када се за потребе кривичног права жели извршити поменута квантификација појма "опасности". И на ово питање могло би се потврдно одговорити.²⁷ Зато се закључак да у конкретном случају постоји "висок степен вероватноће" у судској пракси, као што смо напоменули, веома често по аутоматизму и веже за констатацију да је такав учинилац већ извршио неко тешко кривично дело, односно да болује од неке "праве" душевне болести, без икакве даље анализе и дубље процене испуњености овог услова. Тиме се свакако компензује непоузданост напред поменутог интуитивног одређивања степена могућности нечијег делинквентног понашања. Зато неки аутори и могу да тврде да је "опасност за околину", као основ и обавезни услов изрицања мера безбедности, сама по себи извор опасности, док је методолошка немогућност да се она поуздано и прецизно утврди и довела у пракси до кризе мера безбедности као кривичних санкција.²⁸

У сваком случају, мишљења смо да би правници у сарадњи са вештацима психијатрима могли, након брижљиве анализе свих релевантних околности, једино заузети одлучан став о томе да постоји шанса, у смислу просте могућности, да ће учинилац поново доспети у одређене ситуације које су на њега стимулативно деловале у правцу вршења кривичног дела, а које могу поново резултирати извршењем неког дела у будућности. То је оно што је несумњиво. Свако друго и другачије изјашњавање, при чему ту мислимо на оно о чему смо мало пре говорили, бременито је тешкоћама објективне и субјективне природе те може бити сумњиве вредности и самим тим проблематично. Стога би инсистирање, из формалних разлога, на прецизном изјашњавању, које се у пракси своди често на "лицитирање" око степена могућности будућег криминалног понашања, могло бити дубиозно, уколико се такво изјашњавање искључиво базира на интуицији која је лишена реалне подлоге. У таквој ситуацији, када дакле процена није поткрепљена било каквим чињеницама, или је пак покривена мањкавом аргументацијом, постоји могућност да се процес утврђивања степена нечије "опасности" отргне

²⁷ Тако и: E. Musco, *ibid*, 429.

²⁸ Тако: E. Musco, *ibid*.

контроли и поприми изглед гротескног "прорицања судбине" учиниоца, од којег би требало да зависи његова даља судбина у кривичном поступку.

Но, чини се да се тиме невоље суда, у вези са констатацијом да ли је испуњен овај услов за изрицање мера безбедности психијатријског карактера, не завршавају. Као што знамо, не само да закон инсистира на томе да за психијатријске мере има места тек када постоји висок степен вероватноће вршења дела у будућности, већ инсистира и на томе да се донесе одлука, да ли постоји вероватноћа вршења тешких или пак само лакших односно лакших кривичних дела. С тим у вези, ако је у пракси веома тешко одговорити на питање, да ли у конкретном случају постоји висок степен вероватноће, нижи степен вероватноће, или само обична могућност вршења дела у будућности, како ће се тек доћи до колико-толико поузданог закључка о томе да ли ће неко у будућности вероватно извршити неко тешко, дело средње тежине, или само лакше кривично дело. Јасно је да се до оваквог закључка не би могло доћи. Ипак, до оваквог закључка ми по свој прилици морамо да дођемо, јер нас на то принуђава закон, који изрицање психијатријске стационарне мере веже за "озбиљну опасност" извршења "тежег" кривичног дела, док изрицање психијатријске амбулантне мере веже за "озбиљну опасност" извршења било којег другог кривично дела које није "теже".

Како се дакле не може у пракси донети одлука о врсти и тежини кривичног дела за које је наводно у високом степену вероватно да ће га поједини учинилац вршити у будућности, а што представља кључни законски услов од којег зависи избор између две мере, то на основу овог критеријума и не би могли донети одлуку о томе. Не преостаје ништа друго него да се предметне законске одредбе које се односе на ове мере безбедности сагледају у целости, те узме у обзир и анализира трећи законски услов за њихову примену. Према истом, док је за отклањање "озбиљне опасности" код прве мере потребно лечење таквих учинилаца у затвореној здравственој установи, код друге мере, према изричитој законској одредби, за отклањање "озбиљне опасности" довољно је лечење на слободи. Какав закључак се из овога посредно може извести? Да управо од степена вероватноће будућег делинквентног понашања индивидуе зависи да ли ће се на њу применити мера стационарног или амбулантног типа. Тако ће се мера безбедности амбулантног типа применити уколико се, на основу свестране анализе свих околности а у првом реду стања болести односно поремећености, процени да је опасност учиниоца за околину таквог карактера и степена да се може отклонити и психијатријским лечењем на слободи. Насупрот томе, мера безбедности стационарног типа примениће се, ако се на основу, пре свега стања болести или поремећености учиниоца, али и свих других индицијалних чињеница, основано може претпоставити да је његова "опасност за

околину" изразито деструктивног карактера и високог интензитета, тако да је и за њега, али и за друге, једино упутно да се он лечи стационарно у здравственој установи. Стога је неопходно да се у законском тексту код предметних мера безбедности на одговарајући начин изврши градирање опасности за околину и ова опасност квантификујуће одреди у смислу већег односно мањег степена могућности будућег криминалног понашања. С тим у вези, било би целисходно да се код мере безбедности стационарног типа задржи постојећа формулација у смислу "озбиљне опасности" од криминалног понашања у будућности, док би код амбулантне мере требало употребити други израз (на пример "опасност" или "могућност"), који указује да је овде реч о блажој врсти односно нижем степену ове опасности. Уосталом, чињеница да су суд и вештач-психијатар проценили да поједини учинилац треба да се лечи на слободи довољно сам за себе говори, штавише то је очигледан показатељ да такав учинилац није у већој мери опасан за друге. Прецизирањем "опасности", на начин како смо предложили, истовремено би била обесмишљена идеја која може искрснути као кључна за разграничење две мере на основу предметне законске формулације, да се наиме градирање не врши на плану степена потенцијалитета будућег деликтног понашања, већ на бази степена тежине деликата који се од учинилаца очекују у будућности. Јер, како смо то већ рекли, јасно је да се у пракси не би могло доћи до одговора на питање, да ли постоји "озбиљна опасност" од вршења "тежих" кривичних дела, или "озбиљна опасност" од вршења лакших односно средње тешких кривичних дела у будућности, а који одговор законодавац очекује јер би од тога наводно требало да зависи која ће се од ове две мере применити.

На крају нашег излагања хтели бисмо да размотримо још једно спорно питање које је од великог значаја за правилно сагледавање материје којом се у раду бавимо, а које се односи на меру обавезног психијатријског лечења на слободи. С тим у вези, ова мера спроводи се на слободи, иако је један од законских услова њеног изрицања – "озбиљна опасност" да ће учинилац извршити неко кривично дело. Овде се намеће логично питање, како је могуће да се учинилац лечи на слободи у оквиру ове кривичне санкције ако је заиста "озбиљно опасан" за друге. Овакво решење, по логици саме ствари, крије у себи два могућа одговора.

Као прво, могуће је да се приликом конципирања ове мере законодавац руководи тежњом да се у што је могуће већој мери заштите интереси пацијената – учинилаца. Може бити де са овде тежња законодавца темељи на претераном психијатријском оптимизму у погледу научних достигнућа и практичних могућности психијатријске науке и струке када је у питању лечење психијатријских болесника, па и оних који су извршили неко кривично дело. Таквом концепцијом се међутим

занемарују интереси других грађана који у овој ситуацији оправдано очекују од стране кривичног законодавства и правосуђа да им се безусловно осигура њихова безбедност. На трагу таквог схватања, како се неко ко је у великом степену опасан за друге не може лечити на слободи, јер то умногоме може угрозити интересе других, а могло би довести и до узнемирења шире јавности, правно-политички разлози овде захтевају да се и оваквим учиниоцима изрекне мера обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи.

Ипак, поменута ситуација могла би се протумачити и на други начин. Наиме, иако закон прописује као један од услова за изрицање предметне мере "озбиљну опасност" од вршења кривичних дела, овакви учиниоци очигледно нису опасни за друге јер се и не захтева њихова изолација. Чињеница да се они лече на слободи доказује управо супротно, да нису опасни за друге. Због тога се њима и не треба изрицати мера безбедности, јер није испуњен законски услов који је истовремено и претпоставка која оправдава изрицање ових санкција – опасност учиниоца за околину, то јест како наш закон каже, "озбиљна опасност" да ће учинилац извршити неко кривично дело.

Без обзира на то који од предњих закључака прихватили, следи да мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи не би требало да егзистира у кривичном законодавству. За које год решење се определили, има дакле места само за меру безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи. Овај радикалан заокрет ка укидању једне мере, која у нашем законодавству постоји већ скоро четрдесет година, и која има велики број присталица међу правницима а нарочито међу психијатрима, свакако би изазвао бројне критике, које би са терапеутско-терапијске стране умногоме биле основане. Ипак, не би се могло тврдити ни да су напред наведени логички и формално-правни приговори који се упућују овој мери у делу кривично-правне литературе неосновани и неаргументовани. Супротне позиције могле би се измирити на тај начин што би амбулантна мера формално била обухваћена оном стационарног типа. Тада би се ова јединствена мера састојала из две фазе. Прва фаза би се извршавала у затвореној здравственој установи, а друга, када се за то испуне услови, на слободи. Друга фаза у виду амбулантног лечења била би уствари прелазни стадијум до момента потпуног излечења или залечења пацијента-учиниоца кривичног дела, када би престала свака потреба за континуираним психијатријским третирањем у оквиру мере безбедности. Ова фаза требало би да стави на пробу мишљење да је "опасност" учиниоца за околину значајно смањена или пак отклоњена.

На крају би се могло закључити да начелни проблеми и отворена питања која очигледно овде постоје, а нека од њих смо покренули у свом

раду, и који тек треба на задовољавајући начин да буду разрешени, намећу потребу да се материји мера безбедности психијатријског карактера у будућности посвети много већа пажња у научној литератури и стручним правно-психијатријским круговима него што је данас случај. Томе у прилог говори и изузетан теоријски, али и практични значај предметне проблематике, не само за правничку, већ и за психијатријску струку, али и ширу јавност. Јер, од промишљених одговора на сва спорна питања зависиће правилно сагледавање места психијатријских мера безбедности у систему кривичних санкција данас, али и побољшање правног положаја једне и иначе осетљиве и недовољно заштићене популације.

Dragiša Drakić, Ph.D.
Associate Professor
Faculty of Law, University of Novi Sad

RISK THAT AN OFFENDER POSSES AS A PREREQUISITE FOR ORDERING SECURITY MEASURE OF COMPULSORY PSYCHIATRIC TREATMENT IN THE SERBIAN CRIMINAL LAW

Summary

In this article the author deals with an analysis of the element of risk of the offender, as a prerequisite for ordering security measure of compulsory psychiatric treatment in the Serbian criminal law.

In the first part of the article the author discusses circumstances and ideas that contributed to introduction of security measures in the modern registry of criminal sanctions.

Central part of the article is dedicated to discussion regarding “serious risk” element that is a legal precondition for ordering psychiatric security measures in the Serbian criminal law. The author analyses circumstances that need to be taken into consideration when assessing whether this precondition has been met, and offers a critical analysis of weaknesses of this element having in mind its definition used in the Criminal Code of the Republic of Serbia.

At the end the author concludes that general problems associated with as well as unresolved issues concerning this question impose the need that security measures of psychiatric character receive greater attention in the future. Because, proper positioning of security measures of psychiatric character within the system of criminal sanctions, as well as, improvement of the position of mentally ill and disturbed criminal offenders shall depend on thought-through answers to all the problematic questions.

Др Дарко Радуловић
Доцент Правног факултета Универзитета Црне Горе

СИСТЕМ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ ЦРНЕ ГОРЕ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Апстракт: *Систем кривичних санкција је једано од најзначајнијих питања кривичног права. То је и разумљиво имајући у виду да кривичне санкције представљају основно средство за остваривање заштитне функције кривичног права. Зато скоро свака реформа кривичног законодавства укључије и реформу система кривичних санкција. Ова реформа, с једне стране, условљена је општим друштвеним развојем и хуманизацијом друштвеног третмана учинилаца кривичних дјела и с друге стране, практичним потребама криминалне политике.*

Аутор у раду даје приказ система кривичних санкција у Кривичном законнику Црне Горе. Након уводних напомена дат је приказ свих кривичних санкција појединачно, казне затвора, новчане казне, рада у јавном интересу, мјера упозорења и мјера безбједности – и у њиховом међусобном односу. Оно што се на први преглед запажа јесте да врсте кривичних санкција прате савремене тенденције у науци и упоредном законодавству. Критичком анализом аутор закључује да се могу очекивати одређени проблеми у практичној примјени појединих законских одредби, нарочито кад су у питању неке кривичне санкције као што је систем дани – новчана казна и рад у јавном интересу које се до сада у судској пракси скоро и не примјењују. Разлог томе аутор види у чињеници да се често некритички преузимају рјешења из упоредног права, а да претходно нисмо обезбиједили потребне услове за имплементацију тих нових рјешења.

Кључне ријечи: *систем кривичних санкција, кривични законик, казна, затвор, новчана казна, рад у јавном интересу, мјере безбједности.*

I O КРИВИЧНИМ САНКЦИЈАМА УОПШТЕ

Кривичне санкције као средство за остваривање циљева кривичног законодавства заузимају значајно мјесто у кривичним законцима и могли бисмо рећи, представљају најдинамичнији дио кривичног законодавства. Њихов значај и улога коју њихова примјена има у сузбијању криминалитета захтијевају да оне стално буду усавршаване и прилагођаване друштвеним потребама у постојећим условима обима и

структуре криминалитета у друштву.¹ Зато скоро ни једна реформа кривичног законодавства и код нас, па и у упоредном законодавству, није заобишла систем кривичних санкција. Разлози за реформе у тој области били су вишеструки. Међутим, може се рећи да је то, углавном, било условљено, с једне стране, општим друштвеним развојем и хуманизацијом друштвеног третмана учинилаца кривичних дјела, а с друге стране, практичним потребама криминалне политике да зависно од стања криминалитета у датом друштву и у одређено вријеме као и у складу са прихваћеним принципима на којима се заснива, реагује одређеним мјерама на друштвено опасна понашања². На таквим основама изграђиван је и систем кривичних санкција у нашем законодавству у његовом историјском развоју, па и систем кривичних санкција у Црној Гори у задњој деценији од када је то питање искључиво у њеној надлежности. Развојна линија система кривичних санкција одражава његово уклапање у савремене криминално – политичке процесе критичким прихватањем позитивних тенденција и на тим основама уграђивање у законодавство нових рјешења,³ што значи да систем кривичних санкција није затворен за продор нових идеја и осавремењавање система кривичних санкција, како прихватањем не само оних које су ефикасније у борби против нових појавних облика криминалитета него и оних хуманијих.

Реформа система кривичних санкција актуелна је и у земљама на простору бивше СФРЈ⁴, да би у неким, као што је у Хрватској отишла толико далеко да је нови Казнени закон Хрватске⁵ прописао двије врсте казнено правних санкција – а) казне и б) мјере сигурности, а досадашње мјере упозорења као засебене самосталне санкције Закон више не прописује издвојено већ их нормира у оквиру других санкција, а санкције

¹ Др Мирослав Ђорђевић: Кривичне санкције према најновијим решењима у нацрту Кривичног законика, Зборник, "Реформа система извршења кривичних санкција", изд. Удружење за пенологију Југославије, Београд, 2000.г. стр. 41.

² Др Љубиша Лазаревић: Систем кривичних санкција, ЈРКК, бр,2 1987. г. стр. 30.

³ Мр Ванчо Проевски: Систем кривичних санкција у Кривичном закону СФРЈ, ЈРКК, бр. 2, 1977. г. стр. 35.

⁴ Како овај процес тече у Републици Србији видјети др Зоран Стојановић: Кривично право као инструмент државне реакције на криминалитет и предстојеће измјене у Кривичном законнику, Зборник "Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет" Златибор 2014. год., стр. 23-38; У Босни и Херцеговини видјети др Иванка Марковић: Актуелни проблеми у систему кривичних санкција и њиховој примјени у Босни и Херцеговини", РКК, бр, 1, 2010. г., стр. 157 – 173.

⁵ Народне новине бр. 125/11 од 7.11.2011. г.

према малолетницима нису више материја Казненог закона већ посебног закона.⁶

Иначе, у процесу формирања система кривичних санкција стално је присутна тенденција да у њему нађу мјесто оне мјере друштвеног реаговања које су у сагласју са одређеним степеном друштвено - економског и културног развоја те основним циљевима криминалне политике. Наглашена је интенција ка сужавању број оних кривичних санкција код којих је више изражен њихов ретрибутивни карактер и прихватању мјера које су садржајно и по непосредним циљевима који се њиховом примјеном желе постићи, претежно медицинско – куративног и социјалног карактера.⁷

Без обзира колико сличности система кривичних санкција у кривичним законима појединих земаља постојало, ипак су неминовне и одређене разлике. Те разлике резултат су различитих идејно – политичких гледања на кривичноправну репресију, њен обим и методе у условима постојања одређеног друштвеног уређења одређене земље, њеног општег развитка, степена њене културне развијености, схватања морала и утицаја, традиције⁸.

Кривичне санкције су по својој природи хетерогене па се поставља питање да ли је могуће одредити општи појам кривичних санкција. Без обзира на све разлике између кривичних санкција до одређивања општег појма долази се издвајањем заједничких карактеристика, а то су: 1) заједничка општа сврха, 2) примјењују се *post deliktum*, па је потребно да је извршено кривично дјело које је у закону одређено као кривично дјело, 3) по својој природи су принудне (репресивне) мјере, 4) сходно начелју *nulla poena sine lege* морају бити у закону одређене и 5) изречене у законито покренутом и спроведеном кривичном поступку. Обзиром на објективно – субјективно схватање општег појма кривичног дјела гдје је у тај појам укључена и кривица, онда се поставља питање да ли је за сваку кривичну санкцију потребно да се остваре сви елементи бића кривичног дјела? За примјену неких санкција (мјера безбједности) довољно је да је дјело у закону предвиђено као кривично дјело, а да изостане кривица.

На примјер, лишавање живота које изврши неурачунљиво лице није кривично дјело у смислу објективно – субјективног схватања општег

⁶ Др Тадија Бубаловић: Казненоправне санкције у новом Казненом закону Републике Хрватске, Зборник "Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)", Источно Сарајево, 2012. г. стр. 141.

⁷ Др Љубиша Лазаревић: Систем кривичних санкција стр. 30.

⁸ Јанко Лазаревић: Систем кривичних санкција и слободе и права човјека и грађанина, Зборник "Југословенско кривично законодавство и слободе и права човјека грађанина", Београд, 2001. г. стр. 94.

појма кривичног дјела, али се ради о противправном дјелу које је у закону одређено као кривично дјело.⁹

Имајући у виду напријед наведене заједничке карактеристике кривичних санкција исте бисмо могли дефинисати као законом предвиђене мјере, које се изричу судском одлуком у законито спроведеном кривичном поступку према учиниоцу кривичног дјела ради заштите друштва од криминалитета.

У кривичном законнику Црне Горе постоје следеће врсте кривичних санкција: 1) казне, 2) мјере упозорења (условна осуда и судска опомена), 3) мјере безбједности и 5) васпитне мјере. Иако се, на први поглед, ради о плуралитету кривичних санкција могло би се рећи да се, фактички, ради о дуалитету кривичних санкција – казни и мјерама безбједности будући да су мјере упозорења алтернатива казни, а васпитне мјере својеврсне мјере безбједности које се примјењују према малољетницима. Уз то да напоменемо да су кривичне санкције према малољетницима уређене посебним Законом о поступању према млађетницима у кривичном поступку који је донесен 20. децембра 2011. године, па се у овом раду нећемо бавити овом врстом кривичних санкција.

II КАЗНЕ

У систему кривичних санкција законодавац је у члану 4 ст. 1 Кривичног законика (у даљем тексту КЗ) на прво мјесто ставио казну чиме јој је определијелио и улогу најзначајније кривичне санкције, без обзира на сва настојања, која су се у историјском развоју кривичног права јављала, а која су и данас присутна, да се она замијени другим санкцијама и мјерама. Тако се постављало питање да ли казна као врста кривичне санкције има будућност. Што се тиче тог питања можемо рећи да је њена будућност везана и за будућност кривичног права па док је кривичног права казна ће остати као основно средство у борби против криминалитета. Код одређивања појма казне ваља поћи од општег појма кривичних санкција с том разликом што се општи елементи заједнички за све кривичне санкције код казне различито испољавају. Највећа разлика постоји у томе што је за примјену казне потребно извршење кривичног дјела у објективно – субјективном смислу, дакле, укључујући и кривицу јер без кривице нема ни казне (*nulla poena sine lege*).

У том смислу казна се дефинише као законом предвиђена репресивна мјера која се у циљу сузбијања криминалитета примјењује према учиниоцу кривичног дјела на основну одлуке суда након

⁹ Др Зоран Стојановић: Кривично право, Подгорица, 2008. г. стр 268.

спроведеног кривичног поступка¹⁰. У односу на остале кривичне санкције она је највише репресивна и највише ограничава права и слободе и нужно наноси одређено зло. Али, не може се закључити да је казна сама себи циљ и да се своди на чисту репресију и одмазду, него представља и општу моралну осуду и друштвено етички прекор који друштво упућује учиниоцу због учињеног кривичног дјела.¹¹

Казна подразумијева државну и правну гаранцију легитимности кажњавања те да је казна санкција јавноправног карактера, једнака за све, законита и одређена, "дељива", лична, изречена од стране суда у поступку пуном гаранција за окривљеног и уз уважавање стандарда везаних за поштовање интегритета личности делинквента.¹²

У систему казни у КЗ постоје четири казне: а) затвор од четрдесет година, 2) казна затвора, 3) новчана казна и 4) рад у јавном интересу. Ако се овај систем казни у КЗ ЦГ упореди са стањем у другим законодавствима може се закључити да је ријеч о систему са најмањим бројем казни. Има мишљења да је то последица нерашчишћене концепције о односу казне и мјера безбједности, тако да су неке санкције које су код нас сврстане у мјере безбједности у другим законодавствима предвиђене као казне.¹³

Казне су подијељене на главне и споредне. Затвор од четрдесет година, казна затвора и рад у јавном интересу могу се изрећи само као главне казне. Новчана казна може се изрећи и као главна и као споредна казна. Ако је за једно кривично дјело прописано више казни, само се једна може изрећи, као главна казна. Подјела казни на главне и споредне од значаја је за њихов међусобни однос приликом изрицања.

1. Казна затвора од четрдесет година

Брисањем смртне казне из система кривичних санкција јавио се проблем њене замјене казном лишења слободе. Иначе, и раније, а и данас су подијељена мишљења по питању задржавања смртне казне у систему казни, па она има и присталице и противнике. Питање замјене смртне

¹⁰ Др Зоран Стојановић: Кривично право... стр. 268.

¹¹ Др Милош Бабић и др Иванка Марковић: Кривично право, општи дио, Бања Лука, 2009.г. стр. 360.

¹² Др Иван Симовић: Казне у предлогу Кривичног законика Србије, Зборник, "Казнено законодавство: прогресивна или регресивна рјешења", Београд, 2005. стр,114.

¹³ Др Љубиша Лазаревић и други: Коментар Кривичног законика Црне Горе, Тиват, 2010. г. стр. 113.

казне у различитим земљама раличито је ријешено. Неке замље су смртну казну, замијениле затвором у доживотном трајању.¹⁴

Наш законодавац се прво био определијелио за казну затвора од тридесет година, да би се измјенама КЗ од 2006 г. оредијелио за казну затвора од четрдесет година као замјену за смртну казну. Шта је био *ratio legis* ове измјене није сасвим јасно, али свакако разлог није у чињеници што за период од тридесет година није могућа потупна ресоцијализација, па су за ову промјену примарни разлози генералне превенције. Иначе, влада мишљење да свако лишење слободе које траје преко десет година прогресивно доводи до уништавања личности осуђеног, а преломним се сматрају дванаест или петнаест година непрекидног боравка у затвору када се код затвореника појављују стадијуми резигнације, депресије и равнодушности.¹⁵

Зашто се законодавац определијелио баш за четрдесет година и како правдати чињеницу да се затвор не смије одмјеравати између општег максимума (двадесет година) и те казне? Вјероватно се ради о криминално – политичкој процјени која тешко може да се темељи на неким објективним критеријумима, па се у литератури оцјењује да је опредјељивање за најтежу казну истовремено добар примјер да је стварање кривичног права и субјективан чин.¹⁶

У КЗ су одређени услови под којим се ова казна може прописати, почев од тога да се ради о "најтежим кривичним дјелима" (углавном о дјелима за која је раније била прописана смртна казна), затим ни за једно дјело не може бити прописана као једина казна, него само алтернативно. Истовремено је прописано кад се ова казна не може изрећи иако је прописана за учињено кривично дјело, а у питању су највише разлози хуманости или ради тога што није наступила тешка последица. Ријеч је о лицу а) која у вријеме извршења кривичног дјела није навршило двадесет једну годину живота, б) лицу којем је у вријеме извршења кривичног дјела урачунљивост била битно смањена и ц) за покушај кривичног дјела.

¹⁴ На примјер: Њемачка, Француска, Италија, Аустрија...

¹⁵ Др Ђорђе Ђорђевић: Казна затвора у Кривичном законнику СР Југославије после његових најновијих измјена, Зборник, "Мјесто југословенског кривичног права у савременом кривичном праву", Београд, 2002. г. стр. 88.

¹⁶ Др Зоран Стојановић: Првено – филозофске концепције у Предлогу Кривичног законика Србије и Кривичном законнику Црне Горе, Зборник "Казнено законодавство: прогресивна или регресивна рјешења" Београд, 2005. г. стр. 17.

Има мишљења да је овај круг лица требало проширити и на још нека лица, као што је бременита жена, старије особе и сл.¹⁷

2. Казна затвора

Поред казне затвора од четрдесет година у КЗ постоји и казна затвора, тако да се може говорити о двије казне затвора. Без обзира на све приговоре који се упућују казни затвора, нарочито кад се ради о краткотрајним казнама затвора,¹⁸ можемо рећи да она представља стуб политике сузбијања криминалитета када се она спроводи репресивним мјерама. Без обзира што је у судској пракси заступљено тек са око 25 % може се рећи да она обухвата и већи број лица, јер је потенцијално садржана и у великом броју условних осуда, које су, иначе, најзаступљеније у судској пракси. Одговарајуће реаговање друштва на криминалитет кроз систем кривичних санкција у којем је казна затвора доминантна, најдинамичније је питање криминалне политике одређеног времена и тренутка.¹⁹

Било би интересантно, бар укратко, приказати историјат казне лишења слободе у Црној Гори, али се овдје, због ограниченог простора нећемо тиме бавити.²⁰ У члану 36 КЗ одређен је општи минимум казне затвора од тридесет дана и максимаум од двадесет година. Казна затвора изриче се на пуне године и мјесеце, а до шест мјесеци и на дане.

Овом одредбом ограничен је и законодавац и суд – законодавац код прописивања казне за поједина кривична дјела, а суд приликом изрицања казне. Као што је видљиво, у односу на раније нам заједничко кривично законодавство, повећан је и општи минимум и општи максимум казне затвора. Раније је општи максимум био петнаест година, а казна од двадесет година била је предвиђена као замјена за смртну казну. Међутим, и раније је било приговора због искључивости законодавца, јер би некад

¹⁷ Др Љубиша Лазаревић: Критички осврт на нека решења у Кривичном закону Србије, Зборник, "Ново кривично законодавство: дилеме и проблеми у теорији и пракси", Београд, 2006. г. стр. 39.

¹⁸ О томе др Дарко Радуловић: Алтернативе краткотрајној казни затвора, Подгорица, 2009. г.

¹⁹ Др Митар Кокољ : Измјене Кривичног закона СФРЈ, ЈРКК бр. 2-3, 1985. г. стр. 73.

²⁰ О томе видјети др Зоран Стојановић: Развој и карактеристике казне лишења слободе у Црној Гори у XIX веку, Првни зборник бр. 1-2, 2004 -2005. г.

судовима добро дошао интервал између петнаест и двадесет година затвора, ради одмјеравања одговарајуће казне.²¹

Поставља се питање да ли се подизањем општег минимума казне затвора намеће строже кажњавање за дјела за која је прописана казна затвора без посебног минимума. Према једном мишљењу у таквим случајевима суду стоје на располагању друге санкције, као што је новчана казна и условно осуда, тако да ће безусловна казна затвора за поменута најлакша дјела остати у примјени само за нешто теже случајеве и теме избјећи краткотрајне казне затвора које се у пенолошком смислу сматрају непожељним.²² Други су мишљења да подизање општег минимума са петнаест на тридесет дана није неки значајан скок, а могао би се бранити онемогућавањем да се изричу кратке казне.²³

Што се тиче општег маскимума казне затвора мислимо да је прихваћено једно оптимално рјешење којим се, како се у теорији истиче остварују циљеви и генералне и специјалне превенције.²⁴

3. Новчана казна

Новчана казна у систему кривичних санкција представља једну од најстаријих казни. Претеча новчаној казни је композиција према којој је учинилац био дужан да оштећеном или његовој породици плати одређену суму новца, односно неку другу вриједност због учињеног кривичног дјела, чиме су се неутралисали осветнички мотиви оштећеног, односно његове породице. Касније, развојем друштвених и економских односа, новчана казна се дистанцирала од композиције и постепено добија фискални карактер, да би крајем осамнаестог вијека постала средство у борби против криминалитета, а након увођења казни лишења слободе и погодна алтернатива кратким казнама лишења слободе.

Међутим, и ова казна била је изложена одређеним критикама, почев од тога да је искључиво ретрибутивног карактера, да нема никакав васпитни третман према учиниоцу кривичног дјела, да не погађа само учиниоца дјела, него и његову породицу, да неједнако погађа богате и сиромашне и слично.

²¹ Др Мирослав Ђорђевић: Кривично законодавство и казна политика, ЈРКК, бр. 1-2, 1986. г. стр. 138., др Бора Чејовић: Систем кривичних санкција и будући развој југословенског кривичног законодавства, ЈРКК, бр. 4, 1989. г. стр. 38.

²² Др Мирослав Ђорђевић: оп. цт. стр... 44.

²³ Др Љубиша Лазаревић: Кривичне санкције институционалног карактера.... стр.8.

²⁴ Др Милић Томановић: Систем кривичних санкција и њихова функционална повезаност са политиком сузбијања криминалитета, Зборник "Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета", Београд, 1997. г. стр. 67.

Да би се отклонили или пак ублажили недостаци новчане казне у законодавству се изграђују и одређени системи прописивања и одмјеравања новчане казне. Тако данас у упоредном праву имамо систем фиксних износа, систем дани – новчана казна којем је сличан систем "просјечних личних доходака".

У КЗ Црне Горе прихваћен је мјешовити систем фиксних новчаних казни (чл. 39) и систем новчане казне у дневним износима (чл.40). У члану 39 ст.1 одређен је један општи минимум новчане казне (двјеста еура) и два општа максимума (двадесет хиљада еура, односно сто хиљада еура за кривична дјела учињена из користољубља).

У посебном дијелу КЗ није прописан посебни минимум и максимум новчане казне изузев кад је за крвично дјело прописана само новчана казна (а само су три таква дјела: Изношење личних и породичних прилика, повреда угледа народа, мањинских народа и других мањинских националних заједница, Повреда угледа стране државе или међународне организације). Ради тога је законодавац у члану 39. ст. 2 увео једну новину тзв. распоне новчане казне везане за тежину кривичног дјела изражену висином запријеђене казне затвора уз коју је паралелно прописана и новчана казна. У том смислу новчана казна као главна казна изриче се у следећим износима: 1) до двије хиљаде еура за кривична дјела за која је прописана казна затвора до три мјесеца, 2) од четири стотине до четити хиљаде еура за кривична дјела за која је прописана казна затвора до шест мјесеци; 3) од шест стотина до осам хиљада еура за кривична дјела за која је прописана казна затвора до једне године, 4) од осам стотина до шеснаест хиљада еура за кривична дјела за која је прописана казна затвора до двије године, 5) најмање хиљаду и двије стотине еура за кривична дјела за која је прописана казна затвора до четири године, б)најмање хиљаду и двије стотине еура за кривично дјело за која је као једина казна прописана новчана казна.

Иако је законодавац у члану 42. ст. 2 КЗ установио правило да ће при одмјеравају казне суд посебно узети у обзир имовно стање учиниоца, увођењем правила из члана 39. ст.2 КЗ, тј везивањем висине казне за тежину кривичног дјела ово правило је, у доброј мјери девалвирано.

Прихватање овог система изрицања новчане казне, по мишљењу неких аутора, може се тумачити само оцјеном законодавца да су до сада ирицане благе казне и да је неопходно да се на овај начин судови принуде да изричу новчане казне у већим износима.²⁵

²⁵ Др Љубиша Лазаревић и други: Коментар. ..стр. 124.

Правило је да се новчана казна изриче за кривична дјела за која је прописана. Међутим у члану 39. ст. 3 КЗ предвиђен је изузетак од тог правила па се она као споредна може изрећи за кривична дјела учињена из користољубља и кад није прописана законом или кад је законом прописано да ће се учинилац казнити казном затвора или новчаном казном, а суд као главну казну изрекне казну затвора. Оваква одредба има оправдања будући да законодавац не може унапријед предвидјети које дјело може да буде извршено из користољубља да би за њега прописао новчану казну, а та побуда (користољубље) учиниоца треба да буде санкционисана и кроз њихову имовинску сферу. Користољубље (побуда или намјера прибављања користи) не мора да буде законско обиљежје дјела да би се изрекла споредна новчана казна. Довољно је да је то дјело мотивисано користољубљем, или да учинилац његовим извршењем остварује или прибавља имовинску корист (на примјер код кривичног дјела прикривања чл. 256 КЗ или недозвољене трговине чл.284 КЗ). Ваља нагласити да се у овом случају када се изриче као споредна казна примјењује општи минимум и максимум ове казне, а не ограничења из члана 39. ст. 2 КЗ, што значи да би се могла изрећи новчана казна испод минимума прописаних у ставу 2 члана 39 КЗ, што се у литератури оцјењује као нелогично с образложењем да се управо код дјела учињених из користољубља примјена теже новчане казне, па и као споредне, чини оправданом²⁶.

Други систем, новчана казна у дневним износима предвиђен је у члану 40 КЗ, гдје се новчана казна по овом систему може изрећи уколико је могуће утврдити приходе и расходе учиниоца кривичног дјела. Број дневних износа не може бити мањи од десет, нити већи од триста шездесет дана, а одмјерава се сходно општим правилима о одмјеравању казне. Висина дневног износа новчане казне утврђује се дијелењем разлике између прихода и нужних расхода учиниоца кривичног дјела у протеклој календарској години са бројем дана у години, с тим да један дан новчане казне не може бити мањи од пет еура, нити већи од хиљаду еура. До износа новчане казне суд ће доћи множењем одмјереног броја дневних износа са уврђеном вриједношћу једног дана дневног износа. Овај систем обезбијеђује да се учиниоцима истог кривичног дјела, уз приближно исте друге околности које се цијене код одмјеравања казне, али различитог имовног стања изрекну различити износи новчане казне.

Међутим, основни проблем у примјени овог система јесте како егзактно у нашим условима утврдити приходе учиниоца, без обзира што је законодавац у члану 40 ст.5 КЗ антиципирао да суд, ради утврђивања

²⁶ Др Љубиша Лазаревић: Коментар... стр. 124.

вриједности новчаног износа може да захтијева податке од банака и других финансијских институција, државних органа и других правних лица који су дужни да доставе тражене податке и не могу се позивати на заштиту пословне и друге тајне. Осим тога, формална слика примања и имовине готово сваког појединца, данас је битно другачија од стварног стања и обима прихода које појединац остварује. Рачуноводствено велики број запослене популације, нарочито у приватном сектору, прима загарантовани лични доходак или мало изнад тога, а у стварности, путем различитих „давања“ остварује знатно виши приход. Да не говоримо о појави да се неријетко иза формално правних власника фирми крију сасвим друга лица.

У КЗ није речено који је од ова два система примарни, а који супсидијарни, али имајући у виду редосљед којим су у КЗ регулисани (чл. 39 чл. 40), као и одредницу у чл.40 „када је могуће утврдити приходе и расходе учиниоца“, онда се може закључити да је систем фиксних износа примаран, а систем дневних износа супсидијаран.²⁷

Чињеница да у нашим судовима још није изречена ни једна новчана казна у дневним износима довољно говори сама за себе када је у питању спремност за њену примјену.

4. Рад у јавном интересу

Рад у јавном интересу (community servise order) је санкција која у савременом кривичном законодавству све више добија на значају, а и у кривичноправној литератури све више наилази на подршку. У упоредном законодавству различито је позициониран. У неким законодавствима он представља самосталну казну, у неким замјену за казну, а у неким се третира као услов за изрицање неке друге кривичне санкције.

Ова санкција је у КЗ Црне Горе уведена 2003. године и може се изрећи само као главна казна (чл.34. ст.1.), односно као замјена за неплаћену новчану казну (чл.39 ст.6. КЗ). Може се изрећи за кривична дјела за која је прописана новчана казна или затвор до пет година, а уз то тражи се пристанак учиниоца кривичног дјела (чл.41. ст.1 и 3.). Тумачењем ове одредбе долази се до закључка да у овом случају суду стоје на располагању три могућности – да изрекне новчану казну или казну затвора или, уз пристанак учиниоца, рад у јавном интересу. То даље значи да ће суд прво цијенити да ли је потребно да се изрекне казна затвора или евентуално новчана казна, те ако, узимајући у обзир тежину кривичног дјела, као и личност учиниоца, оцјени да за остваривање сврхе

²⁷ Др Зоран Стојановић: Коментар Кривичног законика, Подгорица, 2010. г. стр. 170.

кажњавања није неопходно изрећи затвор или новчану казну, изрећи ће казну рада у јавном интересу.²⁸ Има и супротних мишљења по којима би, у случају да учинилац не да пристанак, суд вјероватно изрекао казну затвора, јер је рад у јавном интересу алтернатива тој казни, а не новчаној казни.²⁹

Тежина кривичног дјела изражена висином прописане казне у ст. 1 лана 41 КЗ је лимитирајући услов за изрицање ове казне, али да ли ће је изрећи зависи од врсте кривичног дјела (као и од личности учиниоца), што значи да свако кривично дјело, без обзира што је запријеђено казном затвора до пет година није, по својој природи, погодно за изрицање ове санкције.

Рад у јавном интересу не може да буде краћи од шездесет часова, нити дужи од триста шездесет часова и одређује се на вријеме које не може да буде краће од тридесет дана, нити дуже од шест мјесеци, а у току једног мјесеца не може бити дужи од шездесет часова.

Садржина рада у чану 41 ст.4 КЗ је уопштено одређена уз навођење три битна елемента: да је рад друштвено користан, да се њиме не вријеђа људско достојанство и да се не врши у циљу стицања добити. Он треба да створи осјећај код учиниоца да својим радом и позитивним односом према другима може да компензује зло које је причинио вршећи кривично дјело.³⁰

Питање обављања рада у јавном интересу регулисано је посебним законом.

III МЈЕРЕ УПОЗОРЕЊА

1. Условна осуда

Концепција условне осуде у нашем праву, у извјесној мјери, наслања се на рјешења прихваћена и у англосаксонском и у континентално-европском законодавству. Као и у енглеском законодавству она је самостална кривична санкција и значи одлагање изрицања казне и њена основна садржина јесте упозорење уз пријетњу казном. Континенталном моделу условне осуде блиска је по томе што је тијесно везана за казну и представља пријетњу тачно утврђеном казном.

²⁸ Др Љубиша Лазаревић: Коментар Кривичног законика, Савремена администрација, Београд, 2005 г. стр. 182.

²⁹ Др Зоран Стојановић: Коментар ... стр. 173.

³⁰ Др Зоран Стојановић: Основне концепције у Предлогу Кривичног законика Србије и Кривичног законика Црне Горе, РКК бр, 1, 2005. г. ,стр. 17.

За изрицање условне осуде КЗ (чл.54) тражи испуњење одређених претпоставки:

- 1) да је учињено кривично дјело и да је учинилац крив
- 2) да је за учињено кривично дјело утврђена казна затвора у трајању до двије године,
- 3) увјерење суда да ће се примјеном условне осуде утицати на учиниоца да убудуће неће вршити кривична дјела.

Када је ријеч о првој претпоставци, она упућује да је за изрицање ове санкције погодно утврдити све околности од значаја за примјену и осталих санкција, а оне се тичу, прије свега, чињенице да ли дјело које се ставља на терет окривљеном има сва обиљежја кривичног дјела, те да се утврди кривица.

Кад је ријеч о другој претпоставци, она је везана за казну и то утврђену, што је и логично будући да се казна не изриче, него се изриче условна осуда, што одговара правној природи условне осуде као самосталне кривичне санкције. Сам термин „утврђена казна“ је прикладнији будући да се казна изриче кад је извјесно да ће бити извршена. Да ли се ради о једном или о више кривичних дјела није од значаја, битно је да утврђена казна за сва кривична дјела буде до двије године. Могуће је да је уз казну за неко од кривичних дјела утврђена и новчана казна, али за разлику од КЗ СФРЈ, гдје се могло код условне осуде утврдити и новчана казна, по КЗ Црне Горе условна осуда се може изрећи само за казну затвора. Од када је уведен овакав модел условне осуде постављало се питање да ли се утврђена казна саопштава осуђеном приликом изрицања условне осуде. Тако, било је мишљења ако се саопштава утврђена казна, онда је дејство овакве условне осуде као и код оне код које се казна изриче, а у случају опозивања условне осуде само би два пута била саопштавана, први пут кроз изрицање условне осуде, а други пут код опозивања условне осуде.³¹

Међутим, из сврхе условне осуде као и из других одредби које регулишу условну осуду произилази да се утврђена казна мора саопштити осуђеном, јер она чини садржај условне осуде. Ако би се окривљеном само саопштило да је условно осуђен без саопштавања утврђене казне, то би изгледало слично, да се фигуративно изразимо, као када бисмо неком пријетили празном пушком.

Утврђивању казне претходи њено одмјеравање по свим правилима о одмјеравању казне. Условна осуда се не може изрећи за кривична дјела

³¹ Др Фрањо Бачић: Увјетна осуда у југословенском кривичном законодавству, Правна мисао, бр. 5-6, 1989. г. стр. 46.

за која се може изрећи казна затвора у трајању од десет година или тежа казна.

Најзад, трећа претпоставка за изрицање условне осуде је увјерење суда да ће се примјеном условне осуде довољно утицати на учиниоца да више не врши кривична дјела, што се процјењује на основу личности учиниоца кривичног дјела, његовог ранијег живота и понашања послје извршеног кривичног дјела, степена кривице и слично.

Поред главне обавезе, да не изврши ново кривично дјело КЗ предвиђа могућност постављања и других обавеза условно осуђеном, од којих су изричито наведене враћање имовинске користи прибављене кривичним дјелом и накнада штете, али и све друге обавезе морају бити предвиђене законом.

Вријеме провјеравања не може да буде краће од једне нити дуже од пет година, а може се утврдити и у годинама и мјесецима. Не може се изрећи ако није протекло више од пет година од правоснажности одлуке којом је учиниоцу изречена казна за умишљајно кривично дјело нити учиниоцу којем су већ изречене двије условне осуде.

Осим обичне условне осуде постоји и условна осуда са заштитним надзором (чл.59 КЗ), која представља спој англосаксонског и континенталног типа условне осуде, а надзор обухвата законом предвиђене мјере помоћи, старања и заштите. У КЗ су одређени услови за одређивање заштитног надзора и његова садржина. Што се тиче опозивања условне осуде задржана су рјешења из југословенског кривичног законодавства.

2. Судска опомена

У југословенско кривично законодавство судска опомена, као кривична санкција *sui generis*³² уведена је Законом о измјенама и допунама Кривичног законика од 30. јуна 1959. године. И одредбе КЗ Црне Горе о судској опомени преузете су из КЗ СФРЈ и оне се нису мијењале, осим што је и однос према жртви истакнут као околност која се цијени приликом изрицања судске опомене. За изрицање судске опомене потребно је да се кумулативно испуне два услова: а) да се ради о кривичном дјелу за које је прописан затвор до једне године или новчана казна и б) да је кривично дјело учињено под таквим олакшавајућим околностима које га чине нарочито лаким. Претпоставља се постојање и општих услова као и за изрицање свих санкција, а то су да је дјело учињено и да је учинилац крив. Први услов је објективан и кроз

³² Др Жарко Булатовић: Правна природа судске опомене, *Анали*, бр. 4., 1974. г.

прописану казну изражава апстрактну тежину кривичног дјела, а други услов је објективно – субјективне природе, јер кроз конкретне околности везане за учиниоца изражава конкретну опасност. У односу на први услов предвиђен је изузетак у члану 65. ст. 2 КЗ гдје је дозвољено да се за одређена кривична дјела и под условима предвиђеним законом, судска опомена може изрећи и кад је прописан затвор до три године. Ова одредба сама за себе, не представља основ за изрицање судске опомене за кривично дјело са прописаном казном затвора до три године, него уствари, представља основ за законско прописивање могућности изрицања судске опомене за поједина кривична дјела са прописаном казном затвара до три године и то само под одређеним условима.

Што се тиче другог услова да је дјело учињено под тако олакшавајућим околностима које га чине нарочито лаким цијени се према околностима које се иначе цијене код одмјеравања казне, али је неопходно да по својој садржини буду олакшавајуће. По схватању у теорији то је најближе ситуацији кад је дјело по интезитету проузроковне посљедице и околностима под којима је учињено и личности учиниоца испод основног просјека у коме се у пракси најчешће врши, али се још не може сматрати дјелом малог значаја.³³

Судска опомена се може изрећи и за кривична дјела учињена у стицају под условом да су код сваког дјела појединачно простојала оба услова за изрицање судске опомене.

Судска опомена представља социјално етички пријекор за учињено кривично дјело и истовремено узорчење учиниоцу да ако поново изврши кривично дјело да може очекивати примјену неке строжије кривичне санкције. Прекором се врши друштвено – етичка оцјена извршеног дјела и изражава друштвена осуда таквог начина понашања, а опоменом став и одлучност друштва да не толерише такво понашање. Разумије се, та пријетња строжом казном односи се на новоучињено кривично дјело, а не на дјело за које је изречена судска опомена. Оваква садржина судске опомене опредељује и њене непосредне криминално – политичке циљеве који се желе постићи њеном примјеном, а у основи је то специјална превенција.

³³ Др Љубиша Лазаревић и други: Коментар.. 177; др Станко Бејатовић: Мјесто и значај условне осуде и судске опомене у систему кривичних санкција, ЈРКК, бр. 1-2, 1986. г., стр. 193.

IV МЈЕРЕ БЕЗБЈЕДНОСТИ

Идеја о увођењу мјера безбједности као посебних кривичних санкција настала је у оквиру учења италијанске позитивне школе као реакција на класичну школу кривичног права по којој је казна једино средство реаговања друштва на криминалитет, а њена сврха одмазда за учињено зло. То екстремно становиште италијанске позитивне школе није наишло на одзив у законодавству, али се недуго послије учења ове школе појавило ново умјереније доктринарно становиште социолошке и неокласичне школе које не негирају значај казне као основног средства реакције на криминалитет, али уз казну као допунске или споредне санкције нуде и мјере безбједности. Такво становиште имало је значајног утицаја на законодавства у многим земљама³⁴, да би већ у првој четвртини двадесетог вијека у многим земљама као посебна врста кривичних санкција биле уведене мјере безбједности садржински и системски одвојене од казне па од тада и у теорији и у законодавству говоримо о дуалитету кривичних санкција, тада са прилично јасном границом између њих. Међутим, касније кад је казна поред одмазде и застрашивања као циљ имала и ресоцијализацију, постепено се губила јасна граница између казне и мјера безбједности, што је довело до полемике и предлога за унификацију казне и мјера безбједности, а тиме и оспоравање дуалитета кривичних санкција, што је у неким земљама прихваћено и у позитивном праву (на примјер у КЗ Шведске из 1962. г.).

И данас постоји мишљење да дуализам кривичних санкција треба схватити више као технички термин, теоријски фундирани појам, а мање као термин који има своју потврду у стварности и самим тим своју практичну употребљивост.³⁵

Регистар кривичних санкција, па и мјера безбједности у савременом законодавству све више се обогаћује новим санкцијама и мјерама. Али оно што је евидентно јесте чињеница да казна све више поред генерално – превентивних циљева поприма и специјално превентивне циљеве. На другој страни, ни мјере безбједности нису више, као што је изворно било замишљено само у служби специјалне превенције, него имају и одређене ретрибутивне елементе, дакле оно што се изворно приписује казни. Опет ако упоредимо и данашња савремена законодавства, можемо наићи на таква рјешења да су неке мјере

³⁴ О томе шире др Зоран Стојановић: Кривично право, стр... 320.

³⁵ F. Streng, Strafrechtliche Saktionen – Die Strafzumesung und ihre Grundlagen, 2. Auflage, Stuttgart – Berlin – Köln, 2002. str. 150. цитирано по др Драгиша Дракић: Мере безбедности и ново кривично право Србије – о потреби егзистенције мера безбедности у савременим регистрима кривичних санкција, РКК, бр. 1, 2010. г. стр. 184.

безбједности у неким законодавстима сврстане у систем казни или обрнуто неке казне у систем мјера безбједности³⁶ што је последица несигурности законодавца по питању идентитета мјера безбједности.

Зато и данас има мишљења да не можемо говорити о дуалитету кривичних санкција, него постоји само једна група кривичних санкција за пунољетне учиниоце, без обзира на то како ћемо их назвати.³⁷

Не негирајући казни специјално – превентивни значај, нити мјерама безбједности одређени генерално превентивни значај, оно што разликује ове двије врсте кривичних санкција јесте на првом мјесту остваривање опште сврхе кривичних санкција. Остваривање циљева кривичноправне заштите казном врши се у првом реду на генерално – превентивном плану, а док је код мјера безбједности у првом плану специјална превенција. Уз то казна значи и социјално – етички пријекор учиниоцу, док је мјера безбједности вриједносно неутрална санкција заснована на опасности учиниоца у смислу поновног вршења кривичног дјела.³⁸ Сврха мјера безбједности у смислу члана 66 КЗ јесте отклањање стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дјела. Под појмом "стање" подразумијева се психичко стање учиниоца кривичног дјела које може да буде у узрочном односу са извршењем кривичног дјела, а појам "услов" односи се на повезаност личности учиниоца и одређеног друштвеног миљеа и прилика.

У члану 67 КЗ Црне Горе прописано је једанаест мјера безбједности:

1. Обавезно психијатријско лијечење и чување у здравственој установи,
2. обавезно психијатријско лијечење на слободи,
3. обавезно лијечење наркомана,
4. обавезно лијечење алкохоличара,
5. забрана вршења позива, дјелатности и дужности,
6. забрана управљања моторним возилом,
7. одузимање предмета,
8. протјеривање странаца из земље,
9. јавно објављивање пресуде,
10. забрана приближавања,
11. удаљење из стана или другог простора за становање.

³⁶ Видјети др Љубиша Лазаревић: Систем мера безбедности и могуће измене и допуне, ЈРКК, бр. 3, 1990.г. стр. 27.

³⁷ Др Драгиша Дракић: Оп. цит...стр. 187.

³⁸ Др Зоран Стојановић: Коментар, стр... 234.

Када се погледа каталог ових мјера може се запазити да се, уз одређене измјене и допуне, ради о систему мјера безбједности којег смо имали у КЗ СРЈ, па се ми овдје, и због ограниченог простора нећемо бавити појединачно мјерама безбједности него ћемо се, укратко, осврнути на оно што је различито у односу на раније законодавство.

Новина је да је ранија мјера "обавезно лијечење алкохоличара и наркомана" раздвојена у двије мјере,³⁹ а у образложењу измјена се само наводи да се, иако се ради о болести зависности, ипак ради о двије различите категорије учинилаца, а у литератури се истиче да такви зависници захтјевају различити третман.⁴⁰ Овакво законско решење наишло је и на критику гдје се наводи да није у складу са 10. Међународном класификацијом болести, па код мјера безбједности које се односе на третман разних категорија зависника од различитих психоактивних супстанци (укључујући и алкохол) централно мјесто треба да заузима сама зависност.⁴¹

Као мјера безбједности предвиђено је и јавно објављивање пресуде, које је у ранијем законодавству била посебна мјера, али не и кривична санкција, а суд ју је могао наложити само код кривичног дјела клевете ако је оно учињено путем средстава јавног информисања. Мјеру безбједности "Забрана приближавања (чл.77а) учиниоцу кривичног дјела против полне слободе, кривичног дјела насиље у породици или породичној заједници и кривичног дјела којим се угрожава живот или тијело неког лица или кривичног дјела неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога суд ће изрећи кад постоји опасност да би учинилац према тим лицима или на том мјесту могао поново да изврши исто или истоврсно кривично дјело.

Мјеру безбједности "удаљење из стана или другог простора за становање" учиниоцу кривичног дјела насиља у породици или породичној заједници суд ће изрећи ако постоји опасност да би учинилац могао поново извршити то кривично дјело.

На крају, умјесто закључка, да констатујемо да је реформа кривичног законодавства, па у оквиру те реформе и реформа система кривичних санкција, синтагма која је стално присутна и у стручној и политичкој, па и у јавности уопште, па је створена таква клима гдје се очекује да реформисано законодавство ријешити све проблеме и допринесе

³⁹ Од земаља у региону само КЗ Србије има овакво рјешење.

⁴⁰ Др Зоран Стојановић: Коментар, стр...243.

⁴¹ Др Емир Ћоровић: Критички осврт на законску регулативу мера безбедности обавезног лечења наркомана и алкохоличара у кривичном праву Србије са предлогом да *lege ferenda*, Zbornik, "Krivično zakonodavstvo – de lege lata et de lege ferenda, Приједор, 2015.г., стр. 312.

преображају и развоју нашег друштва. Међутим, реформисано законодавство без одлучности друштва у цјелини и оних који су у друштву најодговорнији, да се предузме бескомпромисна борба против свих облика криминала, без обзира на то ко су учиниоци, неће дати очекиване резултате.

Darko Radulović, Ph.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Montenegro

SYSTEM OF CRIMINAL SANCTIONS IN CRIMINAL CODE OF MONTENEGRO AND PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION

Summary

The system of criminal sanctions is one of the most important issues of criminal law. It is understandable, if you take into account that criminal sanctions are the primary means for achieving the protective function of criminal law. That's why almost any reform of criminal legislation includes a reform of the criminal sanctions. This reform, on the one hand, is conditioned by the general social development and humanization of social treatment of offenders, and on the other hand, by the practical needs of criminal policy. The author gives an overview of the system of criminal sanctions in the Criminal Code of Montenegro. After the introduction, there is a review of all criminal sanctions individually - prison sentences, fines, community service, a warning and a security measure - and in their mutual relationship. It is noted, at first glance, that the types of criminal sanctions follow the contemporary trends in science and comparative law. By the critical analysis, the author concludes that some problems in the practical application of certain legal provisions can be expected, especially when it comes to some criminal sanctions such as system days - fine and community service that is so far in the case law and almost do not apply. The reason for this, the author sees in the fact that we often take over uncritical solutions from comparative law, while previously we have not provided the necessary conditions for the implementation of these new solutions.

Dr Ivan Vukušić

Poslijedoktorand Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

Mr Nina Mišić Radanović

Asistentica Sveučilišnog odjela za forenzične znanosti Sveučilišta u Splitu

JAVNO POTICANJE NA NASILJE I MRŽNJU KAO OBLIK DISKRIMINACIJE – KAZNENOPRAVNI I GRAĐANSKOPRAVNI ASPEKT

Apstrakt: *Autori u radu analiziraju pravnu regulativu diskriminacije u Republici Hrvatskoj. S obzirom da se najučinkovitija zaštita ovog područja ljudskog života ostvaruje kroz najrepresivniji kaznenopravni oblik i pokušaj restitutio in integrum kroz građanskopravni oblik, u radu je stavljen naglasak na Kazneni zakon i Zakon o suzbijanju diskriminacije i njegovu građanskopravnu prirodu. Na kraju se zaključuje kako bi zakonodavac prilikom definiranja određenih pojmova trebao koristiti generalnu klauzulu kao oblik koji omogućava da zakonodavstvo bude „in“ bez potrebe za učestalim izmjenama.*

Ključne riječi: *diskriminacija, Kazneni zakon, poticanje, tužba*

I. KAZNENOPRAVNI ASPEKT

1. Uvod

Kazneni zakon je po svojoj pravnoj prirodi pravni dokument kojim se štite naročito vrijedna pravna dobra bez kojih društvo u cjelini ne bi moglo normalno funkcionirati. Idealan primjer ove konstatacije je kazneno djelo „javnog poticanja na nasilje i mržnju“ čl. 325. koje se nalazi u glavi važećeg Kaznenog zakona (dalje u tekstu: KZ)¹ pod nazivom „Kaznena djela protiv javnog reda“. Ovim kaznenim djelom u zakonodavstvu Republike Hrvatske se nastoji popuniti pravna praznina poticanja neodređenog kruga osoba. Naime, poticanje kaznenopravno postoji ako poticatelj potiče na određeno kazneno djelo i ako potiče određenu osobu ili pak širi krug osoba a postoji mogućnost individualizacije tog šireg kruga osoba. Stoga javno poticanje na nasilje i mržnju kao kazneno djelo obuhvaća poticanje šireg kruga ljudi koji se ne mogu individualizirati (zato zakonodavac navodi pojam javno) te se potiče na

¹ NN br. 125/11, 144/12.

različita kaznena djela koja se mogu supsumirati pod pojam nasilja i mržnje da bi izbjegla primjena instituta alternativne namjere.² Sadržaj ovog kaznenog djela je poznat i u Kaznenom zakonu iz 1997. (dalje u tekstu: KZ/97)³ koje nosi naziv „Rasna i druga diskriminacija“ i koje kao takvo poznaje kažnjivost javnog poticanja, ali je novim KZ-om precizirano.

KZ RH izričito navodi pojam diskriminacije jedino u čl. 104. tj. kod „Mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja“ a koje se u prvom redu odnosi na službenu osobu ili osobu koja djeluje na poticaj službene osobe kao počinitelja. Ali i kada KZ ne spominje izričito pojam diskriminacije u nazivu kaznenog djela ili u biću kaznenog djela, diskriminirajuće ponašanje je kvalifikatorna okolnost nekih kaznenih djela jer se u pravilu koristi pojam mržnje. Zločin iz mržnje je kazneno djelo počinjeno zbog rasne pripadnosti, boje kože, vjeroispovijesti, nacionalnog ili etničkog podrijetla, invaliditeta, spola, spolnog opredjeljenja ili rodnog identiteta druge osobe. Takvo diskriminatorno postupanje iz mržnje uzet će se kao otegotna okolnost ako KZ-om nije izričito propisano teže kažnjavanje u obliku kvalificiranog oblika predmetnog kaznenog djela (čl. 87. KZ-a).

2. Poticanje u međunarodnom pravu

2.1. Počeci kažnjivosti poticanja u međunarodnom pravu

Poticanje na masovno ubojstvo europskih Židova je pred Međunarodnim vojnim sudom bilo kvalificirano kao zločin protiv čovječnosti s obzirom da nije postojala definicija genocida.⁴ Odmah nakon prestanka rada Međunarodnog vojnog suda je izravno i javno poticanje na genocid postalo kazneno djelo prema međunarodnom pravu i to Konvenciji o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida (dalje u tekstu: Konvencija o genocidu). Ako ne postoji javnost, tada se poticatelj može kazniti kao sudionik u genocidu prema Konvenciji o genocidu ili za pokušaj poticanja ako je to moguće prema nacionalnom zakonodavstvu. Poticanje na genocid je kažnjivo i ako genocid nije počinjen, ali za ostale zločine, da bi poticatelj bio kažnjen treba se kazneno djelo dovršiti ili biti pokušano⁵ jer međunarodno pravo polazi od početka kažnjive zone sudionika kada počinitelj dovrši kazneno djelo ili pokuša

² Da bi se radilo o poticanju u smislu općeg instituta KZ-a potrebno je da se potiče na određeno kazneno djelo.

³ NN br. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11, 143/12.

⁴ <http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007839> , preuzeto 20. travnja 2015.

⁵ Novoselec, P. – Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2013., str. 530.

kazneno djelo. Tako je regulirao Rimski statut u pogledu najtežih kaznenih djela (iznimka genocid) pa ako zakonodavac hoće pomaknuti zonu kažnjivosti, tada mora poticanje ili pomaganje izričito propisati kao posebno kazneno djelo odnosno propisati kažnjivost pokušaja kako bi u pravilu pokušaj poticanja prema nacionalnom kaznenom pravu bio kažnjiv.⁶ Pojam „izravno potiče“ podrazumijeva da onaj koji potiče i onaj koji sluša razumije poticanje i poziv na djelovanje. To znači da se ne radi o pukoj sugestiji, pa javno poticanje može biti dovršeno kazneno djelo i ako zločin genocida nije počinjen. Bitna je namjera poticatelja a ne učinkovitost poticanja po pitanju motiviranja potaknutog.

2.2. Javno poticanje prema praksi ICTR i ICTY

Pred međunarodnim sudom za Ruandu (dalje u tekstu: ICTR) se pokrenuo postupak za izravno i neizravno pozivanje na ubojstvo putem medija. U prosincu 2003. su Nageze, Nahimana i Barayagwiza osuđeni za izravno i javno poticanje na genocid iz razloga što su bez vatrenog ili hladnog oružja prouzrokovali smrt tisuće nevinih civila. Viši sud je ukinuo presudu za Barayagwizu koji u to vrijeme nije imao kontrolu nad onim što se događa na radijskoj postaji. Utvrđeno je da genocid zahtjeva poziv na poduzimanje radnje dok ako nema poziva na poduzimanje radnje takvo ponašanje predstavlja govor mržnje što nije kazneno djelo genocida iako ih je ponekad teško razgraničiti.

Zanimljiv je i slučaj pred ICTR-om kada je Simon Bikindi optužen za skladanje i izvođenje pjesme *Nanga Abahutu (I Hate These Hutu)* – anti Tutsi pjesma. ICTR nije bio uvjeren da ova pjesma predstavlja poticanje na počinjenje genocida jer smatra kako je ova pjesma poziv na mržnju a ne i poticanje. Do tog zaključka je došao uzimajući u obzir kulturološki kontekst.

Sud je utvrdio kako nije dostatno samo skladanje pjesme nego treba vidjeti i je li optuženik izravno i javno poticao. Sam prešutni pristanak Bikindia da se izvode njegove pjesme nije dovoljan da utemelji odgovornost u međunarodnom kaznenom pravu.⁷ Za eventualnu odgovornost za nečinjenje (nesprječavanje izvođenja njegovih pjesama) treba dokazati njegovu dužnost na činjenje i sprječavanje korištenja njegovih pjesama.⁸ Da je on sudjelovao u širenju svojih pjesama ili razvoju propagandne aktivnosti vlade – tada bi se uspostavila odgovornost za poticanje i/ili pomaganje. Ali sud je utvrdio da je

⁶ <http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007839> , preuzeto 20. travnja 2015.

⁷ The Prosecutor v. Simon Bikindi, Case No. ICTR-01-72-T

⁸ O nečinjenju u međunarodnom pravu v. više Derenčinović, D. – Horvatić, Ž., Teorija zajedničkog zločinačkog pothvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze, Zagreb, 2011., str. 47 – 53.

ovaj pjevač odgovoran za poticanje na genocid jer se jednom prigodom vozio kroz sela u automobilu s javnim razglasom pozivajući Hutu na ustanak i istrebljenje manjine. Kad se vraćao iz sela pitao je jesu li mještani istrijebili koliko Tutsia. Kažnjen je za poticanje na genocid jer nije dokazana „*superior subordinate relationship*“ prema kojoj bi se kaznio kao posredni počinitelj. Sud smatra nezamislivim tvrdnje obrane kako mještani nisu razumjeli poruke ovog pjevača te stoga postoji izravno i javno poticanje. Pri poduzimanju ove radnje je postojala i specifična namjera za uništenje Tutsi etničke grupe.

Pred Međunarodnim sudom za bivšu Jugoslaviju je ratnohuškačka propaganda u pravilu bila karakterizirana kao govor mržnje a ne poticanje na genocid.⁹

3. Javno poticanje na nasilje i mržnju u KZ-u RH

Opća deklaracija o pravima čovjeka Ujedinjenih naroda iz 1948. u čl. 1. navodi da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima što je ušlo i u nacionalne Ustave.¹⁰ Početci ovog kaznenog djela sežu već od Međunarodne konvencije za uklanjanje svih oblika rasne diskriminacije iz 1966. godine koja čl. 4. toč. a od država zahtjeva da svako poticanje na rasnu diskriminaciju, kao i sva djela nasilja, ili izazivanja na takva nasilja, usmjerenih protiv svake rase ili svake grupe osoba druge boje ili drugog etničkog porijekla, kao i pružanje pomoći rasističkim aktivnostima, podrazumijevajući tu i njihovo financiranje treba utvrditi kao kazneno djelo. I Međunarodna konvencija o suzbijanju i kažnjavanju zločina apartheida iz 1973. godine¹¹ utvrđuje zadaću pravnog poretka da pojedince, skupine i pripadnike skupina i grupe zaštititi kažnjavanjem poticanja ili činjenja dostupnim javnosti informacija kojih je cilj izazivanje nasilja i stvaranja mržnje.¹²

Mržnja navedena u nazivu kaznenog djela predstavlja stanje visoke netolerancije zasnovane na raznim razlikama. Ona se postiže neprijateljskim radnjama i postupcima kojima se druga strana vrijeđa, blati, ponižava, omalovažava, prezire i ismijava. To su apeli na strasti, emocije ili razum ljudi, obično s puno strasti, osjećajnih naboja, vatrenih izjava prikladnih da kod drugih raspire strasti, da ih se uvjeri u istinitost i vrijednost poruka ili učvrsti u tome, da ih učini i spremnim za neprihvatljive, neprijateljske postupke.¹³

⁹ <http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007839> , preuzeto 20. travnja 2015.

¹⁰ Pavlović, Š., Kazneni zakon, Rijeka, 2012., str. 701.

¹¹ Horvatić, Ž.- Šeparović, Z. i suradnici, Kazneno pravo (Posebni dio), Zagreb, 1999., str.177.

¹² Pavlović, Š., ibid., str. 702.

¹³ Bačić, F. – Pavlović, Š., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2004., str. 649.

Mržnja je osjećaj ekstremne odbojnosti, bolesno stanje neprijateljstva prema skupini ili pripadniku skupine neke od diskriminatornih osnova.¹⁴

Nasilje pak predstavlja svaki oblik ponašanja koje karakterizira izživljavanje, zlostavljanje, osobito drsko ponašanje. Također podrazumijeva primjenu fizičke sile prema žrtvi, primjerice pripadniku drugog naroda ili nacionalne manjine, psihičku prisilu ili teže psihičko maltretiranje, a može se izražavati i preko uništavanja imovine, koju žrtva doživljava kao psihičku prisilu, primjerice paljenje kuća pripadnika druge skupine.¹⁵

Unatoč već postojećoj inkriminiranosti javnog poticanja na nasilje i mržnju KZ/97., bilo je potrebno postojeću odredbu uskladiti s Okvirnom odlukom Europske unije 2008/913/PUP od 28. studenog 2008. o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije koja je donesena jednoglasno kako bi isto ponašanje predstavljalo kazneno djelo u svim državama članicama¹⁶, te stoga čl. 325. glasi:

„Članak 325.

(1) Tko putem tiska, radija, televizije, računalnog sustava ili mreže, na javnom skupu ili na drugi način javno potiče ili javnosti učini dostupnim letke, slike ili druge materijale kojima se poziva na nasilje ili mržnju usmjerenu prema skupini ljudi ili pripadniku skupine zbog njihove rasne, vjerske, nacionalne ili etničke pripadnosti, podrijetla, boje kože, spola, spolnog opredjeljenja, rodnog identiteta, invaliditeta ili kakvih drugih osobina, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.

(2) Tko organizira ili vodi grupu od tri ili više osoba radi počinjenja djela iz stavka 1. Ovoga članka, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(3) Tko sudjeluje u udruženju iz stavka 2. ovoga članka, kaznit će se kaznom zatvora do jedne godine.

(4) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko javno odobrava, poriče ili znatno umanjuje kazneno djelo genocida, zločina agresije, zločina protiv čovječnosti ili ratnog zločina, usmjereno prema skupini ljudi ili pripadniku skupine zbog njihove rasne, vjerske, nacionalne ili etničke

¹⁴ Pavlović, Š., ibid., str. 702. Prema čl. 3. st. 4. Zakona o medijima je zabranjeno prenošenje programskih sadržaja u medijima kojima se potiče ili veliča nacionalnu, rasnu, vjersku, spolnu ili drugu neravnopravnost ili neravnopravnost na temelju spolne orijentacije, kao i ideološke i državne tvorevine nastale na takvim osnovama, te izazvati nacionalno, rasno, vjersko, spolno ili drugo neprijateljstvo ili nesnošljivost, neprijateljstvo ili nesnošljivost na temelju spolne orijentacije, poticati nasilje i rat.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ <http://www.hazud.hr/odluka-vijeca-europe-o-suzbijanju-kriminala-rasizma-i-zlocina-iz-mrznje-usmeno-i-putem-interneta/>, preuzeto 20. travnja 2015.

pripadnosti, podrijetla ili boje kože, na način koji je prikladan potaknuti nasilje ili mržnju protiv takve skupine ili pripadnika te skupine.

(5) Za pokušaj kaznenog djela iz stavka 1. i 4. ovoga članka počinitelj će se kazniti.“

Pozitivna diskriminacija se poduzima da bi se osigurao odgovarajući napredak određene rasne, nacionalne ili etničke skupine ili individue koja zahtijeva posebnu zaštitu kako bi joj se omogućio ravnopravan razvoj i ostvarivanje ljudskih prava i sloboda, a neće se smatrati diskriminacijom u smislu ovoga kaznenog djela, naravno, ukoliko se ova pozitivna diskriminacija ne nastavlja jednom kad su ostvareni postavljeni ciljevi i ne stvara posebna prava za određene skupine.¹⁷

Ovakva kaznena djela su u nacionalnim zakonodavstvima izuzetno rijetka jer se smatra da je teško povući granicu između slobode govora i govora mržnje. Oslanjajući se na Međunarodnu konvenciju za uklanjanje svih oblika rasne diskriminacije te uvažavajući navedene poteškoće određivanja granice slobode govora, KZ/97 se ograničio na kažnjavanje isključivo govora mržnje u svezi s rasnom diskriminacijom¹⁸. Ideja o superiornosti zasnovanoj na rasnoj razlici, koja čitave narode, nacije, etničke skupine smatra nižim bićima koje treba zatrti, znanstveno je lažna, za osudu je s moralnog gledišta, socijalno nepravедna i opasna.¹⁹ Ta ista Konvencija stoga traži da se kao kazneno djelo utvrdi svako širenje takvih ideja, kao i svako poticanje na rasnu diskriminaciju i da se uopće kazni svaka propaganda i aktivnost koja potiče rasnu diskriminaciju.²⁰ Osim te antirasističke komponente, nova odredba st. 3. KZ/97 je izmjenama 2000., 2004. i 2006. obuhvaćala propagandu u odnosu na etničke i vjerske zajednice, nacije, spol, boju kože ili druge osobine u smislu iznošenja zamisli o nadmoći odnosno podčinjenosti jedne skupine prema drugoj.²¹

Sukladno Okvirnoj odluci, čl. 325. st. 1. KZ-a inkriminira javno poticanje na nasilje i mržnju usmjerenu prema određenim skupinama ljudi. Sankcija je usuglašena sa zahtjevom Okvirne odluke prema kojoj posebni maksimum kazne mora biti od jedne do tri godine²² tako da ova sankcija nije

¹⁷ Horvatić, Ž.- Šeparović, Z. i suradnici, *ibid.*, str.177.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Bačić, F. – Pavlović, Š., *ibid.*, str. 649.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Turković, K. (ur.), *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013., str. 400. I Munivrana Vajda ističe kako je cilj Okvirne odluke da državama pruži mogućnost da u određenoj mjeri prilagode zabranu govora mržnje vlastitim pravnim sustavima u okviru kojih važan položaj ima sloboda izražavanja kao jedno od temeljnih ljudskih prava jer je Unija smatrala kako potpuna harmonizacija u tom trenu zbog različitih kulturnih i pravnih tradicija nije moguća. Munivrana Vajda, M., *Novi Kazneni zakon u svjetlu pristupanja Europskoj uniji:*

produkt zakonodavca nego je prihvaćeno uvriježeno stajalište međunarodne zajednice u okviru država članica Europske unije.²³ Zapriječene sankcije trebaju biti učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće. Djelo se kažnjava i kada je počinjeno putem informacijskog sustava jer je čl. 6. Dodatnog protokola uz Konvenciju o kibernetičkom kriminalu djela rasističke i ksenofobne naravi počinjenih pomoću računalnog sustava (NN MU 4/08.) dopustio mogućnost kažnjavanja ovog djela potpisnicama Konvencije.

Kad je riječ o javnom poticanju kao radnji djela, dolazi u obzir svaki način postupanja (svi oblici, svi načini, sva sredstva na bilo kojem mjestu) kojim se može u željenom smjeru utjecati na volju, razum, osjećanja i strasti drugih osoba. Zakon ne traži da se radnja poduzima javno.²⁴ Važno je da su poruke stigle odnosno da su mogle stići do većeg broja ljudi pa bilo to i pojedinačnim uvjeravanjem većeg broja osoba.²⁵ Cilj radnje počinjenja je da se stvori ili učvrsti odluka o potrebi primjene nasilja ili stvori osjećaj mržnje prema skupini ljudi ili pripadniku raznih skupina.²⁶

Kad se pak radi o javnom poticanju nasilja i mržnje, širenje rasne mržnje je samo jedan segment. Poduzimanjem i samo jedne radnje, djelo je dovršeno. Ne traži se da je došlo do izazivanja rasne mržnje, do nekog konkretnog čina rasne ili druge diskriminacije.²⁷ U tom smislu je kazneno djelo čl. 325. KZ-a formalno kazneno djelo.

Djelo se može počinuti s namjerom²⁸ (izravnom ili neizravnom) a kako pokušaj s obzirom na zapriječenu kaznu ne bi bio kažnjiv, izričito je propisano kažnjavanje pokušaja i time se obuhvaća svaka radnja koja neposredno prethodi javnom poticanju prema čl. 34. st. 1. KZ-a.

Sukladno preporukama ECRI-a (The European Commission against Racism and Intolerance) kojima se traži da se kroz kazneno zakonodavstvo kažnjava organizator ili vođa grupe koja potiče na nasilje i mržnju, uvedena je inkriminacija u stavku 2. a što je proklamirano i Međunarodnom konvencijom o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije. Pokušaj organiziranja ili vođenja grupe je kažnjiv zbog zapriječene kazne zatvora do pet godina. Moguć je idealni stjecaj s kaznenim djelom protiv ljudskih prava i temeljnih sloboda (kao

Inkriminiranje govora mržnje i nekih drugih oblika rasizma i ksenofobije, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, 1/2013., str. 134 - 135.

²³ Turković, K. (ur.), *ibid.*, str. 400.

²⁴ Bačić, F. – Pavlović, Š., *ibid.*, str. 649.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Pavlović, Š., *ibid.*, str. 702.

²⁷ Bačić, F. – Pavlović, Š., *ibid.*, str. 649.

²⁸ Ovaj oblik krivnje je u skladu s Okvirnom odlukom prethodno navedenom. <http://www.hazud.hr/odluka-vijeca-europe-o-suzbijanju-kriminala-rasizma-i-zlocina-iz-mrznje-usmeno-i-putem-interneta/>, preuzeto 20. travnja 2015.

primjerice čl. 125. KZ-a Povreda ravnopravnosti ili čl. 126. KZ-a Povreda slobode izražavanja nacionalne pripadnosti). Ovo će u pravilu biti slučaj kada se osoba uz poticanje mnoštva osoba i sama odlučila počiniti kazneno djelo. Kvalificirani oblik je predviđen za organizatora koji je idejni začetnik kriminalne ideje a s kojim je izjednača osoba koja ne mora biti idejni začetnik ovakve kriminalne ideje ali koja naknadno preuzme vođenje grupe od organizatora i na taj način preuzima cjelokupnu zločinačku energiju organizatora. Naime, grupa u smislu čl. 325. st. 2. KZ-a ne bi se smatrala i izjednačila s grupom u smislu čl. 328. KZ-a s obzirom na to da potonji članak traži da se radi o grupi koja se udružila na počinjenje kaznenog djela za koje je propisana kazna zatvora u trajanju duljem od tri godine²⁹. Ovaj stavak je u skladu s Konvencijom o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije jer čl. 2. st. 1. toč. d. zahtjeva od svake države članice da svim odgovarajućim sredstvima, zabrani rasnu diskriminaciju koju provode osobe, grupe ili organizacije, kao da je i okonča.³⁰

U stavku 3. je predviđeno kažnjavanje i za samo sudjelovanje u udruženju koje potiče na nasilje i mržnju, a što je u skladu s relevantnim međunarodnim dokumentima.³¹ Time se proširuje zona kažnjivosti pa se u svojstvu sudionika može pojaviti i pomagač koji je pomogao članovima udruženja a koji nisu ušli u kažnjivi stadij. To primarno znači da se i osoba koja svojom pripremnom radnjom sudjeluje u radnjama udruženja kažnjava u svojstvu počinitelja odnosno za dovršenje ovog oblika kaznenog djela javnog poticanja na nasilje i mržnju. Iako se na prvi pogled ovakvo kažnjavanje može označiti kao ekstenzivno pomicanje zone kažnjivosti prema stadiju odluke, ne treba minimalizirati činjenicu da neke osobe samim svojim autoritetom i članstvom u grupi mogu privući nove članove u grupu. Prema čl. 5. Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije, države članice su se obvezale da zabrane i da ukinu rasnu diskriminaciju u svim njenim oblicima što podrazumijeva djelovanje države i dok još nije ostvarena diskriminacija. Razumljivo je da nije izričito propisano kažnjavanje za pokušaj onog tko sudjeluje u udruženju jer je i samo sudjelovanje u udruženju udaljenija radnja s aspekta stadija počinjenja kaznenog djela od samog pokušaja.

Stavak 4. inkriminira javno odobravanje, poricanje ili umanjivanje određenih kaznenih djela na način da se potiče na nasilje i mržnju protiv određenih skupina. Određeni međunarodni dokumenti daju mogućnost da se odgovornost ograniči na zločine koji su ustanovljeni presudom nacionalnog

²⁹ Turković, K. (ur.), *ibid.*, str. 400.

³⁰ Za pojam grupe u domaćem i stranom zakonodavstvu v. slajdove Kurtović Mišić, A., https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/SUZBIJANJE_ORGANIZIRANOG_KRIMINALITETA_-_predavanja_za_poslijedipl.PFZ.ppt, preuzeto 20. travnja 2015.

³¹ Turković, K. (ur.), *ibid.*, str. 400.

suda ili pravomoćnom odlukom međunarodnog suda te na slučajeve kad je djelo počinjeno na takav način da će vjerojatno poremetiti javni red ili koji je ugrožavajući, pogrdan ili uvredljiv. KZ RH nije uveo ova ograničenja³² tako da postoji mogućnost kažnjavanja veličanja i kaznenih djela koja nisu potvrđena pravomoćnom presudom što je posebno značajno ako uzmemo u obzir neažurnost nadležnih tijela za pokretanje postupaka u RH po pitanju zločina koja su se dogodila u Domovinskom ratu.³³ Ovdje se uvijek radi o sadržajima vezanim za određena kaznena djela koja su propagirana i u Rimskom statutu (čl. 7. i 8.).³⁴ Negiranje ili veličanje holokausta kao iskrivljavanje povijesnih činjenica u praksi Europskog suda za ljudska prava je ocjenjeno povredom čl. 17. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.³⁵ KZ/97 je zahtijevao da postoji konačna odluka barem nekog drugog međunarodnog suda čiju sudbenost RH prihvaća.³⁶ Ipak argument za ovakvo formuliranje ovog stavka kaznenog djela je bila činjenica što su u prošlosti manipulacije teorijama i idejama koje su u osnovi rasističke, diskriminirajuće i ksenofobične bile okidač za teške zločine.³⁷

U RH se za ovo kazneno djelo progoni po službenoj dužnosti što je u skladu s čl. 8. Okvirne odluke prema kojem države članice moraju osigurati da istrage ili progon govora mržnje ne ovisi o prijavi ili optužbi žrtve, barem ne u najtežim slučajevima.

³² Ibid.

³³ Drugim riječima, u Hrvatskoj bi načelno bilo moguće kazneno odgovarati i za negiranje genocida nad Armencima iako nitko nije osuđen ni u Hrvatskoj ni pred nekim međunarodnim sudom za to djelo. Ipak, morat će biti ispunjeno obilježje delikta podobnosti, tj. da je poricanje počinjeno na način koji je prikladan potaknuti nasilje ili mržnju protiv takve skupine ili pripadnika skupine. Maršavelski, A., Komenatr sudske prakse, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 8.,1/2011., str. 291 – 294.; Munivrana Vajda, M., *ibid.*, str. 139.

³⁴ Bačić, F. – Pavlović, Š., *ibid.*, str. 650.

³⁵ Garačić, A., Kazneni zakon u sudskoj praksi – Posebni dio, Zagreb, Organizator, 2006., str. 188.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid. Šest država članica (BE, CZ, DE, LT, HU i AT) spominju nacionalni socijalistički režim ili nacističku Njemačku kao odgovarajuće počinitelje tih zločina. Od tig šest, BE izrijeком spominje samo genocid, a CZ i HU upućuju na genocid i druge zločine protiv čovječnosti. RO upućuje na poricanje i opraštanje Holokausta, spominjući „umanjivanje“ samo u odnosu na distribuciju materijala. SI spominje poricanje, opraštanje i umanjivanje Holokausta. LT i PL ograničavaju kriminalizaciju na zločine koje je počinio nacionalni socijalistički režim „protiv naroda ili građana Litve ili Poljske“, s tim da Poljska spominje samo poricanje. <http://www.hazud.hr/odluka-vijeca-europe-o-suzbijanju-kriminala-rasizma-i-zlocina-iz-mrznje-usmeno-i-putem-interneta/>, preuzeto 20. travnja 2015.

4. Sankcije

Način zaštite nekog pravnog dobra se ne ogleda samo kroz biće kaznenog djela nego i kroz zapriječenu sankciju pa slijedom toga i mogućnost individualizacije te sankcije na konkretnog počinitelja. S obzirom da je međunarodnim dokumentima predložena kazna zatvora u trajanju do tri godine za temeljni oblik analiziranih kaznenih djela, što je hrvatski zakonodavac prihvatio u KZ-u, nužno je analizirati eventualne posljedice koje se reflektiraju na ovako propisanu sankciju čime se poštuva načelo zakonitosti.³⁸

Ako posebni dio KZ-a propisuje kaznu zatvora, to ne znači da je nužno primjeniti kaznu zatvora. Potrebno je vidjeti vrstu sankcije koja je sa stajališta potrebe specijalne i generalne prevencije najpotrebnija. Čl. 40. st. 4. KZ-a propisuje da kada je za određeno kazneno djelo propisana kazna zatvora do tri godine, sud može izreći novčanu kaznu kao glavnu što je primjenjivo u čl. 325. st. 1., st. 3., st. 4. Ako je pak kazneno djelo počinjeno iz koristoljublja a zapriječena je kazna teža od tri godine, tada postoji mogućnost da se počinitelj kazni novčanom kaznom kao sporednom uz kaznu zatvora prema čl. 40. st. 5. KZ-a.³⁹ Ovaj posljednji slučaj je primjenjiv na kvalificirani oblik kaznenog djela javnog poticanja na nasilje i mržnju gdje je zapriječena kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina i kojeg može počinuti samo organizator ili vođa grupe. Međutim, isti članak ukazuje na činjenicu kako se rad za opće dobro izriče kao zamjena za kaznu zatvora ili novčanu kaznu.⁴⁰ Prema zakonodavstvu RH, rad za opće dobro se izriče kao zamjena za izrečenu kaznu zatvora u trajanju do šest mjeseci, osim ako se time ne bi mogla ostvariti svrha kažnjavanja. Fakultativna mogućnost zamjene kazne zatvora ili novčane kazne radom za opće dobro postoji ako je izrečena novčana kazna u iznosu do tristo šezdeset dnevnih iznosa ili ako je izrečena kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do jedne godine. Pri tom se jedan dnevni iznos zamjenjuje s dva sata rada za opće dobro, a jedan dan zatvora s dva sata rada za opće dobro ali rad za opće dobro ne smije premašiti 720 sati. Učinkovitost⁴¹ rada za opće dobro može biti „pojačana“ izricanjem posebnih obveza ali i zaštitnog nadzora čije nepoštivanje može rezultirati opozivom rada za opće dobro.⁴² S obzirom da je

³⁸ Kurtović Mišić, A. – Krstulović Dragičević, A., Kazneno pravo (temeljni pojmovi i instituti), Split, 2014., str. 196.

³⁹ O alternativama kazni zatvora prema Vijeću Europe v. Kovčo, I., Kazna zatvora – zašto i kuda?, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 8., 2/2001., str. 129 - 130.

⁴⁰ Kurtović Mišić, A. – Krstulović Dragičević, A., *ibid.*, str. 191.

⁴¹ O opravdanosti izricanja rada za opće dobro v. Novoselec, P., Sudska praksa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 10., 2/2003., str. 970 – 972.

⁴² Kurtović Mišić, A. – Krstulović Dragičević, A., *ibid.*, str. 191.

ovdje glavni kriterij izrečena kazna, rad za opće dobro može biti izrečen počinitelju čl. 325. KZ-a prema svim stavicima.

Okolnosti koje su bitne za odmjeravanje kazne su najkonciznije nabrojane kod uvjetne osude jer treba voditi računa o ličnosti počinitelja, njegovu prijašnjem životu, osobito je li ranije osuđivan, obiteljskim prilikama, okolnostima počinjenja samog kaznenog djela te ponašanju nakon počinjenog kaznenog djela, odnosu počinitelja prema žrtvi i nastojanju da oštećeniku popravi štetu. Uvjetna osuda se može izreći samo ako je počinitelj osuđen na kaznu zatvora u trajanju do jedne godine ili na novčanu kaznu ako se ocjeni da i bez izvršenja kazne neće ubuduće činiti kaznena djela. Ako pak počinitelj bude osuđen na novčanu kaznu ili kaznu zatvora u trajanju većem od jedne, a manjem od tri godine, sud može izreći uvjetnu osudu samo za dio kazne ako ocjeni da postoji visok stupanj vjerojatnosti da i bez izvršenja cijele kazne neće ubuduće činiti kaznena djela kada se radi o djelomičnoj uvjetnoj osudi prema čl. 57. st. 1. KZ-a. Institut uvjetne osude je moguće primjeniti na počinitelja kaznenog djela čl. 325. KZ-a prema svim stavicima ako je izrečena odgovarajuća sankcija na koju je moguće primjeniti uvjetnu osudu.⁴³

5. Praksa Vrhovnog suda Republike Hrvatske

U presudi VSRH I Kž 237/2009-3 koja je aktualna u RH, počinitelj je osuđen zbog krivičnog djela izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje i netrpeljivosti iz čl. 317. st.1. Krivičnog zakonika Republike Srbije i krivičnog djela ometanja ovlaštene osobe u obavljanju sigurnosnih poslova ili održavanja javnog reda i mira iz čl. 23. st.1. Zakona o javnom redu i miru na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 10 mjeseci u Srbiji. Utvrđen je identitet navedenih bića kaznenih djela u RH prema čl. 174. st. 3 KZ/97 i čl. 318. st. 1. KZ/97 te je na temelju čl. 70. st.1. Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima osuđen na jedinstvenu kaznu zatvora od 10 mjeseci.

U postupku egzekviture (postupak preuzimanja izvršenja stranih kaznenih presuda) provjerava se postojanje pretpostavki za izvršenje strane sudske presude te se provodi prilagođavanje strane kaznene sankcije unutarnjem tj. domaćem pravu, odnosno gleda se je li radnja za koju je osuđenik osuđen u stranoj državi kažnjiva i prema pravu RH.

⁴³ V. više u Brkić, I., Obveze uvjetno osuđene osobe i prikaz slučaja s posebnim osvrtom na tumačenje čl. 68. st. 1. KZ-a, Hrvatska pravna revija, studeni 2007., str. 99 – 101.; Novoselec, P., Sudska praksa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11., 2/2004., str. 1129 – 1130. Za najbolje mogućnosti eventualne primjene uvjetnog otpusta v. Kurtović Mišić, A., Ustrojstvo i pravna priroda uvjetnog otpusta, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 26., 2/1995., str. 309 – 320.

Sud u RH je vezan i visinom sankcije koju je izrekao strani sud osim ako bi visina kazne nadilazila zakonom propisane okvire kazne predviđene domaćim zakonodavstvom. Žalba optuženika se smatra neosnovanom po pitanju odluke o kaznenoj sankciji a prvostupanjski sud ju je odmjerio u okviru zakonom propisanih kazni za predmetna kaznena djela. Pri odmjeravanju kaznenopravne sankcije potvrđene su prema pravu RH i olakotne i otegotne okolnosti koje je utvrdio strani sud.⁴⁴

II. GRAĐANSKOPRAVNI ASPEKT JAVNOG POTICANJA NA NASILJE I MRŽNJU KAO OBLIK DISKRIMINACIJE

1. Uvod

Kaznenopravna zaštita jednakosti i dostojanstva zabranom diskriminacije u obliku javnog poticanja na nasilje i mržnju komplementarna je s zaštitom osobnih prava žrtve takvog oblika diskriminacije. Premda je kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju formalno djelo, jer, kako je već rečeno, nije potrebno da je došlo do izazivanja rasne mržnje ili do nekog konkretnog čina rasne ili druge diskriminacije, isti je događaj osnova i za pokretanje građanskog postupka. Osuda zbog javnog poticanja na nasilje ili mržnju ne znači i trenutak u kojoj bi cjelokupan postupak protiv osuđenika trebao stati. Načelo modernog prava da žrtva bilo kojeg kaznenog djela ima pravo zatražiti obeštećenje može se ostvariti na dva načina. Prvi je postavljanje imovinskopravnog zahtjeva za naknadu štete počinjene kaznenim djelom već u samom kaznenom postupku (tzv. adhezijski postupak) dok je drugi način podnošenje tužbe za naknadu štete u parničnom postupku. Počinjeno kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju i šteta nanesena žrtvi u obliku povrijeđenog prava upravo govorom mržnje nesporno, prema propisima materijalnog građanskog prava o izvanugovornoj odgovornosti za štetu, daje žrtvi pravo da zatraži satisfakciju na oba načina.

2. Građanskopravna zaštita od diskriminacije u adhezijskom postupku

Ostvarivanje prava na popravljavanje štete počinjene kaznenim djelom omogućeno je imovinskopravnim zahtjevom o kojem će se raspraviti tijekom kaznenog postupka na prijedlog ovlaštene osobe, ako ne bi došlo do znatnog odugovlačenja kaznenog postupka. Ovlaštena osoba⁴⁵ za podnošenje

⁴⁴ V. više Krapac, D., Međunarodna kaznenopravna pomoć, Zagreb, 2006., str. 231 – 240.

⁴⁵ Ovlaštenik kao osoba koja je ovlaštena takav prijedlog ostvarivati u parnici (čl. 154. st. 1. ZKP) najčešće će biti žrtva, odnosno oštećenik, ali prijedlog za ostvarenje

imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku u pravilu je oštećenik ili žrtva kaznenog djela javnog poticanja na nasilje i mržnju. Prema odredbama Zakona o kaznenom postupku (dalje: ZKP)⁴⁶ oštećenik je svaka osoba čije je kakvo osobno ili imovinsko pravo povrijeđeno ili ugroženo kaznenim djelom, a sudjeluje u svojstvu oštećenika u kaznenom postupku (čl. 202. st. 11.) dok je žrtva kaznenog djela svaka osoba koja zbog počinjenja kaznenog djela trpi fizičke i duševne posljedice, imovinsku štetu ili bitnu povredu temeljnih prava i sloboda (čl. 202. st. 10.).⁴⁷

Što se tiče predmeta adhezijskog postupka, on je određen odredbama Zakona o obveznim odnosima (dalje: ZOO)⁴⁸ pa svaki zahtjev koji se može postaviti u parnici može biti i predmet imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku. Drugim riječima, podnošenje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku izjednačeno je s podizanjem građanske tužbe (*actio civilis*),⁴⁹ pod uvjetom da je počinjeno kazneno djelo prouzročilo štetu. ZOO razlikuje imovinsku i neimovinsku štetu, pa šteta predstavlja umanjeње nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povredu prava osobnosti (neimovinska šteta). Neimovinska šteta sastoji se u pretrpljenim fizičkim i psihičkim bolima te strahu kao povredi jednog ili više prava osobnosti.⁵⁰

Pod pravima osobnosti ZOO podrazumijeva pravo svake fizičke i pravne⁵¹ osobe na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i dr. Posebice je ovdje važno pravo na različitost, jer je svaki čovjek neponovljiva biološka i psihološka jedinka te upravo ta neponovljivost tijela i duše čini njegovu

imovinskopravnog zahtjeva mogu podnijeti i druge osobe koje su prema pravilima parničnog postupka ovlaštene na podnošenje tužbe, ako tu tužbu nisu već podnijele pred parničnim sudom. Šago, D. – Pleić, M., Adhezijsko rješavanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1991) v. 33, br. 2, 967-999 (2012, str. 973.

⁴⁶ Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11.

⁴⁷ Sukladno čl. 43. ZKP-a žrtva ima pravo sudjelovati u kaznenom postupku kao oštećenik pa joj, ako se prijavi u postupku kao oštećenik, pripadaju i sva prava koja ZKP jamči oštećeniku, između ostalog i pravo podnošenja imovinskopravnog zahtjeva. Ibid., str. 975.

⁴⁸ Narodne novine, br. 35/05, 41/08.

⁴⁹ Čl. 154. st. 1. ZKP-a. Vidi E. Kunštek u Pavišić, B., Komentar Zakona o kaznenom postupku, Rijeka, 2011., str. 333.

⁵⁰ U pravu osobnosti do danas nije prevladana dilema postoji li jedno (opće) pravo osobnosti ili postoji više zasebnih prava osobnosti (na život, zdravlje, čast, identitet, privatni život, itd.). Vidi Radolović, A., Odnos prava osobnosti i medijskog prava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 28, br. 1, (2007), str. 19.

⁵¹ Čl. 19. ZOO priznaje da i pravna osoba ima sva navedena prava osobnosti, osim onih vezanih uz biološku bit fizičke osobe, a osobito pravo na ugled i dobar glas, čast, ime, odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja i dr.

osobnost (individualnost) i identitet koji ga čini različitim od svih drugih ljudi. Također, svako pravo osobnosti sadržava u sebi i pravo jedinke da je se ostavi na miru.⁵²

Pored mogućnosti nastanka i imovinske (materijalne) štete, javno poticanje na nasilje ili mržnju prema skupini ljudi ili pripadniku skupine s diskriminacijskim motivima, zasigurno može izazvati negativne posljedice na duševno zdravlje, ugled, čast i dostojanstvo.⁵³ Izražavanje rasizma i ksenofobije dovode do povreda osobnosti svakog čovjeka, ukupnosti njegovog psihosocijalnog stanja odnosno njegovog prava da od svakog drugog subjekta traži ostvarivanje poštivanja i razvoja vlastite osobnosti.⁵⁴ Riječ je o povredi prava na jednakost odnosno prava na čast i ugled koji predstavljaju poštivanje čovjeka i njegovo dostojanstvo te povredi prava na osobnost (osobni identitet) iz razloga što čovjek, kao neponovljiva jedinka, ima interesa biti predstavljen onakvim kakav on jest, a ne kakav nije.⁵⁵

Stoga, temelj za naknadu štete su izravna i neizravna diskriminacija, uznemiravanje, spolno uznemiravanje te poticanje na diskriminaciju koji se Zakonom o suzbijanju diskriminacije (dalje: ZSD)⁵⁶ smatraju oblicima diskriminacije: Već sama radnja poticanja na diskriminaciju izjednačena je s neposrednom radnjom diskriminacije i predstavlja samostalnu i dovršenu inkriminiranu radnju diskriminacije, pa *samo tuženikovo obraćanje na opisani način neodređenom krugu osoba (vjernika, istomišljenika, zagrepčana) predstavlja zakonom zabranjeno i dovršeno djelo diskriminacije.*⁵⁷

Javno poticanje na nasilje ili mržnju prema skupini ljudi ili pripadniku skupine predstavlja diskriminaciju uznemiravanjem. Uznemiravanje je svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od diskriminacijskih osnova, koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, a koje uzrokuje strah,

⁵² Cit. prema Crnić, I., Odštetno pravo, drugo iz. Zagreb, str. 563.

⁵³ Nije lako odrediti pojam "dostojanstva ljudske osobe." Pravne i moralne standarde valja u tom pravcu sustavno i strpljivo graditi. Nitko ne može trpjeti zbog svoje vjere, nacije, jezika, vjerskog uvjerenja, spola, boje kože, itd. Tu je već dosegnut visoki stupanj suglasja, ali ostaje otvoreno pitanje tzv. individualnog dostojanstva svake osobe. Onog dostojanstva koje svaka osoba posebno osjeća za sebe. Cit. prema Radolović, A., Odnos prava osobnosti i medijskog ..., str. 23.

⁵⁴ Lozo, R. – Dojčinović, I., Govor mržnje na internetu kroz prizmu zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zagreb, 2014, www.unizg.hr/.../Govor%20mržnje%20na%20internetu_Lozo%20Dojči...

⁵⁵ Radolović, A., Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 27, br. 1, (2006), str. 150.

⁵⁶ Narodne novine, br. 85/08, 12/12.

⁵⁷ "Zbog toga za postojanje diskriminacije nije potrebno postojanje daljnjeg neposrednog i osnovnog djela diskriminacije ili diskriminacije u pokušaju od strane nekog drugog poimenice određenog neposrednog počinitelja." VSRH Gž 38/2011-2 od 7. ožujka 2012.

neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Različite vrste uznemiravanja mogu dovesti do gubitka tzv. duševnog mira i povrede prava osobnosti na duševno zdravlje. Pritom je dovoljno da u oštećenika izazovu neugodu, nezadovoljstvo, frustraciju, ljutnju, bijes, tj. poremećaj njegova dotadašnjeg duševnog mira.⁵⁸ Rasistička i ksenofobna motivacija poticanja na nasilje i mržnju, posebice ono koje je izvršeno putem tiska, radija, televizije, elektroničkih medija i sl. zasigurno izaziva takve posljedice.⁵⁹

Povreda prava osobnosti ostvarena počinjenjem kaznenog djela javnog poticanja na nasilje i mržnju popravljiva se moralnom ili novčanom satisfakcijom. Čl. 11. ZSD propisuje da žrtva diskriminacije ima pravo na naknadu štete prema propisima koji uređuju obvezne odnose. ZOO propisuje mogućnost moralne satisfakcije putem objavljivanja presude ili ispravka, uklanjanja spornih sadržaja, povlačenja izjave kojom je povreda učinjena ili u drugom čime se postiže svrha popravljivanja štete, a sve na trošak štetnika.⁶⁰ Novčano obeštećenje za povredu prava osobnosti i izazvanih fizičkih i duševnih boli i straha (strah se u praksi najčešće pojavljuje kao posljedica povrede prava osobnosti na tjelesno i duševno zdravlje ili na slobodu) predstavlja određenu svotu novca koja se oštećeniku dosuđuje u obliku pravične novčane naknade ako to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju (praktično, u smislu da visina novčane naknade ovisi od stupnja povrede prava osobnosti), te nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema.⁶¹

Imovinskopravni zahtjev u kaznenom postupku određen je pravilima parničnog postupka, pa u skladu s načelom dispozitivnosti ovlaštenik kao subjekt koji se poziva na povredu prava osobnosti mora prezentirati točno

⁵⁸ Crnić, I., *ibid.*, str. 573.

⁵⁹ "...opisane inkriminirane izjave koje po svom sadržaju nisu sporne i u kojima se građani pozivaju na nasilno postupanje, omalovažavanje, mržnju i nepriznavanje prava osobama iste spolne orijentacije povrijeđeno je načelo jednakog postupanja pri čemu posljedično postoji vjerojatnost da će takvo ponašanje tuženika na neke osobe djelovati ograničavajuće po njihov javni i društveni život, a posebice pravo na javno okupljanje. *Ibid.*

⁶⁰ Sadržaj popravljivanja neimovinske štete propisan je u čl. 1099.

⁶¹ Čl. 1100 ZOO. Postavlja se pitanje je li neki od oblika neimovinske satisfakcije npr. ispravak, odgovor ili isprika pretpostavka naknade štete u novcu? Tako Zakon o medijima u svom čl. 22. propisuje mogućnost dodjele pravične novčane naknade u slučaju kada je nematerijalna šteta nastala informacijom objavljenom u mediju (kojom je povrijeđeno neko pravo osobnosti), s tim da je takva mogućnost primjenjiva tek supsidijarno, u slučajevima kada je oštećenik prethodno zatražio od nakladnika objavu ispravka odnosno, ako ispravak nije moguć, onda isprikou nakladnika.

određen (tužbeni) zahtjev te iznijeti dokaze relevantne za odlučivanje o njemu.⁶²

U presudi kojom okrivljenika proglašava krivim sud može oštećeniku dosuditi imovinskopravni zahtjev u cijelosti ili mu može imovinskopravni zahtjev dosuditi djelomično, a za ostatak uputiti ga u parnicu. Kaznena presuda u kojoj je dosuđen imovinskopravni zahtjev predstavlja ovršni naslov za ovrhu i prinudnu naplatu dosuđenog potraživanja, te je stoga izjednačena s pravomoćnom presudom parničnog suda.

Ako podaci kaznenog postupka ne daju pouzdanu osnovu ni za potpuno niti za djelomično presuđenje, sud će uputit oštećenika da imovinskopravni zahtjev može ostvarivati u parnici. Isto tako će sud postupiti i kada donese presudu kojom se okrivljenik oslobađa optužbe ili kojom se optužba odbija ili kad rješenjem obustavi kazneni postupak.

3. Građanskopravna zaštita u posebnoj antidiskriminacijskoj parnici

Parnična zaštita od diskriminacije moguća je incidentalnom antidiskriminacijskom zaštitom i posebnom antidiskriminacijskom tužbom. Pritom treba naglasiti za temu koju obrađujemo, vrlo važno pravilo Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP)⁶³ da je sud u parničnom postupku u pogledu postojanja kaznenog djela i kaznene odgovornosti počinitelja vezan pravomoćnom osuđujućom presudom kaznenog suda (čl. 12. st. 3.).

Pored opće odredbe ZPP prema kojoj se zbog povrede osnovnih ustavnih i zakonskih prava svatko ima pravo obratiti nadležnom sudu koji u redovnom parničnom postupku odlučuje o povredi prava, ZSD sadrži odredbe o restitutivnoj i represivnoj zaštiti odnosno propisuje mogućnost podizanja jedne od nekoliko vrsta privatnih antidiskriminacijskih tužbi.⁶⁴ Naime, peta glava ZSD posvećena je građanskopravnoj zaštiti povrede prava žrtava diskriminacije i sadrži posebne postupovne odredbe čime su uvedene široke postupovne mogućnosti sudjelovanja organizacija civilnog društva u antidiskriminacijskim sudskim postupcima te koncept okretanja tereta dokazivanja.

Individualna antidiskriminacijska sudska zaštita koja stoji na raspolaganju osobi koja smatra da su joj zbog diskriminacije povrijeđena prava

⁶² U skladu s čl. 2., st. 2. Zakona o parničnom postupku. Radolović, A., Specifični postupovnopравни problemi u zaštiti prava osobnosti, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 63, br. 3-4, (2013), str. 706.

⁶³ Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

⁶⁴ Svatko tko smatra da mu je zbog diskriminacije povrijeđeno neko pravo može tražiti zaštitu toga prava u postupku u kojem se o tom pravu odlučuje kao o glavnom pitanju, a može tražiti i zaštitu u posebnom postupku propisanom u članku 17. ZSD.

su: incidentalna antidiskriminacijska zaštita (podnošenjem tužbe u kojoj će se tražiti zaštita subjektivnog prava npr. prava iz radnog odnosa pozivom da je do povrede prava došlo zbog diskriminacije)⁶⁵ ili posebna individualna antidiskriminacijska tužba (podnošenjem tužbe u kojoj će se tražiti da se o diskriminaciji odluči kao o glavnom pitanju).⁶⁶

U incidentalnom sudskom postupku pitanje eventualne diskriminacije cijeni se i odlučuje kao tzv. prethodno (prejudicijelno, incidentalno) pitanje.

Posebna individualna antidiskriminacijska tužba može obuhvaćati više samostalnih zahtjeva među kojima i tužbu za naknadu štete (tzv. reparacijsku antidiskriminacijsku tužbu) kojom se traži naknada štete uzrokovana nezakonitom povredom prava na jednako postupanje kako naknada imovinske štete, tako i naknada neimovinske štete.⁶⁷ Naknada neimovinske štete zbog povrede prava osobnosti ostvaruje se pravičnom novčanom naknadom. O posebnim antidiskriminacijskim tužbama odlučuje sud primjenjujući odredbe ZPP, ako ZSD nije drukčije određeno.

Zahtjev za objavu presude kojom je utvrđena diskriminacija (tzv. publikacijski antidiskriminacijski zahtjev) sud će usvojiti ako utvrdi da je do povrede prava na jednako postupanje došlo posredstvom medija ili da je informacija o postupanju koje krši pravo na jednako postupanje bila objavljena u medijima, a objavljivanje presude je potrebno radi potpune naknade učinjene štete ili zaštite od nejednakog postupanja u budućim slučajevima. Time se pridonosi generalnoj prevenciji diskriminatornog djelovanja, što je posebno

⁶⁵ Bogata jurisprudencija ESLJP u predmetu Feryn (2008.) govor jednog poslodavca koji je javno rekao kako neće zaposliti osobe određenog nacionalnog porijekla ocijenila je kao diskriminaciju pri zapošljavanju. U ovom predmetu radilo se o povredi Direktive o jednakom postupanju bez obzira na rasno ili nacionalno podrijetlo, a ne Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji. Dostupno na http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/07c054_en.pdf

⁶⁶ I nakon donošenja ZSD-a mogu se i dalje voditi i pokretati sve vrste sudskih postupaka zaštite prava po drugim zakonima, i to bilo po općim procesnim odredbama Zakona o parničnom postupku, bilo uz primjenu posebnih procesnih odredbi primjenjivih na pojedine specifične slučajeve (npr. posebnog parničnog postupka u radnim ili trgovačkim sporovima i sl.). Cit. prema Uzelac, A., u Grgić, Potočnjak, Rodin, Selanec i dr., Vodič uz zakon o suzbijanju diskriminacije, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, 2009., str. 95, dostupno na: <http://www.ombudsman.hr/dokumenti/vodic.pdf>

⁶⁷ Posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije su zahtjev za utvrđenjem diskriminacije (*deklaratorni antidiskriminacijski zahtjev*); zahtjev za zabranu diskriminacije (*prohibitivni antidiskriminacijski zahtjev*); zahtjev za uklanjanje diskriminacije ili njenih posljedica (*restitutivni antidiskriminacijski zahtjev*) te zahtjev za objavom presude kojom je utvrđena diskriminacija (*publikacijski antidiskriminacijski zahtjev*). Ibid., str. 97.

značajno u slučajevima govora mržnje, rasističkog i ksenofobnog poticanja na nasilje putem tiska, radija, televizije, interneta i elektroničkih medija,⁶⁸

Udružna tužba za zaštitu od diskriminacije predstavlja kolektivnu antidiskriminacijsku sudsku zaštitu odnosno primjer sudske tužbe u javnom interesu (tzv. *actio popularis*).⁶⁹ Riječ je o procesnom instrumentu koji omogućuje raznim kolektivnim skupinama da sudskim putem realiziraju svoje pravo na zaštitu od diskriminatornog djelovanja. Sudski postupak u svojstvu stranke pokreću organizacije koje same ne tvrde da su žrtve povrede prava, već postupak vode u ime zaštite prava skupine ili klase poimenično neidentificiranih osoba.⁷⁰ ZSD izrijeком propisuje da pravo na podnošenje udružne tužbe *ius standi in iudicio* imaju udruge, tijela, ustanove ili druge organizacije koje su osnovane u skladu sa zakonom, a imaju opravdani interes za zaštitu kolektivnih interesa određene skupine ili se u sklopu svoje djelatnosti bave zaštitom prava na jednako postupanje.⁷¹ Podnošenje udružne antidiskriminacijske tužbe ne ovisi o volji potencijalnih žrtava, pa njihov pristanak za podnošenje tužbe nije potreban. Međutim, podnositelj udružne tužbe mora, dokazati (stupanj vjerojatnosti) da je sporno postupanje tuženika moglo diskriminirati veći broj osoba koje pretežno pripadaju određenoj skupini,

⁶⁸ Medijska publikacija presude kojom je deklarirana diskriminacija je poseban oblik nenovčane satisfakcije koji se pruža diskriminiranoj osobi, a trošak te publikacije, dakako, snosi tuženik/diskriminator. Cit. prema Jelušić, D., Postupak pred sudom u antidiskriminacijskim parnicama vođenima temeljem Zakona o suzbijanju diskriminacije, dostupno na http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Postupak_pred_sudom.pdf

⁶⁹ U hrvatskom pravu, do donošenja ZSD, ovakva kolektivna tužba bila je moguća kod zaštite prava potrošača. Sada je taj model proširen i na antidiskriminacijske tužbe, čime je mogućnost za vođenje postupaka kolektivne zaštite prava (tzv. apstraktna sudska zaštita) znatno povećana, a za organizacije koje se bave ljudskopravnom tematikom i promicanjem interesa ugroženih skupina otvorio se nov prostor za djelovanje u promicanju antidiskriminacijske zaštite kroz strateško vođenje sudskih postupaka. Cit. prema Uzelac, A., *ibid.*, str. 103.

⁷⁰ U predmetu Feryn nije bilo moguće dokazati da se netko pokušao prijaviti za posao i da je bio odbijen, i nije bilo moguće pronaći nekoga tko bi rekao da je odustao od prijave na to radno mjesto zbog oglasa. Drugim riječima, nije bilo žrtve „koja bi se mogla identificirati“ pa je tužbu podnijelo belgijsko Nacionalno tijelo za jednakost. Prema pravu EU nema potrebe za žrtvom poznatog identiteta, nije bilo nužno identificirati onoga tko je bio diskriminiran; i to zato jer je iz formulacije oglasa bilo jasno da se „ne bijelci“ odvrćaju od prijavljivanja, jer su unaprijed znali da neće biti primljeni. http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/07c054_en.pdf

⁷¹ Čl. 24. st. 1. Aktivna legitimacija za podnošenje ove vrste tužbe je određena veoma široko uz pretpostavku dokazivanja opravdanog interesa za zaštitu interesa određenog kolektiva, te pretpostavku da tužitelj učini vjerojatnim da je tuženik diskriminirao veći broj osoba koje pripadaju kolektivu odnosno skupini osoba zaštitom čijih se prava on bavi. Jelušić, D., *ibid.*, str. 9.

koja se po prirodi stvari može povezati s nekom od razlikovnih osobina (spol, etnička pripadnost, vjera, spolna orijentacija, dob i sl.).⁷²

Premda se udruženom antidiskriminacijskom tužbom ne može zahtijevati naknada štete, presuda kojom je utvrđena diskriminacija ima prejudicijelan učinak u svim parnicama koje bi mogla pokrenuti žrtva diskriminacije. Posebno se to odnosi na odštetnu parnicu u kojoj bi tada sud odlučivao samo o postojanju i visini štete, ali ne i o odgovornosti diskriminatora, jer je ta odgovornost utvrđena udruženom tužbom.

III. ZAKLJUČAK

Na kraju ovog izlaganja dolazimo do zaključka kako je za države kontinentalnog pravnog kruga najvažnije da donesu odgovarajuće implementacijsko zakonodavstvo. Naime, zbog zahtjeva načela zakonitosti za određenošću (*lex certa*), nacionalno zakonodavstvo treba odrediti sankciju koja je u međunarodnim dokumentima u pravilu određena kao preporuka u

⁷² Tako je Županijski sud u Zagrebu (Pnz-8/10 od 28. lipnja 2011.) odbio zahtjev tužitelja po udružnoj tužbi za zaštitu od diskriminacije kojom tužitelji kao udruge podnose tužbu protiv tuženika da je izjavama danima u intervjuu objavljenom u dnevnom listu „V. I.“ od 7. studenoga 2010. i baš ona da dok je on predsjednik Hrvatskog nogometnog saveza u hrvatskoj nogometnoj reprezentaciji sigurno ne može nastupiti igrač koji bi se deklarirao homoseksualcem te izjava tuženika da on u svojoj karijeri nije susreo takve igrače (misli se na deklarirane homoseksualce), jer na svu sreću nogomet igraju samo zdravi ljudi. Sud je ocijenio da tužitelji nisu učinili vjerojatnim da bi spornim izjavama tuženika osobe koje pripadaju skupini čija prava tužitelji štite bile stavljene ili mogle biti stavljene u nepovoljniji položaj od drugih osoba, dakle da bi bile diskriminirane. Pri tome prvostupanijski sud ocjenjuje kako sporne izjave tuženika dane kao odgovor na postavljeno novinarsko pitanje imaju značaj izraženog osobnog stava tuženika o toj skupini osoba, a na što on ima pravo.

Međutim, Vrhovni sud u žalbenom postupku (VSRH Gž 41/11 2) smatra izjave tuženika jasnim primjerom izravne diskriminacije odnosno primjerom uznemiravanja s ciljem povrede dostojanstva, omalovažavanja i ponižavanja osoba koje su pripadnici te skupine ljudi, poduzetog s ciljem povrede njihovog dostojanstva, a koje uzrokuje za njih ponižavajuće i uvredljivo okruženje. Ovakve izjave tuženika, bez obzira što su one date kao odgovor na postavljeno pitanje novinara, nemaju značaj izraženog osobnog stava tuženika o osobama iste spolne orijentacije. Tuženik je na postavljena pitanja odgovarao kao predsjednik Hrvatskog nogometnog saveza i kao osoba koja s obzirom na svoje ovlasti i poziciju u Hrvatskom nogometnom savezu ali i u hrvatskom nogometu općenito ima značajni utjecaj na donošenje ključnih odluka glede tog športa, uključujući i pitanja koja se tiču hrvatske nogometne reprezentacije.

određenom obliku ili trajanju, što je i razumljivo jer svaki pravni sustav ima svoje specifičnosti.⁷³

Analizirajući ovu problematiku, jedini nedostatak jest što čl. 87. st. 21. KZ-a ne koristi formulaciju generalne klauzule koja bi obuhvatila i druge elemente koji nisu taksativno nabrojani prilikom definiranja zločina iz mržnje.

Sljedeći zaključak se odnosi na prikladnost vrste i mjere sankcije. Nedvojbeno je da sud prilikom izbora vrste i mjere kazne, a zbog više mogućnosti predviđenih nacionalnim pravom, treba prizvati u pomoć kriminologiju kako bi se istražila kriminogeneza, tj. individualni, socijalni i administrativni aspekt počinjenja kaznenog djela konkretnog počinitelja kako bi se utvrdila odgovarajuća kriminalna prognoza. Sudovi bi doista trebali pažljivo procijeniti sve okolnosti konkretnog slučaja, te osobne i imovinske prilike počinitelja.⁷⁴

Uzimajući u obzir sve prethodno navedeno, cjelokupna slika počinitelja i žrtve će pomoći u budućoj naknadi štete koja se može ostvariti na različite načine i kojoj je cilj uspostava restitutio in integrum.

Ivan Vukušić, Ph.D.

Faculty of Law , University of Split

Nina Mišić Radanović, LLM

Assistant, University Department of Forensic Sciences in Split

PUBLIC INCITEMENT TO VIOLENCE AND HATRED AS FORM OF DISCRIMINATION - CRIMINAL AND CIVIL ASPECT

Summary

Authors analyze the legal regulation of discrimination in the Republic of Croatia. Considering that the most effective protection of this area of human life is realized through the most repressive form of criminal justice and attempt of restitutio in integrum through a civil form, the paper's emphasis is on the Penal Code and the Anti-Discrimination Act and his civil law nature. Finally is concluded, that the legislator, when defining certain terms, should be using a form of general clause that allows the legislation to be " in " without need for frequent changes.

⁷³ Razlika je pravo SAD-a koje čak međunarodno običajno pravo smatra sastavnim dijelom svog unutarnjeg prava. V. više Novoselec, P. (ur.), Posebni dio kaznenog prava, Zagreb, 2007., str. 101.

⁷⁴ Sokanović, L., Prijevare u kaznenom pravu, Zagreb, 2014., str. 38.

Др Горан Јованић
Доцент Факултета за специјалну едукацију и рехабилитацију
Универзитета у Београду
Мр Љепосава Илијић
Институт за криминолошка и социолошка истраживања

ДИСКРИМИНАЦИЈА СТАРИХ ОСОБА У ЗАТВОРСКОМ СИСТЕМУ

Апстракт: Популација осуђеника која је старијег животног доба представља једну хетерогену популацију, чији су положај и права посебно угрожени у затворским установама. Затвори као установе, нису дизајнирани према потребама ове категорије осуђеника, које је најжалост, све више. Са процесом старења становништва, али и растом броја затворске популације, расте и број старих осуђеника у затворима. Проблеми са којима се ови осуђеници сусрећу су вишеструки. Бројни здравствени проблеми, карактеристични за старију популацију, захтевају и додатну медицинску бригу и адекватну здравствену заштиту, која често није доступна у оквиру затворске установе. Виктимизација од стране других осуђеника, али и неприлагођеност третмана специфичним потребама, директно се одражава на могућности укључивања ове популације у третманске садржаје. Аутори у овом раду посебну пажњу посветили су управо анализи услова, проблемима и препрекама са којима се популација старијих осуђеника сусреће у затвору, наглашавајући да прописани међународни стандарди често нису примењени у пракси поступања.

Кључне речи: Старији осуђеници, третман, специфичне потребе, поштовање права.

О СТАРЕЊУ СТАНОВНИШТВА ЗАТВОРСKE И ОПШТЕ ПОПУЛАЦИЈЕ

Једна од последица старења становништва је и повећање броја старијих особа који су починили кривична дела,¹ у многим земљама света. С друге стране, оно што је такође важно, јесте и податак да осуђеност на дуже-временске затворске казне, доводи и до повећања времена

¹ Williams, J. (2012). Social Care and Older Prisoners. *Journal of Social Work*, 13(5) Pg. 471-491. Available on: www.jsw.sagepub.com/cgi/alerts

проведног у затвору, односно, повећава се вероватноћа да ће велики број осуђеника ући у старију животу доб док бораве у завору.

Старење је комплексан, социјални феномен о коме се доста писало и расправљало, али о коме се ипак мало зна. Посебно није лако дефинисати која је то категорија *старих* особа која се налази на издржавању затворске казне.² Неки аутори *старије* осуђенике класификују у категорију оних који имају од 50 до 65 година, при чему су осуђеници преко 65 година класификовани као *стари*.³

Становништво Србије је једно од најстаријих популација на свету, а процењује се да је једна шестина популације старија од 65 година. Највећи проблеми са којима се сусреће ова популација је сиромаштво и постојање хроничних болести, а као њихова последица јавља се и неопходност помоћи друге особе за свакодневно функционисање, одржавање личне хигијене, социјалне и друштвене активности и др.⁴ Да је тачан податак о демографским карактеристикама становништва, потврђују и званични резултати Републичког завода за статистику, који наглашавају да је просечна старост мушкараца у 2011. години у Србији била 40,8 година, а жена 43,5 у поређењу са просечном старошћу у Србији педестих година прошлог века, када се тај просек, за оба пола кретао око 30 година.⁵

Свакако, карактеристике које важе за општу популацију, присутне су и у популацији осуђених лица. Према званичним подацима из извештаја Управе за извршење кривичних санкција у 2013. години, међу осуђеничком популацијом најзаступљенија је категорија осуђеника старошћу од 27 до 40 година која чини 47% укупне осуђеничке популације. Међутим, није занемарљив податак да 10% од укупног броја осуђеника, чине особе старошћу од 50 до 60 година, а 3,6% осуђеници који имају преко 60 година живота.

Резултати бројних истраживања у свету указују на податак о расту стопе затвореника старијих од 60 година. Тако истраживања у затворима у Енглеској говоре да је забележен најбржи раст старије затворске

² Gallagher, E. M. (2001). Elders in Prison. Health and Well-being of older Inmates. *International Journal of Law and Psychiatry*. 24 (2001). Pg. 325 - 333.

³ Uzoaba, J. (1998). *Managing older Offenders: Where we stand?* Toronto: Correctional Services Canada.

⁴ Рашевић, М. (2009). Занемареност сиромашних старих у Србији: Изазов социјалној политици. Социјална мисао, Бр. 4./2009. 73 - 88.

⁵ Републички завод за статистику, (2014). Жене и мушкарци у Републици Србији. Доступно на: www.rzs.stat.gov

популације од 2004. године⁶, односно мушкараца изнад 60 година и жена изнад 50 година. У Британској Колумбији, број осуђеника старијих од 50 година је удвостучен у периоду од пет година (1978-1983), а у канадским затворским установама, проценат је повећан за 9,3% у периоду од 1993-1996. године.

У литератури не постоје усаглашени ставови аутора око питања које су то године када наступа старост, па се тако она различито одређује у различитим земљама. У Америчкој држави Охајо, рецимо, старији осуђеници су они који имају преко 50 година, у Минесоти је та граница 55. година живота, док је у Мичигену 60 до 65 година.⁷

КАРАКТЕРИСТИКЕ ОСУЂЕНИКА СТАРИЈЕ ЖИВОТНЕ ДОБИ

Осуђеници старије животне доби, по својим карактеристикама предствљају једну хетерогену популацију. Ова популација се међусобно разликује по својим потребама, физичким, психичким и менталним могућностима и врло често представљају групу која је угрожена у затворској установи. То угрожавање, често је двостуко, и односи се не само на угроженост због боравка у установи и неприлагођености затворске средине овој популацији, већ и у односу на млађу популацију осуђеника.

Већина истраживања указује на став да су старији осуђеници мање опасни од млађих затвореника, те да је њихов повратак у заједницу, у смислу рецидивизма, мање ризичан. Такође, ова популација је оцењена као она која има најнижи ризик за бекство из затворске установе.⁸

У односу на млађе затворенике, старији затвореници имају више здравствених проблема. Истраживања здравственог стања у федерални затворима Сједињених Америчких Држава, указују да проценат затвореника који је пријавио постојање неког здравственог проблема, расте пропорционално са годинама старости. Тако је у укупној популацији осуђеника старости од 24 до 34 године, свега 28% изјавило да

⁶ Williams, J. (2012). Social Care and Older Prisoners. *Journal of Social Work*, 13(5) Pg. 471 - 491. Available on: www.jsw.sagepub.com/cgi/alerts

⁷ Gallagher, E. M. (2001). Elders in Prison. Health and Well-being of older Inmates. *International Journal of Law and Psychiatry*. 24 (2001). Pg. 325 - 333.

⁸ Staffensmeier, D. & Motivans, M. (2004). Sentencing the older offender: Is there an' age bias? In Rothman, M. Dunlop, B. & Entzel, P.(Eds.) *Elders, crime, and the criminal justice system: Myth, perceptions, and reality in the 21st century*, New York. Springer. Pg. 185 - 206.

има одређене здравствене проблеме, док је у популацији осуђеника преко 45 година, чак 48% пријавило постојање здравствених проблема.⁹

Као најчешћи здравствени проблеми старије осуђеничке популације наводе се кардиоваскуларне болести, ендокрини поремећаји, респираторне болести, али и сензорни дефицити¹⁰. Бројни извештаји наводе да постоје разлике у полу када се говори о здравственим проблемима осуђеника, па тако осуђенице имају два пута веће шансе да пријаве озбиљне здравствене проблеме, него што је то случај код популације осуђених мушкараца.

Старији затвореници представљају посебну популацију у смислу потреба за здравственом заштитом, проблемима индивидуалног прилагођавања условима живота, као и проблема који се тичу породичних односа.¹¹

НЕ/ПРИЛАГОЂЕНОСТ ТРЕТМАНА И ЗАТВОРСКИХ УСЛОВА ЖИВОТА ПОТРЕБАМА СТАРИЈЕ ОСУЂЕНИЧКЕ ПОПУЛАЦИЈЕ

Страна литература указује на чињеницу да затвор као установа погоршава излече у погледу здравља осуђеника. Ако се узму о обзир све специфичности старије осуђеничке популације и здравствени проблеми са којима се сусреће популација старијег животног доба, сасвим је јасно да затвор као установа, са свим својим ограничењима, посебно негативно утиче на ову популацију.

Затворски режим, третман и програми нису довољно прилагођени могућностима и потребама осуђеника који се налазе у старијем животној добу. Ова популација има специфичне потребе и у погледу прилагођавања затворског програма за испуњење њихових специфичних потреба у погледу третманских садржаја, специфичне здравствене заштите, могућностима за образовање, радне активности, слободновременске активности и рекреације.

Иако осуђеници имају законско право на адекватни медицинску негу, бројна истраживања и званични извештаји сугеришу на пропусте

⁹ Kerbs, J. J. & Jolley, J. (2009). A Commentary on Age Segregation for Older Prisoners: Philosophical and Pragmatic Considerations for Correctional Systems. *Criminal Justice Review*. Vol. 34. No.1. Pg. 119 - 139.

¹⁰ Kerbs, J. J. & Jolley, J. (2009). A Commentary on Age Segregation for Older Prisoners: Philosophical and Pragmatic Considerations for Correctional Systems. *Criminal Justice Review*. Vol. 34. No.1. Pg. 119 - 139.

¹¹ Јованић, Г. (2014). Специфичности третмана старих особа у затвору. У: Ковачевић, Ј. & Маћешкић-Петровић, Д. (Ур.) *Специјалне едукација и рехабилитација данас*. Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, стр. 227 - 233.

управо у пружању специфичне медицинске неге болесним и старијим осуђеницима.¹²

У Сједињеним Америчким Државама, чак 90% затворских болница и служби за здравствену заштиту нису успеле да пруже и омогуће осуђеницима основне стандарде медицинске неге и здравствене заштите које су законом прописане. Чини се онда да није преоштро закључити да су старији осуђеници под посебним ризиком од медицинског занемаривања¹³ имајући у виду све сложености њихових потреба у вези са хронично лошим здравственим стањем и старењем.

Проблем здравствене неге и пружања адекватне медицинске помоћи старијим осуђеницима, остаје један од великих проблема. Иако су бројне државе повећале буџетска издвајања за здравствену заштиту осуђених, нажалост, већина затворских система не успева да задовољи основне медицинске потребе осуђеника.¹⁴

Бројне међународне конвенције и декларације обезбеђују и гарантују свим људима, посебно особама лишеним слободе одређене стандарде у поступању и опхођењу. Међутим, често су прописана права, присутна само на декларативном нивоу, односно, без стварних обезбеђивања хуманог поступања и адекватних услова за живот.

Тако *Међународна декларација о људским правима*¹⁵ наглашава да се са сваки осуђеником треба поступати на хуман начин, поштујући његову личност и достојанство. Члан 25. ове декларације директно се односи на старије осуђенике, а у њему се наводи да свако има право на животни стандард који обезбеђује здравље и благостање, укључујући исхрану, одевање, смештај, лекарску негу и доступне социјалне службе, као и право на осигурање у случају незапослености, болести, инвалидности, старости или услед других околности које су изван контроле појединца.

Нешто детаљније услове поступања и принципе који треба да буду поштовани у затворским условима прописују *Стандардна минимална правила о поступању са затвореницима*.¹⁶

¹² Kerbs, J. J. & Jolley, J. (2009). A Commentary on Age Segregation for Older Prisoners: Philosophical and Pragmatic Considerations for Correctional Systems. *Criminal Justice Review*. Vol. 34. No.1. Pg. 119-139.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Robbins, I. P. (1999). Managed health care in prison as cruel and unusual punishment. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90. Pg. 195-162.

¹⁵ Међународна декларација о људским правима, усвојена и проглашена резолуцијом од стране Уједињених Нација 217(III) од 10. децембра 1948. Године.

¹⁶ *Standard Minimum Rights for the Treatment of Prisoners*, (1977). Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Усвојена на првом конгресу

Наиме, поменута правила наглашавају да свака затворска установа мора да има службу за здравствену заштиту, са стручним особљем, а ниво неге и здравствене заштите не сме да се разликује од нивоа који је доступан општој популацији на слободи. Такође, забрањена је дикриминација на основу расе, пола, језика, вероисповести, политичког или другог мишљења, националног порекла, социјалног стања или неког другог статуса. Старији осуђеници могу се сврстати у категорију оних који имају други статус, управо због проблема у здравственом стању, покретљивости и др. Међутим, као што је већ унапред поменуто, већина загарантованих права најчешће остаје само на нивоу прокламације, док су стварни услови, често врло далеко од потребних и неопходних.

И Европска затворска правила¹⁷ (чл. 22. 1.) истичу да сваки затвореник мора имати адекватан режим исхране, који узима у обзир између осталог и старост. У пракси нажалост, установе често нису у могућности да обезбеде посебне режиме исхране старијим осуђеницима, који су прилагођени индивидуалним специфичностима или дијететском режиму исхране, као последица одређених болести (нпр. дијабетес и др.).

Велики број осуђеника, због ограничене покретљивости није у могућности да самостално задовољава своје основне хигијенске потребе нити да учествује у активностима установе, равноправно са другим осуђеницима, млађе животне доби. У таквим случајевима за нормално функционисање овој категорији осуђеника је помоћ стручног особља неопходна. Ограничена или потпуна непокретљивост се често јавља у старијој животној доби, а затворске установе, свакако нису ни архитектонски прилагођене особама са овим проблемима, па је врло често и њихово кретање и приступ одређеним просторијама затворске установе онемогућен.

Посебан проблем када је у питању популација осуђеника старије животне доби, јесте њихово укључивање у образовне, радне, спортске и друге активности, које су саставни дио свакодневних активности и програма поступања. Због своје старости, ова популација најчешће није укључена у образовне садржаје, а због здравствених проблема или неспособности, често нису ни радно ангажовани. Ништа боља ситуација није ни на плану слободно-временских или спортских активности, гдје је

Уједињених Нација за превенцију криминалитета и поступања са преступницима, одржаном у Женеви 1955. и потврђена од Економског и социјалног савета резолуцијама бр. 663 Ц (XXIV) од 31. јула 1957. и бр. 2076. (LXII) од 13. маја 1977.

¹⁷ *Европска затворска правила*, (2006). Савет Европе и Канадска агенција за међународни развој, Београд, усвојена од стране министара савета Европе 2006. године.

немогуће очекивати ангажовање старијих осуђеника. Поставља се као кључно питање, колико је уопште третман и његови садржаји, не/прилагођен потребама ове специфичне популације?

Постојећа литература наглашава постојање још једног проблема са којим се сусрећу осуђеници старије животне доби у затвору, а то је виктимизација старијих осуђеника од стране других, најчешће млађих осуђеника.

Бројна истраживања наводе де је та појава свакодневна и да чини саставни дио затворског живота, о чему сведоче бројни затворски извештаји. У званичним извештајима затворских служби Сједињених Америчких Држава, само у току 1998. године забележено је 59 убиства, 169 физичких напада и преко 6750 медицинских интервенција због физичких повреда. Многи стручњаци упозоравају да ове податке треба узети са резервом те да су стварни бројеви напада много већи из два разлога. Прво, у званичним извештајима су забележени само пријављени, регистровани случајеви, док се мањи инциденти и лакши физички обрачуни често и не пријављују и друго, и сами затвореници често не пријављују да су доживели нападе, због страха од одмазде или освете.¹⁸

Велики број стручних радника наглашава потребу за креирањем што бољег приступа релавантним програмима дизајнираним према потребама старије осуђеничке популације, као и услугама којима је фокус управо на очувању физичке сигурности и безбедности старије популације.

Стручни радници у том смислу предлажу и формирање посебних смештајних јединица и објеката у оквиру казнено-поправне установе, чиме би се побољшала физичка сигурност и безбедност ове популације. Као главне аргументе за предложену сегрегацију наводе резултате студија који потврђују да се старији осуђеници осећају небезбедно када су у присуству млађих осуђеника, као и то да старији осуђеници потврђују да би радије били окружени и учествовали у активностима са осуђеницима који су приближно њихових година.¹⁹

Изузетно лоша економска, материјална и кадровска ситуација у којој се налазе затворске установе, директно се одражава и на омогућавање адекватног третмана и третманских садржаја према осетљивим категоријама, које су у затворским установама посебно

¹⁸ Kerbs, J. J. & Jolley, J. (2007). Inmate on Inmate Victimization Among Older Male Prisoners. *Crime & Delinquency*. Vol. 53. No. 2. Pg. 187 - 218.

¹⁹ Aday, R. H. & Webster, E.L. (1979). Aging in prison: The development of a Preliminary model. *Offender Rehabilitation*, No. 3. Pg. 271 - 282.

Walsh, C. E. (1989). The older and long term inmate growing old in the New Jersey prison system. In: Chaneles, S. & Barnett, C. (Eds.) *Old Prisoners: Current Trends*. New York: Haworth.

угрожене. Брига о осуђеницима који су старије животне доби представља додатни терет затворском особљу, међутим, то не значи да установе и стручне службе могу да се одрекну одговорности у пружању и обезбеђивању примерених услова за живот овој популацији. Посебно питање представља и поштовање основних људских права и угрожавање статуса затвореника у поодмаклим годинама. Стога су учестали апели у правцу развоја политике и стратегија за смањивања стопе затварања старих и инвалидних особа и паралелног прилагођавања затворског третмана потребама ове популације.²⁰

Третман базиран на процени индивидуалних потреба и могућности сваког осуђеника је основа сваке добре корективне праксе, а испитивање потреба, могућности и јачање преосталих капацитета осуђеника који су старије животне доби, треба да представља само први корак у одређивању адекватног поступања и одабира третманских активности.

Програм ресоцијализације, као интервенцијски приступ за старију популацију може бити ублажавајући фактор који ублажава физичко и когнитивно пропадање. Јованић²¹ наводи да резултати страних истраживања указују да позитивне промене у когнитивном функционисању и здравственом статусу настају код особа које су укључене у социјалне интеракције са особама сличних година. Наведено истраживање указује на чињеницу да на пад когнитивних способности старијих особа у великој мери утиче недостатак стимулације у социјалном окружењу. Уколико су стимулације из социјалног окружења оскудне когнитивне способности ће брже пропадати. Осуђеници старијег животног доба укључени у социјалне интеракције исказују мање жалби на своје физичко здравље. Поменути истраживачи то објашњавају чињеницом да интервенцијски приступ може имати ефекта на преусмеравање фокуса са физичког здравља, на неке друге аспекте.²²

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Економска криза у многим земљама Европе и широм света ограничила је и покушаје супротстављања појавама угрожавања права и дискриминације старих осуђеника у затворским условима. Могућности и

²⁰ Јованић, Г. (2014). Специфичности третмана старих особа у затвору. У: Ковачевић, Ј. & Маћешкић-Петровић, Д. (Ур.) *Специјалне едукација и рехабилитација данас*, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, стр. 227 - 233.

²¹ Јованић, Г. (2014). Специфичности третмана старих особа у затвору. У: Ковачевић, Ј. & Маћешкић-Петровић, Д. (Ур.) *Специјалне едукација и рехабилитација данас*. Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, стр. 227 - 233.

²² Ibidem.

потребе старијих осуђеника морају бити препознате од стране затворских стручних служби, и морају послужити као основа за креирање посебних програма поступања, а у складу са циљевима извршења затворске казне. Било какво уштавање програма поступања који неидентификују специфичне потребе и могућности сваке угрожене категорије, доводи до угрожавања загарантованих права и положаја специфичних категорија и њихове дискриминације, с обзиром на немогућност равноправног учествовања у третманским садржајима.

Креатори казнене политике најчешће се окрећу увођењу оштријих облика контроле криминалитета, чак и по цену мање бриге за очување стандарда и услова живота у затворима, нарочито према осетљивим категоријама осуђених лица, као што су старија затворска популација, инвалиди, оболели и др.²³

Услед отежаног положаја на слободи, поготову у затвору, апелује се на развој стратегија за смањивање затварања старих особа и прилагођавање третмана потребама ове групе. Посебна пажња мора бити посвећена питањима обуке затворског особља за рад са овом категоријом, класификације, смештаја, здравствене заштите, приступа програмима и услугама, безбедности, припреми за ослобађање, условне слободе и помиловања.²⁴

²³ Јованић, Г. (2014). Специфичности третмана старих особа у затвору. У: Ковачевић, Ј. & Маћешић-Петровић, Д. (Ур.) *Специјалне едукација и рехабилитација данас*, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, стр. 227 - 233.

²⁴ Јованић, Г. (2013). Третман осуђених са инвалидитетом у затвору. У: Жунић-Павловић, В. (Ур.) *Зборник радова VII Међународног скупа Специјална едукација и рехабилитација данас*, 27 - 29. септембар 2013, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, стр. 156 - 168.

Goran Jovanić, Ph.D.
Assistant Professor
Faculty for Special Education and Rehabilitation
University of Belgrade
Ljeposava Ilijić, LLM
Institute for Criminology and Sociology research, Belgrade

DISCRIMINATION OF THE ELDERLY IN THE PRISON SISTEM

Summary

Population convict who is elderly represent a heterogeneous population, whose position and rights of particularly vulnerable in prisons. Prison as institutions, are not designed according to the needs of these categories of prisoners, which is, unfortunately, more. With the process of aging of the population, and the growth of the prison population, the number of elderly convicts in prisons. The problems that these prisoners face are multiple. Numerous health problems, typical for older people, require additional medical care and adequate health care, which is often not available within the prison facility. Victimization by other prisoners, but also the inappropriate treatment of specific needs, directly affects the possibility of involvement of the population in the corrective treatment activities. The authors of this paper will be dedicated to precisely analyze the situation, problems and obstacles they encountered populations of elderly convicts in prison, noting that the prescribed international standards are often not applied in practice treatment.

Dr Lucija Sokanović

Виши асистент Правног факултета Свеучилишта у Сплиту

SIGURNOSNA MJERA ZABRANE OBAVLJANJA ODREĐENE DUŽNOSTI ILI DJELATNOSTI IZMEĐU DISKRIMINACIJE POČINITELJA I SPECIJALNE PREVENCIJE

Apstrakt: *U radu se nakon kraćeg uvida u preteče sigurnosne mjere zabrane obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti iz odabranih izvora analizira njezina regulacija de lege lata prema odredbama Kaznenog zakona u usporedbi sa odredbama kojima je propisana u švicarskom i njemačkom kaznenom zakonodavstvu te kaznenim zakonima Republike Srbije i Federacije Bosne i Hercegovine. Propitivanje autorice može li zabrana obavljanja dužnosti i djelatnosti predstavljati diskriminaciju osuđenika jasno demantira volja zakonodavca koja se očituje u potrebi otklanjanja okolnosti koje omogućuju ili poticajno djeluju na počinjenje novog kaznenog djela. Dok s normativnog aspekta nema sumnje u isključenje diskriminacije, diskriminiranje počinitelja kaznenih djela u pojedinim konkretnim slučajevima moguće je i izvjesno.*

Ključne riječi: *sigurnosne mjere, zabrana obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti, specijalna prevencija, diskriminacija počinitelja kaznenog djela*

1. UVOD

Zabrana obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti jedna je od devet sigurnosnih mjera propisanih Kaznenim zakonom.¹ Sigurnosne mjere su kao posebna vrsta kaznenopravnih sankcija postale dijelom kaznenopravnih sustava krajem 19. i početkom 20. st., primarno su usmjerene na uzroke i stanja koja poticajno djeluju na delinkventno ponašanje i kao takve predstavljaju vrstu prevencije u okviru represije.² Zakonom propisana svrha sigurnosnih mjera je

¹ Kazneni zakon, NN br. 125/11., 144/12., u daljnjem tekstu: KZ.

² Kurtović Mišić, A., Krstulović Dragičević, A., Kazneno pravo (Temeljni pojmovi i instituti), Udžbenici Sveučilišta u Splitu, Split, 2014., str. 205-296. Autorice dalje navode kako je riječ o posebnoj vrsti kaznenopravnih sankcija koja nije zamišljena kao zlo za počinitelja, već joj je svrha otklon određene opasne situacije koja proizilazi iz ličnosti počinitelja ili nekih stvarnih okolnosti. Usp. Novoselec, P., Bojanić, I., Opći dio kaznenog prava, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2013., str. 450-451. Vidi i Bačić, F., Krivično pravo, Opći dio, Informator, Zagreb, 1995., str. 408-412., Kurtović, A., Zakonska

otklanjanje okolnosti koje omogućavaju ili poticajno djeluju na počinjenje novog kaznenog djela (čl. 66. KZ-a) te zrcali jasnu razliku u odnosu na kaznu čiji je temelj primjene krivnja počinitelja, a svrha generalna i specijalna prevencija.³ Ograničenja u primjeni sigurnosnih mjera postavlja načelo razmjernosti s imperativom da sigurnosna mjera bude u razmjeru s težinom počinjenog kaznenog djela i kaznenih djela koja se mogu očekivati, kao i sa stupnjem počiniteljeve opasnosti.⁴ Svaka kaznenopravna sankcija, pa onda i sigurnosna mjera predstavlja zadiranje u neko od temeljnih prava i sloboda čovjeka i građanina, kod zabrane obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti, riječ je o ograničenju slobode rada. Sukladno odredbi čl. 55. Ustava RH svatko ima pravo na rad i slobodu rada te svatko slobodno bira poziv i zaposlenje i svakomu je pod jednakim uvjetima dostupno svako radno mjesto i dužnost.⁵ „Kazneno pravo u posljednjih dvadesetak godina postupno gubi attribute instrumenta kriminalne politike i sve se više profilira kao instrument sigurnosne politike države. Ta se tendencija najbolje ogleda u sve većoj afirmaciji specifičnih instituta preventivnog karaktera koji se primjenjuju prema opasnim počiniteljima kaznenih djela. Riječ je u prvom redu o seksualnim prijestupnicima, počiniteljima kaznenih djela na štetu djece, počiniteljima krvnih delikata, obiteljskim nasilnicima i sl. Za njih vrijede posebna pravila i njihova su prava u znatnoj mjeri ograničena, nego kad je riječ o ostalima, tzv. običnim delinkventima. Takvo što ne treba čuditi s obzirom na to da su ideje pa i koncepcije o posebnom postupanju prema „opasnim“ delinkventima prisutne u kaznenopravnim znanostima od samog početka njihova profiliranja u samostalne znanstvene discipline.“⁶ Zabranu diskriminacije u kaznenom postupku jamči odredba čl. 6. Zakona o kaznenom postupku.⁷

rješenja u svjetlu primjene mjera upozorenja, sigurnosnih mjera i oduzimanja imovinske koristi, HLJKPP, Zagreb, 2/2000, str. 364.

³ *Ibid.* Temelj primjene sigurnosnih mjera je opasnost počinitelja, a svrha otklanjanje te opasnosti.

⁴ Nova odredba u KZ-u unesena po uzoru na § 62 njemačkog KZ-a u skladu je s čl. 16. st. 2. Ustava RH.

⁵ Čl. 16. Ustava. Slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje. Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. Ustav Republike Hrvatske, pročišćeni tekst, NN br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

⁶ Derenčinović, D., Sigurnosno zatvaranje „opasnih“ delinkvenata – podsjetnik iz Strasbourga, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 64, (5-6), 2014., str. 826., 827. Derenčinović dalje navodi kako je dovoljno prisjetiti se determinističkih teza nekih pripadnika pozitivističke škole o rođenom zločincu, postavki sociološke škole o kronično nepopravljivim delinkventima i, konačno, koncepcije pokreta nove društvene obrane prema kojem je sustav državne represije dopušteno i dejuridizirati ako je to potrebno radi obrane društva od opasnih delinkvenata.

⁷ Propisujući kako je zabranjena diskriminacija sukladno pripadnosti rasi, etničkoj pripadnosti, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili

2. LEKCIJE IZ PROŠLOSTI

Sveobuhvatna analiza pravnih izvora koji su bili na snazi na teritoriju RH, premda znanstveno vrlo privlačna, zbog ograničenog opsega rada nije bila moguća. Zbog toga se u ovom dijelu rada iznosi odabrani i vrlo živopisni prikaz regulacije posebnih pratećih sankcija ili pravnih posljedica osude vezanih uz zvanje ili dužnosti počinitelja kaznenog djela. U *Bračkom statutu*, pored novčane kazne propisane za onoga koji „krivo prisegne“, posebno se propisuje „neka se takvom krivokletniku ni u čemu više ne vjeruje i neka mu se ne povjeri nikakva služba“.⁸ Plemić uhvaćen u krađi je uz plaćanje novčane kazne trebao biti lišen „svake službe i blagodati i da više ne uzmogne biti brački vijećnik“.⁹ U *Splitskom statutu* odredba Gl.L. propisuje da se kradljivcima i krivotvoriteljima ne smiju povjeriti službe. Dapače, tko bi takvu osobu predložio za izbor u neku službu „neka plati komuni pedeset libara, a njegov izbor neka ne vrijedi i neka se ukine po samom pravu. Taj ne smije biti ni prisežnik, ni svjedok. A ako bi se radilo o još očitijem (zločincu), treba (to) razglasiti na komunalnom trgu i upisati njegovo ime u kapitularni grad Splita da bi svima bilo poznato, a načelnik neka ga, vezan prisegom, isključi iz Vijeća.“¹⁰ Prema *Hvarskom statutu*, hvarski plemić koji bi bio prijavljen zbog krađe, pa mu se krađa i „zakonito dokaže, neka bude kažnjen najprije prema statutarnim odredbama a uz to neka zauvijek bude lišen službe i povlastica koje može imati u Hvaru i njegovu distriktu i nikada ga se ne može ni na koji način ili kakvim domišljanjem pomilovati. A ako bi netko za njega tražio milost, neka taj molitelj već samim tim (bude osuđen) da plati komuni sto malih libara i neka

socijalnom podrijetlu, imovnom stanju, članstvu u sindikatu, obrazovanju, društvenom položaju, bračnom ili obiteljskom statusu, dobi, zdravstvenom stanju, invaliditetu, genetskom naslijeđu, rodnom identitetu, izražavanju ili spolnoj orijentaciji. Zakon o kaznenom postupku, NN br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13., u daljnjem tekstu: ZKP.

⁸ Cvitanić, A., Brački statut, Bračko srednjovjekovno pravo, Književni krug, Split, 2006., str. 231.

⁹ *Ibid.* str. 275.

¹⁰ Cvitanić, A., Statut grada Splita, Književni krug, Split, 1998., str. 423. *Zadarski statutu* propisivao je posebnu kaznu, odnosno posljedicu za suce koji su bili neodlučni u nekom sporu. Ukoliko naime, i nakon roka od osam dana „ustraju u svojoj tvrdokornosti i zloći, neka od tada unaprijed zauvijek budu udaljeni iz sudačke službe“. Kolanović, J., Križman, M., *Zadarski statut, Statuta Iadertina*, Zadar, 1997., str. 131.

ga ta kazna dopadne.¹¹ Prema *Lanoviću* pravna je nečasnost (*infamia iuris*) kazna lišavanja časti koju izriče sud na temelju zakona kod određenih kaznenih djela. Ne može se izreći bez izričite zakonske odredbe, ali ne može „ni na osnovu samog zakona krivca da stigne bez pravosnažne osude. Lica sudski oglašena nečasnim isključena su iz svake zajednice čestitih ljudi i predana javnom preziru. Ona ne mogu da poluče, ni da obnašaju bilo ma kakove časti ili javna zvanja. Tako, ne mogu da budu sudijama, bilježnicima, vojnim časnicima, skrbnicima, članovima javnih udruženja. Sudski proglašeni nečasnim ne mogu da vjerodostojno svjedoče, niti da, uopće, lično nastupaju, pa ni da drugoga nekog zastupaju pred sudom.“¹²

3. SIGURNOSNA MJERA ZABRANE OBAVLJANJA ODREĐENE DUŽNOSTI ILI DJELATNOSTI U KZ/11

Novi hrvatski Kazneni zakon usvojio je Hrvatski sabor 21. listopada 2011., stupio je na snagu 1. siječnja 2013. te je donio niz izmjena u odnosu na regulaciju KZ/97.¹³

¹¹ Kasandrić, I., Cvitanić, A., Hvarski statut, Književni krug, Split, 1991., str. 178-179.

¹² Lanović, M., Privatno pravo Tripartita, Tipografija, Zagreb, 1929., str. 138-139.

¹³ Kazneni zakon, NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 11/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11, 77/11. Okolnosti u kojima je pisan *novi zakon Turković*, voditeljica Radne skupine za izradu Kaznenog zakona Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske opisuje na sljedeći način: u Hrvatskoj proteklih dvadeset godina dolazi do snažnog restrukturiranja društva. Sve snažnija je diferencijacija socijalnih grupa. Konstantno raste ekonomska nesigurnost koja dovodi do marginalizacije znatnog broja stanovnika. Osim toga, s jedne strane jača individualizam, a s druge strane sve je veća potreba za uspostavljanjem tolerancije i povjerenja među grupama koje često nemaju puno dodirnih točaka. Udomila se hedonistička-konzumentska kultura koja kombinira široke osobne slobode s vrlo relaksiranom društvenom kontrolom. Sve to prati slabljenje obiteljske kohezije i društvene solidarnosti. Stopa kriminaliteta je u porastu. Hrvatska nije iznimka u tom pogledu – slični procesi odvijaju se i u drugim zemljama (vidi Garland D., *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*, 2001., str. 193-205). Naša praksa kontroliranja i borbe protiv kriminaliteta mora se prilagoditi tim društvenim promjenama i odgovoriti na nove zahtjeve i probleme koje osobe i organizacije susreću u društvu, i to ponajprije u promjenama u kažnjavanju, kaznenoj filozofiji i kaznenoj politici, prevenciji kriminaliteta, tretmanu žrtava i sličnom. Turković, K. u Turković, K. Novoselec, P., Grozdanić, V., Kurtović Mišić, A., Derenčinović, D., Bojanić I., Munivrana Vajda, M., Mrčela M., Nola, S., Roksandić Vidlička, S., Tripalo, D., Maršavelski, A., Komentar Kaznenog zakona, Narodne novine, Zagreb, 2013., XXV., XXVI.

3. 1. Promjene u nazivu mjere

Izmijenjen je sam naslov, odnosno naziv ove sigurnosne mjere u „Zabrana obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti“. Promjene u naslovu tumače se dvostruko: s jedne se strane navodi kako ni u teoriji ni praksi nije bilo utvrđeno u čemu je razlika između zvanja i djelatnosti, pa je za pojam zvanja i djelatnosti dovoljno koristiti samo djelatnost kao najširi pojam koji obuhvaća i profesionalnu i društvenu djelatnost uključujući volonterski rad i rekreativnu djelatnost, a s druge strane bilo je potrebno istaknuti već u naslovu da dužnost ili djelatnost koja se zabranjuje mora biti određena, kako bi se suzbila praksa nekih sudova da u izreci presude kojom se izriče ta mjera samo prepisuju zakonski tekst, ne određujući pobliže dužnost ili djelatnost koja se zabranjuje.¹⁴

3. 2. Zvanje, djelatnost, dužnost

Zvanje se uobičajeno definira kao skup stručnih (radnih) znanja i sposobnosti za obavljanje skupine srodnih poslova stečenih obrazovanjem, institucionalno je definirano i stječe se završetkom obrazovnih programa koje odobrava država te može biti uvjet za obavljanje nekog zanimanja.¹⁵ Vlada Republike Hrvatske je 28. svibnja 2010. donijela zaključak kojim je prihvatila Projekt izrade Nacionalne klasifikacije zanimanja – NKZ 10 i Popisa pojedinačnih zanimanja prema NKZ 10. Nacionalna klasifikacija zanimanja namijenjena je prikupljanju, obradi i diseminaciji službenih statističkih podataka o zanimanjima te kao nacionalni standard službene statistike osigurava jednoznačnu komunikaciju davatelja, nositelja i korisnika podataka, a ponajprije u službenoj statistici Republike Hrvatske. Naime, Nacionalnu klasifikaciju zanimanja odredio je Državni zavod za statistiku (NN br. 111/98.) te je ona izmijenjena i dopunjena 2008. (NN br. 124/08.), tako da su zanimanja na svim razinama klasifikacije zanimanja iskazana u ženskome i muškome rodu. Nacionalna klasifikacija zanimanja 2010. – NKZ 10. objavljena je u NN br. 147/10., i primjenjuje se od 1. siječnja 2011. Osnovna je sastavnica klasifikacije zanimanje – određeno nazivom i šifrom skupine u koju je

¹⁴ Turković, K. *et al.*, *op. cit.* bilj. 13, str. 105.

¹⁵ Pezo, V., gl. urednik, Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 1857. Nadalje riječ je pozivu, zanimanju, profesiji. Šonje, J. (gl. ur.), Rječnik hrvatskoga jezika, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Školska knjiga, Zagreb, 2000., str. 1436.

zanimanje svrstano,¹⁶ a klasifikacijske razine su određene Međunarodnim standardom klasifikacije zanimanja¹⁷ ISCO-08.¹⁸

U odnosu na dužnost i djelatnost, u kaznenopravnoj literaturi se za pojam **djelatnosti** navodi kako obuhvaća sve profesionalne djelatnosti (npr. odvjetnik, javni bilježnik, liječnik, trgovac, ugostitelj i dr.)¹⁹ te društvenu djelatnost uključujući volonterski rad i rekreativnu djelatnost (npr. lov),²⁰ dok je **dužnošću** obuhvaćeno obavljanje određenih državnih službi, ali i nekih poslova u trgovačkim društvima,²¹ ustanovama i drugim pravnim osobama (npr.

¹⁶ NKZ 10 ima četiri razine razvrstavanja zanimanja: prva razina obuhvaća 10 rodova, druga 43 vrste, treća 130 podvrsta, a četvrta razina 436 skupina zanimanja. Prva razina označena je jednoznamenkastom šifrom, druga dvoznamenkastom, treća troznamenkastom, a četvrta četveroznamenkastom šifrom. Str. 6.

¹⁷ Prema odredbi 2) NKZ 10 sljedeći su rodovi zanimanja: 1. zakonodavci/zakonodavke, dužnosnici/dužnosnice i direktori/direktorice; 2. znanstvenici/znanstvenice, inženjeri/inženjerke i stručnjaci/stručnjakinje; 3. tehničari/tehničarke i stručni suradnici/stručne suradnice; 4. administrativni službenici/administrativne službenice; 5. uslužna i trgovačka zanimanja; 6. poljoprivrednici/poljoprivrednice, šumari/šumarke i ribari/ribarke, lovci/lovkinje; 7. zanimanja u obrtu i pojedinačnoj proizvodnji; 8. rukovatelji/rukovateljice postrojenjima i strojevima, industrijski proizvođači/industrijske proizvođačice i sastavljač/sastavljačice proizvoda; 9. jednostavna zanimanja, 0. vojna zanimanja.

¹⁸ Slijedom zabilježenih promjena na tržištu rada u višegodišnjem razdoblju Međunarodna je standardna klasifikacija zanimanja (ISCO-88) izmijenjena i dopunjena te je utvrđena nova Međunarodna standardna klasifikacija zanimanja ISCO-08, čijim se preuzimanjem osigurava usporedivost podataka o zanimanjima u državama članicama Europske unije i ostalim državama svijeta. Tijekom 2009., prema radnom planu Eurostata, Statističkog ureda EU, donesena je Uredba Komisije (EK) br. 1022/2009 od 29. listopada 2009. o izmjenama i dopunama Uredbe (EK) br. 377/2008 o Međunarodnoj standardnoj klasifikaciji zanimanja (ISCO), te Preporuka Komisije (EK) br. 824/2009 od 29. listopada 2009. o primjeni Međunarodne standardne klasifikacije zanimanja (ISCO-08) u popisu stanovništva i ostalim statističkim istraživanjima koja osiguravaju podatke o zanimanjima. Str. 2.

¹⁹ Za djelatnosti vidi Nacionalnu klasifikaciju djelatnosti (NN br. 58/07). Npr. područja: A Poljoprivreda, šumarstvo i ribarstvo, B Rudarstvo i vađenje, C Prerađivačka industrija, D Opskrba električnom energijom, plinom, parom i klimatizacija, do U Djelatnosti izvanteritorijalnih organizacija i tijela.

²⁰ Turković, K. *et al.*, *op. cit.* bilj. 13, str. 105. Najjednostavnije rečeno riječ je o području rada. V. Šonje, J., *op. cit.* bilj. 15, str. 189.

²¹ Djelatnost društva je naziv za određenu vrstu posla koju obavlja društvo i koja je upisana u sudski registar. Djelatnost je uži pojam od predmeta poslovanja, koji predstavlja ukupnost djelovanja određenog trgovca. Sve djelatnosti upisane u sudski registar za određeno društvo smatraju se glavnim djelatnostima, dok se sporednim djelatnostima smatraju sve one djelatnosti koje služe u obavljanju glavne djelatnosti ako se one u manjem opsegu ili uobičajeno obavljaju uz upisanu djelatnost. Mikić, M., Orsag, S., Pološki Vokić, N.,

ravnatelj, direktor, blagajnik i dr.).²² Obito je važno da prilikom izricanje ove mjere predmet zabrane bude što preciznije opisan. Formulacije poput: „zabrana djelatnosti vezanih uz financijsko poslovanje“ neodređene su i generiraju negativne posljedice kako u pogledu osuđenika koji ne zna što smije, odnosno ne smije obavljati, tako i u pogledu nadzora nad izvršenjem mjere.²³

3. 3. Uvjeti koji moraju biti kumulativno ispunjeni za izricanje mjere

Odredbom čl. 71. st. 1. KZ-a propisano je kako će sigurnosnu mjeru zabrane potpunog ili djelomičnog obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti u trajanju od jedne do deset godina računajući od izvršnosti sudske odluke sud izreći počinitelju koji je kazneno djelo počinio u obavljanju dužnosti ili djelatnosti ako postoji opasnost da će zlouporabom te dužnosti ili djelatnosti ponovno počinio kazneno djelo. Za određivanje mjere potrebno je kumulativno ispunjenje dvaju uvjeta: da je počinitelj kazneno djelo počinio u obavljanju dužnosti ili djelatnosti te da postoji opasnost da će zlouporabom te dužnosti ili djelatnosti ponovno počinio kazneno djelo. Mjerodavna je opasnost u vrijeme izricanja presude, a ne u vrijeme počinjenja kaznenog djela.²⁴ Opasnost kao pretpostavka izricanja ove mjere sastoji se u vjerojatnosti da će počinitelj zlouporabom te dužnosti ili djelatnosti ponovno počinio kazneno djelo.²⁵ Sud je utvrđuje u svakom konkretnom slučaju pažljivom ocjenom svih okolnosti.

Švaljek, S., *Ekonomski leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Masmedia, Zagreb, 2011., str. 129.

²² Kurtović Mišić, A., Krstulović Dragičević, A., *op. cit.* bilj. 2, str. 209. Tako i Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.* bilj. 2, str. 460.

²³ Novoselec, P., Bojanić, I., *op. cit.* bilj. 2, str. 461.

²⁴ Upravo po tome se sigurnosne mjere razlikuju od kazni, koje su utemeljene na krivnji koja mora postojati u vrijeme počinjenja kaznenog djela. Ako je opasnost postojala u vrijeme počinjenja kaznenog djela, ali je više nema u vrijeme donošenja presude (npr. zato što se počinitelj u međuvremenu izliječio), nema ni opravdanja za izricanje sigurnosne mjere. *Cit. Idem* Str. 451.

²⁵ Nije dovoljno da je samo „moralno nepodoban“. Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Udžbenici Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2007., str. 477. Drukčije Bačić, F., Pavlović, Š.: „Opasnost se ovdje može uzeti i u širem smislu, kao opasnost da se zbog nezadovoljavajućih moralnih kvaliteta počinitelja mogu očekivati nova kaznena djela pogubna za ugled samog zvanja, djelatnosti ili dužnosti; pritom djelo ne mora biti u neposrednoj vezi s djelatnošću počinitelja.“ Bačić, F., Pavlović, Š., *Komentar Kaznenog zakona*, Organizator, Zagreb, 2004., str. 384. O razlici između „apstraktno-generalne“ i „konkretno-specifične“ opasnosti vidi Derenčinović, D., Getoš, A.-M., Dragičević Prtenjača, M., *Uvjetna sloboda u zatvoru bez zidova- kaznenopravna i kriminološka analiza zahtjeva za „liberalizacijom“ pristupa kaznenoj evidenciji*, HLJKPP, Zagreb, 2/2008., str. 1027-2018.

Dakle, sud mora prilikom izricanja ove mjere voditi računa o navedenim kumulativno ispunjenim uvjetima, odnosno između počinjenog djela i obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti mora postojati uzročna veza.²⁶ Sud nije vezan određenom vrstom kaznenog djela, niti zaštićenim pravnim dobrom, kao niti visinom ili težinom propisane ili izrečene kazne.²⁷ Naravno, svrha sigurnosnih mjera, kao i načelo razmjernosti iz odredbi čl. 66. i 67. KZ-a, pri tome su *condicio sine qua non*. Ukoliko je profesionalni vozač počinio kazneno djelo izazivanja prometne nesreće u cestovnom prometu (čl. 227. KZ) ili obijesne vožnje u cestovnom prometu (čl. 226.) te postoji opasnost ponavljanja kaznenog djela, u načelu će biti dovoljno da mu sud izrekne sigurnosnu mjeru zabrane upravljanja motornim vozilom, a ne zabranu obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti.²⁸ *Novoselec* navodi kako je svrha ove sigurnosne mjere otklanjanje opasnosti koja proizilazi iz profesionalne djelatnosti počinitelja. Njome se primarno ostvaruje sigurnost društva, dok je popravljane u drugom planu; štoviše, ako je počinitelj onemogućen u svojoj profesionalnoj djelatnosti, može to imati i negativne učinke na njegovu resocijalizaciju. Stoga ova mjera može biti vrlo teška za počinitelja pa je to jedan od razloga zašto je sudovi rijetko izriču.²⁹ Obzirom na postojeću odredbu (čl. 71. st. 1.) opravdano se može postaviti pitanje mora li sud utvrditi da je djelo počinjeno u obavljanju dužnosti ili djelatnosti ili zlouporabom dužnosti ili djelatnosti. Naime, prema sadašnjoj odredbi zakonodavac propisuje da je počinitelj kazneno djelo počinio u obavljanju dužnosti ili djelatnosti te da će sud mjeru izreći ako postoji opasnost da će zlouporabom te dužnosti ili djelatnosti ponovno počiniti kazneno djelo. Dikcija odredbe upućuje da pretpostavka za izricanje mjere gradira u zlouporabu, no teško je zamisliti počinjenje kaznenog djela u obavljanju dužnosti ili djelatnosti, a da to istovremeno ne predstavlja i

²⁶ *Kurtović Mišić, A. i Krstulović Dragičević, A.* navode kako je počinitelj upravo obavljanje dužnosti ili djelatnosti iskoristio za počinjenje kaznenog djela (npr. blagajnik koji uzima novac i time čini kazneno djelo pronevjere na štetu povjerene mu imovine). *Op. cit.* bilj. 2, str. 209.

²⁷ Za razliku od švicarskog KZ-a, koji u odredbi čl. 67. st. 1. isključuje primjenu ove mjere ako je u konkretnom slučaju izrečena kazna zatvora manja od šest mjeseci.

²⁸ Primjer je dijelom preuzet iz *Novoselec, P., Bojanić, I., op. cit.* bilj. 2, str. 454. Autori dalje navode kako se ova zabrana u skladu s načelom razmjernosti u praksi gotovo nikada ne izriče vozačima koji su u okviru svjeg zvanja počinili neki prometni delikt jer se smatra da je u takvim slučajevima dovoljna sigurnosna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom koja je lakša za počinitelja. Ovdje valja napomenuti da je riječ samo o načelnom rješenju. Ako konkretne okolnosti djela upućuju na primjenu zabrane obavljanja određene dužnosti ili zvanja, treba izreći ovu mjeru.

²⁹ *Idem.*

zlorporabu dužnosti ili djelatnosti.³⁰ U Zakonu o trgovačkim društvima posebno se propisuje kako član uprave dioničkog društva, kao ni društva s ograničenom odgovornošću ne može biti osoba protiv koje je izrečena mjera sigurnosti zabrane obavljanja zanimanja koje je u potpunosti ili djelomično obuhvaćeno predmetom poslovanja društva za vrijeme za koje traje ta zabrana (čl. 239. st. 2. t. 3., čl. 423. st. 1.).³¹

3. 4. Trajanja mjere

Trajanja mjere je od jedne do deset godina, a računa se od izvršnosti sudske odluke.³² Izvršnost je svojstvo pravomoćne odluke koja se može pozitivno i negativno odrediti. Pozitivno određenje sastoji se u mogućnost ostvarivanja sadržaja odluke u kaznenoj presudi, a negativno tako da se izvršnost označi kao nepostojanje smetnji za ostvarenje sadržaja odluke u kaznenoj presudi.³³ U pravilu, izvršnost stječu pravomoćne odluke, a to su sukladno odredbi čl. 178. ZKP-a presude i rješenja koja se više ne mogu pobijati žalbom ili kada žalba nije dopuštena. Pravomoćna presuda se izvršava kad je uredno dostavljena i kad za njezino izvršavanje ne postoje zakonske

³⁰ *Novoselec* navodi kako se *de lege lata* mjera ne bi mogla izreći nekome tko samo nestručno obavlja svoj posao, ali to ne radi svjesno radi počinjenja kaznenog djela. „Stoga se, primjerice, neće raditi o zlorporabi u slučaju liječnika koji nesavjesno liječi svoje pacijente. Takvo zakonsko rješenje, međutim, nije zadovoljavajuće jer mogućnost izricanja sigurnosne mjere valja proširiti i na slučajeve grubog kršenja dužnosti povezanih s profesionalnom djelatnošću; tek uz tu pretpostavku mogla bi se mjera izreći i liječniku zbog kaznenog djela nesavjesnog liječenja.“ *Op. cit.* bilj. 2, str. 461.

³¹ Zakon o trgovačkim društvima, NN br. 111/93., 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 111/12, 68/13., jednako vrijedi za člana nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora dioničkog društva (čl. 255. st. 2. t. 5.)

³² „Neosnovana je i žalba opt. S. zbog primijenjene sigurnosne mjere, budući da je sud prvog stupnja osnovano primijenio opt. S. sigurnosnu mjeru zabrane obavljanja zvanja, djelatnosti ili dužnosti u znanstveno-nastavnom zvanju u trajanju od tri godine, što prihvaća i Vrhovni sud RH, kao sud drugog stupnja, smatrajući da je trajanje mjere primjereno svim okolnostima počinjenja djela, pri čemu je optuženik pokazao nizak stupanj profesionalnosti i odgovornosti prema zvanju i dužnosti koju je obnašao. Imajući u vidu da je trajanje sigurnosne mjere bliže donjem minimumu trajanja te mjere predviđenom zakonom, očigledno je prvostupanjski sud vodio računa o tome da optuženik nije stekao protupravnu imovinsku korist kao i o ostalim okolnostima koje je cijenio i prilikom donošenja odluke o uvjetnoj osudi.“ Presuda VSRH I KŽ Us 117/2009 od 26. rujna 2011.

³³ Pavišić, B., Komentar Zakona o kaznenom postupku, Dušević & Kršovnik d.o.o., Rijeka, 2013., str. 440.

smetnje.³⁴ Smetnje za izvršenje mogu biti: a) materijalnopravnog (npr. zastara, amnestija, pomilovanje), b) postupovnog (npr. odredbe čl. 507. st. 4.) ili c) izvršnog značenja (npr. odredbe čl. 54.-56. Zakona o izvršavanju kazne zatvora).³⁵ Zastara izvršenja sigurnosnih mjera regulirana je odredbom čl. 85. KZ-a te se sigurnosne mjere ne mogu izvršiti kada od pravomoćnosti presude kojom su te mjere izrečene protekne dvostruko vrijeme od vremena na koje su mjere izrečene, a zastara ne teče za vrijeme za koje se prema zakonu izvršenje sigurnosne mjere ne može započeti ili nastaviti. Amnestiju sukladno odredbi čl. 81. Ustava RH daje Hrvatski sabor. Pomilovanjem se poimence određenoj osobi daje potpuni ili djelomični oprost od izvršenja kazne, zamjenjuje se izrečena kazna blažom kaznom ili se primjenjuje uvjetna osuda, daje se prijevremena rehabilitacija, ukida se ili određuje kraće trajanje pravne posljedice osude, sigurnosne mjere zabrane upravljanja motornim vozilom, zabrane obavljanja zvanja, djelatnosti ili dužnosti ili protjerivanja stranca iz zemlje.³⁶ Izvršenje kazni, sigurnosnih i odgojnih mjera, sukladno odredbi čl. 180. st. 1. ZKP-a propisuje se posebnim zakonom.³⁷

³⁴ Čl. 179. ZKP-a: Ako nije podnesena žalba ili su se stranke odrekle ili odustale od žalbe, presuda je izvršna protekom roka za žalbu, odnosno od dana odricanja ili odustajanja od podnesene žalbe. Ako je zaposlenik tijela koje je korisnik državnog proračuna pravomoćno osuđen, prvostupanjski sud će prijepis pravomoćne osuđujuće presude dostaviti čelniku tog tijela, a ako je osuđen čelnik tijela pravomoćno osuđujuću presudu će dostaviti tijelu kojem čelnik odgovara za svoj rad. Ako je pričuvni časnik ili dočasnik pravomoćno osuđen, prvostupanjski sud će prijepis pravomoćne osuđujuće presude dostaviti tijelu nadležnom za poslove obrane u kojemu se osuđenik vodi u vojnoj evidenciji. Ako ovim Zakonom nije drukčije propisano, rješenja se izvršavaju kad postanu pravomoćna. Nalozi se izvršavaju odmah ako tijelo koje je nalog izdalo ne odredi drukčije. Rješenja i naloge, ako nije drukčije propisano, izvršavaju tijela koja su ih donijela.

³⁵ Pavičić, B., *op. cit.* bilj. 33, str. 441.

³⁶ Čl. 2. Zakona o pomilovanju, NN br. 175/03. Analizom ove odredbe razvidno je kako nije usklađena s KZ-om. Naime, primjenjuje naziv sigurnosne mjere iz KZ/97, dok je sigurnosna mjera protjerivanja stranca ukinuta (uređuje se upravnim propisima, konkretno Zakonom o strancima).

³⁷ Vidi Kos, D., Novosel, D., Nola, S., Božić, H., Klarić, G., Kordej, A., Pavičić, A., Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori kaznenog postupovnog prava, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 113. Aktualni propisi su: Zakon o izvršavanju kazne zatvora, NN br. 128/99, 55/00, 59/00, 129/00, 59/01, 67/01, 11/02, 190/03, 76/07, 27/08, 83/09, 18/11, 48/11, 125/11, 56/13, 150/13, u daljnjem tekstu: ZIKZ; Zakon o izvršavanju sankcija izrečenih maloljetnicima za kaznena djela i prekršaje, NN br. 133/12; Zakon o izvršavanju rada za opće dobro na slobodi i uvjetne osude sa zaštitnim nadzorom u prekršajnom postupku, NN br. 75/09; Zakon o probaciji, NN br. 143/12.

Vrijeme provedeno u zatvoru, kaznionici ili ustanovi ne uračunava se u vrijeme trajanja ove mjere. Dakle, na ovu sigurnosnu mjeru ne primjenjuje se tzv. *vikarijski sustav*.³⁸

3. 5. Opseg zabrane

Zakonodavac u odredbi čl. 71. st. 1. KZ-a navodi kako se sigurnosna mjera može izreći kao zabrana potpunog ili djelomičnog obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti. Također, sukladno st. 4. istoga članka za vrijeme zabrane osuđenik se ne smije baviti određenom dužnosti ili djelatnosti samostalno, za drugu osobu, u pravnoj osobi, ni u ime druge osobe, niti smije ovlastiti drugu osobu da se bavi tom dužnošću ili djelatnošću u njegovo ime i po njegovim uputama.³⁹

3. 6. Osobitosti zabrane obavljanja dužnosti ili djelatnosti u kojima počinitelj dolazi u redoviti kontakt s djecom

Poseban oblik sigurnosne mjere zabrane obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti propisan je za počinitelje sljedećih kaznenih djela počinjenih na štetu djeteta ili djece: ropstva (105. st. 3.), trgovanja ljudima (čl. 106. st. 2. i 3.), teškog ubojstva (čl. 111. t. 2.), usmrćenja (čl. 112. st. 1.), sudjelovanja u samoubojstvu (čl. 114.), sakaćenja ženskih spolnih organa (čl. 116.), teške tjelesne ozljede (čl. 118.), osobito teške tjelesne ozljede (čl. 119.), teške tjelesne ozljede s posljedicom smrti (čl. 120.), kaznenih djela protiv spolne slobode (Glava XVI.) i kaznenih djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta (Glava XVII.). Dvije su posebne značajke zabrane obavljanja dužnosti ili djelatnosti za počinitelje kaznenih djela počinjenih na štetu djeteta: zabrana obavljanja dužnosti ili djelatnosti u kojima dolazi u redoviti kontakt s djecom i kada ova djela nisu bila počinjena u obavljanju dužnosti i djelatnosti te mogućnost doživotnog izricanja. U obrazloženju uvođenja ove odredbe u KZ, navodi se potreba za poštivanjem odredbe čl. 5. st. 3. Konvencije Vijeća Europe o zaštiti djece od spolnog iskorištavanja i spolnih zlouporaba.⁴⁰

³⁸ Prema tzv. *vikarijskom sustavu* prvo se izvršava mjera sigurnosti, a potom se pristupa izvršenju kazne, s tim da se u kaznu uračunava vrijeme provedeno na mjeri sigurnosti. Turković, K. *et al.*, *op. cit.* bilj. 13, str. 101.

³⁹ Slične odredbe su u njemačkom i švicarskom KZ-u.

⁴⁰ Turković *et al.*, *op. cit.* bilj. 13, str. 105. Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, CETS br. 201. Svaka će stranka usvojiti potrebne zakonodavne ili druge mjere, u skladu sa svojim unutarnjim pravom, kako bi osigurala da uvjeti za pristup strukama čije obavljanje podrazumijeva redovite kontakte s

3. 7. Kršenje zabrane

Posljedice kršenja zabrane kod alternativnih sankcija odnosno uz rad za opće dobro i uvjetnu osudu, ili za vrijeme uvjetnog otpusta propisane su u odredbi čl. 71. st. 5. KZ-a.⁴¹ U odnosu na rad za opće dobro, ako osuđenik ne izvrši u potpunosti ili u većoj mjeri zabranu, ili je teško ili uporno krši ili ustrajno izbjegava provođenje zaštitnog nadzora iz čl. 64., ili bez opravdanog razloga krši zabranu, sud će donijeti odluku kojom određuje izvršenje prvotno izrečene kazne.⁴² Sud može opozvati uvjetnu osudu i odrediti izvršenje izrečene kazne osuđeniku koji bez opravdanog razloga krši zabranu iz sigurnosne mjere izrečene uz uvjetnu osudu ili u roku koji mu je određen ne izvrši u potpunosti ili većoj mjeri obveze iz čl. 62., ili ih teško ili uporno krši, ili ustrajno izbjegava provođenje zaštitnog nadzora iz čl. 64. Ako se utvrdi da počinitelj zabranu obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti nije izvršio iz opravdanih razloga ili da je iz opravdanih razloga izbjegavao zaštitni nadzor, sud može obveze zamijeniti drugima, ili mu izreći zaštitni nadzor ako ga do tada nije imao, ili ga može osloboditi obveza, odnosno zaštitnog nadzora, ili mu može produljiti rok za izvršenje izrečenih obveza ili zaštitnog nadzora. Jednake pretpostavke, kao i posljedice propisane su u odnosu na uvjetni otpust u postupanju suca izvršenja (čl. 61. st. 3.).⁴³

djecom osiguravaju da kandidati za te struke nisu prethodno osuđivani za djela seksualnog iskorištavanja ili seksualnog zlostavljanja djece.

⁴¹ O alternativnim sankcijama vidi Kurtović Mišić, A., Krstulović Dragičević, A., Pravno uređenje i primjena rada za opće dobro nakon reforme materijalnog i izvršnog prava alternativnih sankcija, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 64, (5-6), 2014., str. 859-894.

⁴² Čl. 55. st. 8. Ako se utvrdi da počinitelj obveze nije izvršio iz opravdanih razloga ili da je iz opravdanih razloga izbjegavao zaštitni nadzor, sud može obveze zamijeniti drugima, ili mu izreći zaštitni nadzor ako ga do tada nije imao, ili ga može osloboditi obveza, odnosno zaštitnog nadzora, ili mu može produljiti rok za izvršenje izrečenih obveza ili zaštitnog nadzora.

⁴³ Sudac izvršenja će opozvati uvjetni otpust i odrediti izvršenje izrečene kazne ako osuđena osoba tijekom provjeravanja ne izvrši u potpunosti ili u većoj mjeri obveze iz čl. 62. koje su joj određene, ili ih teško ili uporno krši, ili ustrajno izbjegava provođenje zaštitnog nadzora iz čl. 64. Ako se utvrdi da počinitelj obveze nije izvršio iz opravdanih razloga ili da je iz opravdanih razloga izbjegavao zaštitni nadzor, sudac izvršenja može obveze zamijeniti drugima, izreći zaštitni nadzor ako ga do tada nije bilo, osuđenika osloboditi obveza, odnosno zaštitnog nadzora ili mu može produljiti rok za izvršenje izrečenih obveza ili zaštitnog nadzora.

Ako je kršenje zabrane izvršeno nakon izdržane bezuvjetne kazne zatvora ili podmirene novčane kazne, počinitelj može odgovarati za kazneno djelo ne izvršavanja sudske odluke iz čl. 311. st. 2. KZ-a.⁴⁴

3. 8. Obustava izvršenja mjere

Razlikujemo dvije vrste obustave izvršenja mjere. Redovni slučaj odnosi se na zabranu obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti izrečene na temelju čl. 71. st. 1., kada sud po proteku tri godine od početka izvršavanja mjere može na prijedlog osuđenika obustaviti njezino izvršenje ako utvrdi da više ne postoji opasnost da će zlouporabom te dužnosti ili djelatnosti ponovno počiniti kazneno djelo.⁴⁵ U slučaju negativne odluke suda, osuđenik može ponoviti prijedlog, ali ne prije proteka jedne godine od zadnjeg preispitivanja. Opravdano se može postaviti pitanje koji sud odlučuje o obustavi izvršenja: sud koji je izrekao sigurnosnu mjeru ili sud izvršenja. Ako analiziramo druge sigurnosne mjere, obustavu izvršenja obveznog liječenja od ovisnosti određuje sudac izvršenja (čl. 69. st. 5.), dok zakonodavac nadležnost za obustavu obveznog psihijatrijskog liječenja, zabranu približavanja i udaljenje iz zajedničkog kućanstva daje „sudu“.⁴⁶ Dakle, *argumentum a contrario* to bi bio sud koji je izrekao sigurnosnu mjeru. Stvarna nadležnost i djelokrug suca izvršenja propisana je odredbom čl. 42. ZIKZ. Prvo se generalno navodi kako sudac izvršenja štiti prava zatvorenika, nadzire zakonitost u postupku izvršavanja kazne zatvora, te osigurava ravnopravnost i jednakost zatvorenika pred zakonom. Nadalje, sudac izvršenja poduzimanje radnje i odlučuje o: upućivanju na izdržavanje kazne zatvora, sudskoj zaštiti prava odlučivanjem o žalbi protiv odluke upravitelja u određenim slučajevima, odobravanju i opozivu prekida izdržavanja kazne zatvora, odobravanju uvjetnog otpusta i opozivu odluke o uvjetnom otpustu prije otpuštanja na uvjetni otpust, saziva i rukovodi sjednicom vijeća za uvjetne otpuste, odlučuje o opozivu uvjetnog otpusta, računanju kazne (ako odgovarajuću odluku nije donio nadležni sud), obustavi

⁴⁴ Turković *et al.*, *op. cit.* bilj. 13, str. 106. Pavlović navodi kako osuđenik može odgovarati za kazneno djelo nepoštivanja sigurnosne mjere ili, zbog izbjegavanja dvostrukog kažnjavanja, umjesto kaznenog progona mu se može opozvati uvjetna osuda ili rad za opće dobro zamijeniti kaznom zatvora. Pavlović, Š., Kazneni zakon, Libertin naklada, Rijeka, 2012., str. 149.

⁴⁵ Prema odredbi § 70a njemačkog KZ-a, nakon jedne godine. V. Schönke, A., Schröder, H., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, C.H. Beck, München, 1997., str. 858-859.

⁴⁶ Za obvezan psihosocijalni teretman, zabranu upravljanja motornim vozilom, zabranu pristupa internetu, zaštitni nadzor po punom izvršenju kazne zatvora nije regulirana obustava izvršenja.

izvršavanja kazne zatvora zbog zastare, smrti osuđenika ili zatvorenika i izdržane kazne zatvora boravkom u pritvoru ili istražnom zatvoru (ako odgovarajuću odluku nije donio nadležni sud), te ostalim slučajevima propisanim zakonom. Dakle, odluka suca izvršenja u odnosu na obustavu je supsidijarna – „ako odgovarajuću odluku nije donio nadležni sud“ i predviđeni razlozi: zastara, smrt osuđenika ili zatvorenika, kao i izdržana kazna bitno su drukčiji od utvrđivanja opasnosti ponavljanja djela. U slučaju da je zabrana obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti izrečena na temelju odredbe čl. 71. st. 3., sud može na prijedlog osuđenika po proteku deset godina od početka izvršavanja obustaviti njezino izvršenje ako ustanovi da više ne postoji opasnost da će zlouporabom te dužnosti ili djelatnosti ponovno počinuti kazneno djelo.⁴⁷ Novi prijedlog osuđenik može podnijeti, kao i u prethodnom slučaju po proteku jedne godine od zadnjeg preispitivanja.

4. UVID U POREDBENO PRAVO

Budući da su prilikom izrade KZ-a u odnosu na sigurnosnu mjeru zabrane obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti kao uzor navedene odredbe švicarskog i njemačkog KZ-a,⁴⁸ prvo su analizirane ove odredbe, te potom odredbe kaznenih zakona Srbije i Federacije Bosne i Hercegovine.

4. 1. § 67 švicarskog Kaznenog zakonika

Zabrana obavljanja zvanja (*Berufsverbot*) može se izreći počinitelju koji je u obavljanju zvanja, zanata ili djelatnosti, počnio kazneno djelo ili prekršaj, za koje mu je izrečena kazna zatvora dulja od šest mjeseci ili novčana kazna od preko sto osamdeset dnevnih iznosa i ukoliko postoji opasnost od daljnjih zlouporaba. Zabrana konkretne ili usporedive djelatnosti može se izreći u trajanju od šest mjeseci do pet godina⁴⁹ u potpunosti ili djelomično.⁵⁰ U odnosu na hrvatsko rješenje, švicarsko je prošireno te obuhvaća kako djelatnost čijim je obavljanjem počinjeno kazneno djelo, tako i tzv. usporedive djelatnosti (*vergleichbare*). S druge strane, zabrana je sužena jer je vezana izrečenom kaznom. Ovom zabranom isključuje se mogućnost da počinitelj obavlja

⁴⁷ Mogućnost obustave mjere u skladu je s odlukom USRH br. U-I-1162/2008 od 26. lipnja 2011.

⁴⁸ Turković *et al.*, *op. cit.* bilj. 13, str. 105-106.

⁴⁹ Maksimalno trajanje mjere dvostruko je kraće nego u hrvatskom KZ-u.

⁵⁰ U prvom redu cilj je bio spriječiti počinjenje gospodarskih i spolnih kaznenih djela. Vidi Hug, M. u Donatsch, A. (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch und JStG*, Zürich, 2010., str. 168.

djelatnost samostalno, kao organ pravne osobe ili trgovačkog društva, kao opunomoćenik ili zastupnik nekog drugog.⁵¹ Postoji li opasnost da će počinitelj zloupotrebiti svoju djelatnost za počinjenje kaznenog djela, čak i ako je obavlja po uputama i pod nadzorom pretpostavljenog, isključuje se od obavljanja djelatnosti u potpunosti. Izvršavanju mjere posvećena je posebna odredba (67a) kojom je propisano kako zabrana stupa na snagu pravomoćnošću presude, te se trajanje izvršavanja kazne zatvora ili mjere oduzimanja slobode (čl. 59. do 61., 64.) ne uračunava u trajanje zabrane. Ukoliko počinitelj nije izdržao vrijeme kušnje i ukoliko se izvršava uvjetna kazna zatvora ili naloži zamjena u drugu kaznu ili mjeru, trajanje mjere računat će se tek od dana kojim se uvjetuje ili konačno ukida kazna ili kojim se sankcija ukida ili izriče.⁵² Ukoliko je počinitelj izdržao vrijeme kušnje, nadležno tijelo odlučuje o sadržajnom ili vremenskom ograničenju ili ukidanju zabrane. Po proteku najmanje dvije godine izvršavanja zabrane, počinitelj može zatražiti od nadležnog tijela sadržajno ili vremensko ograničavanje ili ukidanje mjere. Ako se ne očekuje daljnja zlouporaba, a počinitelj je već nadoknadio štetu, nadležno tijelo će ukinuti zabranu u slučajevima st. 3. i 4.⁵³ Ovakva odredba u skladu je sa svrhom sigurnosnih mjera te je sasvim opravdano u slučajevima kada opasnosti daljnje zlouporabe nema, pa je dakle ostvarena svrha - specijalna prevencija, ukinuti zabranu.

4. 2. § 70 njemačkog Kaznenog zakonika

Odredba § 70 njemačkog Kaznenog zakonika kojom se propisuju pretpostavke izricanja zabrane obavljanja zvanja ekstenzivna je i opisna: ukoliko je netko osuđen zbog protupravne radnje koja se može podvesti pod zlouporabu zvanja ili djelatnosti ili grubu povredu s tim povezane dužnosti, ili ako nije osuđen samo zato jer je njegova nesposobnost za krivnju dokazana ili se ne može isključiti, sud mu može zabraniti obavljanje zvanja i djelatnosti, u potpunosti ili djelomično, u trajanju od jedne do pet godina, ukoliko se na temelju ukupne ocjene počinitelja i djela može utvrditi opasnost da će pri daljnjem obavljanju zvanja ili djelatnosti počinuti značajne protupravne radnje opisane vrste. Zabrana se može izreći doživotno kada se očekuje da zakonom propisano najdulje vrijeme za obranu od opasnosti koja prijete od počinitelja,

⁵¹ Preuzeto u čl. 71. st. 4. KZ-a.

⁵² Čl. 67a st. 2.

⁵³ U ovoj se odredbi očituje kako se priroda zabrane kao sporedne kazne nije još u potpunosti izgubila. *Idem.* Str. 169.

nije dovoljno.⁵⁴ Ukoliko je počinitelju zabrana već prethodno izrečena, skraćuje se najmanja mjera trajanja zabrane za vrijeme u kojem je djelovala prethodna zabrana djelatnosti, no ne smije biti kraća od tri mjeseca. Za vrijeme trajanja zabrane počinitelj ne smije obavljati zvanje ili djelatnost za drugu osobu, niti za sebe posredstvom druge osobe koja ovisi o njegovim uputama.⁵⁵ Zabrana proizvodi pravne učinke pravomoćnošću presude. U trajanje zabrane ne uračunava se vrijeme za koje je počinitelj u nekoj ustanovi.

4. 3. Krivični zakonik Republike Srbije

Svrha sigurnosnih mjera u Krivičnom zakoniku Republike Srbije⁵⁶ je otklanjanje stanja ili uvjeta koji mogu utjecati da počinitelj ubuduće ne čini kaznena djela. Zabrana vršenja poziva, djelatnosti i dužnosti propisana je odredbom čl. 85., no vrlo ograničeno. Naime, fakultativna zabrana obavljanja određenog poziva, određene djelatnosti ili svih ili nekih dužnosti vezanih za raspolaganje, korištenje, upravljanje ili rukovanje tuđom imovinom ili za čuvanje te imovine može se izreći počinitelju kaznenog djela ako se opravdano može smatrati da bi njegovo daljnje obavljanje takve djelatnosti bilo opasno.⁵⁷ Prema tome, izricanje mjere moguće je samo za određene zlouporabe vezane za imovinu, dakle, u obzir dolaze ne samo imovinska, već i primerice službenička i gospodarska kaznena djela. Propisivanje mogućnosti izricanja ove mjere u slučajevima kaznenih djela na štetu djece, kao u čl. 71. st. 3. KZ-a, ali i širenje primjene neovisno o vrsti počinjenog kaznenog djela nužno je radi adekvatne zaštite društva i usklađivanja s *acquis communautaire*. Trajanje mjere ne može biti kraće od jedne niti duže od deset godina, računajući od dana pravomoćnosti presude, s time da se ne primjenjuje vikarijski sustav. Ako je zabrana izrečena uz uvjetnu presudu, te prekršena, sud uvjetnu presudu može opozvati.

⁵⁴ V. Lackner, K., Kühl, K., Strafgesetzbuch, Kommentar, C.H. Beck, München, 2007., str. 482-485.

⁵⁵ Više v. Tröndle, H., Fischer, T., Strafgesetzbuch und Nebengesetze, C.H. Beck, München, 1999., str.583-589.

⁵⁶ Krivični zakonik, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/05, 88/05-ispr., 107/05.-ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14.

⁵⁷ Kritički o ograničenoj zabrani iz odredbe čl. 60. KZ RS vidi i Babić, M., Marković, I., Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2009., str. 441-442.

4. 4. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine

Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine⁵⁸ propisuje pet sigurnosnih mjera; dvije medicinske (obvezno psihijatrijsko liječenje, obvezno liječenje od ovisnosti) i tri nemedicinske (zabranu vršenja poziva, aktivnosti ili funkcija, zabranu upravljanja motornim vozilom i lišenje predmeta) sa propisanom svrhom otklanjanja stanja ili uvjeta koji mogu poticajno djelovati da počinitelj u budućnosti ne čini kaznena djela (čl. 71. i 72.). Analizom odredbe čl. 76. koja propisuje pretpostavke izricanja zabrane vršenja poziva, aktivnosti ili funkcije, može se zaključiti kako je ova mjera ograničena samo na kaznena djela vezana za imovinu koja je počinitelju bila povjerena ili kojoj je imao pristup. Naime, ova sigurnosna mjera može se izreći počinitelju koji je počinio kazneno djelo u vezi sa imovinom koja mu je bila povjerena ili kojoj je imao pristup zahvaljujući svom pozivu, aktivnosti ili funkciji ako postoji opasnost da bi takvo obavljanje moglo poticajno djelovati da počinio novo kazneno djelo zlouporabom svog poziva, aktivnosti ili funkcije u vezi sa imovinom koja mu je povjerena ili kojoj ima pristup. Mjera se može izreći u trajanju od jedne do deset godina, međutim, za razliku od RH od dana pravomoćnosti presude,⁵⁹ te se vrijeme provedeno na izdržavanju kazne zatvora ne uračunava u vrijeme trajanja ove sigurnosne mjere. Kada počinitelj prekrši ovu zabranu tijekom izvršavanja rada za opće dobro na slobodi kao zamjeni za kaznu zatvora, sud mu može odrediti izvršenje kazne zatvora, a ukoliko je zabrana prekršena tijekom vremena provjeravanja određenog u uvjetnoj osudi, također je propisana fakultativna mogućnost opoziva uvjetne osude.

5. DISKRIMINACIJA ILI ZAŠTITA LEGITIMNIH INTERESA - UMJESTO ZAKLJUČKA

Predstavlja li zabrana obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti ograničenje prava i sloboda počinitelja kaznenog djela? Nesumnjivo predstavlja ograničenje slobode rada zaštićenog u nacionalnim ustavima, ali i u međunarodnim dokumenatima.⁶⁰ No, je li ovakvo ograničenje ujedno i diskriminacija počinitelja? Polazeći od definicija diskriminacije u Konvenciji o

⁵⁸ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine FBiH“ br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10.

⁵⁹ Od izvršnosti presude, v. *infra* 3.4.

⁶⁰ Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, čl. 6.: Države članice ovog Pakta priznaju pravo na rad koje uključuje pravo svakoga na mogućnost da živi od slobodno izabranog ili prihvaćenog rada, i poduzet će odgovarajuće mjere kako bi zaštitile to pravo.

ukidanju svih oblika diskriminacije žena ili Konvenciji o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije ili Zakona o ravnopravnosti spolova, pojednostavljeno bi se moglo reći da se kod diskriminacije radi o kršenju načela jednakog postupanja, nedvojbeno jednog od izvorišnih načela suvremenih demokracija.⁶¹ Pritom je važno da je to kršenje motivirano različitom rasom, bojom kože, spolom ili nekom drugom tzv. diskriminatornom osnovom osobe pravo koje se krši.⁶² Za razliku od izravne diskriminacije koja podrazumijeva situaciju u kojoj se prema nekoj osobi, zbog njezina drukčijeg rasnog i/ili etničkog porijekla, postupa nepovoljnije no što bi se postupalo prema drugoj osobi u takvoj situaciji, o neizravnoj diskriminaciji je riječ kada jedna razvidno neutralna odredba, kriterij ili praksa dovede osobe određenog rasnog ili etničkog porijekla u nepovoljniji položaj u usporedbi s drugim osobama, osim ako su ta odredba, kriterij ili praksa objektivno opravdani zakonitim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja primjerena su i nužna.⁶³ Sasvim je jasno da kada KZ propisuje sigurnosnu mjeru zabrane određene dužnosti ili djelatnosti, ovakva odredba ima legitiman cilj (otklanjanje okolnosti koje omogućavaju ili poticajno djeluju na počinjenje novog kaznenog djela) te su sredstva za postizanje tog cilja primjerena i nužna.

Međutim, vrlo opravdano se može postaviti pitanje, može li i u kojem trenutku zabrana obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti predstavljati diskriminaciju konkretnog počinitelja. Ako je nekom počinitelju kaznenog djela odmjeren kazna zatvora u trajanju od dvije godine, ta mjera mora po uvjerenju suda biti upravo ona koja je dovoljna da se njome ostvari retributivni, generalnopreventivni, ali i specijalnopreventivni dio svrhe kažnjavanja.⁶⁴ Što to onda glede specijalnopreventivne svrhe znači, da se nakon izvršenja te kazne mora osuđeniku još daljnjih, recimo pet godina zabraniti obavljanje zvanja koje mu je omogućilo počinjenje kaznenog djela zbog kojeg je osuđen.⁶⁵ Ako je, naime, u izabranoj vrsti i mjeri kazne sadržana i svrha utjecaja na počinitelja da ubuduće ne čini kaznena djela, ne primjenjuje li se još i sigurnosna mjera zbog toga što se već kod izricanja odmjerene kazne *a priori* ne vjeruje u njezino specijalnopreventivno djelovanje uopće, odnosno ne u dovoljnoj mjeri.⁶⁶

⁶¹ Derenčinović, D., Getoš, A.-M., Dragičević Prtenjača, M., *op. cit.* bilj. 25, str. 1038.

⁶² *Idem.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Horvatić, Ž., Kazneno pravo, Opći dio, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2003., str. 240.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.* Opravdanje za takvu primjenu sigurnosne mjere može se sastojati u shvaćanju da je kazna uvjetovana ili inače lakša za počinitelja no što bi bila kad sigurnosna mjera ne bi bila primijenjena.

Uvodno postavljeno pitanje posebno se aktualiziralo u slučaju liječnika kojemu je ovakva zabrana izrečena zbog koruptivnih kaznenih djela.⁶⁷ Niti jedan od tri, odnosno četiri suda koji su odlučivali u ovom predmetu, nije se bavio pitanjem trajanja izrečene sigurnosne mjere zabrane obavljanja zvanja, djelatnosti ili dužnosti liječnika, koja je izrečena na pet godina, niti je smanjio njezino trajanje.⁶⁸ Za ovu mjeru je karakteristično, da se počinje primjenjivati tek nakon izdržavanja kazne. Njezinom primjenom onemogućava se počinitelja u obavljanju njegove djelatnosti i zvanja liječnika, čime mu se uskraćuju sredstava za život, pa ga mjera pogađa možda i više od same kazne zatvora.⁶⁹

⁶⁷ Optuženik je u vremenskom razdoblju od studenog 1998. godine do kolovoza 2006. godine primao „darove“ od svojih pacijenata kako bi preskočili listu čekanja na operativne kardiovaskularne zahvate te bili ranije operirani. Time je počinio osamnaest kaznenih djela primanja mita iz članka 347. KZ97, i to deset kaznenih djela pravog pasivnog podmićivanja (članak 347. stavak 1. KZ97), četiri kaznena djela nepravog pasivnog podmićivanja (članak 347. stavak 2. KZ97) te četiri kaznena djela naknadnog pasivnog podmićivanja (članak 347. stavak 3. KZ97).⁶⁷ Prvostupanjski sud je utvrdio za četiri kaznena djela pravog pasivnog podmićivanja kazne zatvora od jedne godine za svako djelo, a za šest kaznenih djela kazne zatvora u trajanju od osam mjeseci za svako kazneno djelo. Za dva kaznena djela nepravog pasivnog podmićivanja utvrdio je kaznu zatvora od šest mjeseci za svako djelo, a za druga dva djela kaznu zatvora od pet mjeseci za svako od njih. Za sva četiri kaznena djela naknadnog pasivnog podmićivanja utvrdio je za svako djelo kaznu zatvora u trajanju od tri mjeseca, te ga je osudio na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od devet godina uz što mu je izrekao sigurnosnu mjeru zabrane obavljanja zvanja djelatnosti ili dužnosti u trajanju od pet godina. Oduzeta mu je i protupravno stečena imovinska korist u iznosu od 21.834,68 eura te 3.500 USD. Vrhovni sud, kao drugostupanjski, preinačuje presudu prvostupanjskog suda tako što u odnosu na dva kaznena djela utvrđuje nastup apsolutne zastare kaznenog progona, a preostala djela kvalificira kao jedno produljeno kazneno djelo. Za to jedno djelo izriče kaznu zatvora u trajanju od pet godina kao maksimalnu kaznu zatvora koja je bila propisana za pravo pasivno podmićivanje, kao najteži oblik djela prema važećem Kaznenom zakonu, te mu umanjuje protupravno ostvarenu imovinsku korist na iznos od 18.269,22 eura. *Cit.* Dragičević Prtenjača, M., doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, str. 372-373.

⁶⁸ Prvostupanjski sud je primijenio sigurnosnu mjeru zabrane obavljanja zvanja, djelatnosti ili dužnosti liječnika-kardiokirurga, umjesto da je sigurnosnu mjeru prilagodio potrebama slučaja pa primijenio zabranu obavljanja zvanja i djelatnosti liječnika kardiokirurga. Mjera nosi skupni naziv zabrana obavljanja zvanja, djelatnosti ili dužnosti, kako bi se pokrilo većinu situacija na koje se mjera može primijeniti, pa se prilikom njezine primjene treba odlučiti za jednu ili dvije varijante (zvanje i djelatnost; ili zvanje i dužnost i slično). *Cit. Idem.*

⁶⁹ Dok se počinitelj djela nalazi u zatvoru njegovo je uzdržavanje osigurano. Međutim, kada se jednom nađe na slobodi tada on ne može više raditi ono za što se školovao, što zna raditi i što je cijeli život radio, tako da mu se primjenom mjere ustvari ugrožava opstanak. Kako je kazna ta koja mora biti razmjerna stupnju krivnje počinitelja, pa se izricanjem kazne zapravo određuje težina počinjenog kaznenog djela, te se njom anulira počinjeno djelo, a

Budući da je temelj izbora vrste i mjere pojedine sigurnosne mjere opasnost počinitelja u vrijeme izricanja presude opravdano se može postaviti pitanje koliko bi počinitelj bio opasan nakon izdržane kazne?

Beccaria je davno tvrdio kako je „prava i jedina mjera kazne za zločine šteta koja se nanese društvu a ne, kao što su neki pogrešno mislili, namjera učinioca. Namjera ovisi o trenutnom utisku predmeta na učinioca i o njegovom prethodnom raspoloženju, a jedno i drugo je kod raznih ljudi različito, pa se i kod istog čovjeka mijenja već prema tome kako se brzo izmjenjuju njegove misli, ideje i prilike.“⁷⁰

Detaljna analiza zakonskog uređenja sigurnosne mjere zabrane obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti *de lege lata* upućuje na zaključak o isključenju diskriminacije počinitelja kaznenog djela s normativnog aspekta. Dapače, odredba čl. 71. KZ-a ima legitiman cilj jasno izražen u zakonom propisanoj svrsi sigurnosnih mjera kao otklanjanje okolnosti koje omogućavaju ili poticajno djeluju na počinjenje novog kaznenog djela. Nadalje, i sredstva za postizanje tog cilja primjerena su i nužna. Međutim, diskriminiranje počinitelja kaznenog ili kaznenih djela u pojedinim konkretnim slučajevima moguće je i izvjesno osobito imajući u vidu pretpostavke izricanja mjere i njezino trajanje.

njezinim izdržavanjem počinitelj biva slobodan čovjek, te se uzima da je „dao svoj dug društvu“; tada bi kazna koja se izriče prema uvjetima za odmjeravanja vrste i mjere kazne trebala biti ono što je odraz počinjenog kaznenog djela, a sigurnosna mjera kao dopunska sankcija ono čime se otklanja opasnost počinitelja za buduća činjenja djela. Iz ovog predmeta proizlazi da je naglasak bio na sigurnosnoj mjeri, kako bi se počinitelja spriječilo da dalje čini ova djela. *Cit. Idem.*

⁷⁰ Beccaria, C., O zločinima i kaznama, Uvod i prijevod s talijanskog, Cvitanić, A., Književni krug, Split, str. 87.

Lucija Sokanović, Ph.D.
Senior Assistant
Faculty of Law, University of Split

**SECURITY MEASURE OF THE PROHIBITION OF CERTAIN DUTIES
OR ACTIVITIES BETWEEN DISCRIMINATION OF THE
CONVICTED PERSON AND SPECIAL PREVENTION**

Summary

In the paper, after a brief insight into the precursors of security measure of the prohibition of certain duties or activities from selected sources, its regulation *de lege lata* is analyzed within the provisions of the Criminal Code in comparison with the provisions of the Swiss and German Criminal Code and the Criminal Code of the Republic of Serbia and the Federation of Bosnia and Herzegovina. Questioning of the author whether the prohibition of the performance of certain duties and activities constitute discrimination of the convicted person clearly denies the aim of the legislature, which is reflected in the need to eliminate the conditions which enable or encourage the perpetration of another criminal offense. In the scope of legislative there is no doubt in the exclusion of discrimination, but discrimination against the perpetrators of crimes in concrete cases it is possible and likely.

Мр Бобан Симић

Предавач Криминалистичко-полицијске академије у Београду

Др Жељко Никач

Ванредни професор Криминалистичко-полицијске академије у Београду

САВРЕМЕНИ КОНЦЕПТ ПОЛИЦИЈСКОГ РАДА У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Апстракт: Прелазак са традиционалног реактивног, ка акцији усмереног стила обављања полицијских послова, на услужно оријентисани концепт полиције у заједници представља најзначајнију позитивну промену у полицијској филозофији. Увођење савременог концепта полицијског рада уследило је као последица ограничености традиционалног полицијског модела који је био претежно реактиван у односу на контролу криминала и неспособан да развије и одржи блиске радне релације са заједницом у контроли криминала. У контексту новог модела организације и начина рада полиције у Републици Србији учињени су значајни помаци и у односу полиције према мањинама, социјално рањивим и другим групама грађана. Уважавајући страна и домаћа искуства, сугестије међународних партнера и захтеве стручне и шире јавности, МУП Републике Србије је у периоду од демократских промена до данас изградио платформу за побољшање односа према мањинама, социјално рањивим и другим групама у заједници. У том смислу, од изузетног значаја је успех остварен у изградњи капацитета полиције у овој области, уз велику помоћ међународне заједнице, путем пројеката и на друге начине.

Кључне речи: полиција, дискриминација, заједница, грађани.

1. УВОД

Промене у модерном друштву XXI века, нарастајући криминалитет и други облици угрожавања безбедности показали су да су увелико превазиђени модел централизоване организације полиције, њена репресивна (реактивна) улога и бирократски однос и дистанца према заједници.

Прелазак са традиционалног - реактивног, ка акцији усмереног стила обављања полицијских послова, на услужно оријентисани концепт полиције у заједници представља најзначајнију позитивну промену у

полицијској филозофији. Увођење концепта *полицијје у заједници* уследило је као последица ограничености традиционалног полицијског модела који је био претежно *реактиван* у односу на контролу криминала и неспособан да развије и одржи блиске радне релације са заједницом у контроли криминала.

Заменом *традиционалног* модела *савременим*, полиција смањује репресију и у први план ставља *превентивно деловање*, излазећи у сусрет захтевима заједнице. Због тога можемо рећи да се концепт *полицијје у заједници* све више препознаје као *идејни темељ* који највише одговара демоктарској полицијској служби. Он се базира на поштовању људских права, одговорности и потреби да се ефектне полицијске операције спроведу у партнерству са заједницама за које полиција врши јавну услугу. Оваква *филозофија* се фокусира на заједницу – јавност – и на њене потребе као и на то да полиција на одговоран начин и кроз поштовање људских права служи заједници.

У *Републици Србији* је усвојен концепт *полицијје у заједници* као светски модел организације и начина рада полицијје, који полази од тога да је полиција јавни сервис који *служи заједници*, штити интересе друштва и његових припадника и *универзалне вредности* као што су: људска и мањинска права, грађанске слободе, равноправност, суживот у различитостима (националне групе и заједнице), развој етичких и културолошких вредности и др. Томе је у великој мери допринело усвајање Закона о забрани дискриминације (Службени гласник Републике Србије бр. 22/09), који представља прекретницу у изградњи ефикасног и кохерентног подсистема забране дискриминације у оквиру правног система Републике Србије, што у будућности треба да доведе до успешног спречавања и забране дискриминације те кажњавања одговорних у случајевима кршења забране дискриминације.¹

Мањине, социјално рањиве и друге групе грађана у контексту новог модела организације и начина рада полицијје у Републици Србији добијају знатно већу пажњу. МУП Републике Србије је у периоду од демократских промена до данас изградио платформу за побољшање односа према мањинама, социјално рањивим и другим групама у заједници. У том смислу, од изузетног значаја је успех остварен у

¹ Разлоге за доношење овог закона можемо поделити у три основне групе: 1) поштовање међународних стандарда и обавеза, 2) стварање ефикасног подсистема забране дискриминације и 3) ефикасно спречавање и кажњавање случајева дискриминације у Србији.

изградњи капацитета полиције у овој области, уз велику помоћ међународне заједнице, путем пројеката и на друге начине.

Први пројекти и документи у вези са тим, који су углавном покренути и спроведени у кооперацији са иностраним партнерима дали су полазни оквир за однос полиције према мањинама и социјално рањивим групама. У питању су пионирски подухвати у овој области, у погледу новог концепта организације и рада полиције.²

2. ПРОГРАМИ САРАДЊЕ ПОЛИЦИЈЕ И МАЊИНСКИХ ГРУПА

О формалним облицима сарадње између полиције и заједнице указујемо на програме рада и сарадње полиције са мањинским заједницама. Најчешће су у питању *националне мањине (групе)* које су пореклом из суседних земаља и по правилу су стуб добросуседских односа, изградње мостова пријатељства и разумевања између народа и држава. Међутим, у историји људске цивилизације бележимо, нажалост, и честе ситуације у којима су мањине и однос према њима биле разлог и повод непријатељстава, ратних и других сукоба између држава. Исто тако, унутар самих држава долазило је до озбиљних етничких, међунационалних и других сукоба, међу којима су се неки десили у блиској прошлости и завршили са веома тешким последицама.

Посебно је од велике важности и сарадња полиције и мањинских заједница, јер доприноси да мањине доживљавају државу у којој живе као своју домовину и као комплементарну држави порекла. Поред осећаја *припадности* држави у којој живе, потребно је да се припадници националних мањина истински осећају *равноправно*, посебно у односу на припаднике већинског народа и да буду у могућности да остварују своја *људска права, грађанске слободе* и друга универзална права. Оно што је од непроцењиве важности у остваривању тих циљева јесу државни органи и њихов професионалан, законит и непристрасан однос према свим странкама, дакле и према припадницима националних мањина.

Полиција у друштву пружа једнаку правну заштиту свим грађанима, односно, у ширем смислу, свим људима, без обзира на расу, верску, политичку, националну и другу припадност. У том контексту, полиција је дужна да омогући уживање права мањинама и њиховим припадницима, без дискриминације и изузетака. Оно што су дужни да омогуће свим грађанима полиција, органи унутрашњих послова и правосуђа јесте *доступност правде за све и под једнаким условима*, дакле

² Пројекат *Однос полиције и мањинских и социјално рањивих група*, завршни извештај прве фазе пројекта, ОСЦЕ, Бритисх Цоунсил и МУП РС, Београд, 2006.

и представницима мањина у нашој заједници. Није потребно посебно наглашавати значај прогресивног приступа, јер је простор некадашње СФРЈ крајем минулог века био поприште ратних сукоба услед националне, верске и друге нетолеранције и мржње.

Савремени концепт организације и начина рада полиције у заједници, претпоставља успостављање *сарадње* и *партнерских односа* и са мањинским, етничким и верским групама, затим развој *толеранције* и *спречавања конфликта* у случају међуетничких и других сукоба. У измењеним друштвеним околностима у Србији полиција је искрено посвећена заштити мултикултуралних вредности, етничких, националних, расних, верских, људских и мањинских права и грађанских слобода. Као професионални стандард, развија се прилагођавањем полиције амбијенту мултиетничких хетерогених заједница, јер пружа боље сагледавање и разумевање радне проблематике окружења и ефикасније решавање потенцијалних проблема.

У оквиру програма рада полиције са мањинским заједницама присутни су различити *аспекти*: вредносни, организациони, комуникативни и др.

Вредносни аспект полицијског рада у мањинским заједницама подразумева да *полиција* познаје, уважава и штити систем вредности мањинских друштвених група у заједници, сагласно унутрашњем и међународном праву и стандардима.

Активна улога представника мањина и маргинализованих група у друштву представља основ *организационог аспекта*, и да се у складу са тим, полиција ангажује у имплементацији програма превенције и решавању безбедносних проблема. *Представници мањина* укључени су у савете (одборе) за безбедност и радна тела формирана за послове безбедности у заједници. У оквиру МУП РС подстичу се припадници мањина да конкуришу за пријем у Центар за основну полицијску обуку (ЦОПО), затим у радни однос на другим позицијама, обуку и запошљавање у хетерогеним срединама имајући у виду структуру становништва (баланс)

Комуникативни аспект подразумева да полицајци одржавају контакте са представницима мањина који су по пореклу из тих заједница, или полицајци који добро познају њихове културолошке, националне, обичајне, верске и друге особености. У питању су успостављање и унапређење комуникације, размена информација, сарадња и партнерство са мањинским групама.

3. НЕФОРМАЛНИ ОБЛИЦИ САРАДЊЕ

Остваривање како институционалних тако и ванинституционалних контакта полиције, важан је део у имплементацији савременог концепта који су мање формални и у неким случајевима чак пожељнији. У погледу круга учесника, са становишта предмета сарадње, нормално је да полиција превасходно остварује контакте и сарадњу са субјектима који су везани за област безбедности у којој има инхерентну надлежност. Полазећи од субјеката учесника у овом процесу у друштву полиција генерално остварује конекције са скоро свим субјектима у заједници, без дискриминације и равноправно. У сваком случају, деловање полиције и сарадња са осталим субјектима у функцији су квалитета живота у друштву и остварења осталих универзалних вредности.

Полиција остварује контакте и сарадњу ванинституционалног (неформалног) карактера са многобројним субјектима у заједници преко својих органа и представника, превасходно поводом питања из области безбедности и у вези са тим. У овом делу указаћемо на поједине важније облике неформалне сарадње који се остварују са веома важним субјектима у друштву, као што су: организације цивилног друштва (невладине организације), медији, спортски клубови, организације културе, различите непрофитабилне асоцијације и др.

3.1. Организације цивилног друштва (НВО)

Организације цивилног друштва, познате и под мање популарним називом „невладине организације“, замишљене су као субјекти ванинституционалног карактера који нису оптерећени претераним формализмом, бирократијом и спорим процедурама. Арибут „невладине“ (nongovernment) те организације носе због тога што нису класични буџетски корисници – влада их или не финансира или их минимално материјално дотира. У питању су субјекти који нису доминантно економског (интересног) карактера, већ стручне провенијенције и програмске оријентације у којој преовлађују прихватљиви алтернативни садржаји. У том смислу, потенцијални утицај извршне власти знатно је мањи, пре свега у делу програма, активности и мера ових организација.

У погледу МУП РС и области рада које покрива полиција, подсећамо да је сарадња са НВО била присутна и у прошлости, али је била знатно мањег значаја и интензитета. Након познатих друштвених промена крајем 2000. године дошло је до „отопљавања“ односа између полиције и друштва, па је присуство организација цивилног друштва

(НВО) данас више него очигледно и ове организације имају велики утицај у заједници. У погледу послова полиције НВО су генерално важан *корективни фактор* у области безбедности заједнице, јер могу да истакну одређене приоритете и критички се одреде према активностима званичних органа и др. Појединачно, утицај НВО се огледа у могућности да представници учествују у дебати о конкретним питањима, затим у припреми посебних стратегија, планских докумената, програма рада и на друге начине.

Познато је да домаће и стране невладине организације делују у границама Републике Србије, са којима одређене контакте и сарадњу има и МУП РС. У контексту овог истраживања поменућемо неке од НВО са којима су остварени контакти и сарадња, уз напомену да из објективних разлога нисмо у могућности да децидирано наведемо све организације са којима је остварена или се остварује сарадња.

У погледу међународних невладиних организација, треба поменути и *DCAF (Democratic Control Army Force)* – Организацију за демократску контролу безбедносних снага са седиштем у Женеви (Швајцарска). У сарадњи са том организацијом представници МУП РС су учествовали на више семинара и скупова, посебно у области рада УГП и интегрисаног управљања границом. Додајемо да МУП РС има официра за везу при Департману *DCAF* за југоисточну Европу са седиштем у Љубљани (Словенија). Уз сагласност МУП РС као оснивача, КПА је 2011. године потписала споразум о сарадњи са том организацијом, на основу којег је ове године на специјалистичке студије КПА уписано неколико полазника *DCAF* курсева и семинара.

Фондација Ханс Зајдел (*Hanns Seidel*) из Немачке која има посебну канцеларију у Београду, а покрива подручја Србије и Црне Горе је такође једна од међународних невладиних организација присутних код нас. Са овом међународном невладином организацијом МУП РС је успоставио добру пословно-техничку сарадњу, пре свега у делу који се односи на организовање скупова и семинара из области рада полиције. Тако је Фондација била суорганизатор више семинара са УСП са темама из области безбедности саобраћаја, затим са УГП на теме везане за безбедност границе, УКП (спречавање криминалитета), УП (полиција у заједници) и др. Одређени вид сарадње са Фондацијом успоставила је и КПА, па су тако организовани научно-стручни скупови (2010-2015) на тему евроинтеграција и борбе против криминала.

Када су у питању *стручне публикације*, МУП РС је имао и има добру сарадњу са појединим међународним (владиним и невладиним) организацијама. Као пример наведемо *ICRC (International Committee of the Red Cross)* – Међународни комитет Црвеног крста и сарадњу на

публикацији „Служити и штитити“ (*To serve and to protect*).³ На идентичан начин је остварена сарадња са колегама из Шведске (приручник за криминалистичке техничаре), такође из Швајцарске – Кантон Базел (приручник за *community policing*) и др.

Београдски центар за људска права, помињемо у случају домаћих невладиних организација са којим је МУП РС уназад неколико година организовао више стручних скупова и семинара на тему рада полиције, поштовања људских права и грађанских слобода. Даље се наводе Виктимолошко друштво Србије и друга стручна удружења са којима је МУП РС имао добру сарадњу, као и са једним делом Криминалистичко-полицијске академије (КПА). Подсећамо на сарадњу КПА и Београдског фонда за политичку изузетност у области родне равноправности и заштите од дискриминације.

Сви видови сарадње су пожељни и потребни, па тако и она која се одвија посредством организација цивилног друштва (невладиних организација). Поред примарне корективне функције НВО, веома су важна остала позитивна искуства, затим принципи објективности, неутралности, непристрасности, професионализма и др. Међутим, слобода деловања НВО не сме бити изговор за *ванправно понашање* појединаца из редова организација, попут: непрофесионалног мешања у рад полиције, нарушавања принципа оперативног рада, повреде начела прекршајног и кривичног поступка, вулгарног и лаичког тумачења људских права и грађанских слобода и других примера изигравања универзалних вредности и права.

3.2. Сарадња са медијима и јавност у раду

Нови модел организације и начина рада полиције који је промовисан у Републици Србији сходно савременом концепту полицијског рада, донео је и одређене професионалне стандарди, начела и принципе. Једно од најважнијих начела јесте начело јавности у раду, које је прихватила српска полиција и оно се базира на познатој максими „полиција је јавност, јавност је полиција“, како је то прокламовано још у Пиловим реформама пре два века у Енглеској.⁴ У савременим условима то подразумева транспарентност полиције, јавност у раду и отвореност и, с тим у вези, потпуну друштвену контролу рада полиције и критички осврт јавности.

³ C. de Rover, *To serve and to protect*, Human Rights and Humanitarian Law for Police and Security Forces, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1998.

⁴ Никач, Ж., *Полиција у заједници*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2010.

Многе полицијске организације у свету ради унапређења односа са јавношћу формирале су *канцеларије за односе са јавношћу* и ангажовале експерте који ће се бавити њиховим радом.⁵ На нашем простору то је посебно дошло до изражаја после трагичних догађаја у последњој деценији минулог века, када су посебно појачани јаз и неповерење између грађана и полиције. Даље су основане *тзв. отворене куће* и ангажовани *портпароли* који имају за циљ добијање подршке заједнице и побољшање слике друштва о полицији. Том приликом сачињени су и поједини пилот програми унапређења односа полиције и заједнице и грађани су на изванредан начин учествовали у програмима превенције криминала.

У оквиру кабинета министра формиран је *Биро за сарадњу са медијима* (БЗМ), с циљем да се обезбеди отворена и што боља комуникација полиције и јавности, док су на нивоу ПУ за град Београд и осталих ППУ формиран деташирани за медије или гласноговорници, познатији под енглеским називом *PR (public relations)*. Смисао постојања тих органа је не само да обезбеде адекватну сарадњу са медијима и правремено информисање јавности, већ да поправе слику из прошлости о полицији као апарату репресије и што више је приближе јавности. Конференције за медије се периодично организују, организују си и посете новинара седишту МУП РС и организационим јединицама и њихово присуствовање полицијским вежбама, активностима и другим манифестацијама. Повремено се одржавају и мање манифестације „свечарског“ карактера када се одржавају пригодни сусрети (коктели) са посленицима „седме силе“, куртоазног и неформалног карактера.

МУП РС – Биро за сарадњу са медијима је још 2008. године донео акт под називом *Упутство о основним стандардима у поступању са медијима*, акт је донешен у складу са обавезама из члана 5 Закона о полицији, члана 3 ЗКП, одредбама Закона о јавном информисању и Закона о слободном приступу информацијама. У питању је документ који није формално-правно озваничен као поверљив, нити другом ознаком сходно класификацији, али је *de facto* интерни акт, усмеравајућег карактера, који даје смернице за поступање у овој области. У документу се наводе следећи делови: циљеви, обим рада, унутрашња организација, овлашћења, захтеви новинара, комуникација са новинарима на лицу места, комуникација путем саопштења, конференције за новинаре, кампање и

⁵ Шире: Кешетовић, Ж., *Задовољство заједнице полицијом: Западно аустралијско искуство, Безбедност*, бр. 4/97, 1997.

анализа медија.⁶ Мишљења смо да је у питању пионирски покушај да се помире две крајности: слобода новинарског извештавања (информације) и тајност поступка, али због природе акта нисмо у могућности да се дубље упустимо у садржину. Посебно се указује на водећу улогу јавног тужилаштва у вођењу кривичног поступка, затим на претпоставку невиности и потенцијалне штетне последице услед изношења информација у јавност.

Биро за сарадњу са медијима је припремио и посебан документ под називом *Стратегија комуникације*, који је објављен у облику флајера од четири стране. У оквиру Стратегије се наводе следећи делови: *Увод*, *Визија*, *Мисија*, *Вредности*, *Циљеви (општи, специфични)*, *Стратешке поруке*, *Циљне групе*, *Оцена резултата – евалуација*, *Примена Стратегије и контакти*.

Смернице ЕУ у развоју комуникација се наводе у уводном делу као стратешки оквир и с тим у вези јавност рада као „једна од основних карактеристика деловања полиције у државама са дугогодишњом демократском традицијом, а посебно у земљама у транзицији које желе квалитативне промене у структури полиције“.⁷ Тај став се темељи на дефиницији полиције као јавне службе чија је обавеза информисање јавности о догађајима и појавама из делокруга рада, уз напомену да је ускраћивање информација законски изузетак који постоји у врло уском кругу оправданих случајева.

У *Визији* и *Мисији* подсећа се на генералне ставове МУП-а РС у целини, док се у делу под насловом *Вредности* наводи неколико категорија: транспарентност, одговорност, креативност, проактивност, безбедносна култура и др.

У одељку *Циљеви* као општи циљ наводи се развој подршке и поверења грађана, па у том контексту и унапређење екстерне и интерне комуникације. Даље се наводе многобројни специфични циљеви, са основном идејом да се званична информација МУП-а РС за јавност пружи благовремено, те да се не дозволи да се вести формирају путем гласина које уносе осећај несигурности. Даље се наводе задовољство грађана радом МУП-а РС, поверење у полицију и подизање нивоа свести грађана и запослених, унапређење унутрашњих капацитета, обука и стручно усавршавање.

Одељак *Стратешке препоруке* садржи део у којем се посебно

⁶ *Упутство о основним стандардима у поступању са медијима*, МУП РС, Кабинет министра, Биро за сарадњу са медијима, Интерно, Београд, 2008.

⁷ *Стратегија комуникације 2010–2012* МУП РС, МУП РС, Кабинет министра, Биро за сарадњу са медијима, Београд, 2010, Званични сајт МУП РС.

наводи развијање културе добрих комуникација по линијама рада, затим конструктиван двосмерни дијалог и други професионални стандарди.

3.3. Сарадња са спортским, културним и осталим удружењима

Сарадња са спортским, културним и другим удружењима и асоцијацијама у оквиру новог модела организације и начина рада полиције према савременом концепту заузима значајно место. Смисао сарадње полиције са спортским, културним и другим удружењима је пре свега потребан ниво безбедности на спортским и другим јавним приредбама, што у крајњој линији има за циљ успех сваке манифестације и потребан ниво квалитета живота у заједници. Подела на формалне и неформалне облике сарадње овде је у великој мери превазиђена и, како је речено, само је у функцији лакшег излагања и систематике текста.

У претходном периоду постојале су одређена комуникација и сарадња представника полиције и спортских, културних и других удружења. Међутим, трагични ратни догађаји на овим просторима и њихове последице урушили су темеље заједнице и друштвену наградњу – науку, културу, спорт и друге области. Покидане су ионако танке везе између представника полиције и спортских клубова, културних секција и других удружења.

Идеја о сарадњи полиције са спортским клубовима, културним и другим удружењима и посебно са њиховим члановима и симпатизерима рехабилитована је након демократских друштвених промена. Нормативна основа за то је пре свега *Закон о полицији*, у којем се у члану 6 наводи следеће:

„Полиција сарађује са органима територијалне аутономије и локалне самоуправе на предузимању мера ради остваривања безбедности људи и имовине.

Полиција сарађује и са другим органима и установама, невладиним и другим организацијама, мањинским и другим организованим групама и самоорганизованим појединцима ради развијања партнерства у спречавању или откривању деликата и њихових учинилаца и остваривања других безбедносних циљева.

Полиција остварује сарадњу, у складу са законом, другим прописом и према професионалним смерницама које упутством даје министар“.⁸

Сходно чл. 17–19 Закона о полицији регулисана је сарадња

⁸ *Службени гласник РС*, бр. 101/05 и 63/09.

полиције са органима територијалне аутономије и локалне самоуправе, затим могућност за побољшање услова рада полиције, међународна сарадња и ангажовање и др.

Од осталих нормативних извора од значаја за рад полиције и сарадњу са спортским, културним и другим удружењима наводимо неколико важећих прописа: Закон о удружењима грађана, Закон о јавним окупљањима, Закон о ЈРМ и др. У питању су прописи који су донети знатно раније и данас су делимично анахрони, али до усвајања нових комплементарних норми полиција примењује важеће прописе. Ради отклањања евентуалних правних празнина, треба усагласити важнија тумачења са органима правосуђа, пре свега са прекршајним и кривичним судовима, јавним тужилаштвом и др. Подсећамо да су донете и неке новије норме, као нпр. Закон о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама (тзв. Антихулигански закон),⁹ затим Закон о спорту,¹⁰ Закон о младима и други прописи.

Полиција остварује сарадњу са спортским, културним и другим удружењима кроз различите видове и облике комуникације, као што су састанци, размене информација, стручни сусрети и др. Састанци са присталицама клубова и дружења један су од важнијих облика комуникације и сарадње, јер доприносе изградњи међусобног поверења, равноправних односа и уважавања.

Савремени модел организације и рада полиције иде за тим да формалним и неформалним облицима и видовима сарадње обезбеди амбијент сигурности, универзалних вредности и одговорности за будућност заједнице и на тој основи промовише концепт безбедне заједнице.

4. ЗАКЉУЧАК

Полиција је одувек представљала моћну организацију, а полицијски службеник лице са делегираним правом хапшења али и употребе непосредне силе. Међутим, настаје проблем због тога што полицајци некад заборављају на стварну сврху и законске димензије својих овлашћења, примењујући силу и третирајући скоро сваког грађанина као потенцијалног криминалца. Грађани су нарочито осетљиви на случајеве неједнаког односа полиције према појединим категоријама становништва (због нације, расе, разлика у материјалном и друштвеном статусу и сл). Лоши односи полиције и грађана огледају се у виду

⁹ *Службени гласник РС*, бр. 67/03 – основни текст и ЗИД бр. 101/05, 90/07 и 111/09.

¹⁰ *Службени гласник РС*, бр. 24/11.

пасивног става грађана према криминалним догађајима у својој околини и не пружања помоћи полицији, међусобног неповерења, сумње у способност полиције итд.

С обзиром да ефикасност функционисања полиције у највећем обиму зависи од подршке, сарадње, поштовања и непосредне помоћи грађана, изнећемо *предлоге и сугестије* који за циљ имају унапређење поступања полиције према мањинским и социјално рањивим групама, затим изградњу бољег друштвеног амбијента и хармонизованих односа у заједници у Републици Србији. Крајњи циљ је борба против свих видова дискриминације и у том смислу заштита људских и мањинских права, грађанских слобода и осталих универзалних вредности.

Предлози и сугестије :

– *транзиција* друштва је довела, поред осталог, до стварања више маргинализованих група, па је неопходна анализа социјалне структуре и прилагођавање деловања полиције овим променама;

– *реформа полиције*, нова организација и децентрализација су императив развоја службе и напретка заједнице, уз раније најављену (већ закаснелу) лустрацију;

– боља *едукација* полиције, припадника мањина и заједнице с циљем промене ставова полиције, разбијања предрасуда и стереотипа;

– *пријем припадника мањина у полицију* и, с тим у вези, прилагођавање програма, припрема за пријемне испите, похађање наставе на матерњем језику, систем тзв. квота за припаднике мањина за пријем на Криминалистичко-полицијску академију и Центар за основну полицијску обуку (ЦОПО);

– афирмација *полицијског позива* и интересовање младих за полицију су веома важни, као и стимуланс заједнице кроз пристојан материјални статус (плата, стан) и боље услове рада (возила, рачунари, лабораторије);

– вишејезичка комуникација, познавање језика средине и издавања докумената, уверења и потврда на *језицима националних мањина*;

– диференциран приступ полиције према *жртвама* у односу на специфичности, социјалну рањивост, осетљивост, положај и емпатију за њих, без чега пријава насиља представља додатну трауму за жртву;

– статистика, евиденције и праћење *тзв. злочина из мржње*;

– побољшање рада *правосудних органа*;

– усвајање *нових прописа* о НВО, антидискриминацији, равноправности полова и других, поједностављење *процедуре* и ефикаснији поступак;

– побољшање *мултиресорске сарадње*, формирањем међуресорских тимова и максимално ангажовање државних органа и цивилног друштва;

– остваривање сарадње и боља међусобна размена искустава полиције, центара за социјални рад и других субјеката у заједници.

Boban Simić, LL.M

Lecturer

The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Željko Nikač, Ph.D.

Associate Professor

The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

MODERN CONCEPTS OF POLICING WORK AGAINST DISCRIMINATION

Summary

The transition from the traditional reactive, to action-oriented style of doing police work on the service-oriented concept of community policing is the most significant positive change in the police philosophy. The introduction of the modern concept of police work followed as a consequence of the limitations of the traditional police model that was mostly reactive in relation to crime control and unable to develop and maintain close working relations with the community in crime controlling. In the context of a new model of organization and methods of work of the police in the Republic of Serbia made significant progress in the relationship between police and the minorities, socially vulnerable and other groups of citizens. In the context of a new model of organization and methods of work of the police in Serbia have made significant progress and in respect of the police towards minorities, socially vulnerable and other groups of citizens. Taking into account foreign and domestic experiences, suggestions and requests international partners professional and general public, the Ministry of Interior of the Republic of Serbia in the period of democratic change to date has built a platform to improve the treatment of minorities, socially vulnerable and other groups in the community. In this sense, of great importance is the success achieved in building the capacity of the police in this area, with great help from the international community, through projects and in other ways.

Мр Здравко Грујић

**Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици**

ПРИМЕНА ЕЛЕКТРОНСКОГ НАДЗОРА У ИЗВРШЕЊУ АЛТЕРНАТИВНИХ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА И МЕРА

Апстракт: *Глобални тренд прописивања и примене алтернативних кривичних санкција и мера представља карактеристику и кривичног законодавства Републике Србије. Доношењем нових закона и новелирањем одређених решења у овој области заокружен је правни оквир за хуманији приступ у односу на блаже форме криминалног понашања. Коришћење савремених технолошких средстава у алтернативном приступу кажњавању, иако до скоро у сфери фикције, представља реалност савременог друштва.*

У раду аутор разматра питања примене електронског надзора код извршења алтернативне кривичне санкције „кућног затвора“, алтернативне мере за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку - „кућног притвора“ и код института условног отпуста. Иако је, у тренутку овог истраживања, примена електронског надзора могућа само код поменутих института сигурни смо да нас у блиској будућности чека знатно шира примена овог система контроле и надзора лица у оквиру кривичноправног система.

Аутор у раду указује и на могуће случајеве дискриминације приликом примене електронског надзора у извршењу алтернативних кривичних санкција и мера.

Кључне речи: *електронски надзор, алтернативне кривичне санкције и мере, кућни затвор, кућни притвор, условни отпуст*

1. УВОД

Као општи појам електронски надзор се односи на модалитете контроле локације, кретања или специфичног понашања одређеног лица у оквиру кривичноправног система¹ коришћењем савремених

¹ На овај начин дефинисан је појам електронског надзора у Препоруци Савета Европе о електронском надзору која је усвојена 19. фебруара 2014. године. *Council of Europe*,

телекомуникацијских и електронских система и средстава. Данашња примена електронског надзора базирана је на систему радио фреквенције, биометријском систему или моделу заснованом на коришћењу сателитских технологија.²

Електронски надзор се јавља у већини модерних кривичноправних система усмерених ка прописивању и примени алтернативних кривичних санкција и мера. Решења из упоредног права показују да се електронски надзор може применити као самостална кривична санкција, модалитет у извршењу кривичне санкције, као специфична мера пре, за време или након кривичног поступка или модалитет у извршењу одређене мере, па чак и као мера која се примењује након извршене кривичне санкције према специфичним категоријама учинилаца кривичних дела.

Примена нових технологија у виду електронског надзора и праћења један је од најзначајних облика мера тзв. технокорекције и представља стварност постмодерног друштва, а омогућена је интензивним технолошким напретком и развојем технолошке инфраструктуре, али и културним преображајем друштва.³ Глобална епидемијска пренасељеност пенитенцијарних установа и висока цена изградње нових капацитета чине основне разлоге за ширење концепта алтернативног кажњавања, и уз примену мера електронског надзора,⁴ док је коришћење технолошких иновација све приступачније и представља карактеристику свих сфера савременог друштва, укључујући и област у којој се то најмање очекивало – кривичноправни систем.⁵

Committee of Ministers: Recommendation CM/Rec (2014) 4 on electronic monitoring, доступна на: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2163631>, приступ мај 2015. године.

² *Ibidem*.

³ Н. Мрвић-Петровић, *Алтернативне кривичне санкције и поступци*, 2010, стр. 84.

⁴ М. Renzema, Е. Mayo-Wilson, *Can electronic monitoring reduce crime to high-risk offenders*, *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 1, Issue 2, New York, 2005, str. 215. Међународни центар за истраживање затвора у свом десетом издању Светске листе затворске популације указује да је у 2013. години у свету укупно 10,2 милиона лица лишених слободе (у притвору или на издржавању казне). Највећу квоту лица лишених слободе имају САД (716 на 100.000 становника), следе државе средње Америке, док је код највећег броја држава у свету квота преко 100, а у око 54% држава испод 150 лица (изузетак су државе Скандинавије, и по неке од држава западне Европе и западне Африке). Према овом извору, квота лица лишених слободе у Републици Србији је 142. Видети: Roy Walmsley, *International Centre for Prison Studies, World Prison Population List, 10th edition*, London, UK, 2013.

⁵ „Данас је временски интервал између развоја новог производа и пласирања на тржиште је скоро тренутан. Ми више немамо луксуз времена да предвидимо последице примене технолошке иновације на друштво или на потенцијална кршења наших права и приватности које примена иновација може произвести.“ Т. Fabelo,

Систем електронског надзора у оквиру казненог система појављује се по први пут 1983. године у САД, у Новом Мексику. Судија *Jack Love* изрекао је меру електронског надзора према осуђеном на једномесечну казну затвора пошто је прво установљено да нема уставних препрека, због могућег угрожавања права грађана на приватност.⁶ Електронски надзор је у наредним годинама био прихваћен у највећем броју држава САД, а примена овог начина контроле лица почела је да се прописује и примењује у бројним кривичноправним системима.

Током времена развијани су и примењивани различити системи електронског надзора,⁷ међу којима су два преовлађујућа: систем базиран на коришћењу радио фреквенције (*RF – radio frequency*) и, све учесталији, систем базиран на глобалном позиционирању преко сателита (*GPS – global positioning system*). Систем заснован на радио фреквенцији функционише преко електронског предајника који се поставља на одређени део тела лица према коме се ова врста надзора спроводи (*tagging*) и пријемника који се налази у непосредном окружењу и који преноси податке у компјутерски систем органа који је надлежан за извршење електронског надзора. Савременији систем заснован је на глобалном позиционирању путем сателита и њиме се омогућава прикупљање података о локацији на којој се лице налази (затворени простор) али и потпуно прецизних података о промени локације на којој се лице налази на отвореном простору, у реалном времену. Имајући у

“*Technocorrection: The Promises, the Uncertain Threats*” in: *Sentencing and Correction, Issues for the 21st Century*, No. 5, 2002, str. 5.

⁶ Правни основ је нађен у чињеници да је “са гледишта права и слобода осуђеног, који би иначе “седео” у затвору, повољније било да буде ограничен у свом праву на приватност и на слободу кретања тиме што је надледан у властитом дому, уз услов да на то пристаје”. Н. Мрвић-Петровић, *Алтернативне кривичне санкције и поступци*, 2010, стр. 89. Први системи електронског надзора јављају се двадесетак година раније када су браћа *Ralph* и *Robert Schwitzgebel (Gebel)* експериментисали са прототиповима уређаја за електронски надзор у помоћ студената и волонтера са Харварда. *Ralph Gebel* и *William Hurd* регистровани су патент, 1964. године, који је контролисао кретање лица до удаљености до 400 метара али је био прегломазан за ношење. Видети: М. Black, R. G. Smith, *Electronic monitoring in the Criminal justice System, Australian Institute of Criminology Trends and Issues in crime and criminal justice*, Canberra, 2003, str. 1; А. Н. Crowe, L. Sydney, P. Bancroft, B. Lawrence, *Offender Supervision with Electronic Technology*, Lexington, Kentucky, 2002, str. 2.

⁷ Најзначајне системе представљају систем надзора преко радио фреквенције (*RF*), сателитски надзор (*GPS*), даљинско праћење употребе алкохола (*RAM – remote alcohol monitoring*), употреба компјутера као замена за разговор са овлашћеним лицем за надзор кретања (*KR - kiosk reporting*). М. Nellis, D. Lehner, *Scope and Definitions of Electronic Monitoring*, European Committee on Crime Problems, Council of Penological Cooperation, PC-CP (2012) 7 rev 2, Strasbourg, 2012, str. 2.

виду да су технолошким иновацијама трошкови коришћења система електронског надзора путем глобалног позиционирања вишеструко умањени, данас је коришћење овог система у пракси све учесталије.⁸

Примена електронског надзора као алтернативне кривичне санкције или мере отворила је бројне правне, социјалне, етичке и моралне дилеме. О евентуалним последицама које би примена технолошких иновација могла да има на друштво и потенцијална кршења људских права није било озбиљнијих истраживања зато што се већ започело са применом нових технологија у оквиру кривичноправних система.

Иако је неопходна претпоставка за примену електронског надзора претходна и изричита сагласност лица које се електронски надзире, за које се претпоставља да такав начин контроле и ограничења права и слободе сматра „блажим“ у односу на класични начин лишења или ограничења слободе, основна права тог лица, а посебно права лица из непосредне близине надзираног лица, могу бити угрожена или предмет дискриминације по различитим основама.

О потреби афирмисања прописивања и примене електронског надзора као алтернативне кривичне санкције или мере и обавези да се националним законодавством регулише област како би се умањили негативни ефекти примене електронског надзора на лични и породични живот надзираног лица, и у односу на трећа лица, посебно је значајна Препорука Савета министара Савета Европе број 4/2014. године о електронском надзору.⁹

⁸ Тако нпр. у САД пораст броја лица према којима се примењује електронски надзор путем система GPS значајно расте последњих година: 2005 – 10.250; 2006 – 20.046; 2007- 37.299; 2008 - 62.121; 2009 – 91.329 лица. Примена система радио фреквенције је у благом порасту: 1999 – 75.000, 2009 – 108.912 лица. М. DeMichele, В. Payne, *Offender Supervision with Electronic Technology, Community Corrections Resource, Second Edition*, Lexington, Kentucky, 2009, str. 17.

⁹ Препорука изричито забрањује дискриминацију у примени електронског надзора на основу пола, расе, боје коже, националности, језика, вероисповести, сексуалне оријентације, политичког или другог мишљења, националног или социјалног порекла, имовинског стања, повезаности са неком националном мањином или физичким или менталним стањем лица. Ова врста забране постоји у свим међународним документима који се односе на прописивање и примену алтернативних кривичних санкција и мера међу којима су најзначајнији: United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (the Tokyo Rules) (Resolution 45/110); United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules) (Resolution 2010/16); United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the Beijing Rules) (Resolution 40/33); Recommendation Rec(92)16 on the European rules on community sanctions and measures.

2. ПРИМЕНА ЕЛЕКТРОНСКОГ НАДЗОРА У ИЗВРШЕЊУ АЛТЕРНАТИВНИХ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА И МЕРА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

У Републици Србији је усвајањем нових закона у кривичноправној области крајем 2005. године, и изменама и допунама закона које су уследиле у наредним годинама,¹⁰ омогућена примена нових алтернативних кривичних санкција и мера. Тиме се домаће законодавство сврстало у ред модерних кривичноправних система које предвиђа другачији приступ у односу на блаже облике криминалитета. Намера законодавца је да проширивањем регистра кривичних санкција увођењем алтернативних санкција, и прописивањем мера које су алтернативне казнама, доведе до смањења пренасељеност постојећих затворских капацитета и хуманизује цео постојећи систем извршења кривичних санкција.¹¹

Доношењем новог Закона о извршењу кривичних санкција и посебног Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера 2014. године,¹² коначно је заокружен законски оквир за примену алтернативних ванзаводских кривичних санкција и мера, а тиме и за коришћење електронског надзора као посебне мере која се, према садашњим решењима, може применити приликом извршења казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује (“кућни затвор”), извршења мере забране напуштања стана (“кућни притвор”) и код института условног отпуста.

2.1. Извршење “кућног затвора” са електронским надзором

По први пут је у наше кривично законодавство изменама Кривичног законика 2009. године на “мала врата” уведена казна “кућног

¹⁰ Кривични законик „Службени гласник Републике Србије“ бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014; Закон о извршењу кривичних санкција „Службени гласник Републике Србије“ бр. 85/2005, 72/2009 и 31/2011; Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично правној заштити малолетних лица „Службени гласник Републике Србије“ бр. 85/2005; Једино је Законик о кривичном поступку донет 2011. године „Службени гласник Републике Србије“ бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014;

¹¹ Погледати Стратегију Владе Републике Србије за смањење преоптерећености смештајних капацитета у заводима за извршење кривичних санкција у Републици Србији од 2010. до 2015. године, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 53/2010 и 65/2011.

¹² „Службени гласник Републике Србије“ бр. 55/2014.

затвора” (*house arrest, home detention*). Казна је прописана на начин који је не систематизује као посебну кривичну санкцију, што она представља, већ само као модалитет у извршењу казне затвора и назива је казном затвора која се извршава без напуштања просторија у којима осуђени станује. У стручној јавности је такво законско решење критиковано,¹³ а коначно се у Нацрту измена и допуна Кривичног законика, који је у овом тренутку у фази јавне расправе, кућни затвор назива правим именом, прописује као самостална казна и омогућава се шири обим њене примене.¹⁴

Идеја кућног затварања састоји се у одузимању или ограничавању слободе кретања осуђеном лицу које приликом извршења казне не сме да напусти просторије у којима се она издржава. Реч је о посебној казни одузимања слободе кретања насталој као резултат потребе за редукцијом затворске популације, неефикасности затворског третмана у односу на лица осуђена на краткотрајне казне затвора, избегавања негативних ефеката извршења казне у затворским установама, стигматизације осуђеног у друштвеној заједници, нарушавања породичних и социјаних односа, али и цивилизацијске промене у схватању појма слободе. Наиме, на почетку XXI века сама реакција на ускраћивање слободе кретања, односно, ограничавање права на слободу кретања, осуђено лице и друштвена средина сматрају довољном казном и пунитивном мером, без обзира на услове у којима се казна издржава и на непостојање других ограничења или забрана које симболизују ретрибутивну компотенту саме казне затвора.

Решење које је на снази у овом тренутку предвиђа да суд може, уколико учиниоцу кривичног дела изрекне казну затвора до једне године, истовремено одредити да ће се она извршити тако што ће је осуђени издржавати у просторијама у којима станује, уколико се с обзиром на личност учиниоца, његов ранији живот, његово држање после учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учинио, може очекивати да ће се и на тај начин остварити сврха кажњавања. Кривичним закоником је прописано да осуђени не сме напуштати просторије у којима станује осим у случајевима прописаним законом којим се уређује

¹³ Видети, нпр. Ђ. Игњатовић, *Критичка анализа стања и тенденција у кривичном извршном праву Србије*, Crimen, 2010, 2, стр. 170 - 171.

¹⁴ Ускоро се очекује усвајање измена и допуна закона. Нацрт закона о изменама и допунама Кривичног законика доступан на званичној интернет страници Министарства правде: <http://mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, приступ мај 2015. године. Интересантна је чињеница да закон који регулише питање извршења и који је већ на снази користи термин кућни затвор, а термин се у Кривичном закоником појављује под тим именом тек у садашњем Нацрту измена и допуна закона.

извршење кривичних санкција. Међутим, уколико осуђени једном у трајању преко шест часова или два пута у трајању до шест часова самовољно напусти просторије у којима станује суд ће одредити да остатак казне затвора издржи у заводу за извршење казне затвора. Осуђеном за кривично дело против брака и породице, који живи са оштећеним у истом породичном домаћинству, не може одредити извршење “кућног затвора”.¹⁵

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера прописује да ће суд пре доношења одлуке о извршењу казне кућног затвора са применом електронског надзора утврдити да ли постоје техничке и друге могућности за извршење ове казне.¹⁶ Власништво над стамбеним објектом у којима осуђени станује („просторијама“) или сагласност власника да се казна извршава у том објекту, као и поседовање телефонске линије представљају основне техничке предуслове за извршење казне кућног затвора са електронским надзором. Сходно закону, послове извршења обавља Повереничка служба Министарства правде¹⁷ којој се доставља правноснажна и извршна одлука о кућном затвору, а њен повереник утврђује програм поступања и прати извршење казне.

¹⁵ Члан 45. став 5, 6. и 7. Кривичног законика. Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера предвиђа у члану 23. да осуђено лице има право на боравак ван просторија у којима станује у трајању од највише 2 сата дневно, и то у периоду од 13 до 17 часова. Члан 24. предвиђа 11 посебних разлога за напуштање стана, и то: због пружања нужне медицинске помоћи осуђеном или члану његовог породичног домаћинства, ако је за пружање медицинске помоћи неопходно напуштање просторија; ради одласка на посао, ако кривично дело за које је осуђен није у вези са радом; ради похађања наставе током редовног школовања; због одазивања на позив државног органа; због одласка на полагање испита; због тешке, акутне или хроничне болести, ради одласка на редовне здравствене прегледе или стационараног лечења; због свог венчања или венчања крвног сродника до другог степена сродства; због смрти блиског сродника; због обавезе старања према члановима уже породице предвиђене законом, у случају да ту обавезу не може да обавља друго лице; због сезонских пољопривредних радова, ако се осуђени бави пољопривредом као сталном делатношћу; због других нарочито оправданих разлога за које осуђени може поднети образложену молбу. Исти закон прописује и поступак и начин одлучивања о молби.

¹⁶ Члан 20. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера даље прописује да ће суд, уколико није у могућности да сам утврди, затражити од Повереничке службе извештај о постојању техничких и других могућности од значаја за извршење казне и одлучити о начину извршења. Ако у одлуци суд није назначио да ли ће се казна извршавати са или без електронског надзора дужан је да се о томе изјасни без одлагања.

¹⁷ Повереничка служба је посебна организациона јединица надлежна за алтернативне санкције у оквиру Управе за извршење кривичних санкција Министарства правде.

Поменути закон у делу који се односи на примену електронског надзора прописује само да приликом извршења кућног затвора уз примену електронског надзора уређај за лоцирање осуђеног (одашиљач са пратећом опремом), који је нешкодљив по здравље, поставља стручно лице које при томе даје потребно упутство окривљеном о начину рада уређаја, као и да Повереничка служба управља и уређајем којим се даљински прати кретање окривљеног и његов положај у простору. Приликом контроле спровођења мере повереник сарађује са полицијом или другим надлежним државним органом.

Других одредаба о примени електронског надзора код извршења казне кућног затвора нема, као ни о врсти и типу уређаја који се користе, начину прикупљања, складиштења и чувања података, обучености лица за обављање послова електронског надзора, интерној и екстерној контроли итд. Очекујемо да ће се подзаконским актима ова и многа друга питања регулисати на начин који ће спречити било какав облик угрожавања права лица у односу на која се примењује, лица из њихове непосредне околине, и предупредити било који облик дискриминације.

Подаци које је представила Управа за извршење кривичних санкција у извештајима за 2011, 2012. и 2013. годину указују да број изречених и извршених казни није у складу усвојеном стратегијом за смањење затворске популације. У 2011. години извршено је 88 казни „кућног затвора“ а од тога 70 уз примену електронског надзора,¹⁸ у 2012. години извршено је 610 казни, од тога 528 уз примену електронског надзора,¹⁹ а у 2013. години извршено је 725 казни, 689 уз примену електронског надзора.²⁰

Очигледна је намера законодавца кроз новелирање постојећих решења је да омогући ширу примену казне кућног затвора, док се коришћење електронског надзора се намеће као рационалнији, поузданији и економичнији начин извршења казне и контроле надзираног лица.

2.2. Извршење „кућног притвора“ са електронским надзором

Примена електронског надзора могућа је и код извршења алтернативне мере за обезбеђење присуства окривљеног у току кривичног поступка. Према Законику о кривичном поступку, у делу који се односи

¹⁸ Извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2011. годину, Министарство правде, Београд, 2012.

¹⁹ Извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2012. годину, Министарство правде, Београд, 2013.

²⁰ Извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2013. годину, Министарство правде, Београд, 2014.

на мере за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођење кривичног поступка, предвиђена је мера забране напуштања стана.²¹ Таква мера постоји у многим законодавствима и позната је под именом кућни притвор (*home custody*). Суд може одредити меру “кућног притвора” уместо мере притвора која се извршава у затворској установи, уколико постоје околности које указују да би окривљени могао побећи, или постоје неке од околности због којих се може одредити мера притвора.²² Окривљеном се забрањује да без одобрења напусти стан у којем борави, док суд може одредити и друге услове под којима ће окривљени боравити у стану (нпр. забрана коришћења телефона или интернета, или забрана да прима у стан друга лица).²³

Суд може истовремено наложити да се према окривљеном коме је одређена мера забране напуштања стана примени електронски надзор ради контролисања поштовања ограничења која су постављена. Уређај за лоцирање (одашиљач) на зглоб руке или ноге окривљеног, односно на други начин причвршћује стручно лице, које при том окривљеном даје детаљна упутства о начину рада уређаја. Извршење електронског надзора обавља Повереничка служба Министарства правде, преко повереника, уз примену одредаба Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера.

О одређивању мере “кућног притвора” са или без електронског надзора одлучује суд на предлог јавног тужиоца, а након потврђивања оптужнице и по службеној дужности. Суд је дужан да свака три месеца

²¹ Члан 188. Законика о кривичном поступку.

²² У питању су околности из члана 211, став 1, тачке 1, 3. и 4: уколико се окривљени крије или се не може утврдити његова истоветност или у својству оптуженог очигледно избегава да дође на главни претрес или ако постоје друге околности које указују на опасност од бекства; особите околности указују да ће у кратком временском периоду поновити кривично дело или довршити покушано кривично дело или учинити кривично дело којим прети; или за кривично дело које му се ставља на терет прописана казна затвора преко десет година, односно казна затвора преко пет година за кривично дело са елементима насиља или му је пресудом првостепеног суда изречена казна затвора од пет година или тежа казна, а начин извршења или тежина последице кривичног дела су довели до узнемирења јавности које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка.

²³ Члан 208. став 2. ЗКП предвиђа ситуације у којима окривљени може да напусти стан: ако је то неопходно ради хитне медицинске интервенције у односу на њега или лице са којим живи у стану, односно ради избегавања или спречавања озбиљне опасности по живот или здравље људи, односно имовину већег обима. Окривљени је дужан да о напуштању стана, разлогу и месту на којем се тренутно налази, без одлагања обавести повереника.

испита да ли је трајање мере идаље оправдано.²⁴ Мера може трајати док за то постоји потреба, а најдуже до правноснажности пресуде, односно, до евентуалног упућивања окривљеног на издржавање кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе.

Према подацима Управе за извршење кривичних санкција представљеним у поменутих редовним годишњим извештајима мера “кућног притвора” уз примену електронског надзора извршена је само једном у 2011. години, 20 пута у 2012. години и 44 пута у 2013. години. Имајући у виду пренасељеност српских затворских установа и веома честу примену мере притвора од стране судова, подаци о досадашњој примени ове мере могу се окарактерисати као поражавајући.

2.3. Примена електронског надзора код условног отпуста

Трећи институт код којег је омогућена примена електронског надзора је условни отпуст. Начин на који је примена предвиђена у важећим законима је прилично „атипичан“. Наиме, према члану 46. Кривичног законика предвиђено је да ће суд отпустити осуђеног који је издржавао две трећине казне затвора ако се у току издржавања казне тако поправио да се може са основом очекивати да ће се на слободи добро владати, а наручито да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело. Приликом одлучивања да ли ће се осуђени условно отпустити узете се у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза, с обзиром на његову радну способност, као и друге околности које показују да је у односу на њега постигнута сврха кажњавања. Приликом одлучивања о условном отпусту осуђеног лица суд може у одлуци одредити да је осуђени дужан да испуни обавезе предвиђене кривичноправним одредбама.

По том основу, Законик о кривичном поступку у члану 566. став 2. предвиђа да суд након окончања рочишта којим усваја молбу за пуштање на условни отпуст може одредити да, између осталих обавеза предвиђених кривичним законом, осуђени буде под електронским надзором.

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера предвиђа да у случају да је суд донео одлуку о условном отпусту којом је одредио да је

²⁴ У току истраге образложено решење о одређивању, продужењу или укидању мере доноси судија за претходни поступак, а после подигнуте оптужнице веће. Ако меру није предложио јавни тужилац, а поступак се води за кривично дело за које се гони по службеној дужности, суд ће пре доношења одлуке затражити мишљење јавног тужиоца. Окривљени ће се у решењу о изрицању мере из става 1. овог члана упозорити да се против њега може одредити притвор ако прекрши изречену забрану.

осуђени дужан да испуни обавезе предвиђене кривичноправним одредбама уз примену електронског надзора, такав надзор не може трајати дуже од једне године, нити дуже од трајања условног отпуста. О начину примене електронског надзора аналогно се примењују одредбе закона којима се уређује извршење казне кућног затвора са електронским надзором.

Дакле, основни закон у овој области упућује на могуће установљавање обавеза које су предвиђене другим кривичноправним одредбама - не прописујући непосредну примену електронског надзора, док закон који регулише ток кривичног поступка установљава могућност примене електронског надзора, а на крају закон који регулише извршење ванзаводских санкција и мера одређује колико таква мера може трајати.

Није ни најјаснија интенција у погледу примене електронског надзора према условно отпуштеном лицу. Наиме, у случају усвајања молбе за пуштање на условни отпуст суд прихвата претпоставку да се осуђени у току издржавања казне затвора тако поправио да се може очекивати да ће се на слободи добро владати. Зато би наметање нових обавеза који укључују примену електронског надзора било супротно схватању о добром владању на слободи. Дакле, уколико је решење базирано на коришћењу садашње технологије примене електронског надзора онда би се морало очекивати да добар део времена осуђени не напушта простор у коме станује, а да му при томе није изречена казна „кућног затвора“ нити је упућен у „кућни притвор“. Уколико би, пак, дошло до примене технологије праћења путем сателита (*GPS*) онда би мера електронског надзора код условног отпуста могла да добије нови садржај кроз извршење различитих облика потенцијалних забрана или ограничења одређених права.

До тренутка израде овог рада нема података о томе да је у пракси дошло до примене електронског надзора код лица које је условно отпуштено са издржавања казне затвора.

3. ЗАКЉУЧАК

Примена електронског надзора омогућена је у реформисаном кривичноправном систему Републике Србије. Постојећа решења предвиђају да се овај вид надзора може применити приликом извршења казне „кућног затвора“, извршења мере „кућног притвора“ и код условног отпуста осуђеног лица. С тим у вези, примена савремених технологија у кривичноправној области, иако до скоро у сфери фикције, представља реалност савременог друштва и као таква може бити искоришћена као

рационалнији, поузданији и економичнији начин вршења надзора над одређеним лицима у оквиру кривичноправног система.

Критичком анализом законских решења које се односе на примену електронског надзора закључујемо да прописивање овог начина контроле извршења није плод систематске легислативне активности већ пре резултат потребе да се у што краћем року започне са његовом применом. Први подаци о резултатима коришћења овог вида надзора нису нешто чиме се можемо похвалити. Више су симболичног него суштинског карактера. Очекујемо да у годинама које су пред нама алтернативне кривичне санкције и мере које се извршавају применом електронског надзора буду примењиване у значајнијој мери и тиме оправдају разлоге и предности увођења.

Неколико напомена о дискриминацији.

Приликом примене електронског надзора у извршењу алтернативних кривичних санкција и мера посебна пажња се мора посветити правима и могућој дискриминацији трећих лица која се живе или се налазе у истом простору са лицем које се, уз изричиту сагласност, електронски надзире.

Начин на који је у широј јавности промовисан концепт примене нових алтернативних кривичних санкција и мера, и електронског надзора извршења, преко “медијских предмета и личности”, “наруквица и наногица”, може створити слику о дискриминацији шире популације због креирања општег става о томе да је примена ових алтернатива привилегија богатих, утицајних или познатих.

Мишљења смо да треба преиспитати могућност прописивања и примене “кућног затвора” са електронским надзором према старијим малолетницима, којима се може изрицати казна малолетничког затвора, посебно имајући у виду решења која се односе на време које лице на издржавању може да проведе ван просторија у којима станује. Оваква казна би се могла, у неким случајевима, сматрати оправданом и сврсисходном. Уколико чак и не преипитамо могућност примене ове алтернативе, можда можемо говорити о постојању дискриминације према узрасту у односу на ову категорију лица.

Потребно је размотрити питање шире примене електронског надзора и код других инсититута као нпр. код одлагања кривичног гоњења или извршења условне осуде са заштитним надзором, због поузданије контроле извршења мера, успостављених ограничења или забрана, као и једноставнијег доказивања њихових кршења. И на крају, примена електронског надзора би била ефикасна мера за извршење посебне мере забране посеђивања места на којима се окупљају малолетна

лица из Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима.

Рационалнији приступ у примени електронског надзора, смањена могућност дискриминације лица по различитим основама.

Zdravko Grujić, LL.M.
Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Pristina
Kosovska Mitrovica

ELECTRONIC MONITORING IN THE EXECUTION OF ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTIONS AND MEASURES

Summary

The global trend of prescribing and implementing the alternative criminal sanctions and measures is also a characteristic of the criminal legislation of the Republic of Serbia. The adoption of new criminal laws completed the legal framework for a more humane approach to some forms of criminal behavior. The use of modern technology in an alternative approach to punishment, although until recently in the sphere of fiction, is a reality of modern society.

The author discusses the issues of the using electronic monitoring in the execution of alternative sanction "house arrest", alternative measure "home custody" and conditional release. Although, at the time of this research, the application of electronic monitoring is only possible in the mentioned cases, we are confident that, in the near future, much more accused and convicted persons will be supervised by electronic monitoring systems in different forms and programs.

The author also points to possible cases of discrimination in the application of electronic monitoring.

Иван Илић

Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ДЕГРАДАЦИЈА ПОЛОЖАЈА ОШТЕЋЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ

Апстракт: У кривичном поступку, по природи ствари, највећа опасност од дискриминације прети окривљеном. Из тог разлога се пружа заштита основних права окривљеног, којом се, истовремено ограничава кривичноправна репресија државе. Осим окривљеног, потенцијална опасност од дискриминације прети и оштећеном. Стога је од суштинске важности да се заштити од секундарне виктимизације, као и да се омогући утицај оштећеног на ток и исход поступка, чиме се оживотворује репарација и реституција жртава кривичних дела. Аутор у раду анализира промене процесног положаја оштећеног у кривичном поступку, до којих је дошло усвајањем Законика о кривичном поступку из 2011. године, у односу на раније важећи процесни закон. Осим поштовања достојанства оштећеног и процесне заштите од шикане у кривичном поступку, процесни положај се сагледава кроз корпус права у току поступка, правећи разлику између различитих својстава, које може имати. Аутор закључује да је право на супсидијарну тужбу, у знатној мери, ограничено. Осим тога, утицај оштећеног на примену условљеног опортунитета у потпуности изостаје. Иако се у поступку закључења споразума о признању кривичног дела одлучује о имовинскоправном захтеву, оштећени је лишен права на жалбу на одлуку суда, којом потврђује страначки споразум о кривици. Из наведених разлога аутор закључује да је положај оштећеног у кривичном поступку, значајно деградиран, што је супротно доминантној тенденцији у европском праву о значајнијем утицају оштећеног (жртве) на ток и исход поступка.

Кључне речи: оштећени, жртва, процесни положај, супсидијарна тужба, тужилац, сведок

Уводне напомене

Савремени кривични поступак, насупрот инквизиционом, почива на идеји заштите основних људских права и слобода, пре свега окривљеног, али и других учесника у кривичном поступку. Током развоја заштитне функције кривичног поступка, уочена је посебна потреба да се заштита пружи и пасивном субјекту у кривичноправном односу. Једно од

најмаркантнијих обележја реформе савременог кривичног поступка је јачање процесног положаја оштећеног. У том смислу, најпре је потребно разграничити појам оштећеног, од појма жртве. Према процесном закону, оштећени је лице, чије је лично или имовинско право повређено или угрожено извршењем кривичног дела (члан 2. став. 1. тачка 11. Законика о кривичном поступку¹). Са друге стране, жртвом се сматрају лица, која су појединачно или скупно претрпела штету, укључујући физичке или душевне повреде, емоционалну патњу, материјалну штету, или повреду основних права, кршењем норми националног законодавства, или релевантних међународних докумената о људским правима. Под појам жртве потпадају и чланови породице жртве, особе које издржава, или које су претрпеле штету приликом пружања помоћи жртви.² Сходно наведеним међународним стандардима, намеће се закључак да је појам жртве шири³ од појма оштећеног.⁴ Поред директних жртава, које су непосредно претпеле повреду својих права извршењем кривичног дела, што се, заправо, поклапа са појмом пасивног субјекта кривичног дела, односно оштећеним, појам жртве обухвата и лица која су индиректно оштећена кривичним делом.

Законик о кривичном поступку Србије, међутим, не оперише појмом жртве, већ само појмом оштећени. У том својству најчешће се појављује пасивни субјекат кривичног дела, али оштећени у поступку може бити и члан породице, код примера ради кривичног дела убиства. Стога се, сасвим оправдано, сматра да је оштећени појам шири од појма жртве.⁵ Хрватски ЗКП⁶ не оставља дилему по питању односа између двају појмова. Жртвом се сматра лице, које је извршењем кривичног дела претрпела физичку или душевну последицу, имовинску штету, или битну повреду основних права и слобода. Насупрот, оштећеним се сматра и друга особа, осим жртве, чија су добра повређена, или угрожена, извршењем кривичног дела, која може учествовати у поступку, у том

¹ "Сл. гласник РС", (бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014), у даљем тексту: ЗКП.

² Декларација о основним принципима правде за жртве кривичних дела и злоупотребе власти, А/RES/40/34, 29 November 1985, 96th plenary meeting.

³ Супротно схватање износи Давор Крапац (Казнено процесно право – институције, Загреб 2010., стр. 235.), према коме оштећени може бити и друга особа, осим жртве, чија су добра повређена или угрожена извршењем кривичног дела, која може учествовати у поступку, у својству оштећеног.

⁴ Слађана Јовановић, Александра Галоња, Заштита жртава трговине људима у кривичном и прекршајном поступку, Београд 2001., стр. 80.

⁵ Милан Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009., стр. 105.

⁶ Народне новине", број 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Одлука и Рјешење УСПХ, 143/12 и 56/13.

својству (члан 202. хрватског ЗКП). Из наведених разлога је потребно законски разграничити ова два појма, а жртвама омогућити додатну заштиту, путем ширег опсега права у кривичном поступку што, нажалост, није учињено у процесном закону Србије, из 2011. године.

Оштећени у кривичном поступку може имати раличита својства. То зависи од врсте кривичног дела, односно да ли се за конкретно кривично дело гоњење предузима *ex officio*, или по приватној тужби. У кривичном поступку за кривична дела, којима се вређа претежно јавни интерес, оштећени може имати процесни положај странке, или споредног субјекта, учесника у поступку. У случају када јавни тужилац, у току поступка, одустане од гоњења, оштећени се може појавити као тзв. супсидијарни тужилац. За поједина, у посебном делу Кривичног законика одређена кривична дела, за која се иначе кривично гоњење предузима *ex officio*, неопходан је предлог оштећеног јавном тужиоцу. У том случају, у кривичном поступку се појављује у својству оштећеног са предлогом за гоњење. Поред тога, у поступку, који се води на иницијативу јавног тужиоца, оштећени има процесни положај учесника у поступку, с тим што има право да истакне имовинскоправни захтев. У том смислу, прави се разлика између оштећеног са и без имовнскоправног захтева. За кривична дела, за која се кривично гоњење предузима по приватној тужби, оштећени је овлашћени тужилац (приватни тужилац), и има својство странке у поступку. Најзад, у сваком од наведених својстава, оштећени може бити саслушан као сведок. Из наведеног се може закључити да оштећени може имати различит процесни положај, с обзиром на својство, у коме се појављује, што утиче на фонд његових права и дужности. У даљем тексту биће представљен процесни положај оштећеног, у свим могућим својствима, имајући у виду ток поступка.

1. Оштећени као супсидијарни тужилац

Према слову закона, оштећени као тужилац је лице, које је преузело кривично гоњење од јавног тужиоца (члан 2. став 8. ЗКП). Реч је о могућности, установљене као гаранција за оштећеног, од незаконитог или несавесног поступања јавног тужиоца. За кривична дела, чијим извршењем се вређа претежно јавни интерес, примарни овлашћени тужилац је јавни тужилац. Он има приоритет у предузимању кривичног гоњења, када се стекну стварни и правни разлози. Но, како се извршењем кривичног дела вређа и приватни интерес оштећеног, потребно је пружити му могућност предузимања кривичног гоњења, у виду коректива поступања јавног тужиоца. Стога, кад јавни тужилац сматра да нема места гоњењу, што ће се процесно манифестовати одбацивањем кривичне

пријаве, оштећени може да иницира кривично гоњење. Уколико јавни тужилац у току поступка одустане од даљег гоњења, оштећени може да преузме кривично гоњење и да настави да заступа кривичну тужбу.

Оштећени, као и сваки други грађанин, има право да поднесе кривичну пријаву надлежном јавном тужиоцу (члан 281. ЗКП). Поступајући по кривичној пријави, јавни тужилац може закључити да нису испуњени услови за кривично гоњење⁷. У том случају, донеће решење о одбацивању кривичне пријаве. Јавни тужилац је дужан да о томе обавести оштећеног, у року од 8 дана (члан 284. став 2. ЗКП). На решење о одбацивању кривичне пријаве, оштећени може поднети приговор, непосредно вишем јавном тужиоцу, у року од 8 дана, од дана када је примио обавештење, а најкасније у року од 3 месеца, од дана када је јавни тужилац одбацио кривичну пријаву. Непосредно виши јавни тужилац дужан је у року од 15 дана да усвоји или одбије приговор. Ако усвоји приговор, издаће обавезно упутство непосредно нижем јавном тужиоцу да предузме кривично гоњење. На усвојени или одбијени приговор није дозвољено изјављивање жалбе. Закључак је да оштећени, заправо, не може предузети супсидијарно кривично гоњење, у истрази. То је новина, у односу на, до сада важеће решење, према којем је оштећени имао право да предузме гоњење давањем изјаве пред надлежним судом, у законом предвиђеном року (члан 61. став 2. ЗКП из 2001. године⁸). Оваквом регулативом, гаси се право на иницијалну супсидијарну тужбу. Са друге стране, тешко је очекивати да ће оштећени успети са приговором непосредно вишем јавном тужиоцу, с обзиром на хијерархијско уређење јавног тужилаштва.⁹ Осим тога, на одлуку о одбијању приговора, оштећени нема право жалбе. На тај начин је доведено у питање право на приступ суду,¹⁰ које проистиче из члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.¹¹ Редукција супсидијарне

⁷ Пријављено дело није кривично дело за које се гони по службеној дужности, постоје околности које представљају трајну сметњу за кривично гоњење (застарелост, амнестија, помиловање), не постоје основи сумње да је извршено кривично дело, или је извршено дело малог значаја.

⁸ "Сл. лист СРЈ", бр. 70/2001 и 68/2002 и "Сл. гласник РС", бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010.

⁹ Наизглед слично решење постоји у Немачкој, али са битном разликом. На одлуку јавног тужиоца о непокретању кривичног поступка, оштећени, најпре може изјавити приговор непосредно вишем јавном тужиоцу, а након тога и суду, који сопственим одлукама могу, заправо, принудити јавног тужиоца на предузимање гоњења.

¹⁰ Војислав Ђурђић, Кривично процесно право-општи део, Ниш, 2014, стр. 172.

¹¹ Европски суд за људска права је установио да је право на приступ суду обухваћено чланом 6. Европске конвенције, којим је гарантовано право на правично суђење, у случају *Golder v. The United Kindom*, Application no. 4451/70.

тужбе последица је прихваћеног става законодавца, да се на овај начин растерећује правосуђе од великог броја оптужних аката, поднетих од стране оштећених, који су често били неутемељени.¹² Страх од супсидијарне тужбе ипак није оправдан. Пракса је показала да се оштећени ретко¹³ опредељују да преузимају кривично гоњење, јер насупрот жељи за осветом често постоји страх, а неретко и недостатак материјалног интереса, поготово ако је штета на неки начин надокнађена.¹⁴ У легислативи неких држава у окружењу (Хрватска, Црна Гора), право на супсидијарну тужбу постоји већ од момента одбацивања кривичне пријаве.¹⁵ Са друге стране, у Босни и Херцеговини¹⁶ и Македонији, положај жртве у кривичном поступку се своди на права и дужности сведока, што је одлика акузаторског поступка. У овом моделу поступка, оштећени је претежно учесник поступка, а изузетно нека врста узгредног тужиоца, када се придружује кривичном гоњењу.¹⁷ У државама, које баштине *common law* положај жртве у кривичном поступку се своди на заштиту личног достојанства, током сведочења, у новије време и на право на обавештење о току и исходу поступка. Но, такво стање се не оцењује као задовољавајуће, те се улажу напори на унапређењу положаја жртава у кривичном поступку.¹⁸ Наш законодавац се определио за компромисорно решење, да задржи праву супсидијарну тужбу, од потврђивања оптужнице, а да иницијално омогући двостепеност одлучивања, али унутар устројства јавног тужилаштва. На тај начин је,

¹² Смиљка Јевтовић, Оштећени као супсидијарни тужилац, текст доступан на: http://www.paragraf.rs/100pitanja/krivicno_pravo/osteceni_kao_supsidijarni_tuzilac.html, приступ: 15.05.2015. године.

¹³ Истраживања показују да се од укупног броја кривичних пријава супсидијарна тужба јавља свега у 1-2% случајева (Положај јавног тужиоца у Републици Србији и упоредноправна анализа; београд, 2007, стр. 94-102).

¹⁴ Зоран Павловић, Неке специфичности оштећеног као супсидијарног тужиоца (у казненом процесном праву Републике Србије), Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 3/2012, стр. 620.

¹⁵ Члан 55. став 1. хрватског Закона о казненом поступку (Народне Новине бр. [152/08](#), [76/09](#), [80/11](#), [121/11](#), [91/12](#), [143/12](#), [56/13](#), [145/13](#), [152/14](#)), члан 59. став 1. Законика о кривичном поступку Црне Горе (Службени лист Црне Горе бр. 57/09).

¹⁶ Видети: Алмир Даутбеговић, Незир Пивић, Положај оштећеног у кривичном поступку Босне и Херцеговине, Анали Правног факултета Универзитета у Зеници бр. 5/2010, стр. 7-34.

¹⁷ Миодраг Симовић, Владимир Симовић, Кривично процесно право-увод и општи део, Бихаћ, 2013, стр. 210.

¹⁸ Више о томе: Горан Илић, О положају оштећеног у кривичном поступку, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1/2012, стр. 142 - 145.

формалноправно, омогућен извесна контрола кривичног гоњења, од стране оштећеног, чија је делотворност дубиозна.

Према члану 49. ЗКП, јавни тужилац може одустати од кривичног гоњења, од потврђивања оптужнице, до завршетка главног претреса, пред првостепеним судом, односно на главном претресу пред другостепеним судом, у жалбеном поступку. Сагласно томе, оштећени може преузети гоњење, од потврђивања оптужнице, у случају када јавни тужилац изјави да одустаје од оптужбе. Уколико је оштећени присутан на припремном рочишту или рочишту за главни претрес, дужан је да се одмах изјасни, да ли жели да настави гоњење. У супротном (када из оправданих разлога није присутан), суд ће га, у року од 8 дана, обавестити о одлуци јавног тужиоца, да одустаје од оптужбе, и поучити о праву да настави гоњење. Оштећени је дужан да се у року од 8 дана, од пријема обавештења, изјасни о преузимању гоњења. Уколико није обавештен, оштећени има рок од 3 месеца, од дана када је јавни тужилац одустао од оптужбе, да се изјасни, да ли жели да настави кривично гоњење и заступа оптужбу (члан 52. став 2. ЗКП). Међутим, у случају да оштећени није приступио припремном рочишту или рочишту за главни претрес, из неоправданих разлога, или му се позив није могао уручити услед непријављивања суду промене пребивалишта или боравишта, наступа процесна претпоставка да не жели да настави кривично гоњење. У тој ситуацији суд, ће донети решење о обустави поступка (пре почетка главног претреса), или пресуду којом се оптужба одбија (на главном претресу).

Оштећени, који из оправданог разлога није могао да дође на припремно рочиште, или на главни претрес, има право да молбом тражи повраћај у пређашње стање, *restitutio in integrum* (члан 226. став 2. ЗКП). Ово право припада му и у случају, ако је из оправданих разлога пропустио да обавести суд о промени пребивалишта, или боравишта. Субјективни рок за предају молбе за реституцију је 8 дана, од дана престанка сметње, а објективни рок је 3 месеца, од дана када је донета одлука о обустави поступка, или пресуда којом се оптужба одбија. О молби за повраћај у пређашње стање одлучује судија појединац, или председник већа, који је донео одлуку о обустави поступка, или одбијајућу пресуду.

Осим наведених права оштећеног као тужиоца, у закону су таксативно наведена права, која има сагласно својству заступника оптужбе у поступку. То су она права, која припадају јавном тужиоцу, као носиоцу функције оптужбе, осим права, која има као државни орган. Оштећени, на првом месту, има право да заступа оптужбу у поступку. Из тог разлога има право да присуствује извођењу процесних радњи, током трајања поступка. У фази истраге, оштећени може да присуствује увиђају, испитивању сведока и вештака (члан 300. ЗКП). Јавни тужилац је дужан

да оштећеног обавести о времену и месту испитивања сведока и вештака, док за увиђај законом није предвиђена та обавеза.¹⁹

Оштећени и његов пуномоћник се обавезно позивају на припремно рочиште (члан 347. став 1. ЗКП). На припремном рочишту оштећени има право доказне иницијативе. Том приликом, такође може поднети имовинскоправни захтев. С обзиром да се припремно рочиште може одржати у одсуству оштећеног, ако је раније поднет имовинскоправни захтев, председник већа ће га прочитати (члан 349. став 2. ЗКП). На главни претрес се, измађу осталог, позива оштећени и његов законски заступник и пуномоћник. У позиву ће се упозорити да ће се главни претрес одржати у његовом одсуству, а да ће се изјава о истицању имовинскоправног захтева прочитати (члан 355. став 5. ЗКП). Он ће у позиву бити упозорен, да ће се у случају да јавни тужилац изјави да одустаје од оптужбе на главном претресу, активирати процесна претпоставка, да оштећени не жели да настави кривично гоњење, ако није присутан. Претпоставка да је оштећени, као супсидијарни тужилац одустао од оптужбе, активира се ако не присуствује главном претресу лично, или ако није присутан његов пуномоћник (члан 355. став 6. ЗКП).

Оштећени (као и странке и бранилац окривљеног) може на главном претресу предлагати извођење нових доказа, али само ако није одржано припремно рочиште (члан 356. ЗКП). Иако из ове одредбе може произаћи закључак да је правило *beneficium novorum*, у значајној мери органичено, члан 395. ЗКП отклања дилему, прописујући могућност доказне иницијативе за странке, браниоца и оштећеног до завршетка главног претреса. Приликом испитивања окривљеног, сведока и вештака, оштећени може постављати питања. Интересантно је да је новим ЗКП – ом ограничен круг субјеката, који могу постављати непосредно питања окривљеном, сведоку и вештаку, по претходном одобрењу председника већа. Ту привилегију уживају оштећени, његов законски заступник и пуномоћник, као и вештак и стручни сарадник. Оштећени има право да присуствује и да активно учествује у извођењу доказа, ван главног претреса, те ће стога бити обавештени о времену и месту извођења. Реч је о увиђају и реконструкцији, као и испитивању сведока и вештака ван главног претреса (члан 404. ЗКП).

¹⁹ Ваља напоменути да постоји разлика између позивања и обавештавања. Позивање је строго формална процесна радња, док је обавештавање мање формално и, самим тим, не подлеже санкционисању адресата обавезе, у случају пропуштања да се испуни процесна обавеза. Оштећени има право да активно учествује у извођењу наведених процесних радњи. Може постављати питања сведоку и вештаку, предлагати прикупљање појединих доказа, и захтевати да се у записник унесу примедбе.

У току главног претреса оштећени може истаћи имовинскоправни захтев, а ако је одсутан, његов раније истакнути захтев изложиће председник већа, након читања оптужног акта (члан 391. став 2. ЗКП). Оштећени има могућност да укратко образложи свој имовинскоправни захтев, након уводних излагања странака. Оштећени и у завршној речи може образложити имовинскоправни захтев. Осим тога, он може указати на доказе о извршеном кривичном делу (члан 413. ЗКП). На завршне речи окривљеног и браниоца, оштећени и његов законски заступник и пуномоћник имају право да одговоре.

Оштећени као (супсидијарни) тужилац један је од активно легитимисаних субјеката за изјављивање жалбе на одлуку суда. Жалбу на пресуду првостепеног суда могу изјавити странке, бранилац и оштећени (члан 433. ЗКП). Оно што закон *explicite* не предвиђа је опсег права на жалбу, и да ли је може изјавити у корист и на штету окривљеног. Будући да је оштећени као тужилац странка у поступку, треба тумачити да у погледу права на жалбу важе идентична правила, као за јавног тужиоца. Јавни тужилац може побијати пресуду из свих законских основа (члан 433. став 3. ЗКП). Он може двосмерно изјавити жалбу, у корист и на штету окривљеног. Оштећеном припада право располагања жалбом. Може се одрећи од права на жалбу до истека рока за изјављивање жалбе. Оштећени може одустати од већ изјављене жалбе, до доношења одлуке другостепеног суда. Суд правног лека има дужност да обавести оштећеног као тужиоца о седници већа, ако је у року за изјављивање жалбе упутио захтев да о томе буде обавештен, или је предложио да се одржи претрес пред другостепеним судом (члан 447. став 2. ЗКП). Осим тога, другостепено веће може одлучити, да се о времену одржавања седнице обавести странка, која то није захтевала, када сматра да би присуство странке било од користи за разјашњење кривичне ствари. Присуство оштећеног као супсидијарног тужиоца, према томе, није неопходно, да би се одржала седница већа.

Главни претрес пред другостепеним судом одржаће се, ако је потребно да се изведу нови докази, због непотпуно утврђеног чињеничног стања, или понове изведени докази, код погрешно утврђеног чињеничног стања првостепеног суда. Потребно је, такође, да не постоје оправдани разлози да се предмет не врати првостепеном суду на поновно суђење. На претрес пред другостепеним судом позивају се, између осталог, оштећени, његов законски заступник и пуномоћник. Из одредби закона не може се, са сигурношћу закључити, да ли се претрес може одржати без присуства

овлашћеног тужиоца.²⁰ Једино је прописано да се претрес може одржати у одсуству недошавшег окривљеног. С обзиром да је предвиђена сходна примена одредби закона о главном претресу пред првостепеним судом (члан 450. став 6. ЗКП), према коме изостанак уредно позваног супсидијарног тужиоца доводи до обустављања поступка, у случају претреса пред другостепеним судом изостанак оштећеног као тужиоца имаће исту процесну последицу. Оштећени као тужилац ужива повластицу новирања и на новом претресу пред првостепеним судом, када је другостепени суд решењем укинуо пресуду и предмет вратио на поновно суђење (члан 458. став 1. ЗКП). Оштећени као тужилац има право изјављивања жалбе на пресуду другостепеног суда, пошто је предвиђена сходна примена одредби, које важе за поступак пред другостепеним судом (члан 464. став 1. ЗКП). Исто тако, оштећени као тужилац има право подношења захтева за понављање кривичног поступка (члан 471. ЗКП).

Процесну способност оштећени стиче са навршених 16 година. Процесно неспособни оштећени, без обзира на својство, своја права у кривичном поступку остварује преко законског заступника (члан 56. ЗКП). Оштећени, који поседују процесну способност и законски заступници процесно неспособних оштећених, могу имати пуномоћника. Према слову закона, оштећени као тужилац може ангажовати пуномоћника из реда адвоката. То је новина, у односу на до сада важеће решење, према коме изабрани пуномоћник није морао имати правничко образовање. Било је потребно само да је пунолетан и да поседује пословну способност.

Оштећени са својством супсидијарног тужиоца, који због свог имовног стања не може сносити трошкове заступника својих права и интереса, има право да захтева од суда постављање пуномоћника. Потребно је да је реч о кривичном делу, за које се може изрећи казна затвора у трајању преко 5 година (члан 59. ЗКП). Додатни услов је да постављање пуномоћника оштећеном одговара интересима поступка. О томе одлучује судија појединац или председник већа. Пуномоћника поставља председник суда из реда адвоката, са списка који суду доставља адвокатска комора. Реч је заправо о листи бранилаца по службеној дужности.

Супсидијарни тужилац може изгубити то својство током поступка, на 3 начина. Први начин је одустанак од кривичног гоњења. Оштећени има то право од потврђивања оптужнице, до завршетка главног претреса пред првостепеним судом, односно на главном претресу пред

²⁰ У члану 377. став 4. ЗКП из 2001. године, било је предвиђено да се претрес пред другостепеним судом може одржати у одсуству супсидијарног и приватног тужиоца.

другостепеним судом. Када се оштећени изјасни да не жели да настави кривично гоњење, или да одустаје од кривичног гоњења, суд ће донети одлуку о обустави поступка, односно пресуду којом се оптужба одбија, на главном претресу. Исте процесне последице наступиће, када се активира процесна претпоставка да оштећени не жели да преузме кривично гоњење, или да га настави (члан 52. став 4. ЗКП). Други начин престанка својства овлашћеног тужиоца је смрт физичког лица, односно престанак правног лица, током трајања поступка. Ако оштећени као потенцијални супсидијарни тужилац умре у току рока за преузимање кривичног гоњења, одређени круг блиских сродника има право на сукцесију тог његовог права. То право имају супружник оштећеног, лице са којим је живео у ванбрачној или каквој другој трајној заједници, деца, родитељи, усвојеници, усвојитељи, браћа и сестре, као и законски заступник оштећеног. Ако је оштећени правно лице, право на давање изјаве о преузимању кривичног гоњења припада правном следбенику. Рок за давање изјаве је 3 месеца од смрти/престанка оштећеног (члан 57. ЗКП). Трећа могућа ситуација, у којој оштећени губи својство тужиоца, је преузимање кривичног гоњења од стране јавног тужиоца. То овлашћење јавни тужилац има до завршетка главног претреса пред првостепеним судом (члан 62. ЗКП). Реч је супституцији супсидијарне тужбе примарном тужбом,²¹ у случају када је претходно примарна тужба већ била замењена супсидијарном, због тога што је јавни тужилац сматрао да нема места гоњењу. У овој ситуацији оштећени има право на изјављивање жалбе по свим основима, иако је изгубио својство овлашћеног тужиоца током поступка.

2. Оштећени са предлогом за кривично гоњење

За кривично гоњење неких официјелних кривичних дела, као процесна претпоставка јавља се предлог оштећеног јавном тужиоцу. Условно речено, то је одступање од начела официјелности кривичног гоњења, због тога што је примарни тужилац јавни тужилац. Њему је, међутим, за предузимање кривичног гоњења и одржавање поступка у току неопходна иницијатива оштећеног, у виду предлога за гоњење. Јавни тужилац, у недостатку предлога за гоњење, не може покренути кривични поступак. Повлачење предлога оштећеног, доводи до обуставе поступка.²²

²¹ Милан Шкулић, *op. cit.*, стр. 117.

²² У кривична дела, за која се гони по предлогу оштећеног, спадају нека из групе против полне слободе, на пример силовање (члан 178. Кривичног законика, "Сл. гласник РС", (бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009 и 121/2012, у даљем тексту КЗ) и обљуба над намоћним лицем (члан члан 179. КЗ), ако

Оштећени има рок од три месеца, од када је сазнао за кривично дело и извршиоца, да поднесе предлог за гоњење надлежном јавном тужиоцу (члан 53. ЗКП). Законом је установљен један корективни механизам за оштећеног, будући да је најчешће реч о неукој странци. Ако је уместо предлога за гоњење поднео кривичну пријаву, приватну тужбу, или имовинскоправни захтев, наступа фикција да је поднео предлог. У ситуацији ако је кривичним делом оштећено више лица, предлог за кривично гоњење макар једног од њих биће довољан за испуњење ове процесне претпоставке (члан 53. став 3. ЗКП).

Недостатак предлога за кривично гоњење отклоњива је процесна сметња, стога што се може накнадно прибавити. Из тог разлога ће се истрага прекинути, ако се утврди да нема предлога оштећеног за гоњење (члан 307. став 1. тачка 2. ЗКП). У поступку судске контроле оптужбе, као и на главном претресу недостатак предлога довешће до одбацивања оптужнице (члан 339. став 2. и члан 416. став 1. тачка 2. ЗКП). Ове одлуке не поседују својство *res iudicata*, па се након прибављања предлога поступак наставља. Насупрот томе, оштећени има право да одустане од поднетог предлога за гоњење. Он то може учинити, давањем изјаве јавном тужиоцу, односно суду, до завршетка главног претреса (члан 54. ЗКП). Изјава о одустанку од предлога је неопозива, те оштећени губи право да, у току поступка, поново поднесе предлог за гоњење. Имајући у виду да оштећени стиче процесну способност са навршених 16 година, за процесно неспособна лица предлог за кривично гоњење може поднети његов законски заступник. Нема сметњи да предлог поднесе пуномоћник процесно способног оштећеног, односно законског заступника процесно неспособног оштећеног (члан 56. ЗКП). У случају смрти оштећеног, предлог за гоњење могу поднети његови правни следбеници (члан 57. ЗКП), о чему је било речи. У поступку, који је јавни тужилац покренуо на основу предлога за кривично гоњење, процесни положај оштећеног једнак је положају било ког оштећеног. Он није странка у поступку, јер је овлашћени тужилац – јавни тужилац.

3. Оштећени као приватни тужилац

Постоје нека кривична дела, чијим се извршењем превасходно вређају или угрожавају нека лична или имовинска добра појединца. За та

су учињена према супружнику. По предлогу оштећеног кривично гоњење се предузима и за нека кривична дела против слобода и права човека и грађанина, примера ради спречавање јавног скупа (члан 151. став 1. КЗ), неовлашћено откривање тајне (члан 141. КЗ) и друга.

кривична дела гоњење се предузима по приватној тужби, а одређена су у посебном делу Кривичног законика. Угрожавање, претежно, интереса појединца је разлог што је кривично гоњење препуштено вољи оштећеног. У поступку иницираном приватном тужбом, оштећени је овлашћени тужилац, односно странка. Док је јавни тужилац везан начелима официјелности и легалитета кривичног гоњења, за приватног тужиоца важе начела диспозитивности и опортунитета, јер искључиво од његове воље зависи, да ли ће предузети кривично гоњење.

Иницијални оптужни акт приватног тужиоца је – приватна тужба. Она се подноси суду у року од 3 месеца, од дана сазнања за кривично дело и учиниоца. С обзиром да су готово сва кривична дела, за која се гони по приватној тужби, са запрећеном казном затвора до 5 година, на основу приватне тужбе водиће се сумарни поступак. То је разлог што је законодавац на јединствен начин регулисао садржину оптужног предлога и приватне тужбе (члан 500. ЗКП). На приватну тужбу надовезује се један оптужни акт, акцесорног карактера. Реч је о противтужби. Овај оптужни акт може поднети оптужени, против приватног тужиоца, за истовремено учињено кривично дело, за које се гони по приватној тужби.²³ Додатна специфичност овог оптужног акта је у томе, што се може поднети до завршетка главног претреса (члан 66. ЗКП). Решавајући по приватној тужби и противтужби, суд ће донети јединствену одлуку.

С обзиром да у сумарном поступку нема истраге, након подношења приватне тужбе, следи судска контрола оптужног акта. Судија појединац најпре испитује да ли је приватна тужба прописно састављена. Ако установи да садржи формалне недостатке, вратиће је приватном тужиоцу, да у року од 3 дана отклони недостатке. Пропуштањем рока за исправку, наступиће претпоставка, да је приватни тужилац одустао од даљег гоњења. Судија појединац ће, стога, донети решење којим се приватна тужба одбија (члан 501. став 2. ЗКП). Ако је приватна тужба прописно састављена, судија појединац испитује надлежност, затим да ли је потребно додатно разјашњење стања ствари, као и да ли постоје разлози за одбацивање, или одбијање приватне тужбе. Ако нема процесних сметњи, судија ће позвати приватног тужиоца и окривљеног у суд, како би им предочио могућност упућивања на медијацију (члан 505. ЗКП). Упућивање на поступак медијације заменио је раније рочиште ради мирења, које је у пракси показало низ недостатака. Последица успешно спроведене медијације је претпоставка да је приватни тужилац повукао

²³ У односу на ЗКП из 2001. године, проширен је домен противтужбе. Према раније важећем решењу, противтужба се могла поднети једино за кривично дело увреде (члан 54. ЗКП из 2001. године).

тужбу, те ће се донети решење о одбијању приватне тужбе. Након неуспеле медијације, судија ће одредити дан и час главног претреса. Ако странке *a priori* не прихвате поступак медијације, судија ће поступити као на припремном рочишту. Он ће позвати приватног тужиоца и окривљеног да ставе предлоге доказа (члан 505. став 3. ЗКП). У ситуацији, када судија, на основу приватне тужбе и одговора на тужбу, сматра да није потребно одржавање главног претреса, он може у позиву странкама назначити да ће се одлука донети на том рочишту.

Приватни тужилац је овлашћени тужилац и странка у поступку. Он, првенствено, има право да поднесе приватну тужбу, и да је заступа, током поступка. Осим тога, приватни тужилац има право да истакне имовинскопрани захтев, као и да предложи изрицање привремених мера за његово обезбеђење. Приватни тужилац може своје интересе остваривати преко пуномоћника. На главном претресу, приватни тужилац може да предлаже извођење доказа, да поставља питања окривљеном, сведоцима, вештацима, као и да износи примедбе на исказе ових процесних субјеката. Приватни тужилац има права, као и јавни тужилац, осим оних права, која јавном тужиоцу припадају, као државном органу.

Оштећени са својством приватног тужиоца мора током поступка да буде активан у заступању приватне тужбе. У супротном, престаће му својство овлашћеног тужиоца. Пратећи хронолошки ток сумарног поступка, приватни тужилац може изгубити својство овлашћеног тужиоца, у току судске контроле оптужбе, ако у року од 3 дана на отклони формалне недостатке у приватној тужби (члан 501. став 2. ЗКП). Иста процесна последица, у виду доношења решења о одбијању приватне тужбе, наступиће ако приватни тужилац по налогу судије, не предузме одређене доказне радње, или ако не прикупи одређене доказе, с циљем разјашњења стања ствари (члан 501. став 6. и 7. ЗКП). Ако се приватни тужилац не одазове на уредно достављен позив за прелиминарно рочиште, из става 1. члана 505. ЗКП, судија ће такође донети решење о одбијању приватне тужбе. Законодавац је пропустио да регулише ситуацију, ако уредно позвани приватни тужилац пропусти да дође на главни претрес, а изостанак не оправда. Да ли и тада наступа претпоставка да је одустао од гоњења? Главни претрес, у сумарном поступку, може се одржати у одсуству обе странке, али само ако стање ствари указује да ће бити донето решење којим се оптужба одбацује, или пресуда којом се оптужба одбија.²⁴ С обзиром да постоји правна празнина, на сцену ступа сходна

²⁴ Према ЗКП из 2001. године, главни претрес у сумарном поступку могао је бити одржан и без приватног тужиоца, ако је поднео предлог суду да се главни претрес одржи у његовом одсуству (члан 445. став 2).

примена одредаба закона о редовном поступку, у складу са чланом 495. ЗКП. Будући да неоправдано одсуство оштећеног као тужиоца, на главном претресу, активира процесну претпоставку, да не жели да настави кривично гоњење, сматрамо да се и на приватног тужиоца може применити одредба из члана 61. став 2. ЗКП, те донети одбијајућа пресуда.

Оштећени у својству супсидијарног и приватног тужиоца могу се у поступку испитати, као сведоци. Осим тога, имајући у виду да су истовремено заступници оптужбе и оштећени кривичним делом, на њих се не може применити мера привременог удаљења из суднице, која се примењује на остале сведоке, док не буду саслушани у поступку.

4. Оштећени као учесник у поступку

У кривичном поступку, у коме је овлашћени тужилац јавни тужилац, као један од учесника може партиципирати оштећени. Реч је о поступку за кривична дела, која се гоне по службеној дужности. Оштећени у том случају није овлашћени тужилац, ни странка, већ кривичнопроцесни субјект, учесник у поступку, са одговарајућим фондом права и обавеза.

Оштећени у току поступка има право да указује на чињенице и да предлаже доказе. Да би могао остварити то своје право, оштећени може присуствовати припремном рочишту, на коме право доказне иницијативе, поред странака и браниоца, припада и оштећеном (члан 350. ЗКП). Осим тога, оштећени се позива на главни претрес, али се претрес може одржати у његовом одсуству (члан 355. став 5. ЗКП). Право предлагања доказа оштећеном припада током припремања главног претреса (члан 356. ЗКП), ако није одржано припремно рочиште. Ово право оштећени има и на главном претресу, све до његовог окончања, сагласно правилу *beneficium novorum*. По прописаном редоследу, извођење доказа, предложених од стране оштећеног, долази након извођења доказа оптужбе, одбране и судећег већа (члан 396. ЗКП). Оштећени на главном претресу има право да ставља примедбе на изведене доказе. Оштећеном припада право на постављање питања окривљеном, сведоку и вештаку и стручном саветнику, преко председника већа, или директно, уз одобрење председника већа. Законом је одређен редослед давања завршних речи. Оштећени даје завршну реч након овлашћеног тужиоца, а пре браниоца и окривљеног (члан 412. став 1. ЗКП).

Оштећени има право да присуствује извођењу појединих доказних радњи. У истрази, може присуствовати испитивању сведока и вештака, као и вршењу увиђаја. Зато постоји обавеза јавног тужиоца, да оштећеног

обавести о времену и месту извођења ових радњи (члан 300. став 1. ЗКП). Приликом извођења ових процесних радњи, оштећени може постављати питања, захтевати да се у записник унесу примедбе и предлагати извођење других доказа. Оштећени, такође има право да присуствује испитивању сведока и вештака ван главног претреса (члан 357. ЗКП), са истим овлашћењима, као у истрази. Право увида у списе предмета и право да разгледа предмете, који служе као доказ, такође припадају оштећеном. Изузетно, њему се ово право може привремено ограничити, докне буде испитан, у својству сврдока (члан 50. став 2. ЗКП).

Једно од најзначајнијих права оштећеног у кривичном поступку је право на истицање имовинскоправног захтева. Оштећени, у погледу овог права има две могућности; да имовинскоправни захтев остварује у парници, или у кривичном поступку. У погледу остваривања имовинскоправног захтева, у кривичном поступку, постоји једно ограничење. Наиме, о овом споредном предмету поступка расправиће се, само ако на тај начин не би дошло до знатног одуговлачења поступка (члан 252. став 1. ЗКП). Оштећени може истаћи предлог за остваривање имовинскоправног захтева, као и предложити мере за његово привремено обезбеђење, од отпочињања, до окончања првостепеног поступка. У наредби о спровођењу истраге, коју јавни тужилац доставља оштећеном, биће поучен о правима, која има у кривичном поступку (члан 297. став 3. ЗКП). Тиме је обухваћена и поука да може остваривати свој имовинскоправни захтев. Оштећени може истаћи имовинскоправни захтев пре закључења споразума о признању кривице, о чему ће бити поучен (члан 313. став 6. ЗКП). Право на истицање имовинскоправног захтева оштећени има на припремном рочишту (члан 348. став 3. ЗКП), као и на главном претресу, до његовог завршетка (члан 389. став 6. ЗКП). Након уводних излагања странака на главном претресу, оштећени може укратко образложити имовинскоправни захтев. Исто овлашћење има и приликом давања завршне речи. Оштећени има право располагања имовинскоправним захтевом. Он може одустати од датог предлога, до завршетка главног претреса. Изјава о одустанку је неопозива (члан 255. став 1. ЗКП).

Судбина имовинскоправног захтева оштећеног зависи од судске одлуке. Ако се донесе ослобађајућа или одбијајућа пресуда, или дође до обуставе поступка, оштећени може имовинскоправни захтев остваривати у парници. Ако суд донесе осуђујућу пресуду, или се изрекне мера безбедности обавезног психијатријског лечења, онда ће оштећеном бити досуђен имовинскоправни захтев. Суд, међутим, и тада може оштећеног упутити на парницу, ако изведени докази у поступку не пружају поуздан основ за досуђивање имовинскоправног захтева (члан 258. став 5. ЗКП).

Оштећени има право да буде обавештен о одлуци јавног тужиоца да не предузме кривично гоњење, или да одустане од даљег гоњења. Јавни тужилац ће о разлозима за одбацивање кривичне пријаве обавестити оштећеног, у року од 8 дана (члан 284. став 2. ЗКП). Притом ће га поучити о његовим правима. Оштећени има на располагању правно средство, у коме може изразити неслагање са одлуком јавног тужиоца, да не предузме гоњење, или да одустане од кривичног гоњења. Реч је о приговору, који оштећени може изјавити непосредно вишем јавном тужиоцу. Оштећени у поступку за официјелна кривична дела има улогу потенцијалног тужиоца. У случају одустајања јавног тужиоца, он може преузети кривично гоњење. Стога оштећени има право да буде поучен о праву да преузме кривично гоњење и да заступа оптужбу.

Као учесник у поступку, оштећени има ограничено право на жалбу. Зато има право да буде обавештен о окончању поступка, и доставља му се правноснажн пресуда. Он може побијати првостепену пресуду, само у делу, који се односи на трошкове поступка и имовинскоправни захтев. Само у случају, ако је јавни тужилац преузео кривично гоњење од оштећеног (као супсидијарног тужиоца) до завршетка главног претреса, оштећени може жалбом побијати пресуду по свим жалбеним основима.

Оштећени има улогу, коју је потребно посебно истаћи, у случају условног одлагања кривичног гоњења. Реч је о могућности да се, кривично гоњење одложи до годину дана, ако осумњичени прихвати једну или више од, законом предвиђених обавеза (члан 283. ЗКП). Та могућност постоји за кривична дела, за која је законом предвиђена новчана казна или казна затвора до 5 година. Ако окривљени изврши наложене обавезе, јавни тужилац одбацује кривичну пријаву и о томе ће обавестити оштећеног, који тада нема могућност изјављивања приговора непосредно вишем јавном тужиоцу. На тај начин је положај оштећеног потпуно маргинализован, у односу на решење из раније важећег ЗКП. Према раније важећем закону, оштећени је остваривао утицај на условни опортунитет, на тај начин што је давао сагласност на примену појединих обавеза (да окривљени отклони штетну последицу или надокнади штету, да плати одређени износ у хуманитарне сврхе, да се подвргне друштвенокорисном или хуманитарном раду). Према позитивноправним одредбама, оштећени је потпуно лишен могућности утицаја на примену условног одлагања гоњења, што се коси са смислом овог важног инструмента ресторативне правде.

Процесни положај оштећеног ваља сагледати из визуре одлучивања о споразуму о признању кривичног дела, с обзиром да је за консензус странака заинтересован, будући да се споразумом одлучује и о

имовинскоправном захтеву. Према члану 313. став 6. ЗКП-а, ако оштећени није истакао имовинскоправни захтев, јавни тужилац ће га позвати да то учини, до закључења споразума о признању кривичног дела са окривљеним. Уколико је оштећени истакао имовинскоправни захтев, одлука о томе је један од обавезних елемената споразума. Међутим, против пресуде, којом суд усваја споразум јавног тужиоца и окривљеног, оштећени нема право жалбе. Штавише, оштећеном се одлука суда о споразуму о признању кривичног дела не додтавља, нити се о доношењу одлуке обавештава. Имајући у виду да се, доношењем одлуке о споразуму, истовремено одлучује и о имовинскоправном захтеву, оштећени је легитимисан да има могућност побијања те одлуке, макар у делу, који се тиче имовинскоправног захтева. Уместо тога, оштећени је у поступку закључења и судске контроле споразума о признању кривичног дела, у потпуности искључен. Имајући у виду да један од елемената страначког споразума могу бити обавезе за окривљеног, прописане за примену опортунитета кривичног гоњења (члан 283. став 1. ЗКП), ваља поново истаћи да, ни у овом случају, не постоји могућност утицаја оштећеног на примену ових мера.

5. Оштећени као сведок

Сведоком се сматра свако лице, које је непосредно, својим чулима опазило чињенице, у вези са кривичним догађајем, или је о њима сазнало на посредан начин, и које је позвано од стране кривичног суда да о тим чињеницама исказује.²⁵ Оштећени, у било ком наведеном својству, било да је странка, или само учесник у поступку, може се саслушати као сведок. Од оштећеног полиција може прикупљати информације у предистражном поступку, користећи овлашћење прикупљања обавештења од грађана, у својству тзв. презумптивних сведока. Разлог је што оштећени најбоље зна на који је начин извршено кривично дело, поготово ако је истовремено пасивни кривичноправни субјект.

Ако се појави у својству сведока, оштећени има сва права и дужности осталих сведока, уз нека одступања. За разлику од осталих сведока, оштећени има право да присуствује главном претресу, од почетка, до завршетка. Стога се саслушава одмах након окривљеног (члан 396. став 3. ЗКП). Сва остала права, која иначе припадају оштећеном, задржава ако се у поступку појављује у својству сведока.

²⁵ Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, Кривично процесно право – општи део, Ниш 2006., стр. 283.

Будући да сведочење оштећених у кривичном поступку може да доведе до секундарне виктимизације, процесним кодексом су предвиђене мере заштите интегритета, тзв. посебно осетљивих сведока,²⁶ у које, између осталог, спада оштећени. Основни разлог одвајања мера заштите оштећених сведока у кривичном поступку је потреба за спречавањем секундарне виктимизације.²⁷ Она представља ескалацију последица, насталих примарном виктимизацијом, односно извршењем кривичног дела, услед неадекватне реакције органа вођења кривичног поступка, породице и социјалне средине, уопште.²⁸ Секундарна виктимизација, заправо, представља неадекватан одговор друштва, неразумевањем потреба жртве, неповерењем, испољавањем сумње у истинитост навода, индиферентношћу или чак наметањем жртви осећаја кривице за сопствену виктимизираност.²⁹ Исходиште неадекватне реакције друштва на извршено кривично дело може бити терцирајна виктимизација, што представља трајну стигматизацију жртве у сопственој средини. Следећа карика у низу је опасност од ревиктимизације, јер код жртава без заштите расте потенцијална изложеност поновног извршења кривичног дела над њима.

Посебно осетљивим сматрају се сведоци, који су услед узраста, пола, здравстваног стања, животног искуства, начина живота, као и услед начина извршења и последица извршеног кривичног дела, односно других околности случаја посебно угрожени (члан 103. ЗКП). Статус посебно осетљивог сведока може одредити суд, по службеној дужности, или на захтев странака или сведока. Решење о одређивању овог статуса, зависно од фазе поступка, доноси јавни тужилац, председник већа или судија појединац (члан 103. став 2. ЗКП).

С циљем спречавања секундарне виктимизације, одредбама ЗКП предвиђено је неколико одступања од уобичајеног извођења појединих процесних радњи. Саслушање посебно осетљивог сведока могуће је уз учешће педагога или другог стручног лица (члан 104. став 4. ЗКП). Циљ присуства стручног лица, са одговарајућом квалификацијом је припрема за свдочење и пружање подршке осетљивом сведоку, током давања исказа.

²⁶ То су сведоци, који су услед личних својстава, или извршеног кривичног дела, додатно угрожени, те је, приликом њиховог саслушања, потребно узети у обзир њихове потребе за заштитом. У ту категорију спадају: малолетници, жртве кривичних дела (оштећени), жене, стари и душевно оболела лица

²⁷ Виктимизација представља процес путем кога се постаје жртвом.

²⁸ Миомира Костић, Слободанка Константиновић – Вилић, Виктимологија, Ниш. 2012., стр. 450.

²⁹ Слађана Јовановић, Александра *op. cit.*, стр. 76.

Најкрупнији реформски захват у европско – континенталном систему, посебно изражен у тзв. земљама у транзицији, тиче се промене начина извођења доказа, на главном претресу. Уводи се унакрсно испитивање (*cross – examination*), уместо досадашњег начина извођења доказа, у коме активну улогу има суд. Према новом концепту, улога суда у доказној иницијативи постаје пасивна, у односу на странке. Међутим, потреба заштите посебно осетљивих сведока, доводи до одступања од концепта унакрсног испитивања. Заштити осетљивих сведока више одговара директно испитивање, од стране председника већа. Управо нови ЗКП, који иначе предвиђа унакрсно испитивање, прописује постављање питања осетљивом сведоку, преко органа вођења поступка. *Ratio legis* оваквог концепта је настојање елиминисања потенцијално штетних последица унакрсног испитивања, по психофизичко здравље сведока (члан 104. став 1. ЗКП). Предвиђена је, такође, могућност испитивања посебно осетљивог сведока у свом стану, у некој другој просторији, или у стручно опремљеној овлашћеној установи (члан 104. став 3. новог ЗКП). На ову меру надовезује се могућност саслушања, употребом техничких уређаја, за пренос звука и слике (члан 104. став 2. ЗКП). У овом случају, сведок се налази ван суднице, у посебној просторији, а пренос се у судницу врши путем интерне телевизије. Примена ове мере допуштена је и када се сведок испитује у свом стану, односно у овлашћеној установи.

Када у поступку постоје противуречности између исказа више сведока, или сведока и окривљеног, често се посеже за суочењем. Ова радња се изводи с циљем отклањања несагласности у исказима, по питању одлучних чињеница. Према одредбама ЗКП, суочити се могу окривљени са сведоком, или два сведока. Суочење се спроводи, тако што се постављају један наспрам другог, након чега им се налаже да један другоме понове своје исказе о одлучним чињеницама. Циљ суочења је да се изазове конфликт између процесних субјеката, како би суд могао утврдити истинитост одлучних чињеница. Процесни закон донекле ограничава могућност суочења окривљеног и посебно осетљивог сведока. Извођење те радње могуће је, само ако окривљени то захтева, а орган вођења поступка дозволи, имајући у виду степен осетљивости сведока, на једној страни, и интересе одбране, на другој страни (члан 104. став 5. ЗКП).

Закључак

Усвајање Законика о кривичном поступку из 2011. године донело је бројне новине, којима се прави заокрет ка сасвим другачијем моделу кривичног поступка, од дотадашњег. То је имало реперкусије на положај

оштећеног. Иако, у поређењу, са англо-америчким кривичним поступком, оштећени и даље има значајнији утицај на ток и исход поступка, може се уочити сужавање права, у односу на до тада важећу регулативу. Право на супсидијарну тужбу је омогућено тек од потврђивања оптужног акта. Не постоји утицај оштећеног на примену условног одлагања кривичног гоњења, иако је реч о инструменту ресторативне правде. Ни у поступку закључења страначког споразума о признању кривичног дела оштећени нема значајнију улогу, иако би његова активнија улога пружила могућност да јавни тужилац и суд сазнају, да ли окривљени предузео неке кораке, који би исходovali репарацијом оштећеног. Позитиван помак једино представља обавезивање суда да, у случају изрицања осуђујуће пресуде или решења о изрицању мере безбедности, оштећеном досуди имовинскоправни захтев. Ипак, и ова одредба је дерогабилна, с обзиром да постоји могућност одступања, ако расположиви подаци нису довољни за потпуно или делимично одлучивање о имовинскоправном захтеву, кривични суд ће оштећеног упутити на парницу (члан 258. став 4. ЗКП). У односу на раније важећи процесни закон, дошло је до значајне деградације положаја оштећеног, и то у оном делу, у коме је посебно важно учешће овог процесног субјекта. Стога се може оценити да је оштећени, у извесној мери, дискриминисан, у односу на супротстављеног кривичноправног субјекта, чиме се затварају врата за могућност остварења циљева ресторативне правде, када је то могуће. Осим тога, активније учешће оштећеног има директан утицај на моралну репарацију, а са друге стране, утиче на правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања у кривичном поступку.

Ivan Ilić
Assistant
Faculty of Law, University of Niš

DEGRADATION OF VICTIM POSITION IN SERBIAN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

In criminal proceedings, naturally, the greatest danger from discrimination threatens to the defendant. For this reason, there is a fundamental rights of the accused protection, which, at the same time limits the criminal repression of the State. In addition to the defendant, the potential danger from discrimination also threatens to the victim. Therefore, it is essential to protect victims from secondary victimization, as well as to allow victims to influence the course and outcome of the proceedings, which enacts its reparation and restitution. Modern criminal procedure, as opposed to inquisitorial, is based on the idea of fundamental human rights and freedoms protection, notably the accused, but also other participants in criminal proceedings. During the development of criminal proceedings protective function, there is a particular need to provide protection for passive subject in criminal law relationship. One of the most striking features of modern criminal procedure reform is to strengthen the procedural position of the victim. The adoption of the Code of Criminal Procedure from 2011, brought numerous innovations, which took a turn towards a completely different model of criminal procedure, from the previous. This has had repercussions on the position of the victim, and it may be perceived a narrowing of rights, in relation to the previously regulation. The right to subsidiary complaint is made possible only from the confirmation of the indictment. There is no impact of the victim to the application of conditional delay of criminal prosecution, although it is an instrument of restorative justice. In the plea bargaining signing procedure victim has no significant role. Positive displacement only represents a commitment to the court, in case of conviction, or decision about the measure of security implementation, to award compensation claim to victim. However, this provision is relative, given that there is the possibility of derogations where the available data are not sufficient for full or partial decision about compensation claim. Compared to the previously applicable criminal procedural law, there has been a significant degradation of the victim position, in the part, where is important participation of this procedural subject. Therefore, it is possible to evaluate that victims, to some extent, are discriminated, in relation to the opposite criminal law subject, thereby closing the door to the possibility of achieving the goals of restorative justice.

Иван Милић

Асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

О НЕКИМ НОВИНАМА У ОБЛАСТИ ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ ЗАТВОРА

Апстракт: Предмет ауторове пажње јесу само поједине новине Закона о извршењу кривичних санкција Републике Србије, који је донет 2014. године, којим се уређује извршење казне затвора. Извршења затворске казне представља једну изузетно сложену област, која се уређује законима, али и подзаконским актима. У овом раду акценат је стављен на неколико, по нашем мишљењу, изузетно важних питања од којих зависи положај осуђеног, тачније реч је о његовим правима за време издржавања казне затвора. Тако, у раду се говори о упућивању осуђених лица на издржавање казне, односно о томе како од висине изречене казне зависи где ће се осуђени упутити да издржава казну, у окружни затвор или казнено-поправни завод. Пријем посете, који је скоро па и једини начин да се дође у контакт са „спољним светом“, пријем посете у посебне просторије, пријем пакета, превремено отпуштање осуђеног, су такође питања која ће се обрадити детаљно у овом раду, а које сада важећи Закон уређује на другачији начин.

Кључне речи: затвор, осуђени, посета, пакет, жртва.

Након што пресуда постане правноснажна и извршна следи и поступак њеног извршења. Извршење кривичних санкција представља завршну фазу изузетно сложеног процеса који започиње откривањем кривичног дела и његовог учиниоца, а наставља се покретањем кривичног поступка и изрицањем кривичне санкције од стране суда.¹ Та завршна фаза сложеног процеса мора бити уређена прописима којима се јасно, прецизно и недвосмислено регулише извршење кривичних санкција. Уређење извршења сваке кривичне санкције је важно, али се прописима којима се уређује извршење највећа пажња посвећује извршењу казне

¹ Владимир В. Вековић, Извршење казне затвора у Републици Србији – скромни домети и нужност суштинских реформи, *Зборник радова „Владавина права и правна држава у региону“*, Међународни научни скуп, одржан 26. октобра 2013. год. на Палама, Источно Сарајево, 2014. стр. 685.

затвора, што је и сасвим разумљиво с обзиром на њен значај и тежину.² Долазак у затвор за већину људи, па и за оне који имају подуже криминално искуство или који су у њему већ бивали, представља тежак доживљај.³ У Републици Србији на снази је Закон о извршењу кривичних санкција (ЗИКС)⁴, који уводи и одређене новине у области извршења казне затвора у односу на претходни Закон. Претходни Закон о извршењу кривичних санкција⁵ донет је 2005. године и неколико пута је мењан и допуњаван. На основу њега донет је и већи број подзаконских аката којима се ближе уређује извршење казне затвора. На основу сада важећег ЗИКС-а донети су и поједини подзаконски акти којима се, такође, ближе уређује извршење кривичних санкција, али се примењује и неколико подзаконских аката који су донети на основу претходног Закона, с обзиром на то да још увек нису донети сви потребни подзаконски акти. Важно је напоменути да сада важећи ЗИКС не уређује извршење појединих санкција, које је раније на доста непрецизан начин уређивао ЗИКС, а разлог је тај што је у Републици Србији донет Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера⁶ којим се сада уређује, између осталог, извршење казне рада у јавном интересу, условне осуде са заштитним надзором и извршење казне затвора у просторијама у којима осуђени станује.

ЗИКС уводи одређене новине, којима се регулишу права и обавезе осуђених лица, у делу који претходи упућивању на издржавање казне затвора, затим, у делу који се тиче права и обавеза осуђених за време издржавања казне, а исто тако новине постоје и приликом отпуштања из завода. На самом почетку важно је указати да се при сваком вишем суду, према важећем ЗИКС-у, одређује **судија за извршење кривичних санкција**.⁷ Гледано са аспекта осуђених и притворених лица, чини се, да је један од најзначајнијих задатака судије за извршење тај што њему могу да подносе притужбе уколико је неко њихово право за време примене

² Више о кривичном извршном праву вид. Marina Simović, Dragan Jovašević, *Izvršno krivično pravo – osnovni pojmovi i karakteristike*, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka • Godina 4 • Broj 4 • Vanja Luka*, јул 2014 • стр. 132 - 144.

³ Добривоје Радовановић, *Човек и затвор – Студија интегрисаности у затворенички друштвени систем*, Београд, 1992. стр. 13.

⁴ *Службени гласник РС*, бр. 55/2014. С тим да извршење казне затвора, као *Lex specialis*, регулише и Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009 и 101/2010.

⁵ *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 72/2009 и 31/201. (ЗИКС из 2005.).

⁶ *Сл. гласник РС*, бр. 55/2014.

⁷ Члан 33 ЗИКС-а.

мере притвора или за време издржавања казне затвора повређено.⁸ На овом месту имамо потребу да укажемо да није прихватљиво да ЗИКС користи неуједначену терминологију. Тако, на појединим местима говори да је реч о „осуђенику“, док на другим о „осуђеном лицу“. Ранији важећи ЗИКС је само на једном месту садржао одредбу о „осуђенику“, док је у свим осталим својим одредбама искључиво говорио само о „осуђеном лицу“ или „осуђеном“⁹.

ЗИКС уводи и нова правила у погледу распоређивања осуђених лица, тако да осуђени коме је изречена казна затвора чије трајање или остатак трајања после урачунатог притвора и другог лишења слободe у вези с кривичним делом не прелази једну, а **изузетно** две године распоређује се у окружни затвор. Осуђени којем је изречена казна затвора чије трајање прелази једну годину по правилу се распоређује у казнено-поправни завод.¹⁰ Видимо да се оваквим начином регулисања омогућава, изузетно, и осуђеном лицу до „две године“ да казну затвора издржава у окружном затвору, за разлику од претходног Закона по коме је само оно лице које је осуђено на затворску казну до једне године имало ту

⁸ Ако **притвореник** сматра да је повређено неко његово право током извршења мере притвора у заводу има право да усмено на записник или писмено поднесе притужбу судији за извршење. **Осуђени** има право да поднесе захтев за судску заштиту против одлуке директора Управе, у року од три дана, од дана достављања одлуке, ако сматра да је тиме незаконито ограничено или повређено неко од његових права предвиђено члановима 76 до 125 ЗИКС-а. Пре него што поднесе захтев за судску заштиту, осуђени је дужан да се за заштиту својих права обрати органима и у поступку прописаном чланом 126 и 127 ЗИКС-а. Изузетно, осуђени може поднети захтев за судску заштиту директно судији за извршење у случају када му је право на живот или телесни интегритет озбиљно угрожено. Осуђени или притворени има право да поднесе притужбу судији за извршење у року од три месеца од дана настанка повреде права, а изузетно у року од шест месеци ако је постојала објективна спреченост, члан 37 ЗИКС-а.

⁹ Вид. члан 157 ЗИКС-а из 2005. Законик о кривичном поступку говори о „осуђеном“, вид. члан 2 Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014. У неким законима којим се уређује извршења казне затвора прави се јасна разлика, тако да постоји „осуђено“ и „осуђено лице или осуђеник“, тако: а) „осуђени“ је лице за које је правоснажном одлуком суда утврђено да је кривично одговорно за одређено кривично дело; б) „осуђено лице или осуђеник“ је лице које је правоснажном одлуком проглашено кривично одговорним и које у казнено-поправној установи издржава казну затвора (...) вид. члан 8 Закона о извршењу кривичних санкција Републике Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 12. од 19. фебруара 2010. год. Текст Закона доступан на: http://wcjp.unicri.it/db_legislation/national/docs/BiH_Zakon%20o%20izvršenju%20krivichnih%20sankcija_SG%2012-10_bos.pdf на дан: 14. април 2015. год.

¹⁰ Члан 50 ЗИКС-а.

„привилегију“.¹¹ Ми сматрамо да је ово добро законско решење, с обзиром на то да и осуђено лице преко једне године, у појединим случајевима, није потребно упућивати да казну затвора издржава у „строжијој установи“ као што је казнено-поправни завод.¹² Дужина изречене казне не може бити једини параметар за свеопшту оцену осуђених лица, већ је потребна једна ширира процена од које ће и зависити распоређивање осуђених лица.¹³

Надаље, осуђени који је учинио кривично дело из нехата и лице које је први пут осуђено на казну затвора до три године, распоређује се у завод **отвореног типа**.¹⁴ Док су се по претходном ЗИКС-у осуђени који су

¹¹ Вид. члан 38 ЗИКС-а из 2005.

¹² При том се мисли на казнено-поправне заводе затвореног типа и затвореног типа са посебним обезбеђењем. У теорији се говори о постојању три категорије затвора. 1. Максимално обезбеђени затвори; 2. Средње обезбеђени затвори; 3. Минимално обезбеђени затвори. Freda Adler, Gerhard O.W. Mueller, William S. Laufer, *Criminology*, second edition, New York, 1995, p. 485-487. Такође, када је реч о осуђеним женама на њих није могуће применити ове одредбе, с обзиром да у Републици Србији постоји само једна установа у којој све осуђене жене издржавају затворску казну. С тим у вези, у самој установи се врши категоризација, тако да се осуђене жене распоређују у поједина одељења.

¹³ С тим да се ту појављује проблем око доношења такве одлуке. Поставља се питање ко одлучује где се распоређује осуђено лице у овом случају? Да ли се одлучује прописом министра надлежног за послове правосуђа којим се уређује упућивање осуђених у заводе или о томе одлучује суд? Члан 49 ЗИКС-а прописује да: Осуђени се упућује на извршење казне затвора у складу са **прописом** министра надлежног за послове правосуђа којим се уређује упућивање осуђених у заводе. **Изузетно**, на молбу осуђеног из оправданих разлога, односно по захтеву полиције или служби безбедности из разлога безбедности, директор Управе за извршење кривичних санкција (директор Управе) може одступити од **прописа** и решењем променити место извршења казне. Против решења директора Управе којим се одређује промена места извршења казне, осуђени има право жалбе судији за извршење. Из овог члана видимо да о упућивању одлучује министар, а само изузетно директор Управе, али осуђени има и право да се жали судији за извршење. С тим у вези, сматрамо да се приликом самог упућивања не може довољно времена посветити осуђеном лицу. У току писања овог рада донет је Правилник о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2015. Овим Правилником се, ипак, прописује да се у **окоужне затворе** упућују она осуђена лица којим је изречена казна чије трајање или остатак трајања после урачунатог притвора и другог лишења слободу у вези с кривичним делом **не прелази једну годину**. Дакле, овде се ништа не говори о томе да се и оно осуђено лице којем је изречена казна затвора до две године може упутити у окружни затвор.

¹⁴ Члан 51 став 1 ЗИКС-а. Међутим, Правилник о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција прописује, између осталог, да се у заводе отвореног типа упућује први пут осуђена лица, против којих се не води други кривични поступак и којима је изречена казна затвора чије трајање или остатак трајања после урачунатог притвора и другог лишења слободу у

први пут осуђени на казну затвора до једне или, изузетно, до три године, као и осуђена лица за нехатно кривично дело распоређивали у завод **отвореног или полуотвореног типа**.¹⁵ Видимо да и ова законска одредба погодује осуђеним лицима за нехатна кривична дела, без обзира на висину затворске казне која им је изречена, али исто тако погодује и примарним учиниоцима умишљајних кривичних дела којима је изречена затворска казна до три година. Наиме, ова лица распоређују се само у заводе **отвореног типа**, те сада према ЗИКС-у не постоји могућност да казну затвора издржавају у заводу полуотвореног типа.¹⁶ С тим у вези, ова лица распоређују се само у казнено-поправне заводе отвореног типа.¹⁷

Једно од основних права осуђеног лица јесте, свакако, и право на посете блиских лица. Новим ЗИКС-ом учињене су одређене измене и у погледу права на посете, у делу који се односи на број посета које осуђени може да прими у току једног месеца. Претходни ЗИКС правио је јасну разлику у погледу права на број посета у зависности од тога где је осуђено лице издржавало казну. Дакле, у зависности од типа завода или врсте одељења у којем је осуђени издржавао затворску казну имао је и право на одређен број посета у току једног месеца. Ранијим ЗИКС-ом било је прописано да: осуђени има право на посету брачног друга, деце, родитеља, усвојеника, усвојитеља и осталих сродника у правој линији и у побочној линији до четвртог степена крвног и тазбинског сродства, као и хранитеља, храњеника и старатеља: 1) једном недељно - у заводу или

вези с кривичним делом не прелази три године, **а која нису осуђена за кривична дела**: силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом, трговина људима, разбојничка крађа, разбојништво, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, неовлашћено држање опојних дрога и омогућавање уживања опојних дрога. Видимо да се овим **Правилником** осуђена лица за учињена кривична дела која су такстативно наведена, иако су први пут осуђена и то на казну затвора чије трајање или остатак трајања не прелази три године, **не распоређују** у завод отвореног типа. Вид. члан 2, 3, 4, и 5 поменутог Правилника.

¹⁵ Члан 39 став 1 ЗИКС-а из 2005.

¹⁶ Међутим, вид. члан 2, 3, 4, и 5 Правилника о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција.

¹⁷ То су следећи заводи: 1. Казнено-поправни завод у Београду - Падинској Скели; 2. Казнено-поправни завод у Косовској Митровици; 3. Казнено-поправни завод у Сомбору; 4. Казнено-поправни завод у Њуприји; 5. Казнено-поправни завод у Шапцу. Вид. члан 1 Уредбе о основању завода за извршење кривичних санкција у Републици Србији, *Сл. гласник РС*, бр. 20/2006, 89/2009, 32/2010 и 53/2011. Међутим, за осуђене жене у Републици Србији постоји само једна установа, Казнено-поправни завод у Пожаревцу, у којем све осуђене жене издржавају затворску казну. Више о распоређивању осуђених лица у Републици Српској, вид. Драган Јовашевић, Владимир М. Симовић, Систем извршења казне затвора у Републици Српској, *Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву*, година IV, 2/2013, стр. 77–101.

одељењу отвореног типа; 2) двапут месечно - у заводу или одељењу полуотвореног типа; 3) једанпут месечно - у заводу или одељењу затвореног типа и у заводу затвореног типа са посебним обезбеђењем.¹⁸ Међутим, сада важећи ЗИКС прописује да: осуђени има право двапут месечно на посету брачног друга, деце, родитеља, усвојеника, усвојитеља и осталих сродника у правој линији и у побочној линији до четвртог степена крвног и тазбинског сродства, као и хранитеља, храњеника и старатеља.¹⁹ Видимо да се овакавим уређењем једном броју осуђеници лица проширује право на пријем посета, другом броју се то право смањује, док је за једну групу осуђених право на број посета у току једног месеца остао непромењен. Оваквим решењем осуђено лице које се налази у заводу отвореног типа има право на посету два пута месечно, за разлику од претходног Закона по којем је имао право да сваке недеље прима посету. Посете блиских лица осуђеном представљају контакт са спољним светом, и то је за њега један од ретких случајева када може уопште да дође у контакт са особама изван завода.²⁰ Није нам јасно зашто је законодавац на овакав начин уредио да свако осуђено лице има право на исти број посета? Обим права осуђених лица, па тако и у погледу права на посете блиских сродника, треба да зависи од типа завода, као и од врсте одељења

¹⁸ Члан 78 ЗИКС-а из 2005. С тим да су важила посебна правила у вези са посетом браниоца, пуномоћника, дипломатског-конзуларног представника. Вид. члан 79 и 80 ЗИКС-а из 2005. Вид. Слободанка Константиновић Вилић, Миомира Костић, *Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији*, Ниш, 2011. стр. 72. О правима осуђених лица у зависности од извршене категоризацији и њиховој спремности за промене вид. Асо Бобић, *Друштвене промене и затворска заједница*, Нови Сад, 2012. стр. 115-117. Права осуђених лица на контакт са спољним светом прописана су и Европским затворским правилима. Вид. Европска затворска правила (од 24.1 до 24.12.) доступна на: http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/149_evropska_zatvorska_pravila.pdf. на дан: 17. април 2015. год.

¹⁹ Члан 90 ЗИКС-а.

²⁰ О значају права на посете за осуђена лица вид. Владимир В. Вековић, *Систем извршења кривичних санкција*, Београд, 2010. стр. 95; Human Rights and Prisons, Manual on Human Rights Training for Prison Officials, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2005, Professional Training, Series No. 11. P.121-122. У условима пренасељености установа у којима се издржава казна затвора тешко је и сваком осуђенику омогућити да своја права остварује на начин како је то важећим прописима утврђено. У 2011. године у установама за издржавање затворске казне у Републици Србији налазило се око 11.000 осуђених лица, извор: <http://europa.rs/izlazak-iz-zatvora-sa-sertifikatom/>, на дан: 27. март 2015. О томе колико у другим државама има осуђених у затворима вид. David Scott, *Penology*, London, 2008. p. 56.

где осуђено лице издржава затворску казну.²¹ Оваквим уређењем сва осуђена лица у погледу прва на пријем посете налазе се у истом положају, са чиме се ми никако не слажемо. Није легитимно нити је са пенолошког аспекта оправдано да осуђени за најтежа кривична дела (и недисциплиновани осуђени) имају право на исти број посета као и осуђена лица за најлакша кривична дела (и најдисциплинованији осуђени). Систем награде и казне треба да буде један од начина одржавања дисциплине у установама у којима осуђена лица издржавају затворску казну.²² Тако, осуђено лице треба да се труди да својим понашањем буде смештено у завод или одељење у којем има највећи обим права, односно да својим понашањем не заслужи да буде смештено у одељење са најмањим правима.²³

Одређене промене постоје и у погледу права осуђених на боравак у **посебној просторији**. Тако да сада осуђено лице има право да са брачним другом, децом или другим блиским лицем²⁴ једном у два месеца борави у посебној просторији. Трајање посете је ограничено на три часа.²⁵ По раније важећем ЗИКС-у ово право осуђени је могао да оствари на свака три месеца.²⁶

У установама за извршење затворске казне налази се осуђеничка популација различитог, између осталог, и економског статуса. Тако је један број осуђеника или њему блиских лица у финансијској могућности да могу да шаљу осуђеном пакете сваког дана. С друге стране, имамо и осуђеничку популацију која није у таквој могућности. Нови ЗИКС и у погледу права на пријем пакета доноси одређене новине, тако да сада прописује да: осуђени има право на пријем пакета двапут месечно.²⁷ Опет, као и у делу који се односи на пријем посете, ни у погледу овог права не прави се разлику спрам завода и одељења у којем је осуђени смештен, већ свако осуђено лице има право на пријем истог броја пакета без обзира где

²¹ Свакако да се право на посете блиских лица, под одређеним условима, може и ускратити, вид. Руссийское уголовно-исполнительное право, Том I Обшайа част, под редакцией: В. З. Еминова, В. Н. Орлова, Москва, 2010. стр. 312-313.

²² Код награђивања, долази до проширивања постојећих права осуђених лица, а код кажњавања, та се права умањују, вид. Слободанка Константиновић Вилић, Миомира Костић, *Пенологија*, Ниш, 2011. стр. 148.

²³ Рад и понашање осуђеног требају да буди једини критеријуми за доделу погодности, вид. Mario Radić, Neki problemi s osuđenima u penalonoj praksi, *Penologija*, 1978. br. 1. i 2. str. 64.

²⁴ Посебно је интересантно питање - ко се све сматра блиским лицем?

²⁵ Члан 94 ЗИКС-а. С тим да то право нема за време издржавања дисциплинске мере упућивања у самицу.

²⁶ Члан 82 ЗИКС-а из 2005.

²⁷ Члан 96 ЗИКС-а.

издржава казну. Претходни ЗИКС прописивао је решење по којем је број пријема пакета зависио од типа завода у којем су смештени осуђени, односно од врсте одељења у којем су распоређени. Тако је осуђени имао право на пријем пакета: 1) једном недељно - у заводу или одељењу отвореног типа; 2) двапут месечно - у заводу или одељењу полуотвореног типа; 3) једанпут месечно - у заводу или одељењу затвореног типа и у заводу затвореног типа са посебним обезбеђењем.²⁸

За време издржавања затворске казне осуђено лице мора да се понаша у складу са прописима који важе у заводу за издржавање казне. ЗИКС-ом и подзаконским актима, а пре свега правилником о кућном реду, уређују се права али и обавезе осуђених. Уколико је реч о недисциплинованом осуђеном лицу, то значи да се ради о неком ко се не понаша у складу са прописима којима се уређују права и обавезе осуђених. Свако такво понашање има за последицу да осуђено лице нарушава ред, односно да чини **дисциплински преступ**. С тим у вези, ЗИКС-ом су учињене и одређене измене које се односе и на дисциплинске преступе. Прво, прописује се неколико нових тежих дисциплинских преступа: 1. Недолично, насилничко или увредљиво понашање према запосленом; 2. Противправо присвајање туђих покретних ствари; 3. Одбијање осуђеног да се подвргне тестирању у случају основане сумње на узимање опојних дрога или психоактивних супстанци. Надаље, прецизира се да тежи дисциплински преступ постоји уколико се учине најмање три лакша преступа у периоду од три месеца.²⁹ Даље, ЗИКС више не прописује да је „намерно угрожавање свог здравља ради онеспособљавања за извршење обавезе“ тежи дисциплински преступ, као што је то било прописано претходним ЗИКС-ом. Што се тиче лакших дисциплинских преступа, они више нису прописани правилником о кућном реду, већ самим ЗИКС-ом. С тим у вези, лакши дисциплински преступи су само из ранијег Правилника о кућном реду сада „преписани“ у ЗИКС.³⁰

²⁸ Члан 84 ЗИКС-а из 2005.

²⁹ Док је претходним Законом било прописано да је тежи дисциплински преступ: „понављање лакших дисциплинских преступа“, из чега се види да није био прописано ни колико је било потребно да се понови лакших преступа, нити у ком временском периоду су морали да се учине, вид. члан 145. ЗИКС-а из 2005. Према овој одреби долазимо до решења да неко када учини три лакша дисциплинска преступа истовремено чини (и) тежи преступ. Сада се поставља питање - да ли се када осуђено лице учини трећи лакши преступ кажњава и за њега или се само кажњава само за тежи преступ? По нашем мишљењу нико се два пута не може казнити за исти преступ. Тако да се у овом случају може казнити само за тежи дисциплински преступ.

³⁰ Вид. члан 79 Правилника о кућном реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима, Сл. гласник РС, бр. 72/2010 и 6/2012. Правилник је садржао и

Одређене новине постоје и код права **осуђених жена** које имају дете, које се односе на њихово право да дете задрже у заводу. Тако, сада осуђена жена која има дете може дете задржати до истека казне, али најдуже до навршене **друге године** живота детета, после чега родитељи детета споразумно одлучују да ли ће дете поверити на чување оцу, осталим сродницима или другим лицима.³¹ Видимо да ЗИКС сада дозвољава да се дете не одваја од мајке док не наврши две године живота, док је раније дете могло остати са мајком у Казнено-поправном заводу док не наврши једну годину живота.³²

једну веома проблематичну одредбу у члану 75, којим је било прописано да: осуђени су обавезни да се за време издржавања казне у заводу понашају на начин одређен Законом, правилником о кућном реду, наредбама и упутствима управника завода, те је непридржавање тих обавеза дисциплински преступ. С тим у вези, вид. члан 68 Правилника о кућном реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима, *Сл. гласник РС*, бр. 27/2006. Морамо споменути и то да је овај Правилник прописивао и теже дисциплинске преступе, тако што је садржао исте теже дисциплинске преступе које је прописивао и тада важећи ЗИКС. Тако да су два прописа прописивала исте преступе. Интересантно је и то да је исти Правилник садржао и једну „проблематичну“ одредбу у члану 68 као и Правилник из 2010. године. Наиме, чланом 67 било је прописано да „осуђени су обавезни да се за време издржавања казне у заводу понашају како је то одређено Законом о извршењу кривичних санкција, овим правилником, наредбама и упутствима управника завода“, те је непридржавање тих обавеза дисциплински преступ. Затим је члан 68 прописивао да такво непридржавање обавеза **може бити лакши или тежи дисциплински преступ!** Видимо да је такво уређење водило ка једној слободној процени, те се скоро свако понашање које није било у складу са прописима који су се примењивали у уставови могли сматрати као дисциплински преступ, и то тежи или лакши. Сматрамо да је такво решење било лоше, с обзиром да се осуђено лице могло казнити и за преступ који није био конкретно прописан. С тим у вези, када је неко понашање могло да се квалификује као дисциплински преступ, онда се поставља и логично питање – у чијој је надлежности било право да врши такву квалификацију, и од чега је зависило шта ће бити тежи а шта лакши дисциплински преступ?

³¹ Члан 119 ЗИКС-а.

³² Више о томе вид. Иван Милић, Специфичности одлагања извршења казне затвора и примене мере притвора с обзиром на трудноћу и личност жене, *Зборник радова правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2014. стр. 447-457. О женама у затворима у упоредном праву вид. Patricia Easteal, Women in Australian Prisons: The Cycle of Abuse and Dysfunctional Environments, *The Prison Journal*, September 2011; vol. 91, 3: p. 279-304; Lynne Goodstein, Doris Layton MacKenzie *The American Prison-Issues in Research and Policy*, New York and London, 1989. p. 121-122. У Републици Хрватској мајка може да задржи дете за време издржавања затворске казне док оно не наврши три године живота. Вид. члан 111. Закона о извршавању казне затвора, (НН 128/99, 55/00, 129/00, 59/01, 67/01, 11/02, 190/03, 76/07, 27/08, 83/09, 18/11, 48/11, 125/11, 56/13, 150/13). Текст Закона доступан на: <http://www.zakon.hr/z/179/Zakon-o-izvr%C5%A1avanju-kazne-zatvora> на дан: 14. април 2015. год.

Након истека затворске казне осуђено лице се отпушта из завода од којег добија трошкове превоза до места пребивалишта или боравишта, док се отпуштеном странцу плаћају трошкови превоза, по правилу, до граничног прелаза.³³ ЗИКС доноси одређене новине и у погледу отпуштања осуђеног и поступка пружања помоћи, којима се само ближе уређује програм припреме за отпуст и прописује да се поступак пружања помоћи и прихвата уређује посебним законом.³⁴

Новину представља и дужност да се обавести **жртва** кривичног дела о отпуштању осуђеног лица.³⁵ У случајевима када се осуђени за кривична дела против живота и тела, полне слободе или против брака и породице отпушта, завод је дужан да о томе обавести жртву кривичног дела ако је жртва то тражила, и ако процена ризика завода указује на потребу превентивне заштите жртве.³⁶ Иако је ова законска одредба непрецизна, сматрамо да се жртва обавештава увек ако је то тражила, а ако није тражила онда је завод обавештава у случају када се процени да је потребна њена превентивна заштита.

Измене постоје и у делу који се тиче превременог отпуштања. Директор Управе за извршење кривичних санкција (директор Управе) може превремено отпустити осуђеног са издржавања казне највише шест месеци до истека казне, ако је издржао девет десетина казне, због доброг владања осуђеног и постигнутих резултата у програму поступања, на

³³ Вид. члан 182 ЗИКС-а.

³⁴ Вид. члан 185 и 186 ЗИКС-а. С тим да се Законом о извршењу ванзаводских санкција и мера, *С. гласник РС*, бр. 55/2014. уређује пружање помоћи осуђеном након извршења казне затвора. Тако је чланом 57 прописано: Ако служба за третман процени да постоји потреба за пружањем помоћи осуђеном након извршене казне затвора, или осуђени сам затражи помоћ, Повереник ће најкасније у року од месец дана пре отпуста започети израду програма помоћи. Приликом израде програма помоћи Повереник сарађује са службом за третман и осуђеним. Програм помоћи је скуп мера и поступака које лице после извршене казне затвора добровољно прихвата, а који се примењује у циљу укључивања у живот на слободи. Програм помоћи се састоји од: 1) пружања помоћи приликом проналажења смештаја и исхране; 2) пружање помоћи у остваривању права на здравствену и социјалну заштиту; 3) давања савета у циљу усклађивања породичних односа; 4) пружања подршке и помоћи приликом проналажења запослења, односно довршавања школовања или стручног оспособљавања; 5) успостављања сарадње са надлежним центром за социјални рад у циљу давања новчане подршке за подмиривање најнужнијих потреба; 6) пружање подршке и помоћи у уздржавању од употребе опојних дрога и алкохола; 7) пружање других облика помоћи и подршке. Програм се обуставља, ако лице према којем се програм помоћи спроводи не сарађује.

³⁵ Члан 181 ЗИКС-а. С тим да се жртва обавештава у случају бекства осуђеног, као и у случају када осуђени добије условни отпуст.

³⁶ Члан 181 став 2 ЗИКС-а.

предлог управника завода,³⁷ док је по ранијем ЗИКС-у директор Управе могао такву одлуку да донесе само ако је осуђеном остало највише три месеца до истека казне.³⁸

ЗИКС уређује и област извршења казне затвора која је изречена учиниоцу **прекршаја**. Суштинских новина у овој области нема, осим у делу који се односи на одлагање извршења затворске казне. Сада се прописује да се молба за одлагање подноси прекршајном суду који је упутио кажњеног на издржавање казне. Даље, прекршајни суд је дужан да поводом поднете молбе донесе решење у року од три дана.³⁹ Сада се поставља питање - ко у прекршајном суду одлучује о молби, да ли је то председник суда или је то можда неки други судија у том суду? С обзиром на ову непрецизност, а имајући у виду законско решење о одлагању извршења казне затвора учиниоцу кривичног дела⁴⁰ и решење из претходног ЗИКС-а, којим је било јасно прецизирано да о одлагању одлучује председник прекршајног суда, чини се да се може доћи до закључка да и сада одлуку о одлагању треба да донесе председник прекршајног суда. Што се тиче **пријема посета и пакета прекршајно кажњеним лицима**, ЗИКС не садржи одредбе којима се ближе уређује колико пута прекршајно кажњено лице које се налази на издржавању затворске казне има право на пријем посете и пакета, већ се позива на примену одредаба којима се уређује пријем посета и пакета осуђеним лицима. С тим у вези, долази се до решења да и прекршајно кажњено лице има право на пријем посета и пакета два пута месечно.⁴¹ Дакле, можемо да закључимо да сва осуђена и кажњена лица која се налазе на издржавању затворске казне према важећем ЗИКС-у имају право на исти број пријема посета и пакета без обзира да ли су осуђена за кривично дело или кажњена за прекршај, без обзира на установу у којој су смештени, и на крају независно од одељења у које су распоређена.⁴²

³⁷ Члан 184 ЗИКС-а.

³⁸ Члан 173 ЗИКС-а из 2005.

³⁹ Члан 225 ЗИКС-а.

⁴⁰ Када је реч о одлагању затворске казне која је изречена учиниоцу кривичног дела ЗИКС јасно прецизира да се у том случају молба подноси надлежном председнику основног суда, који о молби и одлучује. Члан 62 и 63 ЗИКС-а.

⁴¹ С тим да је казна затвора које се изриче за учињени прекршај „кратка“, у односу на казну затвора која се изриче учиниоцима кривичних дела. Чланом 37 Закона о прекршајима (*Сл. гласник РС*, бр. 65/2013.) прописано је да: казна затвора се не може прописати у трајању краћем од једног ни дужем од шездесет дана. С тим да када је реч о стицају прекршаја онда казна затвора може да траје најдуже деведесет дана, члан 45 Закона о прекршајима.

⁴² Осим када је реч о осуђеним лицима која издржавају казну у Посебном одељењу за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала у казнено-

Претходни Закон о извршењу кривичних санкција неколико пута је мењан и допуњаван, да би се на крају 2014. године донео нови ЗИКС, од којег се очекивало да ће донети и велике новине у области извршења санкција. Ми смо у раду видели да извесне новине постоје у делу који је био предмет нашег интересовања. Новине које смо у раду приказали можемо поделити у две групе. То су оне новине које погодују осуђеним лицима и оне којима им се смањује обим права која су имала по претходном ЗИКС-у. Видели смо у раду, и то је уједно и највећа мана ЗИКС-а, да се поједина права осуђенима дају у истом обиму без обзира у којој се установи за извршење санкција налазе и без обзира на одељење у којем су распоређени, што се не може никако оценити као добро решење.

Ivan Milić

Assistant

Faculty of Law, University of Novi Sad

ON SOME NEW DEVELOPMENTS IN THE FIELD OF EXECUTING PRISON SENTENCES

Summary

The object of the author's attention are only certain new aspects of the Law on the Execution of Criminal Sanctions of the Republic of Serbia, which was passed in 2014 and which regulates the execution of the prison sentence. The execution of prison sentences represents an incredibly complex field which is governed both by primary and delegated legislation. In this paper, the focus will be several, according to our opinion, exceptionally important questions regarding the position of the sentenced person, and, more precisely, his rights while serving a prison sentence. Accordingly, the paper deals with the procedure of determining a prison sentence, including how the length of the prison sentence determines where the prison sentence will be served, whether it will be in district prison or in a penal and correctional institution. Receiving

поправном заводу затвореног типа са посебним обезбеђењем. С тим у вези вид. чланове 41 - 45 Правилника о кућном реду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010 и 43/2013. Такође, посебна правила постоје када је реч о осуђеним лицима на казну малолетничног затвора, која су пре свега прописана Правилником о кућном реду казненог-поправног завода за малолетнике, *Сл. гласник РС*, бр. 71/2006.

visits, which is essentially the only way to come into contact with „the outside world“, receiving visits in special rooms, receiving packages, and the temporary release of convicts are also questions which will be dealt with in detail in this paper and which are all regulated differently by the Law which is now in force.

Марија Маљковић

**Асистент Факултета за специјалну едукацију и рехабилитацију
Универзитета у Београду**

ДИСКРИМИНАЦИЈА У ПРОЦЕСУ РЕИНТЕГРАЦИЈЕ ОСУЂЕНИХ ЛИЦА

Апстракт: *Постинституционални прихват или постинституционално старање представља последњу фазу у процесу ресоцијализације и од кључне је важности за поновно укључивање у друштво тј. реинтеграцију осуђених лица. Резултати постигнути на овом плану битан су показатељ успешности целокупног институционалног третмана. Висока стопа рецидивизма, која се у нашим заводима креће у оквирима 60 – 70%, недвосмислено указује да је ова фаза оптерећена бројним проблемима. Недовољна развијеност система подршке, лоша економска ситуација, дискриминација, песимизам стручњака и локалне заједнице, стигматизација и социјална искљученост, само су неки од проблема са којима се осуђена лица суочавају по изласку из пеналних установа. Један од најважнијих предуслова успешне реинтеграције осуђених лица јесте укључивање у процесе рада тј. запошљавање. Поред високе стопе незапослености, која погађа друштво у целини, осуђена лица се суочавају и са проблемом дискриминације приликом запошљавања. Циљ овог рада је да анализом актуелног стања и давањем примера добре праксе, укаже на могућности смањивања дискриминације и унапређења процеса реинтеграције осуђених лица.*

Кључне речи: *дискриминација, закон, запошљавање, осуђена лица, реинтеграција*

УВОД

Процес ресоцијализације осуђених лица не завршава се отпуштањем из завода, већ се наставља у процесу постпеналног прихвата. Извршењем кривичних санкција остварује се општа и индивидуална сврха њиховог изрицања у циљу успешне реинтеграције осуђених у друштво. У зависности од степена развоја целокупног друштвеног система, специфичности правног и политичког система, економског стандарда, али и културолошких разлика, постпенални прихват може бити више или мање организован. У овој фази осуђеним лицима се помаже да се укључе

Марија Маљковић

у живот и рад на слободи, узимајући у обзир бројне последице заводског третмана, као што су: призонизација, криминална инфекција, бројне депривације, стигматизација, прекидање социјалних веза и односа, искључивање из процеса рада и сл. Резултати постигнути на овом плану битан су показатељ успешности целокупног институционалног третмана. Уколико се овој фази не посвети довољно ресурса и пажње, доводе се у питање позитивне промене које су остварене у току третмана, што резултира поновним вршењем кривичних дела тј. рецидивизмом. Рецидивизам је комплексна појава и уско је повезан са процесом ресоцијализације. Нажалост, досадашња пракса показује да осуђеници слободу најчешће дочекују без адекватне припреме за укључивање у друштво. У Србији на 100.000 становника долази приближно 142 затвореника, док је у европским земљама са најмањим процентом становништва који борави у затворима тај удео двоструко мањи. У Холандији на 100.000 становника долази 75 затвореника, а у Немачкој 81. Такође, у дискусији о стању о казненом систему Србије као тема се често издваја пренасељеност затвора са свим последицама које има по осуђеничку популацију - од боравка у лошим материјалним условима до неадекватног броја запослених у службама за третман које би требало да својим радом са осуђеницима и осуђеницама допринесу успешној ресоцијализацији.¹ Значајан податак представља и статистика о рецидивизму. Иако никада није рађено свеобухватно истраживање, у стручним расправама најчешће се располаже подацима да је између 60 и 70% повратника у затворима у Србији. Ризик за повратништво се увећава уколико је бивши осуђеник припадник неке осетљиве групе или ако је погођен друштвеним факторима као што су сиромаштво, бескућништво или незапосленост. У решавању личних изазова и проблема који их чекају на слободи често не наилазе на подшку било институција, било ужег или ширег окружења. Најшири проблем су предрасуде и страхови који доводе до социјалне искључености и изостављања подршке шире заједнице, затим долазе дискриминација приликом запошљавања, проблеми остваривање права пред институцијама и сл. Боравак у затвору често доводи до губитка посла (ако га је осуђени имао) и нарушавања породичног живота, што никако не доприноси реинтеграцији и ресоцијализацији. Послодавци и радно окружење често имају бројне предрасуде и негативан став према осуђеним лицима, а као услов за запошљавање, посебно у државним институцијама захтева се потврда о неосуђиваности. Искуства су показала да се осуђеници који су добили

¹ „Мере за смањење затворске популације: примери добре праксе“, Београдски центар за људска права, Београд 2014.

адекватно запослење и који су прихваћени у радној средини, много брже и успешније ресоцијализују од осталих и лакше интегришу у социјалну средину. Дакле, постпенални период није нимало лак и захтева много залагања како саме особе која је изашла из затвора, тако и свих који чине њено окружење.²

ЗАКОНСКИ ОКВИРИ

Србија се прикључила земљама које придају велику важност сузбијању дискриминације и остваривању равноправности настојећи да ратификовањем међународних уговора о људским правима и доношењем одговарајућих закона у домаћи правни систем интегрише највише међународне стандарде у овој области. Протеклих година усвојени су многи прописи о забрани дискриминације и регулисани су правни механизми за спречавање и заштиту од дискриминације.³ Уставом Републике Србије (2006)⁴ забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовинског стања, културе, језика, старости, психичког или физичког инвалидитета (чл.21.). Закон о забрани дискриминације (2009)⁵ успоставља целовит и свеобухватан систем заштите од дискриминације у републици Србији. Њиме је уређена општа забрана дискриминације, дефинисани облици и случајеви дискриминације, као и поступци заштите од дискриминације и установљен је Повереник за заштиту равноправности. Поред ових и многи други закони регулишу област дискриминације: Закон о заштити права и слобода националних мањина (2002), Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом (2006), Закон о равноправности полова (2009), Закон о раду (2005, са изменама од 2009.), Закон о здравственој заштити (2005), Закон о основама система образовања и васпитања (2009) итд. У области постпеналне бриге и заштите посебну важност имају Закон о извршењу кривичних санкција (2014)(ЗИКС),⁶ Закон о извршењу

² Живот после затвора: резултати истраживања потреба осуђених лица у постпеналном периоду. Неостарт, Београд 2014. <http://neostart.webs.com/>

³ Петрушић. Н., Бекер. К. (2012). Практикум за заштиту од дискриминације. Партнери за демократске промене Србија, Центар за алтернативно решавање сукоба, Београд.

⁴ „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

⁵ „Службени гласник РС“, бр. 22/2009.

⁶ „Службени гласник РС“, бр. 55/2014.

ванзаводских санкција и мера (2014)(ЗИВСМ)⁷ али и Стратегија за развој система извршења кривичних санкција у републици Србији 2013-2020 и Стратегија за смањење преоптерећености смештајних капацитета у заводима за извршење кривичних санкција у републици Србији у периоду од 2010-2015. године,⁸ као и Акциони план за спровођење Стратегије.

Као једна од мера за смањење пренасељености завода за извршење кривичних санкција предвиђен је институт постпеналног прихвата. Према Стратегији из 2010.године послове постпеналног прихвата требало је да обавља Повереничка служба, која постоји у оквиру Одељења за третман и алтернативне санкције. Ипак, ова мера уведена је тек 1.септрмбра 2014.године када је на снагу ступио нови ЗИКС и ЗИВСМ. Решења о постпеналном прихвату која се налазе у наведеним прописима предвиђају пре свега подељену надлежност између Службе за третман која постоји у сваком казнено-поправном заводу и Повереничке службе. Општи циљеви повереничке службе поред заштите друштвене заједнице и ефикасног спровођења алтернативних санкција, јесу и смањење стопе рецидивизма кроз успешну реинтеграцију, као и укључивање локалне заједнице у процес спровођења алтернативних санкција.⁹ Повереник за послове извршења израђује појединачни програм поступања за свако лице према ком се спроводи извршење, па тако и за лице коме се пружа постпенална подршка. Појединачни програм поступања израђује се на основу процене личности, личних прилика, здравственог стања, стручних квалификација, процене ризика и потреба лица према ком се спроводи извршење. Програм се израђује у сарадњи са осуђеним лицем. Појединачни програм поступања садржи методе, поступке и рокове за његово спровођење, носиоце појединих активности и остале податке од значаја за испуњавање сврхе извршења. Појединачни програм поступања обавезно садржи преузете обавезе или мере које је одредио надлежни орган. Лице према ком се спроводи извршење упознаће се са садржином појединачног програма поступања, као и са последицама неизвршења обавеза, прихватити га својим потписом, после чега је обавезно извршавати утврђене поступке и мере.¹⁰ Када служба за третман процени да је осуђенику коме се ближи истек казне затвора потребан одређени вид подршке по изласку или осуђени самостално затражи помоћ, Повереник

⁷ „Службени гласник РС“, бр. 55/2014.

⁸ „Службени гласник РС“, бр. 53/10.

⁹ Маљковић. М., Илић. З. (2013). Рад повереника у Републици Србији – контрола и надзор и/или помоћ и подршка. У: Л. Крон., А. Југовић (Ур.) *Криминал, државна реакција и хармонизација са европским стандардима, Палић, Србија, 12-13.06.2013.* (стр. 307-315). Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања.

¹⁰ „Службени гласник РС“, бр. 55/2014.

ће најкасније месец дана пре истека казне започети израду програма помоћи. Програм помоћи замишљен је као заједнички производ Повереника, васпитне службе и осуђеника.

Чланом 57. ЗИВСМ прописано је да је програм помоћи скуп мера и поступака које лице после извршене казне затвора добровољно прихвата, а који се примењује у циљу укључивања у живот на слободи. Програм помоћи се састоји од:

- пружања помоћи приликом проналажења смештаја и исхране;
- пружање помоћи у остваривању права на здравствену и социјалну заштиту;
- давања савета у циљу усклађивања породичних односа;
- пружања подршке и помоћи приликом проналажења запослења, односно довршавања школовања или стручног оспособљавања;
- успостављања сарадње са надлежним центром за социјални рад у циљу давања новчане подршке за подмиривање најнужнијих потреба;
- пружање подршке и помоћи у уздржавању од употребе опојних дрога и алкохола;
- пружање других облика помоћи и подршке.

ЗИКС-ом је предвиђена и обавеза Завода да према осуђенику од момента доласка на издржавање казне, започне са програмом припреме за отпуст. Осуђени се подстиче на активно учествовање у припреми за отпуст, а посебно да одржава односе са породицом, успоставља и одржава контакте са установама и особама које се баве укључивањем осуђеника за живот на слободи. Програм за отпуст је саставни део програма поступања (став 2). На основу утврђеног програма за отпуст, осуђени ће бити укључен у појединачни или групни саветодавни рад у вези са његовом припремом за отпуст најраније једну годину, а најкасније три месеца пре отпуштања, у зависности од дужине изречене казне (став 3). У поступку израде програма за отпуст служба за третман утврђује и потребе осуђеног након извршења казне и сарађује са повереничком службом, као и органом старатељства надлежним према месту последњег пребивалишта, односно боравишта осуђеног (став 4). Члан 186 ЗИКС-а предвиђа да у остваривању пружања помоћи и прихвата завод сарађује са повереничком службом, органом старатељства надлежним према месту последњег пребивалишта, односно последњег боравишта осуђеног пре упућивања на извршење казне затвора, полицијом и одговарајућом организацијом или удружењем. Такође, подршку васпитној и повереничкој служби, како током припремања за отпуст, тако и након издржане казне затвора могу пружати и „одговарајуће организације или удружења”. Другим речима, ЗИКС на један генералан начин предвиђа могућност деловања невладиног

сектора у постпеналној помоћи бившим осуђеницима, тј. осуђеницима који се припремају за излазак на слободу.¹¹

ПРЕГЛЕД СТАЊА У СРБИЈИ - ПРИКАЗ РЕЗУЛТАТА ИСТРАЖИВАЊА

За потребе овог рада биће приказани резултати истраживања спроведеног у оквиру пројекта „Процена потреба бивших осуђеника у постпеналном периоду“,¹² који је спровео Центар за превенцију криминала и постпеналну помоћ – НЕОСТАРТ, уз подршку Мисије ОЕБС у Србији. Истраживање обухватило је 547 осуђеника који се налазе на издржавању казне у четири казнено-поправна завода у Србији (КПЗ у Нишу, КПЗ у Сремској Митровици, КПЗ у Пожаревцу и КПЗ за жене у Пожаревцу), а којима је до истека казне остало две или мање од две године. У узорак је ушло и 28 запослених у наведеним заводима.

С обзором на актуелност и релевантност самог истраживања, осврнућемо се на добијене податке, који се директно односе на процес постпеналног прихвата и проблеме који се јављају у овој фази (пре свега на дискриминацију у процесу реинтеграције).

1) Радно ангажовање

Што се тиче запослења пре доласка у затвор, укупно 385 испитаника (70,4%) потврдили су радни ангажман, док су 162 испитаника (29,6%) негирали.

Највећи број испитаника који није био радно ангажован рекао је да нису могли да пронађу посао. Међутим, неки испитаници су рекли и да нису могли да добију посао због раније осуђиваности, док су неки рекли да су разлог здравствени проблеми. Испитаници који нису били запослени пре доласка у затвор су рекли да су се издржавали тако што су повремено и хонорарно обављали послове. Испитаници су били упитани и да ли имају некога ко ће их финансијски помоћи након што изађу из затвора. Скоро две трећине испитаника је рекло да има - 347 (63,5%), док је 200 (36,5%) испитаника рекло да нема. Интересантно је да на финансијску помоћ након изласка из затвора у већој мери могу да рачунају осуђеници

¹¹ Живот после затвора: резултати истраживања потреба осуђених лица у постпеналном периоду. Неостарт, Београд 2014. <http://neostart.webs.com/>

¹² Резултати истраживања су презентовани уз одобрење представника Центра за превенцију криминала и постпеналну помоћ – Неостарт.

који су рекли да знају да читају у пишу. Овај податак говори о лошијем положају осуђеника који су формално неписмени.

2) Обука у затвору

Испитаници су били упитани да ли су у затвору прошли неку обуку, курс или занат који би унапредио њихова знања и вештине и омогућио им да се лакше запосле. Укупно 105 (19,2%) испитаника је одговорило да је прошло неки курс, док су 442 (80,2%) испитаника рекла да нису прошли никакав курс. Испитанике који су прошли неки курс или обуку (105 испитаника) упитали су да ли мисле да им је то користило. Велика већина испитаника - 95 (90,5%) је рекла да им је обука била веома корисна.

У наставку упитника испитаници су били упитани и да ли мисле да им је потребна нека едукација или обука везана за јачање вештина потребних за свакодневни живот? Скоро подједнак број испитаника је рекао да мисли да им треба и да им не треба. Па тако, 260 испитаника (47,5%) је рекло да би им таква обука била потребна, док је 287 испитаника (52,5%) рекло да им не треба.

3) Тражење посла

Већина испитаника је рекла да ће након изласка из затвора активно тражити посао - 443 (81%), док су 104 (19%) испитаника рекла да неће. Испитаници који су рекли да ће након изласка из затвора активно тражити посао, упитани су на који начин ће га тражити. Па је тако 235 испитаника рекло да ће посао тражити преко породице или пријатеља, 223 испитаника је рекло да ће посао тражити преко Националне службе за запошљавање, 121 испитаник је рекао да ће посао тражити преко огласа, док је 67 испитаника рекло да већ има посао и ће се по изласку из затвора вратити на стари посао.

На питање да ли постоји нешто за шта мисле да би их могло обесхрабрити и онемогућити у тражењу посла испитаници су у највећој мери одговарали да би препрека могла да буде то што ће по изласку бити бивши осуђеници и да би то могло да им ствара проблеме приликом тражења посла. Занимљиви су и добијени подаци на питање какав би посао волели да нађу након што изађу из затвора. Најчешћи одговор је би да би волели да нађу било какав посао. Укупно је 89 испитаника рекло да им је битно да нађу посао и да не би бирали какав ће то посао бити. Овај податак говори у прилог мотивације осуђеника да по изласку из затвора потраже посао који ће им обезбедити егзистенцију.

Испитаници су били упитани шта мислите да би им било потребно да повећају шансе да нађу посао. Да им је потребна већа подршка државних институција одговорило је највише испитаника, њих 245. Брисање кривичног дела из евиденције би повећало шансу за проналажење посла по мишљењу 236 испитаника, док је 92 пута речено да би више образовања помогло и повећало шансе за проналажење посла. Уз то, 84 испитаника је рекло да би им помогло ангажовање и помоћ породице и пријатеља приликом тражења посла. Поред тога, 38 испитаника је рекло да би помогло ако би они били више мотивисани да траже посао.

4) Правни статус

На питање о личним документима (личној карти, здравственој књижици) која ће бити важећа на дан изласка на слободу, добијен је занимљив податак, а то је да је скоро подједнак број оних који имају (50,1%) и оних који немају документа. Од броја испитаника који су рекли да имају документа (274 испитаника), њих 53 је рекло да има сва три документа (личну карту, пасош и здравствену књижицу), док је 97 испитаника рекло да има само личну карту. Посматрано појединачно према документима, међу испитаницима који су рекли да имају документа, највећи је број оних који имају личне карте. Испитаници који нису имали лична документа (нпр. личну карту или здравствену књижицу) упитани су зашто их немају. Одговори испитаника су били различити: од тога да су рекли да је разлог њихово стављање на потерницу и забрану издавања, па преко тога да су рекли да је разлог бекство од закона, недостатак новца или проблеми са држављанством. Међутим, највећи број њих је рекао да је једноставно, током њиховог боравка у затвору или касније истекла важност докумената, а да касније они нису ни ишли да их продуже или добију нове исправе.

5) Искуства повратника

У испитаном узорку је било 224 (40,9%) испитаника који су одговорили да су и раније били у затвору, док је 323 (59,1%) испитаника рекло да им је ово први пут. Испитаници су наводили једну или више од једне државне институције са којом су имали негативна искуства по изласку из затвора. Па тако, у највећем броју случајева испитаници су имали негативна искуства са полицијом (86), затим са Центром за социјални рад (46), Националном службом за запошљавање (23) и судом (23), као и са државном фирмом у којој су пре одласка у затвор били

запослени (15), здравственом установом (15) и општинским органима (11). Укупно су 84 испитаника рекла да су имали проблема да добију помоћ од здравствених установа. Највећи број њих је рекао да су имали проблем јер нису имали здравствену књижицу. Поред тога, осуђеници су наводили да су се суочавали и са тиме да су били дискриминисани приликом обраћања здравственој установи и да им је било онемогућено да се лече.

Нешто мање од половине повратника (48,7%) је рекло да су после изласка на слободу имали проблеме при запошљавању, а једна трећина је рекла да је добила отказ након што је њихов послодавац сазнао да су били у затвору.

Осуђеницима који су били повратници постављено је питање и о томе шта је био највећи проблем након изласка на слободу. Највећи број одговора је био везан за немогућност проналажења посла и недостатак финансија. Исто тако, испитаници су као већи проблем навели и неразумевање од стране околине и дискриминација са којом су се суочавали након изласка из затвора.

Испитаници су у већини случајева рекли да су породица и блиске особе биле спремне да им помогну по изласку (73,4%) и да су били спремни да их прихвате назад и пруже им подршку (63,9%).

6) Информисаност

Када је реч о информисаности осуђеника, упитани су да ли знају за неке државне институције које помажу осуђеницима након изласка из затвора и које. Подаци показује да само 15% испитаника зна за неку државну институцију којој може да се обрати, док скоро 85% њих не зна. Испитаници су у највећој мери (80%) наводили Центар за социјални рад као институцију којој могу да се обрате. Поред Центра за социјални рад, наводили су и Заштитника грађана, Националну службу за запошљавање, Каритас, Дом здравља, Савез бораца, општину, и сл. Подаци показују да мали број осуђеника (5,1%) је упознат са постојањем невладиних организација којима могу да се обрате.

У оквиру истраживања испитивано је и да ли су осуђеници упознати са новим законима (ЗИКСи ЗИВМС). Добијени подаци су показали да је нешто мање од 40% испитаника из узорка упознато са новим законима - 213 испитаника или 39%, док преко 60% и не зна за постојање ових закона.

7) Очекивања и уверења

У блоку питања која су се тичала очекивања и уверења испитаника, упитани су да ли очекују да ће им држава некако помоћи након изласка из затвора. Нешто мање од трећине испитаника је рекло да очекује да им држава помогне по изласку из затвора - 162 (29,6%) испитаника, док је 385 (70,4%) испитаника одговорила да не очекује да ће им држава на било који начин помоћи. Када је реч о државним институцијама од којих очекују помоћ, највећи број испитаника је рекао да ће помоћ затражити од Центра за социјални рад, затим од Министарства за рад и социјална питања, Националне службе за запошљавање и општинских органа управљања.

Укупно 129 (23,6%) испитаника мисли да ће их њихово окружење одбацити након што изађу из затвора, док 418 (76,4%) испитаника то не мисли. Више од половине испитаника (56,7%) сматра да ће, као бивши осуђеници бити дискриминисани у остваривању својих права. Било је различитих одговора испитаника на питање на који начин ће бити дискриминисани. Па тако, испитаници су рекли да очекују да ће имати проблем на послу, приликом запошљавања, приликом рутинских полицијских провера, као и да ће наићи на неразумевање и осуду од стране других људи.

Добијени подаци показују да нешто више од половине испитаника сматра да је затворско искуство утицало негативно на њихово психичко здравље - 282 (51,6%) испитаника, док 265 (48,4%) испитаника то не сматра. Од укупног броја испитаника који су рекли да је затворско искуство утицало на њихово психичко здравље, 132 испитаника је рекло да им је потребна стручна помоћ и подршка због тога.

Велика већина испитаника је рекла да ће им након изласка из затвора највише значити подршка породице и пријатеља. Међутим, испитаници су навели и да би им значила и подршка државних институција, пре свега Центра за социјални рад и невладиних организација.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Примера добре праксе (у области постпеналног прихвата и реинтеграције осуђених лица) у свету има доста било да се ради о добро организованим, државним системима или невладиним и хуманитарним организацијама. У завршним разматрањима споменућемо искуства из праксе завода у Србији, са тежњом да се овакви програми промовишу, прошире и постану интегрални део процеса ресоцијализације.

- ✓ Виктимолошко друштво Србије (2011) спровело је пројекат под називом *„Људска права жена у затвору – залагање за жене жртве које се налазе у затвору“*¹³ у оквиру којег је остварен контакт са одређеним бројем осуђеница, којима је у току пројекта пружена емотивна подршка, правни савети, а све то кроз радионичарски рад. Препознали су да осуђенице не пролазе кроз адекватну припрему за излазак из затвора и да осећају страх од мањка подршке на слободи. Зато је одштампана и подељена брошура *„Шта треба да знате приликом изласка из затвора?“*, са јасним и кратким саветима за решавање недоумица и проблема по изласку из затвора. Поред тема о којима би осуђенице требале да размисле током припреме за слободу (породични односи, очекивања), у брошури се налазе и контакти институција којима могу да се обрате.
- ✓ У Казнено-поправном заводу у Нишу 2014.године покренут је програм *„Припрема за отпуст осуђених лица“*¹⁴, а реализатори су били запослени у Служби за третман. Предвиђено је да програм траје 16 недеља и обухвата неколико битних области – породица, посао, фактори ризика и слично. У оквиру програма организован је и састанак са породицама осуђеника који су исказали велико задовољство оваквим начином рада и спремност да сопственим ангажовањем допринесу реализацији оваквог пројекта. Пројекат је дао одличне резултате о чему сведочи велика заинтересованост осуђеника, а постоји и значајна мотивисаност запослених, иако то изискује њихово паралелно ангажовање са свакодневним радним обавезама.
- ✓ Такође, позитиван пример припреме за отпуст постоји и у Казнено-поправном заводу за малолетнике у Ваљевоу, где је спроведен пилот-пројекат *„Међуресорна сарадња на постпеналном прихвату у Ваљевоу – јачање система алтернативног извршеља кривичних санкција“*¹⁵, који је подржала Европска унија, а спровео ГИЗ у сарадњи са Министарством правде и државне управе Републике Србије. У овај пројекат укључени су: представници града Ваљева, повереничка служба, центар за социјални рад, Црвени крст, Национална служба за запошљавање, представници судства и МУП-а каритас и удружење Дијалог. Главни циљ овог пројекта био је стварање сарадње између свих релеватних институција и организација

¹³ <http://www.vds.org.rs/LjudskaPravaZenaUZatvoru2011.htm>

¹⁴ Информације су доступне у часопису КРЗ Ниш „Наш живот“, објављен у јуну 2014. године. Према: Живот после затвора: резултати истраживања потреба осуђених лица у постпеналном периоду. Неостарт, Београд 2014. <http://neostart.webs.com/>

¹⁵ <http://www.odbor.rs/index.php/197-jacanje-sistema-alternativnih-kazni>

у граду, рад на питањима од важности за осуђена лица, као што су запошљавање, образовање, здравствена заштита, као и њихова припрема за постпенални прихват у локалној заједници. Друга важна тема која је била у фокусу је јачање казне условне осуде са заштитним надзором као и подизање капацитета повереничке службе у Ваљево. Пројекат је одлично прихваћен од стране осуђених и њихових породица.

Доношењем Закона о извршењу кривичних санкција (2014), Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера (2014), Стратегије за развој система извршења кривичних санкција у републици Србији 2013-2020, Стратегије за смањење преоптерећености смештајних капацитета у заводима за извршење кривичних санкција у републици Србији у периоду од 2010-2015. године, Закона о забрани дискриминације (2009), као и низа других одредби створена је законска основа за унапређење праксе извршења кривичних санкција. Пилот – пројекти, међународна размена искуства, давање већих овлашћења Повереничкој служби, оснивање невладиних организација, као и све већа заинтересованост за област постинституционалног прихвата, дају наду да ће овај проблем у нашој средини, коначно добити место које заслужује. Узимајући у обзир резултате истраживања, позитивних помака има, али постоје питања којима се у будуће треба посветити посебна пажња. Побољшања требају ићи и у правцу умрежавања владиног и невладиног сектора, координације разних служби, јачање капацитета повереника и самих осуђеника, интензивнија сарадња са породицом, као и продужено пружање подршке и помоћи након изласка из установе (укључивање у програме лечења болести зависности, обука, образовање и сл.).

Marija Maljković
Assistant
Faculty for Special Education and Rehabilitation
University of Belgrade

DISCRIMINATION AND THE PROCESS OF CONVICT REINTEGRATION

Summary

Post-institutional acceptance or post-institutional care represents the last step in the process of re-socialisation. This is a crucial step for the re-integration into society ie. reintegration of prisoners.

The results achieved in this field are an important indicator of the success of the entire institutional treatment. The high rate of recidivism, which ranges between 60 - 70% within our institutions clearly indicates that this phase is burdened with many problems. Insufficient development within support systems, poor economic situations, discrimination, pessimism towards professionals and the local community, stigmatisation and social exclusion are some of the problems that prisoners face after leaving the penal institution. One of the most important preconditions for successful reintegration of prisoners back into the community is through employment. In addition to high unemployment, which affects the whole of society, prisoners are faced with the problem of discrimination in employment. The aim of this paper is to analyse the current situation and to provide examples of good practice, possible methods of reducing discrimination and improving the process of reintegration of prisoners.

УСТАВНОПРАВНА И
УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Владан Михајловић

**Редовни професор Правног факултета у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици**

Мр Бојан Бојанић

**Асистент Правног факултета у Приштини са привременим седиштем
у Косовској Митровици**

ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ КАО УСЛОВ И ГАРАНЦИЈА ПРАВНЕ (УНУТРАШЊЕ ПРАВНЕ) И МЕЂУНАРОДНЕ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

Апстракт: Борба за људску еманципацију, једнакост и равноправност међу људима обележила је модерну државну и политичку историју Европе, али и остатка света. У Европи је та борба започета у раном средњем веку и то најпре у Енглеској. Свој врхунац је доживела крајем 18. и почетком 19. века и то пре свега заслугом грађанских револуција (америчке, француске и др) које су прогласиле слободу, братство и једнакост међу људима. Услов или претпоставка поштовања и постизања пуне људске једнакости и равноправности биле су и остале забрана и сузбијање различитих видова дискриминације према људима. Све грађанске, буржоаске декларације о правима, као и уставне прокламације људских права и слобода, садрже јасно наглашену антидискриминаторску формулу. Уствари, слободе и права човека и његова заштита од дискриминације су две стране исте медаље. Бесмислено је гарантовати спектар грађанских, политичких, економских, културних и др. права ако није обезбеђена заштита од различитих видова дискриминације и то како према полу, вероисповести, језику, боји коже тако и према политичким и другим опредељењима, националној припадности, имовини, образовању, здрављу, сексуалној оријентацији и др. Забрана ових различитих видова дискриминације према личним својствима човека задатак је не само унутрашњег права сваке земље понаособ него и међународног права које проистиче из међународне заједнице. Почев од Повеље Уједињених нација од 1945. год. па до данас, донети су бројни универзални и регионални акти посвећени сузбијању расне, полне, образовне, религиозне, националне и сваке друге дискриминације. И поред успеха на том пољу, сведоци смо различитих, па и учесталих, појава дискриминације широм света. То је изазов за све прогресивне друштвене и политичке снаге широм света да се одлучно боре против таквих појава и сузбијају их у корену. Као авети оживљавају

Проф. др Владан Михајловић, мр Бојан Бојанић

разне расистичке, националистичке, фашистичке и екстремно религиозне идеологије и организације које шире мржњу, насиље и нетолеранцију. Оне не бирају средства за којима посежу да би постигле своје циљеве нити показују самилост пре према појединцима и групама супротне оријентације. Такво испољавање мржње и агресије не сме да нас уплаши или поколеба него, напротив, да нас ојача и натера да се ујединимо и одлучно супротставимо таквим снагама мрачњаштва које сеју расну, политичку, националну, религиозну, сексуалну и сваку другу нетолеранцију и дискриминацију.

Кључне речи: право на једнакост, забрана опште дискриминације, посебни видови дискриминације, међународне конвенције о укидању дискриминације, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права.

УВОД

Освајање људских права и њихова заштита је тековина модерне европске и англосаксонске цивилизације и културе. За то је пре свега заслужна буржоазија која је показала храброст и самоувереност да се уздигне изнад зала и неправди претходног, феудалног поретка. Буржоазија је окупила око себе обесправљене класе и повела их у борбу за конституционализацију друштва, владавину права и устава. Под њеним окриљем изведене су славне револуције у којима се човек борио и изборио за своју слободу, срећу и поштовање достојанства. Увек ће узвишено да звуче и понављају се незаборавне паролe француске револуције – слобода, братство и једнакост. А само неку деценију пре тријумфа буржоазије човек је био безнадежан и очајан, окован и обесправљен, понижаван и злостављан без икаквог избора и средстава да заштити свој голи живот и морални интегритет. И обичан човек, као и племићи и свештенство, стрепео је за свој голи живот и добра и никад није могао да зна шта га сутра чека. Сви су они били препуштени на милост и немилост свемоћи и тираније својих владара, њихове непредвидљиве ћуди и охоле нарави. Против такве самовоље и тираније појединаца још су се у раном средњем веку побунили највиши слојеви друштва племство и свештенство. Тако је у Енглеској започела борба световне и духовне властеле за одбрану својих права и привилегија од похлепе и самовоље апсолутистичких владара. Заслугом те енглеске аристократије родила се Велика повеља о слободи (1215. год) али и други важни акти, повеље, карте, декларације широм Европе. У њима су забележена и призната права и привилегије појединих друштвених слојева и она ће временом прокрчити пут идеји писаног

устава. Иако значајни као предуставни акти, ови средњовековни документи су ипак имали ограничен домет и сталешки карактер. Како добро примећује проф. Драган Стојановић, те привилегије сталежа, цркве и градова нису имале обележја индивидуалних, него корпоративних права.¹ Но неки од тих средњовековних аката, докумената имали су и веће амбиције и жеље да добију и шири или универзални карактер. Међу њима се свакако издваја Велика повеља о слободи из 1215. год. јер је, поред сталешких права, прокламовала и она општељудска, која штите сваког појединца. Зато су увек актуелне оне њене чувене мисли и одредбе које с правом чине бисер историје уставности и конституционализације људских права. Ту се пре свега издваја она по којој ни један слободан човек неће бити ухапшен или затворен у тамници, лишен поседа, или неће бити стављен ван закона, или изгнан или на било који други начин унесрећен нити ће му се учинити ма шта против њега што по законској пресуди не одговара његовим правима и што није сагласно закону земље.²

То што је започела енглеска феудална аристократија, у новом веку је наставила буржоазија под окриљем нове идеологије – рационалистичке филозофије. Тај рационализам је такође рођен у Енглеској и то је била идеологија трећег сталежа у борби против феудалних друштвених односа и институција.³ Тако се идеја људских права (као и устава) прво зачела у Енглеској. Ту се и прво поставило питање владара, чију је самовољу требало спречити и сузбити и то у интересу заштите права и добара других друштвених група и појединаца. Но, сама идеја о људским правима није оригинална нити је искључиво откриће буржоазије. Она је старија и сеже до почетка теорије и доктрине о природним правима, до учења софиста о праву природе, али и Аристотеловог учења о праву које је у складу са природом, заједничко за све људе и које има свој узор у природи и правичности.⁴ Без обзира на те античке узоре и корене, на софисте и касније филозофе који су ширили њене идеје, доктрина природног права је европско откриће и њу су развили и ширили европски мислиоци, пре свих Хобс, Лок и Русо. Те природноправне мисли и идеје

¹ Драган М. Стојановић, Основна права човека, Ниш, 1989. год. стр. 17.

² Видети члан 39 Велике повеље о слободи од 1215. год. преузето од др Љубице Кандић, Одабрани извори из опште историје државе и права, седмо издање, Савремена администрација, Београд, 1992. год.

³ Снежана Б. Савић, Почети теорије и филозофије права у Србији, Бања Лука, 1998. стр. 20

⁴ Др Емилија Карајовић, Идеја природних права у делима античких мислилаца, из Зборника „Србија и Европско право“, књига I, Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу, Крагујевац, 1996. год. стр. 17-24.

су нашле свој одјек и примену у првим буржоаским декларацијама о људским правима – америчким и француској. Тако се у надалеко чувеном Билу о правима (Bill of rights) државе Вирџиније од 12. јула 1776. год. каже да су људи по природи једнаки, слободни и независни и да имају извесна урођена права којих не могу никаквим уговором да лише своје потомство.⁵ Још су звучније и славније поруке, пароле Француске декларације о правима човека и грађанина од 26. августа 1789. год. Захваљујући њима, ова декларација није остала чисто француска, него је добила универзални значај прогласивши општепризната права и вредности. Тако ова декларација истиче да се људи рађају слободни и једнаки у правима и да је циљ сваког политичког удруживања очување тих природних права и то пре свега слободе, својине, сигурности и отпора сваком угњетавању.⁶ Тако се преко доктрине и школе природног права, као и великих револуција (америчке и француске) дошло до конституционализације људских права и слобода. Та конституционализација је значила да се та права проглашавају светим и неотуђивим, да уживају највећи степен заштите јер су прокламована у највишем правном акту земље – уставу.

I

Највеће достигнуће и победу буржоазије је представљало признање и прокламовање најшире скале грађанских права. Некад ограничена и сталешка, та права сада постају општа, дакле за све грађане и индивидуализована. Таква концепција права је произашла из грађанске либералистичке доктрине и филозофије која је појединца уздигла изнад заједнице, прогласила његову победу и правно – политичку једнакост и поставила га у средиште економског и политичког живота и утакмице. Истина та грађанска држава није била у свему доследна у спровођењу либералне демократије и једнакости. Та демократија је донела бројна ограничења и деформације и у сфери економског и политичког живота. Зато се с правом тврди да је то била више формална па и квазидемократија него она стварна, истинска. Но, каква год била, њене либерално-демократске уставе карактерише широка и разноврсна скала индивидуалних грађанских

⁵ Видети тачку 1 Била о правима Устава државе Вирџиније од 1776. год. објављен у „Декларације и основни документи“, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год. стр. 27.

⁶ Видети члан 1. и 2. Декларације о правима човека и грађанина од 1789. год. објављена у „Декларације и основни документи, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год. стр. 29.

права. У њима је био изражен концепт индивидуалних права која су неограничена и почивају на слободном тржишту и конкуренцији или слободној утакмици. То је био почетак 19. века, након славних револуција (пре свега француске) и он је у Европи резултирао низом напредних либералних устава (белгијски, шпански и др). Како примећује проф. Драган Стојановић, све до Вајмарског устава, од 1919. год. није било значајнијег устава који би на плану људских права могао да се упореди са уставима либералне епохе.⁷ За то заслуга припада и правном позитивизму који је одбацио доктрину о недржавном пореклу и карактеру људских права.⁸

Од ових устава, грађанска права се третирају као јавна права и одузета им је самосталност у односу на ауторитет државе. Путем тих права појединац се штити од утицаја државе и њеног захватања у његову приватну сферу живота. Зато се та права појављују пре свега као одбрамбена права са задатком да појединцу одбране његов уставноправни статус од неовлашћених захвата државне власти.⁹ Дакле, под утицајем правног позитивизма, људска права се третирају као изведена и јавна права. Она се појављују као аутолимитизација овлашћења државне власти и по Лабанду (класику позитивизма) то су норме државне власти које она сама себи прописује, то нису субјективна права јер немају свој објекат.¹⁰

Из природноправне доктрине су рођена природна права као неотуђива и ничим ограничена, па ни од државе. Заслугом позитивизма, људска права се третирају као производ државе, њеног правног поретка, и она постају заштићена и гарантована самим уставом. Тако природна права постају уствари позитивна, тиме што се институционализују и правно уобличавају – изражавају у правним прописима.¹¹ Пошто је држава та која признаје и даје права појединцу, на њој је и да осигура да сви њени грађани имају подједнаку правну заштиту и сигурност. У епохи либерализма те заштите и сигурности није било јер је држава била по страни друштвеног живота и у њега се није мешала. За њу су се та људска права појављивала као негативна, у њих није смела да се меша и ограничава их. Заслугом позитивизма, права постају позитивна и јавна, она се дају и гарантују од стране државе, па тако поред индивидуалистичке црте добијају све више и општи, јавни карактер. Та права више нису негативна,

⁷ Драган М. Стојановић, Уставно право, књига I, Бона Фидес, Ниш, 2011. год. стр. 332-333

⁸ Ibid, стр. 333

⁹ Драган М. Стојановић, Основна права човека, Ниш, 1989. год. стр. 54.

¹⁰ Ibid, стр. 34

¹¹ Маријана Пајванчић, Уставно право, I, Нови Сад, 1998. год. стр. 188.

одбрамбена, него постају позитивна, додељена али и ограничена (ограничавана), у смислу да држава може у њих да се меша и ограничава их. То ограничавање не значи буквално умањивање људских права од стране државе. Шта више, догађа се нешто супротно. Мешањем државе у различите сфере људског живота значајно се шири корпус људских права, тиме што се она употпуњују новим: социјално-економским, културним и осталим правима. Дакле, то мешање државе у сферу људских права чини да она буду богатија и разноврснија, не само ограничена на стандардну листу индивидуалних права која су имала искључив карактер и једносмеран правац према држави. Пошто држава уређује правни амбијент за уживање људских права, повећава се и сигурност у њиховом уживању а јача и степен њихове заштите. Показало се да „Слободно друштво“ није поуздано у смислу уживања и заштите људских права. Оно је формално отворило врата за све, признало свима једнакост, али у стварности то није било тако. Беспштедна утакмица је постала арена за иживљавање сопственог егоизма, нетолеранцију и ограничавање туђих права, а не за поштовање и признавање једнаких права свих људи. Оно што је формалноправно требало да буде једнако претворило се у неједнакост, отворило понор неправди између појединаца и класа. Показало се да је једнакост и равноправност лако обећати и прогласити, али је теже остварити је. Нетолеранција, неједнакост као и дискриминације разних врста су пратилац сваког друштва – недемократског, али и оног демократског. Модерна демократска држава је много радила и урадила на заштити једнакости међу људима и сузбијању разних видова дискриминације. Уствари, концепт људских права и слобода је постављен на антидискриминаторској формули. Сви уставни демократског друштва прокламују права и слободе једнако за све људе, без обзира на разлике у полу, раси, вери, језику, опредељењу и др. То важи и за наше бивше југословенске уставе, али и ове нове, српске, који наглашавају ту антидискриминаторску оријентацију и решеност да сузбијају сваку врсту нетрпељивости и неравноправности међу људима. И садашњи, важећи Устав Србије од 2006. год. предвиђа да су сви пред Уставом и законом једнаки и да уживају једнаку заштиту, без дискриминације по било коме основу.¹² Овакву антидискриминаторску инспирацију је својевремено изразила и Повеља Уједињених нација (1945. год.) прогласивши принцип развијања и

¹² Видети члан 38 Устава Републике Србије од 2006. год.

поштовања права човека за све, без обзира на расу, пол, језик или вероисповест.¹³

II

Дискриминација и заштита од ње или сузбијање њених различитих видова је питање које тангира како сферу међународног правног живота тако и унутрашњеправног. Заштита од ње је подједнако важна за правни статус човека у међународној заједници, али и у правном систему сваке земље. Од међународне заједнице и сваке посебне државе се очекује да реагује на адекватан и исти начин на различите појаве и видове дискриминације људи у уживању прокламованих права и слобода. Унутрашњеправна регулатива сваке земље треба да се наслања на међународне акте, конвенције и друге документе којима је уређен систем и процедура регистрација и сузбијања различитих видова дискриминације људи. Забрана дискриминације је допуна и коректив принципа једнакости међу људима. Та једнакост представља највеће достигнуће демократског и моралног развика модерне државе. Или, другачије гледано и интерпретирано, једнакост значи да су сви људи вредни поштовања и да су, без обзира на разлике које међу њима постоје, равноправни.¹⁴ Тако једнакост и равноправност иду руку под руку, исте су вредности и долазе са оне стране људског живота у којој се исказује поштовање људске личности и њеног достојанства. Док су једнакост и равноправност, фигуративно речено, лице бољег или правичног живота, онаквог какав треба да буде, дискриминација је његово наличје, оно што не треба и што загорчава човеку живот. Уз једнакост и равноправност никако не иде, не пристаје дискриминација. Она може да се помиње уз њих само у смислу њене забране. Уствари, да би се остварио принцип једнакости, мора да буде забрањен сваки облик дискриминације и да сваком човеку буде признато право на слободу од дискриминације.¹⁵

Дискриминација и дискриминаторско понашање се мање више слично препознају и одређују. Најједноставније речено, суштина дискриминације се огледа у неједнаком поступању према једнакима или, обрнуто

¹³ Видети члан 76. Повеље Уједињених нација од 1945. год. објављено у „Декларације и основни документ“, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год. стр. 47.

¹⁴ Проф. др Невена Петрушић и Косана Бекер, Практикум за заштиту од дискриминације у Србији, Београд, 2012. год. стр. 11.

¹⁵ Ibid, стр. 11.

гледано, у једнаком поступању према неједнаким.¹⁶ Прецизније и потпуније звучи дефиниција по којој је дискриминација неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање у односу на лица и групе, било отворено или прикривено, а које се чини због њихове расе, пола, националности, верских или политичких убеђења, образовања, сексуалне оријентације, физичког хендикепа, здравственог стања и др.¹⁷ Овакво одређење дискриминације прихвата и нови српски Закон о забрани дискриминације од 2009. год.¹⁸ Овај Закон разрађује лепену могућих случајева дискриминације и сврстава их у следеће групе: опште облике, тешке облике и посебне облике или случајеве дискриминације.¹⁹ Од ових општих облика дискриминације Закон помиње њих седам и они се препознају и срећу у свим случајевима дискриминације, било да су теже или посебне природе. Ти општи облици би били: непосредна дискриминација, посредна дискриминација, повреда начела једнаких права и обавеза, забрана позивања на одговорност, удруживање ради вршења дискриминације, говор мржње, као и узнемиравање и понижавајуће поступање.²⁰

У тешке облике или случајеве дискриминације наш Закон о забрани дискриминације убраја:

- 1) изазивање и подстицање неравноправности, мржње и нетрпељивости по основу националне, расне или верске припадности, језика, политичког опредељења, пола, родног идентитета, сексуалног опредељења и инвалидитета;
- 2) пропагирање или вршење дискриминације од стране органа јавне власти и у поступцима пред органима јавне власти;
- 3) пропагирање дискриминације путем јавних гласила;
- 4) ропство, трговина људима, апартхејд, геноцид, етничко чишћење и њихово пропагирање;

¹⁶ Ibid, стр. 16.

¹⁷ Др Дејан Миленковић, Водич кроз закон о забрани дискриминације, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2010. год. стр. 23.

¹⁸ Видети: Члан 2. Закона о забрани дискриминације, „Службени гласник РС“, бр. 22/09.

¹⁹ Видети члан 4-28 Закона о забрани дискриминације „Службени гласник РС“, бр. 22/09.

²⁰ Мирна Косановић – др Саша Гајин – др Дејан Миленковић, Забрана дискриминације у Србији и рањиве друштвене групе, Министарство рада и социјалне политике, Београд, 2010. год. стр. 17 - 18.

- 5) дискриминација лица по основу два или више личних својстава (вишеструка или укрштена дискриминација);
- 6) дискриминација која је извршена више пута (поновљена дискриминација) или која се чини у дужем временском периоду (продужена дискриминација) према истом лицу или групи лица;
- 7) дискриминација која доводи до тешких последица по дискриминисаног, друга лица или имовину, а нарочито ако се ради о кажњивом делу код кога је претежна или искључива побуда за извршење била мржња, односно нетрпељивост према оштећеном која је заснована на његовом личном својству.²¹

На крају, Закон конкретизује читаву лепезу посебних случајева дискриминације. У првој групи се налазе случајеви дискриминације у поступцима према органима власти, у области рада, пружања јавних услуга и коришћења објеката и површина и дискриминација у области образовања и стручног усавршавања.²² Другу групу чине случајеви дискриминације везани за лична својства људи и то би била: верска дискриминација полна дискриминација, по основу сексуалне оријентације, старосног доба, синдикалне или политичке припадности, здравственог стања, националних мањина, дискриминација деце и особа са инвалидитетом.²³

Српски Закон о забрани дискриминације из 2009. год. (на основу Устава из 2006. год) покушава да уведе ред у регулативу ове осетљиве материје с обзиром на мноштво других прописа који је третирају са различитих аспеката. Тако, рецимо, питањем заштите од дискриминације се баве: Закон о заштити права и слобода националних мањина (2002. год.), Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом (2006. год.), Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (2009. год.), Закон о раду (2005. год.), Закон о здравственој заштити (2005. год.), Закон о основама система образовања и васпитања (2009. год.), Закон о цркви и верским заједницама (2006. год.), Закон о забрани манифестација неонацистичких или фашистичких организација и удружења и забрани употребе неонацистичких или фашистичких симбола и обележја (2009. год.) и др. У односу на ове различите и неусклађене

²¹ Видети: Члан 13. Закона о забрани дискриминације „Службени гласник РС“ бр. 22/09

²² Др Дејан Миленковић, Водич кроз Закон о забрани дискриминације, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2010. год. стр. 34.

²³ Ibid, стр. 23.

прописе из материје заштите од дискриминације, Закон о забрани дискриминације (2009. год.) се појављује као општи антидискриминаторски закон. Као такав, он отклања разне неусклађености и контроверзе, даје општу дефиницију дискриминације, утврђује посебне случајеве дискриминације према личним својствима и у одређеним областима, као и што предвиђа тело које ће координирати акције у вези са забраном дискриминације (Повереник за заштиту равноправности).

III

Интернационализација људских права и слобода довела је и до интернационализације питања равноправности међу људима, сузбијања разних видова дискриминације. И као што су доношени различити међународни акти (конвенције, декларације, пактови и сл.) о признавању спектра људских права и слобода, тако је и забрана различитих видова дискриминације постала предмет међународне правне регулативе. Ту на првом месту треба поменути Повељу Уједињених нација из 1945. год. која садржи широку антидискриминаторску формулу и предвиђа поштовање људских права и слобода једнако за све, без разликовања расе, пола, језика или вере.²⁴ Ова општа начела Повеље су даље разрађена и конкретизована посебним међународним актима који се, између осталог, баве и сузбијањем дискриминације међу људима. Тако Универзална декларација о људским правима (од 10. децембра 1948. год) зајемчује слободу и једнакост у достојанству и правима, без обзира на разлике као што су раса, вера, боја коже, пол, језик, вера, политичко или неко друго опредељење, национално или друштвено порекло, власништво, рођење или неки други статус.²⁵ Следећи важни акти који се баве забраном дискриминације су Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. год. и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. год. Пакт о грађанским и политичким правима забрањује свако заговарање националне, расне или верске мржње, гарантује једнакост пред законом, једнаку законску заштиту против сваке дискриминације по основу расе, боје, пола, језика, вероис-

²⁴ Видети члан 55. Повеље Уједињених нација, „Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори, бр. 5/45

²⁵ Видети члан 1. и 2. Универзалне декларације о правима човека, „Службени лист ФНРЈ“ 0/48

повести, политичког мишљења, националног порекла, рођења и др.²⁶ И Пакт о економским, социјалним и културним правима обавезује све државе чланице ОУН да гарантују да се призната права имају вршити без дискриминације засноване на раси, боји, полу, језику, вероисповести, политичком или другом мишљењу, националном или друштвеном пореклу, имовини, рођењу или другом својству.²⁷

Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације из 1965. год. пружа ужу заштиту од дискриминације и она је усмерена на борбу против расизма. Њоме се осуђује свака пропаганда, све организације које заговарају супериорност неке расе или групе и које оправдавају и подржавају било који облик расне мржње и дискриминације.²⁸ Поред заштите од расне дискриминације међународни документи забрањују и друге врсте дискриминација: према женама, деци, особама са инвалидитетом, избеглицама, лицима без држављанства и др. Тако су донете: Конвенција о статусу избеглица (1951. год.), Конвенција о правном положају лица без држављанства (1954. год.), Конвенција о борби против дискриминације у области просвете (1960. год.), Међународна конвенција о укидању и кажњавању злочина апартхејда (1973. год.), Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена (1979. год.), Конвенција о правима детета (1989. год.), Међународна конвенција о заштити права радника миграната и чланова њихових породица (1990. год.), Конвенција о правима особа са инвалидитетом (2006. год.) и др.²⁹ Сви ови облици забране дискриминације имају подједнак значај и подједнак правни третман и са становишта унутрашње правне и међународноправне заштите. И за сваку земљу понаособ а и целу међународну заједницу је важно да се штите права и равноправност и инвалида, деце, жена, лица без држављанства, миграната, као и мањинских заједница и група изложених разним појавама неравноправности. Но, већу политичку тежину имају појаве угрожавања мањинских група и заједница, заштита од дискриминације

²⁶ Видети члан 20. став 2 и 26. Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године објављено у „Декларације и основни документи“, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год.

²⁷ Видети члан 2 став 2 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима из 1966. год. објављено у „Декларације и основни документи“, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год.

²⁸ Мирна Косановић, др Саша Гајин – др Дејан Миленковић, Забрана дискриминација у Србији и рањиве друштвене групе, Министарство рада и социјалне политике, Београд, 2010. год. стр. 8.

²⁹ Видети: Милан Пауновић, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, Међународна људска права, Београд, 2010. год. стр. 38.

коју уживају националне, етничке, верске и језичке групе и мањине. Проблем ових заједница или група датира још од завршетка Првог светског рата и он је актуелан и данас јер се међународни односи стално развијају, али и компликују и изазивају разне унутрашње трзавице у земљи. То питање дискриминације мањинских заједница је осетљиво и тешко у мултиетничким, мултикултуралним и мултиконфесионалним срединама и земљама. У њима се с времена на време, из различитих политичких мотива и намера „отварају“ проблеми националне, културне, верске, језичке, образовне и друге равноправности (дискриминације). Иако се често ти проблеми и преувеличавају или политизују, они постоје и не могу се занемаривати. Они морају да се решавају на време, да се реагује на сваку, па и најбезазленију, акцију или провокацију у смислу било које дискриминације. Боље је и лакше решавати такве ситне проблеме и провокације него дозволити да они нарасту и постану озбиљан унутрашњи проблем једне земље.

Истина, проблеми разних појединаца, мањинских група и заједница никад не могу до краја да се реше. Увек ће бити оних који су нечим незадовољни и изазивају атмосферу веће или мање друштвене напетости. Њих ипак нико не може да потцени нити било која политичка власт сме ту тему да „затвори“ или је игнорише. Она (власт) мора да има слуха и стрпљења да саслуша сваког, па и оног који није у праву, а нарочито мора да буде обазрива према мањинама које су увек осетљивије, рањивије и незадовољније од већине. Ако се политичка власт понаша игнорантски, те мањинске заједнице и групе неће прихватати државу у којој живе као своју и настојаће да праве проблеме и тамо где их нема. Свака власт мора да покаже мудрост према онима који су потенцијално незадовољни њоме. Увек ће бити таквих група и заједница које траже више него што им припада, које су незадовољне и склоне да преувеличавају своје проблеме, траже заштиту како унутар земље тако и ван ње. Са њима власт мора да поступа мудро, да некад показује чврстину, али некад и попустљивост. Те мањинске групе и заједнице лако постају жртве политичких злоупотреба и инструмент оних политичких снага које не мисле ником добро а понајмање мањинским групама и заједницама.

IV

За европски, односно регионални систем заштите људских права и слобода посебан значај има усвајање Европске конвенције за заштиту права и основних слобода из 1950. год. Протоколом 11 ове Конвенције (1998.год.) основан је и Европски суд за људска права као једина

институција овлашћена да пресуђује у случајевима повреде права гарантованих Конвенцијом. Европски суд је институција пред којом се води спор поводом угрожених права и слобода и тај се спор решава обавезујућом одлуком.³⁰ Иако овај Суд нема механизам за извршење својих пресуда, његов углед је последњих деценија јако порастао. То је данас престижна институција за заштиту права и слобода којој се обраћа све већи број грађана земаља – чланица Савета Европе који је и основао овај Суд. Примера ради, 2000. год. је регистровано преко 30.000 представки Суду, што говори о великом поверењу које грађани држава – чланица Савета Европе осећају према овој институцији. То важи и за грађане Србије (и бивше Југославије) који се све чешће обраћају овом Суду, незадовољни одлукама и правном заштитом својих права од стране домаћих органа. По проф. Војину Димитријевићу овакав повећан тренд обраћања наших грађана овом Суду је последица тога што та права у комунизму нису деценијама поштована.³¹ Из страха или беспомоћности, људи су прихватили поданички однос према власти, слепо пристајали на њене одлуке, по цену да себе лише и минималних људских права.³² Свакако важније од статистике, броја поднетих представки, јесте колико је њих позитивно решено, у корист грађана. Тим подацима Суд не може много да се похвали. Велики број представки Суд одмах одбаци (преко ¼) или их не реши позитивно. Неки случајеви кршења људских права су били очигледни, али их Суд није тако оценио, није их решио у корист грађана, и то мање из правних, а више из политичких разлога.

Уз заштиту права и слобода, и на универзалном и регионалном нивоу важно је обезбедити и једнакост међу људима и њихову заштиту од различитих видова дискриминације. Ништа не значи прокламовати спектар права у међународним актима ако се људи излажу различитим видовима неравноправности и дискриминације и ако при том не уживају ефикасну правну заштиту.

И у овом погледу статистика о раду Европског суда не потврђује очекивања нити улива велико охрабрење. Повећан број представки за заштиту људских права у вези са забраном дискриминације упућен Суду

³⁰ Нина Влајић, Хрватски предмети пред Европским судом за људска права, реферат са скупа: „Европски систем заштите људских права – искуства и нови изазови, Центар за публикације правног факултета, Универзитета у Нишу, Ниш, 2005. год. стр. 66.

³¹ Војин Димитријевић, Окружење у коме се остварују људска права искуства и нови изазови, Центар за публикације, Правног факултета, Универзитета у Нишу, Ниш, 2005. год. стр. 111.

³² Ibid, стр. 111.

стоји у обрнутој пропорцији са бројем предмета који се решавају. Тако се рецимо од укупног броја донетих одлука Суда у 2010. год. (13.967) свега њих 172 односе на забрану дискриминације, што процентуално износи свега 1,23% од укупног броја предмета.³³ Овакав однос према забрани дискриминације у раду Суда може да се донекле објасни и противуречним схватањем самог овог појма. Наиме, забрана дискриминације може двоструко да се третира, одређује. С једне стране може да се схвати као једно од основних, општих начела за уживање људских права. Она је тада средство за остваривање једнакости међу људима или, обрнуто гледано, једнакост међу људима се изражава као забрана дискриминације међу њима.³⁴ С друге стране, забрана дискриминације може да се схвати и као фундаментално право које се гарантује разним актима, упоредо са другим правима. Како примећује Рашевић, изгледа да ова два схватања забране дискриминације, као начела и као права, представљају супротне полове³⁵ па тако имају противуречан третман и приступ. По њему, прагматичан приступ забрани дискриминације је последица њеног схватања као начела, док је њено третирање као права у великој мери програмско и идеолошко.³⁶ Овакви двоструки стандарди у гледању и тумачењу забране дискриминације се одражавају и на саму европску регулативу и праксу решавања различитих случајева дискриминације. Тако Европска конвенција о људским правима уживање права и слобода осигурава без дискриминације по било ком основу као што су раса, пол, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално и друштвено порекло и др.³⁷ Овако дефинисана, забрана дискриминације има инструментални карактер. Она нема самостални карактер, није посебно право, него средство или претпоставка за једнако уживање права и слобода за све људе. Но, касније, Протоколом 12 Конвенције, уводи се појам опште забране дискриминације као самосталног материјалног права

³³ Живорад Рашевић, *Забрана дискриминације и општа забрана дискриминације у пракси Европског суда за људска права*, реферат објављен у Гласнику Адвокатске коморе Војводине, часопис за правну теорију и праксу, бр. 5/2012, Нови Сад стр. 345.

³⁴ Војин Димитријевић, *Међународно право људских права*, Београд, 2007. год. стр. 111.

³⁵ Живорад Рашевић, *Забрана дискриминације и општа забрана дискриминације у пракси Европског суда за људска права*, реферат објављен у Гласнику Адвокатске коморе Војводине, часопис за правну теорију и праксу, бр. 5/2012. год. Нови Сад, стр. 347.

³⁶ *Ibid*, стр. 347.

³⁷ Видети члан 14. Европске конвенције о заштити права и основних слобода из 1950. год.

које има исходиште у праву на једнакост.³⁸ Истина, Европски суд за људска права углавном стоји на тумачењу забране дискриминације према њеном дефинисању у члану 14 Конвенције. Уз то, Протокол 12 Конвенције нису прихватиле све државе чланице Савета Европе, тако да има и мање случајева дискриминације за решавање а нема ни устаљене праксе Суда у поступању према овом принципу или праву.³⁹

Како год да се тумачи, забрана дискриминације мора да се веже за неко материјално, субјективно право. Уствари, повреда материјалног субјективног права може да буде последица неког вида дискриминације и да активира Суд у смислу њеног сузбијања, забране или, другачије речено, обезбеђивања једнакости међу људима. У пракси рада Европског суда забрана дискриминације се не поставља као нешто само по себи, не решава се а priori. Она нема самосталност, него се Суд о њој изјашњава у контексту повреде неког материјалног, субјективног права, при чему та повреда може бити изазвана нечијим дискриминаторским понашањем. То опет значи да се о одређеној појави дискриминације Суд изјашњава тек пошто сагледа случај повреде неког субјективног људског права. Дакле, тек када Суд истражи један случај повреде материјалног права, може да се изјасни и о забрани дискриминације, односно да је доведе у везу са неким посебним случајем дискриминације. Забрана дискриминације може да се схвати и као посебно право, али увек повезано са другим правима. Оно је пре свега повезано са правом на једнакост међу људима у уживању спектра различитих права која признаје како међународно тако и унутрашње право једне земље.

V

Као што је већ истакнуто Европски суд за људска права нема богату праксу у погледу решавања предмета везаних за забрану дискриминације. Тих предмета је далеко мање у односу на друге предмете којима је Суд затрпан. Европска конвенција о људским правима у члану 14. наводи појединачне забрањене основе за вршење дискриминације. То су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, имовно стање и рођење. При томе, Суд је заузео став да та листа основа дискриминације није исцр-

³⁸ Живорад Рашевић, *Забрана дискриминације и општа забрана дискриминације у пракси Европског суда за људска права*, реферат објављен у Гласнику Адвокатске коморе Војводине, часопис за правну теорију и праксу, бр. 5/2012, Нови Сад стр. 350.

³⁹ *Ibid*, стр. 357.

пљена.⁴⁰ Под антидискриминаторску формулу могу да се подведу и неки нови, посебни случајеви дискриминације са којима се Суд није сретао у својој пракси. Иако су сви поменути основи забране дискриминације подједнако важни, међу њима има разлике јер се сви не срећу подједнако у пракси Суда. Међу свим тим основима дискриминације неки се издвајају као чешћи и озбиљнији па се и детаљније истражују и строже доказују.⁴¹ У те чешће основе са којима се Суд среће спадају пол, сексуална оријентација, раса, вера и национална припадност. Европски суд за људска права је у више предмета решавао и изјашњавао се о овим посебним основима дискриминације. Сем њих, у пракси Суда познати су и ређи случајеви који се односе на повреду опште забране дискриминације (предвиђена чланом 1 Протокола 12 Европске конвенције). У електронској бази предмета Европског суда до сада су евидентиране две такве пресуде. Једна је у предмету Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине, а друга у предмету Савеза цркава „Ријеч живота“ против Хрватске.⁴² Ова прва пресуда је далеко чувенија и изазвала је шири одјек и у нашем, регионалном али и европском простору. Ради се о предмету два држављана Босне и Херцеговине: Дерва Сејдића и Јакоба Финција која су поднели Суду своје апликације (бр. 27996) и (бр. 34836) и то прва 3. јула, а друга 18. августа 2006. год.

Поменути апликанти су се жалили Суду да им је онемогућено да се кандидују на изборима за Дом народа Босне и Херцеговина и Председништво БиХ, а због њиховог ромског и јеврејског порекла.⁴³ У свом обраћању Суду истичу да су жртве расне дискриминације али и да је повређена и општа забрана дискриминације због чега се позивају на повреду Европске конвенције (члан 3, 13 и 14) као и члан 1 протокола 12 Европске конвенције.

⁴⁰ Видети рецимо пресуду Енгел и други против Холандије, преузето од Др Иване Крстић, *Забрана дискриминације у јуриспруденцији Европског суда за људска права*, реферат из Зборника радова: „Уставне и међународноправне гаранције људских права“, са међународне научне конференције одржане 28. маја 2008. год. на Правном факултету у Нишу, стр. 162.

⁴¹ Др Ивана Крстић, *Забрана дискриминације у јуриспруденцији Европског суда за људска права*, реферат из Зборника: „Уставне и међународноправне гаранције људских права“, са међународне научне конференције одржане 28. маја 2008. год. на Правном факултету у Нишу, Ниш, стр. 162.

⁴² Живорад Рашевић, *Забрана дискриминације и општа забрана дискриминације у пракси Европског суда за људска права*, реферат објављен у Гласнику Адвокатске коморе Војводине, часопис за правну теорију и праксу Нови Сад, бр. 5/2012. стр. 357

⁴³ Видети пресуду Великог већа Европског суда од 22.12.2009. год.

Након разматрања околности случаја, релевантног међународног и домаћег права и праксе, као и тумачења конвенције и Протокола 12⁴⁴ Европски суд је одлучио у корист апликаната. Европски суд је утврдио да постоји кршење члана 14 а у вези са чланом 3 протокола бр. 1 који се односи на немогућност апликаната да се кандидују на изборима за Дом народа БиХ, као и да постоји повреда члана 1. Протокола 12 због немогућности апликаната да се кандидују на изборима за Председништво БиХ.⁴⁵

У овом предмету Европски суд је уједначио свој став и дао јединствено тумачење дискриминације. Суд је нашао да се овде истовремено ради и о случају опште дискриминације, али и посебне (расне) дискриминације. Тако је на исти начин протумачио и одредбе Европске конвенције (члан 14) али и члан 1 Протокола 12 Европске конвенције који предвиђа забрану опште дискриминације. Европски суд није сматрао да општу забрану дискриминације треба тумачити шире, па и другачије, у односу на посебне облике дискриминације. И у једном и другом случају Суд је поступио истоветно и закључио да су апликанти Сејдић и Финци били жртве и посебне (расне) и опште дискриминације.

⁴⁴ Видети I, II и III пресуде Великог већа Европског суда за људска права од 22.12.2009. год.

⁴⁵ Видети: тачка 5. и 7. пресуде Великог већа Европског суда за људска права од 22.12.2009. год.

Mihajlović Vladan, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica
Bojan Bojanić, LL.M
Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

**NON-DISCRIMINATION AS A CONDITION AND GUARANTEE OF
LEGAL (INTERNAL LEGAL) AND INTERNATIONAL LEGAL
PROTECTION OF HUMAN RIGHTS**

Summary

Non-discrimination complements and enhances the principle of equality among people. While equality among people personification better and wanted human life, discrimination is the downside of it, what is not and should not follows in the human life. In other words, the equality does not go and does not suit the discrimination. Discrimination can be mentioned in the context of equality only in terms of the sanction. Non-discrimination can represent or the condition, as a means of achieving human equality or as a special right - the right to freedom from discrimination. Discrimination must be forbidden and suppressed, in general terms and in its special aspects. Many international and national legal acts provide prohibition of general discrimination but also prohibit all special forms of discrimination. Specific forms of discrimination are formed according to certain personal characteristics such as sex, race, religion, economic or health status, education, sexual orientation, religion, political or other opinion ethnicity etc.

Проф. др Борче Давитковски

**Редовни професор Правног факултета “Јустинијан Први”,
Универзитет “Св. Кирил и Методиј” у Скопљу**

Проф. др Ана Павловска-Данева

**Редовни професор Правног факултета “Јустинијан Први”,
Универзитет “Св. Кирил и Методиј” у Скопљу**

Доц. др Елена Давитковска

**Доцент Економског института, Универзитет “Св. Кирил и Методиј” у
Скопљу**

Доц. др Драган Гоцевски

**Доцент Правног факултета “Јустинијан Први”, Универзитет “Св.
Кирил и Методиј” у Скопљу**

АФИРМАТИВНЕ МЕРЕ У ЗАПОШЉАВАЊУ У ДРЖАВНОЈ УПРАВИ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ

Апстракт: *Предмет рада је правни третман неједнаквог третмана појединаца, група и заједница од стране органа државне управе и других државних органа у поступку за запошљавање. Циљ рада је уочити, обрадити и разграничити ситуације у којим одређене заједнице или појединци који припадају рањивим групама или мањинским заједницама заслужују различит третман а које се не сматрају повредном начела једнакости пред законом.*

Фокус рада биће афирмативне мере којим се одређеним заједницама и појединцима омогућава повољнији третман у име демократичности и једнаким могућностима и инклузија свих заједница и појединаца да партиципирају у раду државне и јавне управе. Ужи фокус рада је правни оквир којим се начело једнакости, афирмативне мере и правична заступљеност заједница операционализује у Републици Македонији у поступку за запошљавање у органима јавне и државне управе.

Кључне речи: *државна и јавна управа, начело једнакости, афирмативне мере, партиципативна демократија, инклузивност, правична заступљеност, поступак селекције административних службеника.*

Проф. др Борче Давитковски, проф. др Ана Павловска-Данева, доц. др Елена Давитковска, доц. др Драган Гоцевски

1. Уводне речи о једнакости у запошљавању јавних службеника

Једнакост је општо прихваћен концепт универзалне примене основних људских права и слобода, без постојања унапред утврђених нормативних стандарда за ограничење ових права заснована на дискриминаторским третманом. Ипак, држава путем друштвеног система норми, заснованих на начело једнакости, има легитимно право да контролише начин уживања права и слобода. У том контексту, једнакост претставља заштиту појединца насупрот дискриминативног деловања државе инструментима власти или преко трећих страна. Једнакост је упоредни концепт, односно поједици могу утврдити дали постоји једнакост само упоређењем њиховог стања са стањем других.

Једнакост се може анализирати као формална и материјална једнакост.

- Формална једнакост или, како се још назива, законски обезбеђена једнакост, подразумева формално признање да сва лица имају једнака права и слободе загарантована законом и једнаком применом закона од државних органа. Претпоставља се да је овај вид једнакости остварен уколико постоји правни оквир, у сагласности са којом су сви људи једнаки у однос на указивање права и слобода.
- Материјална једнакост претставља шире тумачење појма једнакости. Она подразумева спровођење правне једнакости у свакодневном животу, при чему резултат и ефекти који произлазе од примене закона и политике, не треба да буду дискриминаторни. Због тоа, материјална једнакост служи као показатељ на могуће недоследности у однос на примену формалне односно правне једнакости. Циљ једног демократског друштва је да оствари, пре свега, материјалну једнакост¹.

Питање једнакости у запошљавању први пут је постављено у Великој Британији, као део дискусије о друштвеној класи. У својот антологиској расправи о претставничкој бирократији, Кингсли открива да средње класе имају превише претставника на вишим нивоима државне службе. Ипак, Кингслијево мишљење је подељено у однос на последице те прекомерне постављености. Могуће је да би се иста доминантност околине показала и на горње класе, због корелације која постоји између друштвене класе и капацитета њених претставника да положи стандардизоване тестове, да буду успешни у школи и тд. Чињеница, да

¹ ЈЕДНАКОСТ КАО ОСНОВНО ПРАВО – са посебним освртом на праксу Европског суда за људска права у однос на заштиту од дискриминације, Фондација Институт отворено општество-Македонија, 2011

примећена тенденција може биди последица и неких других друштвених сила није спречила запошљавање да буде политичко питање.

Вид обуке и едукације коју поседује државни службеник утичу на начин на који се очекива да ће доћи до контакт међу њега, као апликанта за позицију и саме те позиције. При томе, у основи постоје две могућности: централизована организација персонала или запошљавање које бис провела свака агенција одвојена, тражећи лица за сопствене потребе. Централизовано запошљавање се практикује у: САД, Великој Британији, Француској, Белгији, Италији и у већини земаља трећег света. У овом моделу запошљавања постоји неки вид централне организације државне службе, одговорне за оглашавање нових позиција, за тестирање кандидата и за редукцију укупног броја кандидата, шта ће послужити као коначни избор агенције која је у потрази по новим радницима. Уобичајени поступак у централизованом запошљавању теже на начин, којим, како прво агенција обавештава организацију за постојање слободних радних места, затим спроводи испитивање кандидата и на крају, агенцији која запошљава доставља листу троје или више имена од који она треба да одабере свог будућег запошљеног. Несумњиво је да овај тип запошљавања испуњава захтеве за запошљавање на основу личних квалитета кандидата. За попуњавање места користе се тестови такмичарског карактера, који су спроведени централизовано, како би се онемогућила пристрасност, а организација која запошљава прихвата само оне који се сматрају квалификовани на основу постигнутих резултата на испиту. У пракси се могу користити и други методи запошљавања, различити од метода заснованог на квалитет кандидата, посебно за лица која располажу стручним квалификацијама, попут лекара, адвоката, библиотекара и сл. Осим тога, запошљавања у вишу државну службу може се спровести не толико на основу посебних потреба одређеног министарства, већ за стварање кадрова који ће своју животну каријеру градити у неком делу владе.

Други начин запошљавања користи се првенствено у земљама са југа Европе, у Шпанији и у много латинскоамеричких земаља. У њима није толико снажно развијена централна организација персонала, већ је свака агенција одговорна за објаву огласа за слободна радна места те сама агенција прима апликације потенцијалних запослених. Апликације, се углавном процењују по минималним квалификацијама за попуњавање радног места. У скандинавским земљама (Шведска, Данска, Норвешка), у Њемачкој и у Енглеској, то је пре свега по припреми из правних наука. Након утврђења да појединац испуњава минималне квалификације, избор

се може вршити на основу критерија који мање зависе од личних достигнућа². Овај систем децентрализованог запошљавања, свакако, допушта велику слободу за практикурање привезаности и приписујућим критеријумима током ангажовања јавних службеника, који кад се једном запосле готово их је немогуће избацити из службе чак и при промени власти! У тим системима нису ретка оптуживања за политичку афилијацију, а то важи чак и за Шведску и за Данску, земље са дугом традицијом независности и добром репродукцијом државне службе.

1.1 Професионализам и компетентност

Професионализам штити управне процесе од нестабилности, ирационалности и инерције „у јавној политици што може произаћи од политичке интервенције“ и јавља се у облику друштвене контроле која је „противтежа и предизвик бирократске контроле“.³ Само преко професионалности и стручности, као и са унутрашњом деполитизацији јавне управе, остварава се објективна претстава о интересима државе.⁴

Критеријуми који се односе на професионалност јавне управе су:

- добро развијена свест о стварању достојанствене и моралне јавне управе,
- дубоко осећање одговорности да се искрено и добро служи јавности, и да руковођење на основу прописа о етичком управљању као и низом санкција у случају повреде професионалности,
- успешна јавна управа има критичко мишљење о свом послу, док неуспешна тражи недостатке у другима.

2. Једнакост у запошљавању као начело

Једнакост и добит генерациске ”борбе” за правно изравнавање основних права и слобода човека. Еклатантан пример је Magna Carta Libertatum, која претставља огроман корак у развој уставног владања Великом Британијом и ужитак основних права и слобода заснованих на начело једнакости. Круцијала важност овог документа е постава темеља даљег развоја заштитних механизма у однос на права и слободе и његов утицај на доношење веше сличних докумената. Начело једнакости било

² В. Guy Peters, The politics of bureaucracy, 2009

³ Роџер Кинг, организовано јавно деловање и поступци у модерној држави, у Мијат Дамјановић. Снежана Џорџевић, Иззови модерне управе и управљања, Београд, 1995, стр. 395-419

⁴ Kavan, организација кадрова и руковођење, стр. 233

један од слогана Француске буржоаске револуције из 1789 године: “Liberte, Egalite, Fraternite“, који је затим пренешен у Декларацији о правима човека и грађанина у Француској. Према овом акту, сви су људи рођени једнаки и слободни у ужитку права. Даље, међу значајнијим добити амерчког грађанског рата, преточених у формалне законе о праву и слободи је дношење Декларације независности и Устава САД.

Једнака могућност запошљавања у јавног сектору је концепт испуњен политичким, културним и емотивних призвуком. У главном користи се скуп послодавних поступака и пракси које ефективно штите неко лице да не би непотребно било искључено од могућности запошљања због расе, пола, религије, узрасти, националног порекла и других фактора који се законски не могу узети у обзир током запошљавања људи.⁵ Зато, низ држава, за опће начело у јавну управу усвајају начело забране верске, расне и дискриминације према полу. У неким земљама, забрањена је и дискриминација која потиче од политичких убеђења. Дакле, основна начела су:

- забрана верске, расне, политичке и других облика дискриминације
- једнака доступност јавних служби (још од 1789 године, члан 6 Декларације о праву човека и грађана)
- општи услови запошљавања предвиђени су у законодавству свих земаља⁶ (ови услови односе се на узраст, држављанство, психичко стање кандидата и тд.; на пример у Португалу кандидат треба бити узрасти од најмање 18 година; да има португалско држављанство, да поседује неопходне квалификације за тај положај, да је отслужео војни рок, или, уколико није да је решио питање сагласно законом који уређује војничка питања, затим да је физички и психички способан да врши тражене дужности).

У скоро свим земљама чланицама ЕУ, сем Холандије и неким нордиским земљама, системи регрутације изграђени су као реакција на политичке и друштвене протекције и непотизам, а према томе у њима су

⁵ Shafritz, J.M. Russel, E.W. Borick, C.P., 2009, *Introducing Public Administration - Sixth Edition*, London: Pearson Longman

⁶ Гризо Н., Гелевски С., Давитковски Б., Павловска-Данева А. „Административно право“, 2011 стр. 295;

уграђене процедуре које гарантују једнакост, шта понекад може бирократске поступке учинити навидом сувише комплексним и крутим.⁷

2.1. Репрезентативност јавне управе

У оквиру начела једнакости при запошљавању треба пазити на репрезентативност јавне управе.

Имено, дистрибутивна правда је тенденција државе да оствари начело једнакости, са тиме што ће створити неједнакост због фактичких разлика које које коегзистирају у различитим сегментима друштва. Начело једнаке пажње и социјалне и економске неједнакости. Елементи дистрибутиве правде посебно су значајни у однос на стимулисање неједнаког третмана када постоје фактички неједнаки параметри, а који се сматрају оправданим уколико се стреми достићи легитимну циљ, која истовремено мора бити пропорционална средствима који се користе и са циљем која се жели постићи. Дистрибутивна правда стреми се реализацији система позитивне дискриминације и примене афирмативних мера као легитимна циљ или острањење фактичке неједнакости.⁸

Након што је Доналд Кингсли⁹ промовисао израз ‘репрезентативне бирократије’, постоји интерес за степен до кога бирократија претставља или би требала претстављати особине популације у чије име ради.

Неки научници наглашавају неопходност личних квалитета током запошљавања у јавну управу, упирући да запошљавање ограничено на који било друштвени слој, би нарушило непристрасност програма и политика. Према овој ‘позитивној’ концепцији репрезентативности, појединцима треба омогућити да утичу на програме које администрирају. Други научници указују на значај избора администратора са друштвеним и економским особинама сличним онима којим служе. Крислов, у свом раду ”Representative Bureaucracy” из 1974, врши анализу проблема у систему заслуга, личним избором и друштвеној правичности. Притом, он директно поставља питање: “Може ли било која бирократија имати легитимни кредибилитет ако не претставља све секторе свог друштва?”

⁷ Sigma Paper No. 23 Preparing Public Administrations for the European Administrative Space., 1998, Paris: OECD

⁸ ЈЕДНАКОСТ КАО ОСНОВНО ПРАВО – са посебним освртом на праксу Европског суда за људска права у однос на заштиту од дискриминације, Фондација Институт отворено општество-Македонија, 2011

⁹ Kingsley, J. D.(1944) Representative bureaucracy, Yellow Springs, Ohio: Antioch University Press.

Дакле, способност јавне управе да најми персонал треба искористити као позитивно средство за промену друштвене и економске структуре друштва као и запошљавање припадника мањинских заједница.¹⁰ Пример овога видимо у Републици Македонији, где приступ позитивне дискриминације стреми побити предрасуде који владају у друштву, али и као инструмент економског напретка припадника мањинске заједнице. Много научника анализирају и упозоравају на негативне последице које се могу јавити због репрезентативности бирократије. У вези са позитивном дискриминацијом у САД (дискриминација на основи расе, пола, националности, вере, узрасти, сексуалне оријентације и сл.), многи научници који одобрују једнакост у запошљавању указују на чињеницу да док се повећава заштитна улога са једне стране, нужно се врши дискриминација на другој страни.

Насупрот најбољих намера, програми за позитивну дискриминацију имају ефекат стимулације мањинских радника, зато што су добијале своја радна места не због важних заслуга, већ због притиска да се испуни формална и неформална квота. Тако, ови програми штете самоповерењу и претстави својих корисника док стварају огорченост међу онима који се супротстављају таквим могућностима за запошљавање. Мањине које се залажу за позитивну дискриминацију, у суштини критикују тврдења да се не могу такмичити на основи заслуга. На крају, противници позитивне дискриминације тврде да, уколико се обезбеде компензациске бенефиције, оне се требају темељити на природу класе а не на природу расе. На пример, зашто би дете црне професионалне породице које зарадуђије више од 100 000 годишње, заслужило посебне могућности за образовање и запошљавање кад постоји већа потреба детету из сиромашне беле породице, са просечним (државним) приходима?¹¹

Са друге стране, Питерс, истраживањем репрезентативме бирократије, указује да се стално открива превелика заступљеност средње класе међу државним службеницима. Имено, ова тенденција за запошљавање припадника средње класе је делимично резултат природе запошљавања према образовним достигнућем, која чак и у модерним 'социјалним државама', значи и већу заступљеност средње класе, а делимично се дужи природи стимулација и мотивација усађеним у члановима средњокласних домаћинстава. Из тога се може закључити да ће и понашање деце бити предодређено друштвеном класом родитеља. Социјализација је процес који се одвија током целог живота, па као што

¹⁰ Ibid;

¹¹ Guy Peters, B., 2009, *The Politics of Bureaucracy – An Introduction to Comparative Public Administration – Sixth Edition*, London: Routledge, Taylor and Francis Group

административци који не потичу из средње класе здобијају се средњом класом, они су склони усвојити вредности те класе а не класе од који потичу. Даље, иако припадници мањинских етничких група можда и не буду у стању лако променити свој статус, они на позицији у јавној управи покушаће подржати вредности доминантне заједнице већим степеном, него што би то чинили само као припадници мањинских група.

Дакле, данас, утицај демократије на јавну службу је врло важан: почевши са начелом једнаког приступа на основу заслуга, протеже се до одредаба за држављанство као услов за учешће у служби, посебне одредбе за етничке и културне мањине у земљама где су признате, али и у транспарентности управљања кадровима, квалитет жалбених поступака и институција, и, на крају, али са мањом важношћу, до неутралности јавне службе. Неутралност претставља суштинску вредност модерних јавних служби у земљама чланицама ЕУ. Ово је веројатно због чињенице да су се актуелни стандарди за неутралност развијали вековима са пуно напора за обликовање демократских јавних служби. То подразумева скуп стандарда и ставова према јавности, шта значи да ни лични односи, ни политичка, ни верска или филозофска мишљења, ни очите етничке, полне и друге разлике не смеју се узети у обзир према службеницима у њиховој служби.

Могуће најбољи пример важности стандарда за неутралност лежи у чињеници да уколико постоји опредељен степен политизације кариере, па чак и запољшавања у неким државама чланица ЕУ, попут Аустрије, Белгије или Немачке – где јавно мишљење критикује такве појаве, овај облик политизације никад не доводи до политизација ставова према јавности.

Једна анализа у скорашњем Извештају Европске комисије за жене на одлучујућим положајима, заступљеност жена је виша на другом нивоу него на првом (највишем). То сугерише да државе чланице се требају фокусирати не само на укупни број жена на високим јавним положајима већ да се требају осврнути и на положаје које су тренутно окупиране женама и покушати да обезбеде равноправност.

Заступљеност жена у два највиша нивоа у јавној служби, 2007¹²		
	Прво ниво	Друго ниво
>50%	Шпанија, Латвија	Словачка, Бугарска
>40%	Словенија, Пољска	Словенија, Мађарска, Пољска, Латвија, Шведска, Португал, Лихтенштајн
30-40%	Шведска, Руманија, Естонија, Грчка, Норвешка, Мађарска	Француска, Норвешка, Италија, Руманија, Грчка
20-30%	Португал, Бугарска, Ирска	В. Британија, Аустрија, Француска, Данска, Хрватска, Исланд, Литванија, Естонија Република Чешка, Холандија
10-20%	Хрватска, Италија, Кипар, Исланд, Аустрија, Република Чешка, Француска Литванија	Малта, Шпанија, Белгија, Кипар, Ирска
<10%	Белгија, Холандија, Малта, В. Британија, Данска	Њемачка, Луксембург
Ни једна	Њемачка, Луксембург, Турска, Лихтенштајн	Турска

Једнакост по закону, односно недискриминацијата је регулисана и Лисабонским уговором ЕУ из 2007 године (који је ступио у снагу 2009 године). Забрањује се било какав облик дискриминације на било којој основи, попут пола, раса, боје, етничког или социјалног порекла, генетских особина, језика, верског убеђења, политичког или било којег убеђења, припадности националној мањини, имању, рађању, хендикепу, узрасти или сексуалној оријентацији.¹³ У опсег примене уговора забрањује се и сваки облик дискриминације на националној основи. Притом, мора се обезбедити једнакост међу женама и мушкарцима у свим областима, укључујући и запошљавање, посао и плате. Начело једнакости неће попречити доношење мера за одређену предност у корист пола у неповољном положају.

¹² Павловска Данева А., Давитковска Е., Службенички систем, 2012, стр. 111;

¹³ Rosenbloom, D.H. Kravchuk, R.S. Clerkin, R.M., 2009, *Public Administration – Understanding Management, Politics and Law in the Public Sector – Seventh Edition*, Boston: McGraw – Hill

3. Запошљавање административних службеника у Републици Македонији

Попуњавање радног места административних службеника се врши спровођењем поступка за:

- запошљавање,
- унапређење и
- мобилност путем распоређивања или преузимања.¹⁴

Поступак за запошљавање почиње објавом јавног огласа, након чега у поступку за селекцију избира се најбољи кандидат за радно место и заснива радни однос са послодавцем. Поступци за унапређење почињу објавом интерног огласа, те се у поступку за селекцију избира најбољи кандидат из реда запослених у институцији и прелази на радно место вишег нивоа. Поступци за мобилност спроводе се у поступку за распоређење, односно преузимање запосленог на исто ниво у истој или другој институцији.

За попуњавање радног места административног службеника, кандидат треба испунити следеће опште услове:

- да је држављанин Републике Македоније,
- да активно користи македонски језик,
- да је пунолетан,
- да има општу здравствену способност за радно место и да му није правосилном судском пресудом изречена забрана за вршење професије, дејности или дужности.¹⁵

Поред општих, потребно је испунити и посебне услове:

- да има одговарајуће стручне квалификације потребне за радно место,
- да има одговарајуће радно искуство потребно за радно место,
- да поседује опште радне компетенције потребне за радно место прописане Оквиром за опште компетенције и
- да поседује одговарајуће радне компетенције за радно место.¹⁶

Као додатни услов за попуњавање радног места административног службеника може се утврдити и:

- статус детета без родитеља и без родитељске бриге, које је до своје осамнаесте године имало овакав статус према закону,
- статус лица са посебним потребама, према закону или
- статус корисника државне стипендије, према закону.¹⁷

¹⁴ Чл. 30, ЗАС;

¹⁵ Чл 31 ст.1 ЗАС;

¹⁶ Чл.31, ст.2, ЗАС;

Институције имају обавезу да планирају запошљавања административних службеника на основу Методологије за планирање утврђене Законом за запошљене у јавном сектору, за шта руководно лице институције припрема годишњи план за запошљавање административних службеника за следећу календарску годину.¹⁸ План садржи: текуће стање попуњености радних места административних службеника према категоријама и нивоу; текуће стање попуњености радних места административних службеника по полу, узрасти, образовању и припадности заједници; текуће стање попуњености радних места административних службеника према начину за запошљавање – неодређено, одређено, непуно радно време; радна места која ће се испразнити и основе за њихово пражњење; предлоге за нова запошљавања у институцији; финансиски план институције за идућу календарску годину и друге податке од значаја за радна места.

Годишњи план за запошљавање у свакој институцији подлежи на сагласност Министарства финансија, а затим и од Секретаријата за спровођење Охридског оквирног уговора. Неодговарање ова два државна органа поводом достављеног плана за запошљавање у року од два месеца, претпоставља да је сагласност добијена.¹⁹

За отпочињање поступка за запошљавање административног службеника, секретар, односно руководно лице институције доставља захтев Агенцији за администрацију у којем означава број, ниво и опис радних места које предлаже за попуњавање. Захтеву се обавезно прилаже извод из годишњег плана институције у којем је предвиђено попуњавање радног места и обавештење за обезбеђена финансиска средства.

4. Координација рада административних службеника

У Републици Македонији, на нивоу јавног сектора, надлежне институције за координацију са радом административних службеника су: Министарство за информатичко друштво и администрацију (МИДА), Министарство финансија, Секретаријат за спровођење Оквирног уговора и Агенција за администрацију.²⁰ У овом делу законских решења виде се помицања од важећег Закона, у насоци јачања ингеренција МИДА и смањењу значаја Агенције за администрацију, која и поред њеног правног

¹⁷ Чл 31, ст.3, ЗАС;

¹⁸ Чл. 5, ЗЗЈС, Сл. лист РМ. бр.27/2014;

¹⁹ Чл. 32, ЗАС;

²⁰ Чл. 6, ЗАС, Сл. лист РМ. бр. 27/2014;

статуса (независни Скупштински орган), реално, у виду надлежности које јој је законодавац дао, она се своди на стручну службу МИДА. Са почетком примене Закона о административним службеницима, МИДА, умјесто Агенције за администрацију ће издавати сагласност за акте за систематизацију радних места у институцијама, у делу усаглашености описа радних места административних службеника са Законом и са Каталогом за радна места у јавном сектору (нова обавеза за све државне органе и јединице локалне самоуправе). Исто тако, МИДА издаје потврде за положен испит за административно управљање и формира организациону јединицу за стручно усавршавање административних службеника која ће се формално називати Академија за стручно усавршавање административних службеника, иако ће у суштини бити сектор за обуке у саставу Министарства. Предвиђено је да МИДА сарађује са стручним, високообразовним и научно-истраживајућим институцијама у земљи и са иностранства и да ангажује експерте из одговарајућих области, да организује, координира и спроводи генеричке и специјализоване обуке за стручно усавршавање и за запослене у јавном сектору који немају статус административних службеника, за шта ће напративати надомест!? До сада, ниту у Републици Македонији, ниту компаративно, нигде не постоји случај, да извршна власт изражена преко највишег државног органа – министарства добије законска овлашћења једне едукативне установе.

Са друге стране, основне надлежности Агенције за администрацију остају спровођење испита које полагају административни службеници (више технички него суштински, зато што Агенције не учествује у избору питања нити у припреми питања нити у оцењивању), објава огласа за запошљавање, води евиденцију кандидата који достављају лажне доказе у пријави. Једина озбиљна надлежност која одговара правном статусу Агенције, а која је још увек и њеној надлежности, је вођење другостепених поступака по жалбама и приговорима административних службеника. За ту циљ, предвиђено је да Агенција формира у свом оквиру другостепену комисија састављену од претседника и четири члана.

Новина је и то да се Министарство финансија изрично спомиње као фактор који одлучује у координацији административних службеника, улога која се увек подразумевала, јер и *de jure* и *de facto*, без његове сагласности је немогуће запослити или унапредити некога у јавном сектору.

Секретеријат за оквирни уговор предвиђено је да издаје сагласност за нова запошљавања, нешто што је и до сада постојало, али није било изрично наведено у Закону.

5. Афирмативне мере у запошљавању у (јавној и државној) администрацији Републике Македоније

Од већ наведеног лако је закључити да увођење афирмативних мера и њихово опредељење претставља облике позитивне дискриминације, односно свесно и системско спровођење неједнаког третмана одређених појединаца на основу закона, који припадају одређеној заједници, социјалној структури или другој групи која је због политичких, правних или економских разлога била рањива или је имала мање могућности да подједнако остварава своја права у друштву.

Позитивно право у Македонији дискриминацију која подлежи системској заштити и превенцији, утврђује као свако неоправдно, правно или фактично, непосредно или посредно чинење разлике или неједнако поступање, затим пропуштање (искључивање, ограничавање или пружање првенства) које се односи на лица или групе, а које се заснива на пол, расу, боју коже, рода, припадности маргинализоване групе, етничке припадности, језика, држављанства, социјалног порекла, религије или верског убеђења, образовања, политичке припадности, личног или друштвеног статуса, менталне или телесне спречености, узрасти, породичног или брачног стања, власничног статуса, здравственог стања или којој било другој основи.²¹

Ова опћа формулација основа за дискриминацију обухвата готово све међународно препознате основе дискриминације. Обзирнот према људима за које се сматра да су у неједнаким положају у однос на ширу популација а за које је оправдан неједнак третман види се и у широкој палети циљних група према којим је неједнаки третман правно заштићен. Па тако, облици неједнаког третмана који се правно не сматрају дискриминацијом обухватају следеће:

1) различит третман лица који нису држављани Републике Македоније, када су у питању слобода и права дати у Уставу, законима и међународним уговорима којима је Република Македонија приступила, а која непосредно произлазе из држављанства Републике Македоније;

2) различит третман лица на основи особина која се односе на било која од основа за дискриминацију, када споменуте особине, због природе професије или активности, или због услова у којим се одвија та професија, претстављају суштину и опредељење захтева, циљ је легитиман, а услов не прекорачује потребно ниво за реализацију захтева;

²¹ Закон о спречавању и заштиту од дискриминације, чл.2, чл. 5 ст. 3 (Сл. лист РМ бр. 50/2010, 44/2014. Одлука на У.Суд. 127/2010)

3) различит третман лица на основу религије, убеђења, пола или других особина у вези са занимањем које је одвија у религиозним институцијама или организацијама, када по особини конкретног занимања или активности или због услова у којима се остварава религија, убеђење, пол, или друге особине претстављају суштински и опредељујући захтев, са погледа институције или организације, када је циљ легитиман, а услов не прекорачује потребно ниво за реализацију услова;

4) различит третман лица на основи религије, убеђења, пола или других особина у вези са образовањем и обуци за циљеве везане са конкретном религијом;

5) ако чланови органа цркве или верске заједнице, грађанске организације, политичке странке, синдиката и друге организације записане у регистру сагласно са Уставом и законима, поступају према својој доктрини, убеђењу или веровању као и са циљевима утврђеним у својим статутима, програмима и прописима;

6) уређења брака, ванбрачне заједнице и породице искључиво као заједнице супротних полова, односно једног мушкарца и једне жене;

7) остварење уставно гарантованог начела слободе говора, јавног наступа, мишљења и јавног информирања;

8) одређивање захтева за минималну старост, професионалног искуства или стажа у поступцима за избор или у пружању одређених привилегија везаних за посао, када је ово објективно оправдано због постизања легитимних циљева, а садржина ове разлике не надмашује неопходно ниво за остварење циља и опредељење услова за максималну старост у поступку запошљавања које је везано са потребом за обуку или због потреба из рационалних временских ограничења везаних са пензионисањем утврђених законом, када је то објективно оправдано за постизање легитимног циља, а садржина те разлике не надмашује неопходно ниво за постизање циља.²²

Утолико више се улаже у смањивању и ублажавању фактичке неједнакости што не само да се одређен неједнак третман не сматра дискриминацијом, већ за одређене групе, заједнице или појединце законом је предвиђено спровеђење активних мера како би се неједнакост смањила. Те активне мере називају се афирмативним мерама. Афирмативне мере су активности државних органа које су насочене спречавању и заштити дискриминације, односно смањењу и елиминасањем фактичке неједнакости која је настала као резултат претходне дискриминације²³, чиме се и оправдавају те мере.

²² Ibid, Чл.14;

²³ Ibid, Чл. 1, ст. 1, ал.1;

Афирмативне мере су активности које се преузимају:²⁴

- 1) у корист лица, групе лица или заједнице, да би се елиминисале или смањиле фактичке неједнакости, ако је разлика оправдана и пропорционална циљу, да би се обезбедио њихов природан развој и ефективно постизање њиховог права на једнаке могућности у споређењу са другим лицама, групама или заједницама и
- 2) мере које имају за циљ заштиту маргинализованих група, да би се елиминисале фактичке неједнакости, ако је разликовање оправдано и пропорционално циљу, да би се обезбедио њихов природан развој и ефективно постизање права на једнаке могућности у споређењу са другим лицама, групама или заједницама.

Маргинализоване групе су групе појединаца које уједињује специфичан положај у друштву, а које су објекат предрасуда, које имају посебне особине које их чине погодним одређеним обликом насиља, имају мању могућност остварења и заштите својих права или које су изложене повећаној могућности за виктимизацију у будућности.²⁵

Виктимизација је правно заштићен облик дискриминације, који претставља неповољно понашање према једном лицу, трпење штетних последица због тога што је преузело одређене активности заштите од дискриминације (пријавило дискриминацију, отпочело поступак за дискриминацију или сведочило у току поступка).²⁶

Из свега наведеног, види се да е већина позатних облика дискриминације правно препознат и адекватно заштићен правом у Македонији, осим једне изузетно осетљиве теме (која није у непосредној вези са предметом овог рада због чека се нећемо дуже задржати на овој проблематици), а то право истополних заједница. У Републици Македонији и поред бројних примедби и критике цивилног друштва и стручњака у области, право на грађанско партнерство као и скључивање брака, посвајање деце и сл., остаје изузетно право само заједнице од двоје људе супротног пола, односно једног мушкарца и једне жене, што овај облик заједнице ставља у драматично неповољнију ситуација од грађана који желе остварити право на верско убеђење. Право ових грађана је утолико више угрожено, што се по законима у Македонији насиље које се испуњава према њима и други облици неједнаког третмана не може спречити чак и уколико се јаве у улози виктимизираних лица зато што

²⁴ Ibid, Чл. 13;

²⁵ Ibid, чл. 5, ст. 1, ал. 11;

²⁶ Ibid, чл. 11;

закони не препознају овај облик грађанског опредељења као правно заштићеним.

Поред општих одредби предвиђеним у Закону о спречавању и заштите од дискриминације, и прописи који уређују јавни сектор јасно предвиђају и заштиту од дискриминације и афирмативне мере у поступцима запошљавања. Тако, према начелу једнаких услова, једнаког приступа до радног места, адекватне и правичне заступљености институције су дужне обезбедити једнак приступ свим заинтересованим кандидатима за радно место, те имају и обавезу да слободна радна места и услове за њихово попуњавање огласе путем интерног или јавног огласа.²⁷ Већ смо описалу обавезу да се сва запошљавања планирају годишњим плановима према потребама органа државне управе (и осталих јавних институција), на основи утврђене методологије за планирање запошљавања у јавном сектору поштујући начело адекватне и правичне заступљености.

Групе односно категорије правно заштићене овим начелима које су оперативно обухваћене у поступцима запошљавања у јавни сектор су правична заступљеност немнозинским заједница, правична заступљеност жена и одређених маргиналних група попут лица која имају статус детета без родитеља и без родитељске бриге, које је до своје осамнаесте године имало овакав статус према закону, статус лица са посебним потребама, према закону или статус корисника државне стипендије. Будући да је последња група лица правно заштићена тек Законом о административним службеницима из 2014те год., који је почео са применом у фебруару 2015 године, статистика о примени овог начела још није изграђена.

У продужетку, проследићемо примену мера за заштиту наведених група од дискриминације у поступцима запошљавања, преко промене у њиховој заступљености у структурама запослених у државној администрацији Републике Македонији у периоду од 2010 до 2014 године. Временски период узорка је одабран зато што подудара са усвајањем првог координативног механизма за запошљавање припадника немнозинских заједница изменама Закона о државним службеницима из 2009 године, као и због усвајања новог Закона о спречавању и заштити од дискриминације из 2010 године, те се ефекти примене ових прописа могу мерити након 2010.

Ефекти примене закона које узимамо у обзир је промена заступљености појединих немнозинских заједница у укупном броју запослених у државној администрацији, те заступљеност мушкараца и жена у укупном броју запослених у државној администрацији, затим заступљеност

²⁷ Закон о запосленим у јавном сектору, чл. 5;

немнозинских заједница у појединим структурама звања од техничко помоћних звања до највиших руководних звања и коначно заступљеност жена у појединим немнозинским заједницама по структури звања.

Табела 1: преглед запослених државних службеника, по националности и полу²⁸

	2010	2011	2012	2013	2014
македонци	8733	10470	10166	10051	10628
албанци	3002	3428	3942	4144	4387
турци	185	239	333	322	370
роми	79	139	222	207	219
власи	94	111	110	117	109
срби	178	197	224	220	232
Бошњаци	77	94	104	107	113
остали	67	91	90	99	102
неизјашњени	65	52	56	54	52
мушкарци	6072	7893	7932	7977	8471
жене	6480	6927	7315	7344	7741
македонци мушкарци	3988	5064	4670	4605	4876
македонци жене	4745	5406	5496	5446	5752
албанци мушкарци	2042	2350	2653	2768	2943
албанци жене	960	1078	1289	1376	1444
турци мушкарци	105	140	203	195	234
турци жене	80	99	130	127	136
роми мушкарци	45	87	136	125	133
роми жене	34	52	86	82	86
власи мушкарци	47	55	50	54	48
власи жене	47	56	60	63	61
срби мушкарци	85	89	102	101	104
срби жене	93	108	122	119	128
бошњаци мушкарци	37	41	49	49	52
Бошњаци жене	40	53	55	58	61
остали мушкарци	34	48	46	56	57
остали жене	33	43	44	43	45
неизјашњени мушкарци	26	19	23	24	24
неизјашњени жене	39	33	33	30	28
укупно	12480	14821	15247	15321	16212

²⁸ Подаци су преуети са: Извештај из регистра државних службеника 2010; Извештај из регистра државних службеника 2011; Извештај из регистра државних службеника 2012; Извештај из регистра државних службеника 2013; Извештај из регистра државних службеника 2014.

У табели 1, види да се већ од 2010 године води рачуна у репрезентативном карактеру државне администрације, односно да је већина немнозинских заједница ипак заступљена, а у периоду који следи до 2014 њихова заступљеност се повећава. Највећа не мнозинска заједница по заступљености је албанска, чија заступљеност у 2010 је била 24%, а до 2014 је порасла на 27% од укупног броја запослених. Пораст заступљености иако и нешто мањој стопи, види се у свим немнозинским заједницама док је постотак већинске заједнице односно македонаца од 2010 готово 70%, до 2014 године смањен на 65.5%, што опет говори о успешности напора да се повећа заступљеност свих заједница и побољша карактер репрезентативности државне администрације.

Највећа критика квантитавиног приказивања упућује се на агрегатне податке, због чега смо спровели и испитивање заступљености немнозинских заједница по структури звања како би проверили дали је заступљеност рамномерна по свим нивоима хијерархије.

Табела 2.	структура по звању и националној припадности (две највеће заједнице у РМ)									
	македонци					албанци				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
генерални секретар	6	5	7	6	5	1	1	1	1	1
секретар општине са седиштем у граду	12	12	12	11	11	2	2	3	2	2
секретар општине са седиштем у селу	3	5	4	4	4	6	3	3	3	3
државни саветник	140	148	153	141	156	35	37	47	45	46
руководиоц сектора помоћник	288	331	310	319	352	45	44	49	54	64
руководиоц сектора одељења	186	218	221	233	234	30	41	48	47	47
саветник	973	1026	989	973	990	115	113	129	115	129
виши сарадник	2370	2618	2542	2508	2584	433	432	496	479	463
сарадник	457	478	513	496	542	77	72	82	88	95
млађи сарадник самостални референт	457	572	590	615	668	122	173	193	191	179
виши референт	689	876	1005	1024	1225	1118	1288	1618	1815	2002
референт	2094	2785	2543	2415	2397	312	354	351	336	328
млађи референт	382	463	408	421	441	54	69	51	56	50
референт	544	739	674	652	711	65	105	121	121	115
млађи референт	132	194	195	233	308	587	694	750	791	863

Са прегледа заступљености највеће немнозинске заједнице у однос на укупном броју запослених по структури звања види се

заступљеност није хомогена по целој хиерархији. У вези са највишим звањима, односно секретара, секретара општина са седиштем у селу, секретара општина са седиштем у граду и генералним секретарима не можемо коментарисати маргиналну заступљеност албанаца зато што од 2009 до 2014 године генерални секретари су претстављани класична именована лица односно политичке функције, а секретари општина су се именовали из реда руководних звања у општинској служби али ипак су имали мандат, те овај број одражава рекли би више „политичку доминацију“ македонске заједнице у мереном периоду.²⁹

У осталим структурама заступљеност албанаца може се рећи да прати кумулативну заступљеност иако не увек истом постотком док су мање заједнице најмање заступљене у руководним структурама. Највећа заступљеност албанаца ипак види се у стручним и помоћно-техичким звањима. Највећа критика када је реч о заступљености највеће немнозинске заједнице се може упутити не на њихову процентуалну заступљеност већ на начин на који је вођен рачун да се њихова заступљеност запази. Имено, од 2009 године, има неколика валова запошљавања ове немнозинске заједнице који је спроводио Секретаријат за спровођење охридског споразума расписивајући огласе за запошљавање великог броја људи, иако претходно није постојао оглас за попуњавање слободних радних места, односно запошљавани су „бланко“ те је велики број ових људи дуго седио код куће иако су формално вођени као запослени и примали плате. Циљ овог приступа може се квалификовати једино као попуњавање статистике, а резултат је крајно дестимулативан као за већ запослене у државној администрацији тако и за саме запослене овим путем јер не могу стицати радно искуство и реалан стаж, као и потпуну повреду начела стручности и компетентности јер се не може говорити од професионалном запошљавању када не знамо ни за која радна места се расписују ти огласи.

Табела 2 и Табела 3, дају нам преглед родове заступљености у државној администрацији. Заступљеност жена у државној администрацији од 2010 до 2011 показује нагли пад, односно у 2010 години жене су биле већина у државној администрацији са готово 2%, док са већим валом запошљавања већ идуће године њихов број у однос на мушкарце износи 46,7%. Ово говори да у тој години није вођено довољно рачуна о родовој заступљености, иако се и наредни период до 2014 године заступљеност жена повећава до 47,75%. Кумулативни постотци се не могу тек тако лако коментарисати. Кад погледамо родову заступљеност по националној заједници, види се да су жене у македонској заједници константна већина.

²⁹ Детаљни преглед заступљености свих заједница је у прилогу рада;

Осим у 2011 години, када је постотак жена у македонској заједници био 51,63%, у другим годинама мереног периода постотак жена у македонској заједници је готово константан и је нешто већи од 54%. Жене су већински заступљене у мањим заједницама попут српске и влашке заједнице, а разлика је маргинална у групи државних службеника који се нису изјаснили о националној припадности. Мушкарци су доминантно заступљени код албанаца са готово две трећине запослених су мушкарци, турци где су мушкарци скоро два пута више заступљени, а разлике су мање иако у корист мушке популације, код рома. Бошњачка, влашка заједница иако је ова статистика промењива разлике су мале и у различитим календарским годинама су некада мушкарци а некада жене доминантно заступљене, са ти што у влашкој заједници удео жена је у константном расту.

Табела 3.	структура по звању и полу				
	2010	2011	2012	2013	2014
генерални секретар м.	4	4	3	3	3
генерални секретар ж.	4	3	6	5	4
секретар општине са седиштем у граду м.	12	12	13	10	10
секретар општине са седиштем у граду ж.	3	3	3	3	3
секретар општине са седиштем у селу м.	7	5	5	5	5
секретар општине са седиштем у селу ж.	2	3	2	2	2
државни саветник м.	100	111	118	100	108
државни саветник ж.	85	86	96	99	109
руководиоц сектора м.	193	227	208	199	217
руководиоц сектора ж.	161	169	175	197	220
помоћник руководиоц сектора м.	89	116	123	125	127
помоћник руководиоц сектора ж.	134	151	156	166	167
руководиоц одељења м.	564	595	597	567	590
руководиоц одељења ж.	583	598	581	580	593
саветник м.	1569	1703	1666	1621	1620
саветник ж.	1392	1513	1536	1530	1581
виши сарадник м.	280	286	304	306	331
виши сарадник ж.	287	297	324	315	347
сарадник м.	317	395	416	414	429

сарадник ж.	290	391	406	430	453
млађи сарадник м.	1026	1238	1531	1670	1918
млађи сарадник ж.	904	1110	1392	1471	1667
самостални референт м.	1270	1815	1600	1525	1512
самостални референт ж.	1292	1506	1472	1392	1374
виши референт м.	192	284	196	217	212
виши референт ж.	276	280	295	294	308
референт м.	249	383	341	354	412
референт ж.	392	496	490	459	451
млађи референт м.	536	719	811	861	972
млађи референт ж.	267	322	381	401	462

Ситуација је различита када се погледа родова заступљеност у структури звања државне службе. У укупном броју запослених жене су већински заступљене у стручним и помоћно-техничким звањима, док у руководним структурама су мање заступљене од мушкараца иако разлике нису велике и не крећу се у суодносу 45-55% у корист једног или другог пола.

У македонској заједници, само у секретарској структури се може рећи да су мушарци већински заступљени, док свим осталим звањима удео жена је из године у годину све већи. У 2014 жене престављају око 55% на свим нивоима службеничке структуре што говори много о родовој осетљивости. Код мањинских заједница жене су изједначене или су већински заступљене у стручним и помоћно-техничким структурама, док руководна звања су већински попуњена мушкарцима. Разлика у заступљености је најизраженија у албанској немнозинској заједници, где у највишим структурама суоднос између мушкараца и жена је 5:1. Како се крећемо ниже у хиерахији тако се суоднос мења, већ суоднос жена у звању помоћник руководиоца сектора је нешто већи, па је однос мушкараца према женама 3:1, а у стручним звањима суоднос је 1,5:1. У помоћно-техничким звањима опет је уочљива велика шареноликост, тако у звању виши референт албанци су готово родово изједначени, док самостални референти и млађи референти, суоднос мушкараца у однос на жене је опет 3:1. Ови податци говоре много о могућностима да жене албанке подједнако учествују у раду државне службе, али не само то, већ се поставља и културолошко питање о ставовима мањих заједница о улози жена у друштву и породици, те се питање једнаких могућности албанки треба поставити још у броју жена албанске националности које уписују и завршавају средњу школу, те колико њих продужава образовање на факултетима и тражи запослење у професијама које обећавају каријеру.

Жене су више заступљене у руководним струкурама у влашкој заједници, у руководним и стручним структурама жене су више заступљене у српској заједници, а више су заступљене жене у стручним структурама код државних службеника који се нису изјаснили о националности.

6. Закључак

Готово је незамишљиво замислити савремено друштво бел мултикултуролошке и мултиетничке димензије, те се не може говорити о легитимном систему државне администрације који не води рачуна о репрезентативности свих чланова комплексне заједнице. Свако је друштво у већој или мањој мери мултиетничко и мултикултуролошко али се за либералним може квалификовати само друштво које системски брине да су сви чланови друштва у одговарајућој мери заступљени у структурама власти као и у структурама државних институција. Иако је добро говорити о степену освешћености и моралној одговорности друштва да се брине о свим својим заједницама, ефективна заштита од дискриминације се може спровести само квалитетном и примењивом правном заштитом и чврстом политичком вољом. Република Македонија, као и све државе балканском полуострва је етнички и културолошки хетерогена, а дугогодишња економска криза оставила је много заједница са недовољно могућности да на једнак начин остварава своја права и обавезе те је неопходно да се преузимају и активне мере којима би се већ учињена дугогодишња дискриминација смањила. О целовитом систему заштите од дискриминације и системској примени афирмативних мера може се говорити тек од 2010 године када је усвојен и Закон о спречавању и заштити од дискриминације. Када је реч о остваравању правичне заступљености свих заједница ситуација и мало комплекснија. Охридски споразум превидео је начело правичне заступљености још почетком прошле деценије, али је његова примена у стварност била препуштена политичкој вољи и слабој координацији система запошљавања у државној администрацији. Изменама закона о државним службеницима 2009 године законски је повећана улога Секретаријата за спровођење охридском споразума а целовит систем за координацију рада државне администрација предвиђен је Законом о административним службеницима 2014 године, а почео са применом тек у фебруару 2015 године. Једина група о којој још увек не постоје статистички податци о њиховој заступљености су рањиве групе типа деце без родитеља, корисника државне стипендије и сл.

Немнозинске заједнице, односно националне мањине статистички јесу заступљене у државној администрација што се види од доступне емпирије, али начин запошљавања којим се вођен рачун о њиховој заступљености је контроверзан и пропраћен бројним чисто политичким потезима да се одједном запошљава велики број припадника одређене немнозинске заједнице притом не поштујући начела професионалности, стручности и компетентности који су *sine qua non* за сваки савремени систем државне администрације. Питање правичне заступљености и заштити од дискриминације је још израженији у родовој заступљености код немнозинских заједнице. У албанској немнозинској заједници може се закључити да је државна управа још увек „свет мушкараца“, и ово питање се не сме третирати само као политичко питање већ системски проблем улоге жене у друштву.

Питање равноправности и заштите од дискриминације није и не сме се третирати као краткорочни циљ – попунити бројеве – већ као темељно начело и вредност државе и друштва и заштита свих немнозинских заједница и рањивих група је опредељење сваке савремене државе. Највећи изазов за актуелни систем државне администрације, ипак остаје, како усагласити афиративне мере са начелом професионалности, стручности и компетентности.

ПРИЛОЗИ

		структура по знању и националној припадности																	
		македонци						албанци						турци					
		2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014			
генерални секретар	6	5	7	6	5	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0				
секретар општине са седиштем у граду	12	12	12	11	11	2	2	3	2	2	0	0	0	0	0				
секретар општине са седиштем у селу	3	5	4	4	4	6	3	3	3	3	0	0	0	0	0				
државни саветник	140	148	153	141	156	35	37	47	45	46	1	1	2	2	2				
руководиоц сектора	288	331	310	319	352	45	44	49	54	64	3	3	5	3	2				
помоћник руководиоц сектора	186	218	221	233	234	30	41	48	47	47	2	1	1	2	2				
руководиоц одељења	973	1026	989	973	990	115	113	129	115	129	9	8	9	12	15				
саветник	2370	2618	2542	2508	2584	433	432	496	479	463	26	24	27	27	27				
виши сарадник	457	478	513	496	542	77	72	82	88	95	12	13	12	10	9				
сарадник	457	572	590	615	668	122	173	193	191	179	6	12	14	13	13				
млађи сарадник	689	876	1005	1024	1225	1118	1288	1618	1815	2002	50	89	147	143	175				
самостални референт	2094	2785	2543	2415	2397	312	354	351	336	328	29	33	35	32	31				
виши референт	382	463	408	421	441	54	69	51	56	50	8	7	6	7	8				
референт	544	739	674	652	711	65	105	121	121	115	10	13	14	14	13				
млађи референт	132	194	195	233	308	587	694	750	791	863	29	35	61	57	73				

		структура по звању и националној припадности														
		роми					власи					Срби				
		2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
генерални секретар	0	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у граду	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у селу	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
државни саветник	1	1	1	0	1	1	1	1	2	2	2	3	4	4	4	5
руководиоц сектора	2	0	2	2	2	2	3	2	2	4	3	4	5	5	4	5
помоћник руководиоц сектора	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	4	5	5	7
руководиоц одељења	1	1	1	1	1	1	11	11	11	11	10	15	14	17	17	18
саветник	7	7	8	8	6	6	33	37	35	37	34	51	54	52	52	50
виши сарадник	1	1	2	3	3	3	3	4	2	5	5	8	9	10	13	14
сарадник	0	0	0	0	0	0	5	8	6	7	6	5	6	4	3	3
млађи сарадник	11	22	41	36	44	44	7	8	20	20	20	9	9	32	31	42
самостални референт	12	12	16	15	15	15	18	27	18	17	17	56	68	69	66	59
виши референт	7	7	7	7	7	7	4	4	4	4	4	4	8	8	9	8
референт	2	2	3	4	3	3	5	5	3	4	3	10	9	7	5	5
млађи референт	35	86	141	131	137	137	3	3	5	5	4	6	7	11	11	16

структура по звању и националној припадности															
	бошњаци				остали				неизјашњени						
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
генерални секретар	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у граду	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	1	0	0
секретар општине са седиштем у селу	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
државни саветник	1	1	1	1	1	3	4	4	4	4	0	0	0	0	0
руководиоц сектора	1	1	0	0	0	1	8	6	6	5	6	2	4	4	4
помоћник руководиоц сектора	0	0	1	1	1	0	1	1	0	0	2	2	2	3	3
руководиоц одељења	3	3	6	6	8	12	12	12	8	9	8	5	4	4	3
саветник	11	10	8	8	8	17	20	20	19	17	13	14	14	13	12
виши сарадник	2	2	1	1	2	2	2	3	3	5	5	2	2	2	3
сарадник	3	3	3	3	3	5	7	7	7	5	4	5	5	5	5
млађи сарадник	31	42	44	45	49	7	10	12	23	24	8	4	4	4	4
самостални референт	12	12	12	13	13	9	16	13	12	15	20	14	15	11	11
виши референт	4	4	4	4	4	1	1	0	0	0	0	1	3	3	3
референт	2	2	2	3	3	2	3	6	6	6	1	1	1	4	4
млађи референт	7	14	22	22	21	3	7	6	11	12	1	1	1	1	0

структура по звању, полу и националној припадности															
	македонци					албанци					турци				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
генерални секретар м.	2	2	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0
генерални секретар ж.	4	3	6	5	4	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у граду м.	10	9	9	8	8	1	2	3	2	2	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у граду ж.	2	3	3	3	3	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у селу м.	2	3	3	3	3	5	2	2	2	2	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у селу ж.	1	2	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0
државни саветник м.	61	70	68	54	62	33	34	43	39	38	1	1	1	1	1
државни саветник ж.	79	78	85	87	94	2	3	4	6	8	0	0	1	1	1
руководиоц сектора м.	148	183	156	147	158	37	36	40	40	49	2	2	4	2	1
руководиоц сектора ж.	140	148	154	172	194	8	3	9	14	15	1	1	1	1	1
помоћник руководиоц сектора м.	68	83	88	90	90	18	28	30	30	32	1	1	0	2	2
помоћник руководиоц сектора ж.	118	135	133	143	144	12	13	18	17	15	1	0	1	0	0
руководиоц одељења м.	431	467	453	440	451	102	101	115	101	111	6	5	7	7	10
руководиоц одељења ж.	542	559	536	533	539	13	12	14	14	18	3	3	0	5	5
саветник м.	1158	1293	1218	1179	1200	330	329	366	358	340	17	15	17	19	19
саветник ж.	1212	1325	1324	1329	1384	103	103	130	121	123	9	9	10	8	8
виши сарадник м.	210	221	236	232	248	54	50	52	57	64	8	9	8	5	4
виши сарадник ж.	247	257	277	264	294	23	22	30	31	31	4	4	4	5	5
сарадник м.	225	270	276	284	309	78	102	118	109	102	2	6	8	7	6
сарадник ж.	232	302	314	331	359	44	71	75	82	77	4	6	6	6	7

млађи сарадник м.	275	346	386	410	495	689	792	982	1097	1226	26	53	87	84	106
млађи сарадник ж.	414	530	619	614	730	429	496	636	718	776	24	36	60	59	69
самостални референт м.	977	1466	1253	1194	1189	218	261	262	250	242	16	20	22	20	21
самостални референт ж.	1117	1319	1290	1221	1208	94	93	89	86	86	13	13	13	12	10
виши референт м.	149	226	156	168	174	27	43	25	32	27	8	2	2	3	3
виши референт ж.	233	237	252	253	267	27	26	26	24	23	5	5	4	4	5
референт м.	196	299	249	256	316	39	68	77	78	77	2	7	7	7	8
референт ж.	348	440	425	396	395	26	37	44	43	38	5	6	7	7	5
млађи референт м.	76	126	118	139	172	410	501	537	572	630	18	19	40	38	53
млађи референт ж.	56	68	77	94	136	177	193	213	219	233	11	16	21	19	20

структура по звању, полу и националној припадности

	роми					власи					Срби				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
генерални секретар м.	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0
генерални секретар ж.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у граду м.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у граду ж.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у селу м.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у селу ж.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
државни саветник м.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
државни саветник ж.	1	1	1	0	1	1	2	1	1	1	2	1	3	3	4
руководиоц сектора м.	0	0	0	0	0	2	2	2	3	2	2	1	1	2	2
руководиоц сектора ж.	2	0	2	2	2	1	0	0	1	1	3	4	4	2	3

структура по звању, полу и националној припадности															
	бошњаци					остали					неизјашњени				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
генерални секретар м.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
генерални секретар ж.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у граду м.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	1	0	0
секретар општине са седиштем у граду ж.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у селу м.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
секретар општине са седиштем у селу ж.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
државни саветник м.	1	1	0	0	1	1	2	5	5	2	0	0	0	0	0
државни саветник ж.	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	2	2	4	1	4
руководиоц сектора м.	1	1	1	1	0	5	7	2	2	4	0	0	0	0	0
руководиоц сектора ж.	0	0	0	0	0	0	1	1	0	0	1	1	1	1	1
помоћник руководиоц сектора м.	0	0	1	1	1	0	0	0	0	0	0	1	1	1	1
помоћник руководиоц сектора ж.	0	0	1	1	1	0	0	0	0	0	1	1	1	2	2
руководиоц одељења м.	3	3	4	4	4	5	5	5	2	2	3	2	1	1	1
руководиоц одељења ж.	0	0	2	2	4	7	7	7	6	7	5	3	3	3	2
саветник м.	6	4	4	4	4	8	10	10	10	10	6	6	6	5	4
саветник ж.	5	6	4	4	4	9	10	10	9	7	7	8	8	8	8
виши сарадник м.	0	0	0	0	1	1	1	2	2	3	3	1	1	1	2
виши сарадник ж.	2	2	1	1	1	1	1	1	1	2	2	1	1	1	1
сарадник м.	1	1	1	1	1	4	5	5	5	3	1	2	2	2	2
сарадник ж.	2	2	2	2	2	1	2	2	2	2	3	3	3	3	3
млађи сарадник м.	2	23	23	23	25	4	5	6	15	16	1	0	0	0	0
млађи сарадник ж.	14	19	21	22	24	3	5	6	8	8	7	4	4	4	4
самостални референт м.	4	4	4	4	5	5	12	8	7	8	7	3	5	6	6

Borce Davitkovski Ph. D.

Full professor, Faculty of Law „Iustinianus Primus“, University of Skopje

Ana Pavlovska-Daneva Ph. D

Full professor, Faculty of Law „Iustinianus Primus“, University of Skopje

Elena Davitkovska Ph. D

Assistant Professor, Economic Institute, University of Skopje

Dragan Gocevski Ph. D.

Assistant professor. Faculty of Law „Iustinianus Primus“, University of Skopje

AFFIRMATIVE EMPLOYMENT MEASURES IN THE ADMINISTRATION OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA AND PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION

Summary

The paper provides a legal analysis of unequal treatment of individuals, groups and communities by state administrative authorities and other government agencies in the process of employment. The paper's goal is to detect and differentiate various legal situations in which certain communities or individuals belonging to vulnerable groups deserve a different treatment, and are thus not considered discrimination nor a violation of the principle of equality.

The paper focuses on affirmative measures through which certain communities and individuals are given beneficial treatment in the name of democracy and equal opportunities, as well as inclusion of all communities and individuals in the workings of public administration. A narrow focus of the paper is the legal framework through which affirmative measures and just representation of communities is operationalized in the process of employment in state administration in the Republic of Macedonia.

Др Славољуб Вукићевић

Редовни професор Правног факултета Универзитета Синергија у Бијељини

Мр Биљана Димитрић

Виши асистент Правног факултета Универзитета Синергија у Бијељини

Мр Софија Вукићевић

Асистент Универзитета Сингидунум у Београду

ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ (НОРМАТИВНИ ОКВИР И ПРАКСА) – ОСВРТ НА БИХ И РС

Апстракт: *Остваривање људских права и слобода је централно питање савремене цивилизације. Због тога, аутори су у овом раду учинили покушај, да скрену пажњу на неке основне претпоставке, које су сауса sine qua non остваривања ових вриједности. Основни предуслов за остваривање свих људских права и слобода јесте равноправност и недискриминација чланова било ког друштва. Посебно је значајно да се успостави адекватан нормативни (законски) оквир који омогућује остваривање вриједности о којима је ријеч. У том смислу у раду је ближе разматран садржај најзначајнијих докумената међународног карактера који се баве питањима забране дискриминације. У истом смислу анализирано је стање у правном систему БиХ и РС.*

Објашњено је да је на плану људских права и слобода степен остварености увијек нижи од прокламованог и указано на практична искуства пре свега у сфери примјењивања (извршења) судских одлука и сл.

Кључне ријечи: *устав, закон, (не)дискриминација, судске одлуке, пракса.*

I. Уводне напомене

Полазећи од универзалног става да су једнакост људи и забрана дискриминација, основне претпоставке за остваривање људских права и слобода уопште, разумљиво је што савремена правна наука посебну пажњу посвећује овим вриједносним категоријама.

Такође, неспорно је да остваривање људских права, на међународном и унутрашњем плану, подразумева стварање општег нормативног (законског) оквира као и услова за њихову практичну реализацију. Јер „... људска права у формалном смислу, представљају нормативни подсистем

међународног права, кога чине правила и стандарди, а који за предмет има права, слободе и одговорности појединаца и људских колективитета (група).“¹

Истовремено, треба нагласити да људска права морају бити обезбјеђена „... не само вишестепеном судском заштитом у формалном смислу, већ и у смислу дјелотворне (успјешне) и ефективне (а не само ефикасне) материјалноправне и процесноправне заштите“²

С антрополошког становишта, сви људи су једнаки и требало би да уживају једнака права без обзира на материјалне, политичке, вјерске и друге услове. Ријеч је о цивилизацијском стандарду који је, увијек, више задат него дат. Увијек, више тежња која се остварује у континуираном процесу у друштву, у коме непрестано постоји сукоб доброг и зла.

На поштовање или вријеђање људских права утичу многобројни социјални и политички чиниоци - култура, образовање, религија, политика, право. Право се појављује као значајан чинилац заштите људских права, али истовремено и као оквир који омогућује примјену „организоване“ принуде државе према појединцу, чиме се сужава слобода човјека, а самим тим човјек се дискриминише. Овдје је свакако ријеч о ситуацијама када се зарад виших друштвених циљева појединачно и тренутно нарушава слобода појединца. Јер, конституисање друштва у државу и стварање правног поретка подразумјева спрјечавање самовоље појединца или групе, а то је могуће само у оквиру правног поретка којим се различити (често сукобљени) интереси „униформишу и стабилизују“. Општа карактеристика међународних и појединачних правних система јесте да је забрана дискриминације парадигматичан став који постаје “опште мјесто“ свих савремених правних докумената, без обзира на домен њихове примјене.

Полазећи од теме рада, наша пажња на овом мјесту биће фокусирана на остваривање једнаких права и могућности свих људи у Републици Српској и БиХ, као и систем заштите од дискриминације.

II. Општи (међународни) нормативни оквир забране дискриминације

Посматрано у цјелини, феномен дискриминације у друштву настаје из мноштва разлога и са многобројним манифестационим

¹ Крећа М. Међународно јавно право- четврто измењено и допуњено издање, Правни факултет Београд, 2010., стр. 532.

² Перовић С., Природно право и морал, Правни живот, бр.9, ТИ, Београд, 2012., стр. 90.

облицима. Разлози о којима је ријеч имају различито утемељење и крећу се у распону од: предрасуда и стереотипа до намјерно изазваних облика дискриминације као што су расизам и шовинизам.

Појавни облици дискриминације су универзалне друштвене карактеристике и иманентне свим савременим државама, али су посебно присутне у „младим“ друштвима са скромном демократском традицијом и неизграђеним демократским институцијама, међу којима су свакако БиХ и РС.

Ако се има у виду да је нормативно одређење дискриминације у свим правним документима од локалног, регионалног и националног до међународног значаја веома широко постављено, може се закључити да је гранична линија дискриминације веома „осјетљива“, и лако повредива.³

Суштински забрана дискриминације представља скуп правних гаранција које чине право на једнакост. Област људских права је интензивно мјењана од Другог свјетског рата са основим циљем да правна артикулација једнакости буде што рељефније представљена. Ово је лако уочљиво у одређењима појединих докумената из ове области. Илустрације ради, Европска конвенција за заштиту људских права и слобода негативно је одредила право на једнакост прецизирајући да се забрањује дискриминација.

Дакле, правна једнакост није прецизно одређена, шта више није у опште дефинисана као посебно право. Иако је право једнакости, у овом документу изражено посредно кроз забрану дискриминације, треба напоменути да и појам дискриминације није задовољавајуће дефинисан. Наиме, само у једном ставу се истиче да „...уживање права и слобода...обезбјеђује се без дискриминације по било ком основу...“⁴

Овако дефинисано право садржи висок степен апстрактности, и реално постоји проблем његове примјене. Ово тим прије, што у Повељи нису ближе одређене мјере које ће државе потписнице предузети у циљу спречавања дискриминације.

Основни текст Конвенције, кад је ријеч о праву на једнакост, је „дорађиван“ кроз Протоколе, који су донијети уз њих. Двије измјене су

³ Видјети ближе, Европска конвенција за заштиту људских права, "Службени лист СЦГ" - Међ. уговори, бр. 9/2003; Међународни пакт о грађанским и политичким правима од 1996, "Сл. лист СФРЈ", бр 7/1971; Пакт о економским социјалним и културним оправима од 1966, "Сл. лист СФРЈ", бр 7/1971; Конвенција о уклањању свих облика дискриминације жена од 1980 .

⁴ Видјети ближе, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, чл. 14.

посебно значајне (Протокол бр. 7) у погледу равноправности супружника у односу на међусобна грађанска права и обавезе, као и њихов однос према дјечи у браку и у случају његовог прекида и (Протокол 12). Другим од поменутих Протокола (12), јавне власти држава потписница, обавезују се да неће ни према коме вршити дискриминацију, по било ком од могућих дискриминаторних основа.

Интересантно је, међутим, да уношењем оваквих одредби, у оба поменута документа не говори се о грађанском праву на равноправан приступ јавним службама, како је то учињено у Пакту о грађанским и политичким правима⁵. Овакве одредбе би повећале демократски капацитет ових докумената, јер би ово право било третирано кроз призму професионалних квалитета и достојности, а неполитичке и партијске припадности. Ово је посебно значајно у времену и простору у којима живимо, јер смо свједоци да се у пракси догађају бројни случајеви, да неквалификовани и недостојни „приоритетно“ заузимају значајна мјеста у јавним службама и уопште у јавном сектору. Отуда силни приговори свјетских и европских званичника на стање у овом сегменту државне организације у свим балканским државама које се налазе на путу ка ЕУ.⁶ У погледу нормирања забране дискриминације, значајне су одредбе још једног европског акта - Европске социјалне повеље.⁷ Овим документом посебна пажња се поклања забрани дискриминације, гарантујући свим лицима право на једнакост и једнак третама у погледу запошљавања и инсистирајући да одређене категорије лица (жене) не буде дискриминисана приликом запошљавања.

Даљи развој схватања о потреби јачања стандарда у овој области, дошао је до изражаја у Повељи о основним правима ЕУ (2000.г). Овом

⁵ Видјети ближе, Пакт о грађанским и политичким правима, чл. 25.

⁶ Један од основних приговора Републици Србији у преговорима са ММФ-ом јесте управо спор и недоследно реструктурирање јавног сектора-видјети ближе у дневном листу Политика, од 07 мај 2015 год- Извјештај са разговора представника Владе РС са делегацијом ММФ.

⁷ Као комплементаран инструмент Европској конвенцији о људским правима која штити грађанска и политичка права, Европска социјална повеља, европски уговор потписан у Торину 1961. године, унапређује заштиту основних социјалних и економских права грађана држава потписница. Повеља је ревидирана у Стразбуру 3 маја 1996. године.

повељом прецизира се, поред већ стандардних одредби о забрани дискриминације и гаранција о једнакости свих пред законом.⁸

Примјена ова два стандарда (забрана дискриминације; једнакост) кумулативно представљају темељ владавине права и несметаног поштовања, остваривања и заштите људских права.

III. Ограничења права и слобода која не значе дискриминацију

Поводом забране дискриминације већ је напоменуто да постоје случајеви у којима се могу ограничавати појединачна права, али на начин да се тим ограничењима не врши дискриминација појединаца односно одређених колективитета (група).

Наиме, Европска конвенција садржи одређен број права (право на поштовање приватног и породичног живота, слобода мисли, савјести и вјероисповјести, слобода изражавања и слобода окупљања и удруживања) чије се уживање може ограничити по обиму и квалитету у тачно одређеним ситуацијама. Овде се мисли на шире друштвене интересе као што су национална или јавна безбједност, спрјечавање нереда или криминала, заштита здравља или морала, или заштита слободе и права других. Свако ограничавање одређених права из неког другог разлога сем побројаних значило би кршење Европске конвенције. Такође, према Европској конвенцији, одређена права (осим права на живот, забране мучења, забране ропства и принудног рада и поштовања начела законитости у погледу кажњавања за извршено кривично дјело), могу се суспендовати док трају најнужније мјере које изискују хитне ситуације.⁹

Кад је ријеч о овој врсти ограничења Основна повеља о правима ЕУ има другачији правно-технички приступ. Наиме, према садржају Повеље може се закључити да свако ограничење треба да се заснива на закону и да поштује суштину тих права и слобода. У први план се истиче принцип пропорционалности, тако да се ограничења могу предузимати само у мјери која је неопходна и пропорционална за остварење циљева општих интереса које признаје ЕУ или постоји потреба заштите права и

⁸ Повеља је објављена на Самиту ЕУ у Ници 7. децембра 2000., али као политичка декларација која није била обавезујућа. Потписана је на пленарној сједници Европског парламента 12. децембра 2007. у Стразбуру, а Уговором из Лисабона (2007./2009.) Повеља ће постати правно обавезујући документ свим институцијама и државама чланицама Европске уније (одређена изузећа осигурале су Пољска и Велика Британија те су накнадно предвиђена и за Чешку Републику).

⁹ Видети ближе чл. 15 Европске конвенције.

слобода других.¹⁰ Овде постоји нејасноћа да ли се Основном повељом могу ограничити сва права која су њоме гарантована, или само нека права која се могу ограничити и на основу текста Европске конвенције.

Ово ограничење, такође, подразумјева и испуњавање одређених стандарда да би се активирала клаузула о ограничењу права. Кад је ријеч о стандардима најбитнија је, како је напоменуто пропорционалност у оквиру које се мора водити рачуна о: нивоу, временском трајању и територији на којој се спроводе ограничења права, као и циља који се ограничењима жели постићи имајући увиду значај друштвених вриједности које се желе сачувати увођењем ове мјере. Неопходно је постојање три кумулативна услова за увођење ограничења људских права и слобода: (1) легалност ограничења, (2) легитимност ограничења и (3) постојање нужности ограничења. Сваки од поменутих услова има своје објашњење, тако да легалност значи постојање законске клаузуле о могућности ограничења, легитимност значи суштинску оправданост ограничења, а нужност ограничења се односи на дужност државе да покаже да постоји стварна и озбиљна потреба за тим ограничењем. Без обзира на неизбјежност ограничења и суспензије појединих права и слобода, увјек треба имати на уму да су људска права и слободе, које се поштују у њиховом пуном обиму огледало демократичности и владавине права у једној држави. Свако ограничење у сфери људских права и слобода, ма колико то звучало парадоксално, треба да је у функцији њиховог пуног остварења, односно, стварање претпоставки за слободан и достојанствен живот човјека у заједници са другим људима.

IV. Правни систем БиХ и РС и забрана дискриминација

Анализа стања правних система у Републици Српској и Босни и Херцеговини, показује да је забрана дискриминације досљедно спроведена од Устава БиХ и Устава Републике Српске, као и од одговарајућих закона до ентитетских докумената и одговарајућих аката локалног нивоа.

Већ у Уставу БиХ се наглашава да полазећи од поштовања људског достојанства, слободе, једнакости свих лица (грађана) у БиХ, гарантује се уживање права и слобода без дискриминације по било ком основу, посебно водећи рачуна о недискриминацији у погледу пола, расе, боје, језика, вјероисповјести, политичког и другог мишљења, националног

¹⁰ Видјети ближе чл.52 ст. 1 Основне повеље о правима ЕУ.

и социјалног поријекла или повезаности са националном мањином, имовином, рођењем или другим статусом.¹¹

Овај општи оквир о забрани дискриминације слично је постављен и у Уставу Републике Српске. Већ у преамбуларном дијелу се истиче да се уставно уређење Републике Српске „утемељује“, поред поштовања и других права и слобода и на забрани дискриминације.¹²

Разрађујући уставне одредбе (Устав БиХ и Устав Републике Српске) у БиХ је донијет и посебан Закон о забрани дискриминације.¹³

Основни циљ Закона је остваривање „...једнаких права и могућности свих лица у БиХ и уређење система заштите од дискриминације.“¹⁴ Заштита од дискриминације се остварује у складу са Уставом БиХ и међународним стандардима који се односе на људска права и основне слободе. Ово је обавеза која се конституише за законодавну, судску и извршну власт у БиХ, као и правна лица и појединце (надлежне институције БиХ) да својим дјеловањем омогуће заштиту, промоцију и стварање услова за једнако поступање што је основна претпоставка недискриминације). Иначе, Закон позитивно одређује појам дискриминације и прецизира да се под дискриминацијом подразумјева свако различито поступање (искључивање, ограничавање, давање предности на стварним или претпостављеним основама) према било ком лицу или групи на основу било ког елемента који се тиче њихове личности.¹⁵

Дефинишући дискриминацију Закон наглашава да се она може остварити на два основна начина: (1) непосредно и (2) посредно. У овом законском тексту, поред основних облика дискриминације прецизирани су и tzv. “остали облици“, где се наводи да под овим облицима се мисли на: узнемиравање, полно узнемиравање, мобинг, сегрегацију, издавање

¹¹ Видјети ближе, Устав БиХ, чл. 1, тач. 4.

¹² Видјети ближе, Устав Републике Српске, преамбула.

¹³ Видјети ближе, Закон о забрани дискриминације РС, Службени гласник БиХ, бр. 405/09.

¹⁴ Видјети ближе, Закон о забрани дискриминације, чл.1, ст.1.

¹⁵ Апострофира се да је то посебно недопустиво на основу њихове расе, боје коже, језика, вере, етничке припадности, националног или социјалног порекла, везе са националном мањином, политичког или другог уверења, имовног стања, чланства у синдикату или другом удружењу, образовања, друштвеног положаја, положаја и пола, полног изражавања или орјентације, као и сваке друге околности која има за сврху или последицу да било ком лицу онемогући или угрожава признавање, уживање или остваривање на равноправној основи и слобода у свим областима јавног живота, видети ближе, чл.2, ст.1 Закона о дискриминацији.

налога другима за вршење дискриминације, као и подстицање на дискриминацију.

Закон познаје такође изузетке од принципа забране дискриминације и таксативно набраја ситуације које :

- 1) произлазе из провођења или доношења привремених посебних мјера осмишљених да се спријече или надокнаде штете које лица трпе (нарочито припадници одређених угрожених група, као што су: инвалидна лица, припадници националних мањина, жене дјеча, цивилне жртве рата...) да би се омогућило њихово пуно учешће у свим областима живота;
- 2) су засноване на обиљежју које се односи на конкретне професионалне активности или контекста у ком се извршавају;
- 3) су засноване на разликовању, искључивању или давању предности у вези са запошљавањем лицима различите вјероисповјести ;
- 4) одређују максималну старосну доба за прекид радног односа или одређују старосну доб као услов за пензионисање;

као и друге случајеве предвиђене чл. 5 Закона о забрани дискриминацији¹⁶. Истовремено, Закон предвиђа и заштићена права која су изузета од „изузимања“ једнаког поступања и која се безусловно остварују.¹⁷

Анализа садржаја, како уставног текста, тако и Закона о забрани дискриминације показује да су у ове текстове суштински *in extenso* имплементиране одредбе европских докумената, о чему је било ријечи, а који се односе на заштиту од дискриминације, па, објашњења која су напред учињена, односе се и на ове документе донијете на националном нивоу.

У Закону је посебна пажња посвећена институцијама надлежним за заштиту од дискриминације, где централно мјесто заузима институција Омбудсмана за људска права БиХ, који у оквиру својих надлежности примарно предузима низ мјера и активности усмјерених на забрану дискриминације. Мјере и активности Омбудсмана БиХ, било да су предузете на основу појединачних или групних жалби у вези са дискриминацијом или самоиницијативно, манифестују се кроз одговарајуће поступке, информисање јавности и др., а све у циљу да конкретни појавни облици дискриминације буду отклоњени и људска права и слободе адекватно заштићена, у складу са демократским принципима и владавином права.

¹⁶ Видјети ближе, Поглавље II (Облици дискриминације), чл. 5 Закона.

¹⁷ Видјети ближе, Поглавље III (Заштићена права), чл. 6 Закона.

Закон веома широко дефинише могућности предузимања поступака за заштиту од дискриминације и наводи органе којима се појединци или групе могу обратити за заштиту од различитих облика дискриминације подношењем одговарајућих притужби, жалби и других аката у којима се специфицирају облици дискриминације којима су били изложени. Битно је да је законом предвиђено веома флексибилно поступање у погледу надлежности, рокова и извршења одлука којима се констатују евентуално учињени акти дискриминације.

V. Неизвршавање судских одлука као облик грубе дискриминације

Иако је нормативни оквир за забрану дискриминације у БиХ и Републици Српској, као и у другим државама Западног Балкана, добро постављен и пружа правне гаранције за заштиту људских права и слобода у складу са европским стандардима у овој области, у пракси се дешавају случајеви грубе дискриминације. Еклатантан примјер кршења забране дискриминације јесу пресуде које су донијете од старне Европског суда за људска права и у којима се те повреде констатују.

Најзначајнија пресуда Европског суда за људска права која је до сада донијета против БиХ јесте пресуда у случају Сејдић и Финци против БиХ.¹⁸

У предметном случају, апликанти, држављани БиХ, Дерво Сејдић и Јаков Финци, жалили су се Суду да им је онемогућено да се кандидују за Дом народа Парламентарне скупштине БиХ, јер нису припадници неког од конститутивних народа БиХ (српски, хрватски и бошњачки). Наиме, они су истакли да су ромског и јеврејског поријекла и да, је, због тога, онемогућена њихова кандидатура. Дакле, апликанти, Сејдић и Финци, су по њиховом мишљењу, дискриминисани, с обзиром на њихово национално поријекло.

Разматрајући жалбу поменутих подносилаца, Суд је нашао да је она оправдана и у том смислу донео пресуду. Овом пресудом, Суд је утврдио да је уставни предуслов изјашњавања о припадности једном од конститутивних народа БиХ у сврху кандидовања за члана Предсједништва БиХ акт дискриминације и представља повреду чл.1 Протокола бр. 12 уз Европску конвенцију, чији садржај је напред објашњен у тексту овог рада.¹⁹

¹⁸ Видјети ближе, Пресуда Великог већа Европског суда за људска права од 22.12.2009. године.

¹⁹ Видјети ближе, протокол 12 уз Европску конвенцију.

Конституисање БиХ као државе (Дејтонски споразум) представља специфичну творевину насталу након ратних разарања која су се десила на овом простору. У моменту дефинисања уставноправног уређења БиХ постављање услова о припадности неком од конститутивних народа имало је своје оправдање. Међутим, у међувремену, државна творевина БиХ је постала члан Савјета Европе, а такође је потписан и Споразум о стабилизацији и придруживању (који ступа на снагу 1. јуна 2015. године) које чињенице су условиле да је постојање оваквих одредби о националној припадности неодрживо и дискриминаторско, те је наложило надлежним органима БиХ да у уставним документима БиХ изврше одговарајуће измјене. Међутим, то још увек није учињено, иако је потписивањем и ратификацијом ССП (2008. године) ова обавеза експлицитно преузета. У више случајева и повода власти у БиХ су били упозоравани од стране Комитета заменика министара Савјета Европе да је неопходно извршити усклађивање Устава БиХ са Европском конвенцијом у ком смислу се изјаснила и Парламентарна скупштина Савјета Европе позивајући власти БиХ да омогуће и „осталим“, припадницима народа (који нису Срби, Хрвати и Бошњаци) да могу да се кандидују на изборима за Предсједништво и Дом народа БиХ.

Имплементација о којој је ријеч се међутим не остварује и постаје босански правни „Скадар на Бојани“ који ријечито говори о великој дискрепанци између нормативног и стварног.

VI. Умјесто закључка

Како је напријед објашњено, нормативни оквир у националним правним системима (БИХ, РС), а слично је и у осталим државама Западног Балкана, доведен је до нивоа који је одговарајући Европском законодавству и формално-правно пружа могућности адекватне заштите од дискриминације становништва које живи на овом подручју. Међутим, постојање високих стандарда у заштити људских права и слобода, још увек не значи да у пракси не постоје бројни проблеми, који указују на постојање великог раскорака између нормативног и стварног. Пресуда на коју смо указали (Сејдић-Финци) то најбоље потврђује.

Код оваквог чињеничног стања поставља се питање да ли је постојање поменутих гаранција за остваривање људских права и слобода „израз стварне жеље владајућих политичких елита у конкретним државама, да се људска права и слободе заштите или је то само мимикрија и декларативно подржавање одређеног система вриједности на путу ка чланству у ЕУ.

Људска права и слободе на Западном Балкану су још увјек далеко од тога да представљају културолошки образац понашања и више су дио званичних идеологија политичких елита. Несумњиво је да ће питања остваривања људских права и слобода у овом дијелу Европе још дуго бити предмет судских разматрања одговарајућих правосудних институција у Стразбуру и Хагу. Колико времена ће бити потребно да питања равноправности и недискриминације буду саставни дио практичног дјеловања у реалном животу, остаје да се види, јер „...вријеме је мајсторско решето...“.

Slavoljub Vukićević, Ph.D.

Full Professor

Faculty of Law, University Sinergija

Biljana Dimitrić, LLM

Senior Assistant

Faculty of Law, University Sinergija

Sofija Vukićević, LLM

Teaching Assistant

University Singidunum

ANTI-DISCRIMINATION (normative framework and practice) - REVIEW OF BiH and RS

Summary

The realization of human rights and freedoms is the central question of modern civilization. Therefore, the authors of this paper made an attempt to draw attention to some basic assumptions that are *causa sine qua non* for the realization of these values. The main prerequisite for the realization of all human rights and freedoms is equality and non-discrimination of any of the members of the society. It is especially important to establish an appropriate normative (legal) framework that enables the realization of the values in question. In this sense, the work provides a closer look at the contents of the most important documents of international character dealing with the issues related to the prohibition of discrimination. In the same sense, the state of the legal system of BiH and RS is analysed.

It was explained that in the field of human rights and freedoms always there is a lower degree of achievement than it is proclaimed and pointed to the practical experience primarily in the area of applying the (execution) decisions and the like.

Др Дарко Симовић
Ванредни професор Криминалистичко - полицијске академије у
Београду

УСТАВНИ МОДЕЛ МИЛИТАНТНОГ СЕКУЛАРИЗМА*

Апстракт: *Савремену Европу обележава световност државе. Иако постоје уставни системи са државном црквом њихова пракса не подразумева суштински уплив религије у свакодневне политичке процесе. Имајући у виду да су, у већој или мањој мери, државе Европе мултиконфесионалне, принцип секуларизма је њихов једини могући избор. Мултиконфесионалност захтева стриктну одвојеност државе и цркве, али подразумева и признавање улоге коју религија има у друштвеном животу. Секуларизам претпоставља јавну сцену која је неутрална, плуралистичка и инклузивна за све припаднике политичке заједнице. С обзиром на то да је религија у појединим државама све већи извор друштвених проблема, нескривено се истиче да је опасност од религије реална. Као одговор на све агресивније ширење религије јавном сфером у појединим државама се развија пракса милитантног секуларизма који надилази неутралност државе према религији и који подразумева предузимање мера које штите појединца од религије. Француска и Турска су примери држава које негују праксу милитантног секуларизма.*

Кључне речи: *слобода вероисповести; милитантни секуларизам; лаицитет; Француска; Турска.*

Увод

Премда, номинално посматрано, то и није случај, начело световности обележава савремену Европу. Наиме, чак и у оним уставним системима који установљавају државну цркву, попут Енглеске, Норвешке, Данске или Финске, религија, изузев спорадичног протоколарног, нема суштинског уплива у свакодневне политичке процесе. Из компаративне визуре видљиво је и то да постоји далеко снажнији утицај религије у неким уставом изричито одређеним световним државама, него што је то случај у уставним системима са институционализованом државном црквом. У том смислу, Католичка црква је далеко утицајнија у Шпанији,

* Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије под бројем 179045.

него што је то случај са Евангелистичко-лутеранском црквом у Норвешкој. Овај пример указује да је употреба искључиво правног метода при анализи односа државе и цркве недовољна, јер једнодимензионалан приступ овој теми може водити погрешним закључцима.

Сваки облик секуларизма обележавају два основна принципа. Први је принцип одвојености државе и цркве, који подразумева и непостојање државне религије, док је други принцип слободно остваривање вероисповести, који обухвата не само право на слободан избор верског опредељења, већ и право да се не верује.¹ Будући да су, у већој или мањој мери, савремене европске државе мултиконфесионалне, секуларизам је њихов једини могући избор. Мултиконфесионалност, по правилу, тежи потпуном раздвајању државе и цркве, али и препознавању и признавању улоге коју религија има у друштвеном животу.² Уосталом, неутралност државе у сфери религије је и настала као последица практичног решавања конфликта између различитих верских групација.

Потпуној афирмацији принципа световности у великој мери доприносе и увелико одмакли интеграциони процеси у Европи, са којима се паралелно, и то у виду подршке, одвија и процес детрадиционализације³, усмерен ка гушењу националних идентитета. С обзиром на то да је религија у основи културног и моралног идентитета многих европских нација, процес детрадиционализације, на посредан начин, настоји да у што већој мери смањи утицај доминантних цркава.

Посматрано са становишта религије, европски политички простор је заснован на раскораку нормативног и стварног. Наиме, многе државе, иако у основи секуларне према уставним одредбама, нису успеле да елиминишу религију из јавног живота, која генерише бројне друштвене проблеме.⁴ Све је присутније становиште да утицај религије значајно снажи у друштвеном животу.⁵ Наиме, услед масовних миграција, појачава се религиозност и староседелаца и придошлица, а све у циљу очувања сопственог идентитета који је у таквим околностима значајно угрожен.⁶ Један од новонасталих проблема је и тај што, с једне стране, снажнији утицај религије у друштву отежава интегрисање религиозних мањина у

¹ J. Casanova, "The secular and secularism", *Social research*, Vol. 76, 2009, 1049 - 1066.

² М. Драшкић, *Устав Србије: Стриктна или кооперативна одвојеност цркве и државе?*, Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2015, 2.

³ Z. Calo, "Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights", *Journal of Law & Religion*, Vol. XXVI, 2010, 109.

⁴ R. J. Neuhaus, "Secularizations", *First things*, February 2009, 24.

⁵ A. Sajo, "Preliminaries to a concept of constitutional secularism", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, No. 3&4, 2008, 605.

⁶ *Ibid.*,

друштвену заједницу, а с друге стране, снажније присуство религије угрожава темеље модерне уставне државе – неутралност и секуларизам.⁷

Као одговор на све агресивније ширење религије јавним простором у пракси појединих држава секуларизам добија милитантну димензију. Милитантни секуларизам „надилази неутралност државе према религији, стварајући при томе својеврсну секуларну грађанску религиозност која не допушта манифестовање религије у јавном животу и секуларизам поставља као суштински елемент модерне нације и део колективног идентитета“.⁸ У том контексту, француска политика лаицитета представља најјаснију манифестацију настојања да се онемогући клерикални и религиозни утицај на државу.

Француски модел милитантног секуларизма

Принцип одвојености државе од цркве тековина је Француске револуције, „у којој се створио специфични француски појам *laïcité*, који означава више од прости идеје сепарације државе и цркве и тесно је повезан са појмом секуларне државе“.⁹ Премда не постоји ни приближна сагласност о његовом значењу, нема дилеме да термин *laïcité* подразумева *непостојање државне цркве и јемство слободе вероисповести*. Неутралност носилаца јавних овлашћења – манифестовање верских уверења или ношење религиозних симбола је забрањено за оне који раде за државу, укључујући полицију, наставнике, министре, запослене у локалним самоуправама, здравствене раднике у јавним здравственим установама итд.¹⁰ У лаичкој држави слобода вероисповести је зајемчена на начин да се свима под једнаким условима омогућава да изражавају своју веру, али се појединци истовремено штите од религиозних притисака сваке врсте, посебно за време детињства када су људи најрањивији и подложни манипулисању.

У Француској, секуларизам не претпоставља само пасиван и толерантан однос државе према свим верским заједницама, већ он

⁷ P. C. Jimenez Lobeira, Veils, Crucifix and the Public Sphere: What Kind of Secularism? Rethinking Neutrality in a Post/secular Europe”, *Journal of Intercultural Studies*, Vol. 35, No. 4, 2014, 386.

⁸ R. Hirschl, “Comparative constitutional law and religion”, T. Ginsburg, R. Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2011, 423.

⁹ С. Аврамовић, *Прилози настанку државно-црквеног права у Србији*, Правни факултет у Београду и Службени гласник, Београд, 2007, 40 - 41.

¹⁰ S. Vacquet, “Religious freedom in a secular society: An analysis of the French approach to manifestation of beliefs in the public sphere”, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1753229>, 4 - 5.

подразумева активну „улогу државе у заштити појединаца од религије“¹¹. Заштита појединца од религије захтева секуларну и неутралну јавну сферу, као и настојање да се сузбије „клерикални и религиозни утицај на државу и да се успостави униформно, нерелигиозно грађанство и националност“¹². Дакле, управо због такве улоге државе која је на себе преузела обавезу да предузима све мере у циљу заштите појединаца од религије, овај модел се назива милитантним секуларизмом.

Када је реч о француском законодавству истиче се да је Закон о одвојености државе и цркве из 1905. године увелико застарео будући да је социјална структура становништва данас унеколико друкчија од оне на почетку XX века.¹³ Наиме, тим законом, по природи ствари, нису могле бити обухваћене оне религиозне групе које нису биле значајније заступљене у Француској тога доба, попут муслимана. Управо због тога, доминирају хришћански државни празници, календар Републике је у својој сржи хришћанског карактера итд. Према томе, иако је држава номинално неутрална, јасно је да су католици, у односу на муслимане и јевреје, стављени у привилеговану позицију у погледу остваривања својих верских обреда.

Значајно промењена социјална структура била је погодно тле за постепено развијање тензија на верској основи. Почетком деведесетих година школе у приградским насељима постају проприште серије инцидената повезаних са ношењем муслиманским марамама. Читава лавина догађаја покренута је октобра 1989. године када су три муслиманске девојчице избачене из јавне школе лоциране у једном сиромашном и маргинализованом париском предграђу. На изричит захтев да то учине, ученице су одбиле да скину своје марама, што је директор школе протумачио као повреду принципа лаицитета у јавној школи. Поводом овог догађаја изјашњавао се и Државни савет који је у новембру исте године закључио да ношење религиозних обележја није неспојиво са принципом лаицитета све док се ти симболи не носе на нападан и разметљив начин.¹⁴

Ипак, ови спорадични инциденти у јавним школама подстакли су националну дебату о положају муслимана у Француској. Мараме су

¹¹ J. Wallach Scott, *The Politics of the Veil*, Princeton University Press, Princeton, 2007, 97-98.

¹² R. Ahdar, I. Leigh, *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford University Press, 2005, 73.

¹³ J. Robert, “Religious Liberty and French Secularism”, *Brighman Young University Law Review*, Vol. 2003. No. 2, 2003, 656 - 659.

¹⁴ S. Bacquet, “Religious freedom in a secular society: An analysis of the French approach to manifestation of beliefs in the public sphere”, 6 - 7.

постале симбол муслиманског идентитета у секуларној Републици. Будући да је ношење муслиманских марама постало све присутније, француски министар образовања је 1994. године донео уредбу којом је забранио ношење разметљивих обележја верског опредељења, док су дискретнија обележја остала дозвољена. Ова уредба је била увертира у нова искључења из школа, а Државни савет се у више наврата изјашњавао поводом тих случајева. Тако је 26. јула 1996. године Државни савет оспорио одлуку универзитета који је због анонимних безбедносних претњи забранио улазак студенткињама са марамама. Те исте године у новембру, Државни савет је потврдио искључење 17 студената који су организовали протесте због промене у унутрашњим актима образовних установа на основу поменуте уредбе министра за образовање.

Будући да су ови инциденти указивали на озбиљан друштвени проблем који прети да ескалира, Жак Ширак (*Jacques Chirac*) је образовао Стаси комисију (*La commission Stasi*) која је требало да идентификује појаве које су омогућавале мањинама да живе у самодовољним заједницама без жеље да се интегришу у оквиру већине. Комисија је подела извештај 11. децембра 2003. године и у њему је констатовано да су младе жене жртве сексизма и да су изложене вербалном, психолошком и физичком притиску и насиљу.¹⁵ Преовладало је становиште да школа треба да остане неутралан форум и место где се охрабрује развијање критичког духа. На основу тог извештаја, 10. фебруара 2004. године, донет је закон који је забранио ношење било каквих упадљивих верских обележја у јавним школама. Закон је доживљаван као промовисање једнакости и заштита секуларне државе и ученика од социјалних и религиозних притисака.¹⁶ Овај закон је имао и своје наличје јер је његова примена имала за последицу да су се многи религиозни студенти преместили у религиозне школе или су се определили за студирање на даљину што их је још више изоловало и њихов процес интеграције учинило још тежим.¹⁷

Будући да је таква пракса доводила у питање остваривање слободе вероисповести и Европски суд за људска права је био у прилици да се изјасни француском моделу секуларизма. Случај *Dogru v. France* (2008) се односио на искључење из школе једанаестогодишње муслиманске девојчице која је одбила да скине мараму за време часова физичког васпитања. Одлука је била заснована на школском правилу да ће неупадљиви знаци манифестовања религиозног опредељења ученика бити

¹⁵ *Ibid.*, 9.

¹⁶ *Ibid.*, 10.

¹⁷ *Ibid.*, 11.

поштовани, али да се физичко васпитање обавља у спортској опреми. Према одлуци Државног савета из 1989. године, истицање знакова религиозног одређења не сме да угрожава здравље или безбедност, да омета образовни процес и образовну улогу наставника, да утиче на ред у школи или нормално функционисање јавног сервиса.¹⁸ Европски суд је утврдио да је „улога државе да буде неутрални и непристрасни организатор остваривања различитих религија, вера и уверења“, и да држава има обавезу да „обезбеди међусобну толерантност између супротстављених група“. Према становишту Европског суда, плурализам и демократија морају бити засновани на дијалогу и компромисном духу, који подразумева различите уступке од стране појединаца да би се очували и унапредили идеали и вредности демократског друштва.

Овај случај је потврдио да на овом пољу држава располаже широким пољем слободне процене у односу на постизање одговарајуће равнотеже између супротстављених интереса. У Француској, остваривање слободе вероисповести у јавној сфери, а посебно истицање религиозних симбола у школи, је директно повезано са принципом ссекуларизма на коме је заснована Република Француска.

У свом настојању да очисти јавну сферу од непримереног начина остваривања слободе вероисповести Француска је отишла још један корак даље. Те још радикалније кораке је средином 2009. године најавио Саркози (*Nikola Sarkozy*) речима да је ношење бурке противно републиканском принципу достојанства жене. Уосталом, на основу истраживања које је претходило доношењу нових законских решења утврђено је да прекривање целог лица није захтев религије, будући да је реч о културном обичају који има за циљ да искључи жене из социјалног живота.

У септембру 2010. године донет је закон који је забранио потпуно покривање лица у јавности уз образложење да таква пракса нарушава републиканске вредности, посебно лаицитет, једнакост мушкараца и жена, грађанство, као и слободу вероисповести.¹⁹ Дакле, забрана ношења бурке је мотивисана настојањем да се очува идеал секуларности јавне сфере.²⁰ За кршење ове законске норме прописане су строге санкције, за жену 150 евра, а за мушкарца који је присиљава да носи бурку и до 30.000 евра и једногодишњи затвор. Ипак, премда је доношење ове мере било

¹⁸ 27 November 1989, no. 346.893 (Conseil d'Etat).

¹⁹ S. Bacquet, "Religious freedom in a secular society: An analysis of the French approach to manifestation of beliefs in the public sphere", 11.

²⁰ R. Teitel, "Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, 2008, 58.

мотивисано настојањем да се заштите жене муслиманске вероисповести, истиче се да је овај закон допринео да мањине буду стигматизоване, као и да он води у још веће изоловање од шире друштвене заједнице, јер су те жене осуђене на самоизолацију и живот у своја четири зида.

Турски модел милитантног секуларизма

Од постојећих европских држава, једино се још Турска, по свом милитантном секуларизму, може мерити са Француском. Будући да је религија била изузетно утицајна у држави, као један од основних захтева при модернизовању Турске, у првој половини XX века, била је неопходност њеног истискивања из јавног живота. Почев од 1928. године из устава је уклоњена констатација да је ислам државна религија, док се од 1937. године у Турском уставу држава одређује секуларном. Међутим, световност државе је значајно угрожена у последње две деценије због бујања политичког исламизма. У таквом политичком амбијенту Уставни суд Турске се показао као достојан заштитник Устава и секуларности државе. Његова одбрана демократског секуларног поретка била је усмерена ка забрани исламистичких политичких странака и забрани ношења исламских симбола од стране жена. Традиционално, турска влада је забрањивала ношење бурки женама запосленим у јавном сектору, укључујући и професоре, адвокате, парламентарце. Почетком 80-их година значајно је порастао број студенткиња које су носиле бурку, па је 1984. године проширена забрана и на универзитетске студенте.

Због таквих рестрикција у манифестовању свог верског опредељења студенткиња медицине Лејла Сахин (Leyla Sahin) се обратила Европском суду јер је сматрала да таква одлука турске владе нарушава члан 9 Конвенције који јамчи слободу вероисповести. Одлучујући у предмету *Sahin v. Turkey* (2005) Европски суд је потврдио да у „демократским друштвима, у којима постоји неколико религија у оквиру исте популације, може бити неопходно установити ограничења слободе манифестовања нечије религије или уверења у циљу усклађивања интереса различитих група и обезбеђивања да свачија уверења буду поштована“. Европски суд је закључио да „члан 9 не штити сваки акт мотивисан или инспирисан религијом или уверењем и не гарантује у свим случајевима право да се у јавној сфери понаша на начин који намеће верско увећење“. Неопходност забране је заснована на „разумном односу пропорционалности између забране и циља који је усмерен ка очувању секуларне природе универзитета“. Сагласно ставу Европског суда, државама је остављено широко поље слободне процене у усклађивању слободе вероисповести и других интереса који могу бити угрожени њеним

манифестовањем. У том смислу, остваривање слободе вероисповести у мултиконфесионалном друштву може бити сужено да би се заштитио демократски поредак, као и да би се заштитила лица другачијег верског опредељења.²¹

Но, било је и другачијих мишљења. Судија Тулкенс (*Françoise Tulkens*) из Белгије, се сложила са неопходношћу спречавања радикалног исламизма, али је упутила озбиљну примедбу због начина на који се то чини.²² Наиме, према њеном мишљењу, само ношење муслиманске мараме се не може повезати са фундаментализмом и битно је разликовати оне који носе мараме и `екстремисте` који намећу ношење марама. Нису све жене које марамама прекривају лице фундаменталисти и не постоји ништа што би студенткињу повезало са фундаментализмом. Њен лични интерес у остваривању слободе вероисповести, који се огледа у манифестовању својих верских уверења спољашњим симболима, не може у потпуности бити апсорбован јавним интересом борбе против екстремизма.²³ Без обзира на уверљивост ових ставова, забрана ношења бурки није само мера која треба да промовише секуларизам, већ је такође и превентивна мера предузета од стране државе усмерена на борбу против све реалнијих претњи по демократију Турске.²⁴ У том смислу, очување демократског поретка је свакако претежнија вредност од појединачног интереса студенткиње да носи муслиманска верска обележја и тако јавно изражава своје верско опредељење.

Када је реч о слободи политичког организовања, Партија слободе и демократије (*Freedom and Democracy Party - OZDEP*) је забрањена 1994. године јер је нарушавала принципе секуларизма будући да се у свом програму залагала за укидање владиног Одељења за верска питања и поверавања његове надлежности самим верским организацијама. Но, у овом случају је било речи о странци која нема велику политичку тежину, тако да јавност није била претерано узбуркана.

У случају забране Партије благостања (*Refah Partisi*), јануара 1998. године, одлука Уставног суда је „била заснована на томе да је странка постала `центар делатности противних начелу секуларизма` и била је поткрепљена детаљном анализом изјава водећих личности странке, њених посланика и функционера локалне самоуправе, као и анализом држања

²¹ Z. Calo, „Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights”, *Journal of Law & Religion*, Vol. XXVI, 2010, 104 - 105.

²² Judge Tulkens dissenting opinion in *Sahin v. Turkey* (2005).

²³ *Ibid.*

²⁴ P. Macklem, „Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe”, *Constellations*, Vol. 19, No. 4, 2012, 581.

странке наспрам њих²⁵. Уставни суд је своју одлуку засновао на уверењу да принцип секуларизма онемогућава државу да буде пристрасна у односу на одређену веру и успоставља основ за слободу савести и једнакости грађана. Залагање највиших функционера Партије благостања за увођење плурализма правних система, у оквиру којих би своје место пронашло и шеријатско право, као и због спремности да се зарад остварења тих циљева употребљава сила, били су довољно оправдани разлози за забрану ове странке.

У овом случају Уставни суд Турске је значајно одступио од своје дотадашње праксе да своје одлуке заснива искључиво на цитирању докумената политичких странака које је забрањивао, већ „Суд се овде упустио у темељну емпиријску анализу изјава водећих личности странке и односа странке према њима“²⁶. Овакав свеобухватан приступ при забрани рада Партије благостања био је мотивисан чињеницом да се први пут забрањује појединачно најснажнија политичка странка у Турској, која је била део владине већине и чији је лидер Еркабан (*Necmettin Erbakan*) био премијер државе. Дакле, било је неопходно исцрпно образложити осетљиву и деликатну одлуку о забрани ове странке да би она била што прихватљивија јавном мњењу.

О забрани ове политичке странке се изјашњавао и Европски суд. У одлуци *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* (2003), Европски суд је истакао следеће: „У време њене забране, Партија благостања је имала стварну могућност да освоји политичку власт и да не буде ограничена компромисима карактеристичним коалицији. Да је Партија благостања предложила програм супротан демократским принципима, њен монопол политичке власти би јој омогућио да установи друштвену заједницу сагласну том програму“²⁷. Имајући у виду да је реч о релевантној политичкој странци која би у перспективи самостално могла да освоји политичку власт појавила се јасна и постојећа опасност по демократске институције у држави и на људска права зајемчена Конвенцијом. „С обзиром на такво стање, Суд не може да критикује судство државе чланице због тога што није реаговало раније, јер би онда ризиковало да интервенише превремено и пре него што је дата опасност попримила облик и постала стварна; нити може да га критикује због тога што није чекало, јер би онда ризиковало да доведе политички режим и цивилни мир у опасност“. Уставни суд Турске је само у дело спровео

²⁵ Т. Маринковић, *Границе слободе политичког удруживања*, Досије, Београд, 2014, 60 - 61.

²⁶ *Ibid.*, 61.

²⁷ *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* (2003).

позитивну обавезу државе да обезбеди остваривање људских права појединаца која би несумњиво била угрожена да је Партија благостања била у прилици да оваплоти свој политички програм.

Међутим, у теорији су изнети и ставови која оспоравају одлуку суда уз образложење да су донети закључци без одговарајућих доказа. Према Кевину Бојлу (*Kevin Boyle*) одлука Европског суда је несрећна и погрешна, будући да је забрана партије била несразмеран корак у постојећим околностима.²⁸ Наиме, истицано је да слобода политичког организовања мора имати примат наспрам потенцијалне угрожености демократије од недовољно јасне опасности. Ипак, извесно је да су Уставни суд Турске и Европски суд имали сасвим другачију перцепцију о природи опасности која се надвила над демократским поретком Турске.

Закључак

У знаменитој одлуци *Kokkinakis v. Greece* (1993), Европски суд је закључио „да је слобода мисли, савести и вероисповести конститутивни елемент демократског друштва и његовог плуралистичког карактера. Она је од суштинског значаја за идентитет верника и заштиту њиховог животног става, али је од непроцењиве вредности и за атеисте, агностике, скептике и незаинтересоване“. Најбитнији аспект ове одлуке је идентификовање слободе вероисповести као средства за заштиту и унапређење демократског плурализма.²⁹

Међутим, остваривање слободе вероисповести може бити у нескладу са остваривањем неких других људских права (на пример родне равноправности), па и са остваривањем саме слободе вероисповести других. Такође, остваривање слободе вероисповести може истовремено противречити неким другим друштвеним вредностима, као што су, на пример, развијање духа толеранције или очување јавног реда, друштвеног мира и безбедности. У Европи уопште, а посебно у Француској, питање слободе вероисповести се превасходно сагледава кроз неопходност успостављања равнотеже између индивидуалних и колективних права, тако да се претежнијој вредности даје примат.

Истиче се да је савремена Европа конфронтирана са питањем религије у јавној сфери.³⁰ Будући да је опасност од религије реална и

²⁸ K. Boyle, "Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case", *Essex Human Rights Law Review*, Vol. 1, No. 1, 2004, 3 - 4.

²⁹ Z. Calo, "Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights", 102.

³⁰ P. C. Jimenez Lobeira, "Veils, Crucifixes and the Public Sphere: What Kind of Secularism? Rethinking Neutrality in a Post/secular Europe", 386.

непосредна, све снажније је уверење да секуларизам треба да буде што агресивнији и милитантнији према захтевима религије. У својој досадашњој јуриспруденцији, Европски суд је био поуздан савезник пракси милитантног секуларизма. Он је своје одлуке углавном заснивао на секуларној логици коју је поткрепљивао савременим концептом људских права који стоји наспрам и против религиозности.³¹ Људска права постају морална основа друштвене заједнице у којој се религија гура у сферу приватног живота појединца.³² Оваква пракса Европског суда подржава процес убрзаног приватизовања религије и њено протеривање са јавне сцене.³³

Када је реч о принципу лаицитета, он се сагледава бар у две димензије. Тако се говори о правном и о идеолошком лаицитету.³⁴ Дакле, уз номинално прокламовање лаицитета државе неопходно је формирати такав систем вредности, заједнички свим грађанима, који ће религију оставити за своју приватну сферу. Према томе, начело секуларизма подразумева друштвену арену која је неутрална, плуралистичка и инклузивна за све припаднике политичке заједнице.³⁵

Секуларизам није интелектуални пројекат, већ је процес који подразумева органски развој друштва уз постепено истискивање религије из јавног живота људи. Милитанта одбрана секуларних вредности неопходна је све док не буде установљено постсекуларно друштво, а оно је засновано на широко распрострањеној свести грађана да живе у секуларном друштву. Канада, Аустралија или Нови Зеланд примери су постсекуларних друштава.³⁶ Дакле, реч је о процесу, идеалу коме треба тежити и кога је јако тешко досегнути. Управо због тога, секуларизам неминовно добија милитантну димензију као једини могући одговор савремених демократских система на изазове које пред њих поставља религија. У супротном, и сам секуларизам би био доведен у питање, а он је неопходна претпоставка савременог конституционализма.³⁷

³¹ Z. Calo, "Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights", 111.

³² *Ibid.*, 112

³³ *Ibid.*, 107.

³⁴ L. Zucca, "The Crisis of the Secular State – A reply to Prof Sajo", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, Issue 3, 2009, 498.

³⁵ P. C. Jimenez Lobeira, "Veils, Crucifixes and the Public Sphere: What Kind of Secularism? Rethinking Neutrality in a Post/secular Europe", 397.

³⁶ *Ibid.*, 393.

³⁷ A. Sajo, "Preliminaries to a concept of constitutional secularism", 620.

Darko Simović, Ph.D.

Associate professor

The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

CONSTITUTIONAL MODEL OF MILITANT SECULARISM

Summary

The modern European states are marked by secularism. Although there are constitutional systems that recognize an official state religion – state church, they do not include the real influence of religion to daily politics. The principle of secularism is the only possible choice of all modern European states given the fact that they are more or less multiconfessional. Multiconfessionalism usually tends to total separation of church from state, but also to appreciation and recognition of the role of religion in society. Bearing in mind that religion in some states is becoming an unfailing source of conflicts, it is clear that the danger of religion is real and true and that secularism has to be more militant towards demands of religion. In response to more aggressive rise of religion in the public space, some states are facing militant secularism that is going beyond neutrality of the state over religion and that includes taking measures to protect an individual from religion. France and Turkey are states promoting militant secularism. As its jurisprudence shows, the European Court of Human Rights was a reliable ally of militant secularism and its decisions were mainly based on the logic of secularism.

Др Радомир Зекавица
Ванредни професор Криминалистичко полицијске академије у
Београду

ДРУШТВЕНИ И ПРАВНИ СТАТУС ЛГБТ ОСОБА С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА СЛУЧАЈ СРБИЈЕ¹

Апстракт: У раду се разматра друштвено-правни статус ЛГБТ особа и то кроз анализу кључних разлога одсуства шире друштвене подршке одређеним друштвеним и правним захтевима припадника ЛГБТ заједнице. Аутор издваја и анализира она питања која су у досадашњој научно-стручној, али и широј јавности, довела до бројних и, веома често, опречних полемика и ставова. У том смислу, аутор се посебно осврће на питања признавања истополних бракова, права на усвајање деце од стране истополних парова, као и на питање „шкорске квир инклузије“. Осим тога, аутор у раду разматра нормативно-правни и институционални оквир заштите права и слобода ЛГБТ особа, како у међународном, тако и националном виду, и даје краћу анализу ставова грађана и представника јавне власти према дискриминацији, посебно према припадницима ЛГБТ заједнице.

Кључне речи: ЛГБТ особе, дискриминација, друштвени и правни статус, права и слобода ЛГБТ особа, квир инклузија

УВОД

Заштита основних права и слобода ЛГБТ особа већ је увелико једна од централних тема савременог дискурса о заштити људских права и слобода и забрани дискриминације. Уколико се ова тема посматра са становишта једнаке заштите људских права и слобода свих грађана и начела недискриминације, она свакако не може бити спорна ни нелегитимна. Наиме, нормативно-правна и институционално-процедурална заштита права и слобода ЛГБТ особа, мора бити императив у сваком друштву које тежи демократским вредностима и одсуству дискриминације, с обзиром да припадници ове друштвене групе у већини

¹Рад је резултат реализације интерног научно-истраживачког пројекта Криминалистичко-полицијске академије под називом „Криминалитет у Србији и инструменти државне реакције“, за период 2015-2018. Руководилац пројекта је проф др Драгана Коларић.

савремених друштава немају задовољавајући друштвени и правни статус. Забрана дискриминације, као забрана неправданог разликовања особа на основу њиховог личног својства мора се односити и на забрану таквог разликовања на основу другачије сексуалне оријентације и полног идентитета. Ово, тим пре, што ова својства нису ствар пуког избора или хира, него нешто што када се открије, препозна и прихвати, постаје саставним делом личног идентитета неке особе. Отуда и хомосексуализам или осећање полне припадности јесте део таквог идентитета и нешто са чиме неко треба да живи. Због тога је, у најмању руку, нехумано и нецивилизовано такве особе осуђивати и излагати различитим видовима прогона. Уколико ствари посматрамо тако онда је и више него очигледан легитимитет борбе за заштиту основних права и слобода ЛГБТ особа. Међутим, то никако не значи да је полемика о статусу и правима ЛГБТ особа ослобођена контраверзи и опречних ставова. Напротив, то је и даље једна од најспорнијих и најдискутабилнијих тема унутар јавног дискурса о правима и слободама грађана.

У тексту који следи, указаћемо најре на основе разлоге због којих је то тако, и уједно на најзначајније теме јавног дискурса о друштвеном статусу и правима ЛГБТ особа, а затим на нормативно-правни оквир који треба да омогући адекватну заштиту права и слобода ЛГБТ особа, и на крају на њихов друштвено-правни статус у Републици Србији.

1. О ДРУШТВЕНОМ СТАТУСУ И ПРАВИМА ЛГБТ ОСОБА

Више је разлога због којих је тема о правима и слободама ЛГБТ особа предмет неслагања и опречних полемика. Један од кључних је могуће видети у томе што борба за признавањем и остваривањем одређених права геј особа (дакле не свих) води ка редефинисању неких традиционалних институција и вредности, па се борба за остваривањем тих права, од већинског дела становништва, обично доживљава као борба за редефинисање и промену постојећег друштвеног поретка, или бар неких темеља на којима он почива. Реч је о признању ЛГБТ особа права на брак и усвајање деце. Признање права на брак води нужно ка редефинисању институције брака као заједнице мушкарца и жене и њеном дефинисању као заједнице љубави ослобођене полне диференцијације. Овакав захтев вероватно не би био толико споран да иза њега не стоји изразита друштвена мањина која на глобалном нивоу не прелази 3 до 4% укупног броја становништва (процент особа које се декларишу као хомосексуалне). Тако се поставља питање да ли због једне очигледно демографски маргиналне друштвене групе треба ући у редефинисање брака као друштвене институције и његових основних социјалних

функција (рађање и одгајање деце), и, с тим у вези, какве све последице може имати промена социјалних функција брака.² Ово редефинисање није само на симболичком нивоу, већ на нормативно-правном, у виду промена законских дефиниција брака, дакле промене законске регулативе која треба да омогући уживање свих права из области брака и породичних односа. Ова тема је дошла на дневни ред многих држава, у једном броју њих она је и окончана признањем истополних бракова.³ Када је реч о Србији она још увек није на дневном реду актуелних законодавних реформи у српском друштву, али се помиње у контексту најављене промене Устава и закона којом би се дефиниција брака учинила родно неутралном.⁴

Са становишта друштвеног легитимитета још спорније питање од признања истополних бракова, јесте признавање могућности усвајања деце од стране истополних парова. Подељеност научне и стручне јавности поводом признавања овог права је изузетно изражена, јер право на уважање деце отвара питање социо-психолошке реакције деце на постојање истополних родитеља, односно да ли и у коликој мери постоје социо-психолошке последице по децу која одрастају у истополним породицама? Одговор на ово питање најбоље може да пружи наука, пре свега, истраживања усмерена ка утврђивању социо-психолошких карактеристика развоја деце у истополним заједницама. Досадашња наука не мања са истраживањима тог типа, али се лако могу уочити два основна проблема која полемику о овој теми и даље држе отвореном и недовршеном. Најпре, већина истраживања која потврђују став да *не постоји* разлика у социо-психолошком развоју деце у истополним заједницама у односу на децу хетеро родитеља пате од озбиљних методолошких мањкавости.⁵ Друго, чињеница је да су истополни бракови

² Видети: С. Антонић, *Моћ и сексуалност: социологија геј покрета*, Социолошко друштво Републике Српске, Пале, 2014, стр. 207-208, а за ширу расправу о овим питањима посебно поглавље три „Истополне породице – идеја и оспоравање“ стр. 83 - 118.

³ Истополни бракови су данас дозвољени у: Холандији, Белгији, Канади, Шпанији, Јужноафричкој републици, Аргентини, Португалу, Данској, Исланду, Шведској, Норвешкој, Новом Зеланду, Уједињеном Краљевству (изузев Северне Ирске), Уругвају, Бразилу, Француској, као и у 17 држава САД и неким деловима Мексика.

⁴ Д. Ђурчић, организација YUKOM – Комитет правника за људска права, представљање нацрта јавних политика из области владавине права, приступа правди и безбедности ЛГБТ популације у Србији, 1. април 2015, доступно на адреси: <http://labris.org.rs/u-narodnoj-skupstini-predstavljени-nacrti-javnih-politika-iz-oblasti-vladavine-prava-pristupa-pravdi-i-bezbednosti-lgbt-populacije-u-srbiji/>

⁵ За исцрпан преглед научних истраживања и аргументације за и против признавања права на усвајање деце истополним паровима, видети више: С. Антонић, *Моћ и*

појава новијег датума, а посебно искуства тих бракова са усвојеном децом, што свакако ограничава истраживачки потенцијал и могућност објективних процена датог стања.

Трећа тема која се може сматрати саставним делом агенде савременог дискурса о друштвеном статусу и правима ЛГБТ особа јесте тзв. школска „квир инклузија“. И ова тема није довела до општег консензуса у научној и стручној јавности око оправданости потпуне имплементације идеја „квир инклузије“. Као се обично истиче синтагма „квир инклузија“ се односи на вишедимензионални педагошки процес састављен из неколико основних елемената: уношење ЛГБТ садржаја у наставно штиво, употреба „родно неутралног“ и „инклузивног“ језика у школи, активно сузбијање хомофобичног говора међу ученицима у школи, одбацивање предрасуда код педагошког особља према ЛГБТ особама, подстицање сексуално самосвесних ученика и студената да јавно испоље свој ЛГБТ идентитет.⁶ Из наведених елемената процеса „квир инклузије“ јасно се може уочити да је његова основна интенција умањење хомофобије код најмлађих слојева становништва, односно школских ученика и омогућавање позитивне социјалне реакције на ЛГБТ особе (то значи, између осталог, и смањење вербалног и физичког насиља у школама). Реч је дакле о педагошко-образовном утицају на ученике како би само постојање ЛГБТ особа у датом друштву било нормално прихваћено, већ у најранијем узрасту. Један од првих корака на том путу јесте промена неодговарајућих садржаја у уџбеницима који хомосексуализам не третирају на начин на који је он прихваћен у савременим токовима у науци и који одржавају стереотипе и предрасуде према ЛГБТ популацији. Међутим, постоје стрепње да школска „квир инклузија“ неће довести до жељених резултата, већ да може да повећа општи ниво конфликтности и активирати различите предрасуде и неразумевачке проблеме и начина живота ЛГБТ популације, како код саме деце тако и код њихових родитеља.⁷ Непостојање довољно поузданих информација о томе шта се и колико постигло „квир инклузијом“ (чак и у САД где се на њој највише радило) не даје нам могућност да заузмемо одговарајући став, тако да процене о њеној сврсисходности остају на нивоу претпоставки. На начелном нивоу, може се констатовати да њена примена има за циљ друштвено прихватљив сврху, а то је смањивање

сексуалност: социологија геј покрета, стр. 120 - 146; Од наших аутора, а у прилог признања овог права, видети: З. Мршевић, *Истополне заједнице и деца, Становништво*, Београд, 1/2009, стр. 32-39; З. Мршевић, *Ка демократском друштву – истополне породице*, Институт друштвених наука, Београд, 2009.

⁶ С. Антонић, *Моћ и сексуалност: социологија геј покрета*, стр. 151 - 153.

⁷ *Ibidem*, стр. 184.

насиља, хомофобије, побољшавање друштвеног положаја ЛГБТ популације, па стога јој треба дати подршку и шансу.

Одсуство шире друштвене подршке за решавањем ових али и других питања и захтева ЛГБТ популације може се разумети увидом у кључне друштвене узроке одсуства ове подршке. Један од њих је у вези са чињеницом да је хомосексуализам, вековима уназад, био посматран као друштвено девијантна појава, неретко санкционисан најтежним казнама и одбациван као део једне културе која не одговара вредностима и правилима традиционалних друштава. Пресудан утицај на овакав став према хомосексуализму имала су званична религијска учења и њихово тумачење ове појаве као греха.⁸ Отуда не чуди покушај геј активиста да на културолошком нивоу мењају постојеће стање ствари што се огледа у стварању својих културолошких симбола (застава дугиних боја), манифестација (геј парада), али и у недавном објављивању прве „геј Библије“ – *The Queen James Bible* (2012), као својеврсног покушаја да се другачијом интерпретацијом спорних места у Библији умање хомофобични потенцијали њеног тумачења - да се Библија учини *gey friendly*.⁹ Све то говори о интенцијама геј активиста да и на културолошком нивоу (у овом случају реч је о интенцији ка промени званичних религијских уверења и става хришћанства према хомосексуализму) мењају постојеће ставове и, самим тим, однос према ЛГБТ популацији. Расправа о ЛГБТ питању отвара, тако, расправу културолошке природе о сету вредности који се обично доводе у везу са тзв. геј културом и њеним настојањем да из свог досадашњег супкултуралног и индиферентног положаја постане равноправни и општеприхваћен културолошки образац и начин живота (у јавни дискурс су тако укључени не само правници, већ социолози, психолози, педагози, идеолози, политичари). То наравно не може бити једноставан и лак процес, тим пре, што су темељне вредности геј културе у кључним

⁸ Негативан став према хомосексуализму је посебно изражен у јудаизму, хришћанству и исламу. У дармичким религијама – хиндуизму, будизму, џаинизму и сикизму ставови према хомосексуализму су мање јасни и крећу се од негативних ка позитивним. Релативно негативан став према хомосексуализму изражен је и у таоистичким религијама – конвучијанизам, таоизам, углавном због немогућности прокреације. О одосу хришћанства према хомосексуализму видети: D. S. Bailey, *Homosexuality and the Western Christian Tradition*, Archon Books, Hamden, 1975; J. Boswell, *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality*, Chicago, University of Chicago Press, 1980; I. Himbaza, B. Guevin, J. Edart, A. Schenker, *The Bible on the Question of Homosexuality*, The Catholic University of America Press, Washington, 2012.

⁹ О начину на који је то урађено и конкретним изменама видети на адреси: <https://carm.org/queen-james-bible>

стварима битно супротстављене вредностима владајуће хетеросексуалне културе бројних друштава. То посебно важи за тзв. традиционална друштва у којима је, услед доминантне хетеросексуалне традиције и утицаја религије, отежана пуна асимилиција хомосексуалних особа. Услед тога, само њихово постојање се често доживљава као друштвени проблем, док је друштвена реакција на испољавање другачије сексуалне оријентације често праћена потпуним или делимичним одбијањем такве праксе или, пак, отвореним насиљем према геј особама.

2. МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ ПРАВА И СЛОБОДА ЛГБТ ОСОБА

Правна заштита припадника ЛГБТ заједнице подразумева два основна аспекта. Један је нормативни и у њему је садржан захтев за одговарајућим правним оквиром на основу којег може бити обезбеђена адекватна заштита од свих видова дискриминације. Други аспект је практични и он се манифестује у одговарајућој друштвеној, пре свега државној, реакцији на појавне облике угрожавања основних права припадника ЛГБТ заједнице.

Како на међународном, тако и на националном нивоу је предвиђен одговарајући правни оквир за борбу против свих видова дискриминације. Део те борбе јесу и напори да се обезбеди одговарајућа правна заштита против дискриминације на основу другачије сексуалне оријентације и полног идентитета. Управо на том пољу, и по том основу се чине напори за обезбеђењем правне заштите припадника ЛГБТ заједнице.

У свом међународном виду, нормативно-правни аспект ове заштите чине најзначајнији међународни документи којима је предвиђена заштита од дискриминације, попут *Опште декларације о правима човека* (ОДП) која гарантује природноправно утемељење једнакости и слободе свих грађана по рођењу (чл. 1), као и забрану дискриминације на основу расе, боје, пола, језика, религије, политичког или сваког другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовине, рођења или других околности (чл. 2, ст. 1).¹⁰

Додатна разрада и прецизнија заштита овог начела предвиђена је у *Пакту о грађанским и политичким правима* (ПГП). Тако у члану 2, став 1 се предвиђа да се „државе чланице овог пакта обавезују да поштују и гарантују свим лицима која се налазе на њиховој територији и која потпадају под њихову надлежност, права призната овим пактом без

¹⁰ Општа декларација о правима човека, у: *Темељи модерне демократије*, ИРО Нова књига, Београд, 1989, стр. 188.

обзира нарочито на расу, боју, пол, језик, веру, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, имовно стање, рођење или сваку другу околност¹¹ У члану 3 предвиђа се обавеза да ова права буду подједнако обезбеђена како мушкарцима, тако и женама. Осим поменутих, изузетно велик значај по начело недискриминације има члан 26 којим се предвиђа забрана опште дискриминације и неравноправности пред законом: *“Сва су лица једнака пред законом и имају право без икакве дискриминације на подједнаку заштиту закона. У том смислу, закон мора да забрањује сваку дискриминацију и да обезбеди свим лицима подједнаку и успешну заштиту против сваке дискриминације, нарочито у погледу расе, боје, пола, језика, вере, политичког или другог убеђења, националног или социјалног порекла, имовног стања или сваког другог стања.”*¹²

Од посебног је значаја Конвенција УН о укидању свих облика расне дискриминације из 1965. године, јер је у њој садржана дефиниција дискриминације. Тако у члану 1 ове Конвенције се наводи да се под дискриминацијом може сматрати: *„свако разликовање, искључивање, ограничавање или давање првенства које се заснива на раси, боји, прецима, националном или етничком пореклу и које има за циљ или за резултат да наруши или да угрози признавање, уживање или вршење, под једнаким условима људских права у политичкој, привредној, социјалној, културној или било којој другој области јавног живота.”*¹³

Као најзначајнији акт регионалне заштите људских права и слобода, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода (ЕКЉП) предвиђа у члану 14 да *„уживање права и слобода признатих у овој Конвенцији обезбеђено је без дискриминације на основу пола, расе, боје коже, језика, вероисповести, политичког или другог убеђења, националног или социјалног порекла, припадности некој националњ мањини, имовине, рођења или других сличних питања.”*¹⁴ Имајући у виду да се забрана дискриминације из наведеног члана односи само на права садржана у Европској конвенцији, 2000. године је усвојен Протокол бр. 12 којим се у члану 1 предвиђена забрана опште дискриминације, чиме је проширен значај одредби Европске конвенције о забрани дискриминације.

Осим поменутих треба издвојити још и : *Декларацију УН о укидању свих облика нетолеранције и дискриминације на основу вере и*

¹¹ М. Вешовић, *Збирка докумената о људским правима и слободама*, Службени лист СРЈ, Београд, 1998, стр. 68.

¹² *Ibidem*, стр. 76.

¹³ *Ibidem*, стр. 101.

¹⁴ *Ibidem*, стр. 137.

уверења (1981), Конвенцију УН о укидању свих облика дискриминација жена (1981), Декларацију о правима припадника националних или етничких, верских и језичких мањина (1992), Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (1966), Конвенција УН о правима особа са инвалидитетом (2006), Конвенција УН о правима детета (1989) и др.

Велики допринос у прецизнијем тумачењу дискриминације дала је пракса *Европског суда за људска права* (ЕСЉП), тим пре, што ЕКЉП, не садржи прецизно утврђене одредбе у којима се дефинише дискриминација. Због тога је судска пракса овог суда драгоцен извор одлука којима се ближе и прецизније тумачи кршење члана 14 ЕКЉП и утврђују критеријуми за његово тумачење. Посебан допринос ЕСЉП треба видети у давању смерница за прецизније тумачење оних случајева у којима се разликовање у правном поступању према појединцима може или не сматрати оправданим.¹⁵ Тако је Суд у познатом случају *Белгијске лингвистике* из 1968. године закључио да није свако разликовање недозвољено, те да позитивна акција у циљу исправљања последица дискриминације и пуног уживања права из Конвенције не представља кршење члана 14, уколико она има *објективно и разумно оправдање*.¹⁶

Осим наведених међународних и регионалних докумената и судске праксе ЕСЉП, велики значај у прецизнијем дефинисању дискриминације дале су антидискриминационе директиве Европске уније. Три кључне директиве Европске уније које се односе на забрану дискриминације су: Директива број 2000/43/ЕЦ од 29. јуна 2000. године, о спровођењу принципа једнаког поступања без обзира на расно или етничко порекло, Директива број 2000/78/ЕЦ од 27. новембра 2000. године, о општем оквиру за једнако поступање са грађанима приликом запошљавања и на раду, и Директива број 2006/54/ЕЦ о имплементацији начела једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у вези са питањима запошљавања и обављања занимања.

Посебан значај, ове директиве имају због одређивања појма посредне дискриминације, о којем ни ЕКЉП, нити одлуке ЕСЉП не говоре пуно. Под посредном дискриминацијом се тако сматра „очигледно неутрална одредба, критеријум или радња које стављају појединца у неравноправан положај у односу према другим појединцима, осим када та

¹⁵ Видети више: И. Крстић, *Забрана дискриминације у јуриспруденцији Европског суда за људска права*, у: *Уставне и међународне гаранције људских права*, Зборник радова са међународне научне конференције, Правни факултет, Ниш, 2008, стр. 155-173.

¹⁶ *Ibidem*, стр. 158.

одредба, критеријум или радња нису објективно оправдани законитим циљем, а средства за постизане тог циља су примерена и нужна (чл. 2, Council Directive 2000/43/EC).

Важно је истаћи да у најзначајнијим међународним документима за заштиту људских права и слобода, није изричито наведена „сексуална оријентација“ као разлог на основу којег не сме бити учињена дискриминација, што се обично објашњава временом у којем су писани текстови поменутих докумената, односно тиме да у то време питање сексуалног опредељења није било толико друштвено актуелно и препознатљиво као могући разлог неједнаког друштвеног и правног статуса појединаца. У пракси се, у сврху заштите на основу разлика у сексуалној оријентацији, користи термин „друге околности“.¹⁷

Изричиту формулацију „сексуална оријентација“ дао је *Комитет УН за економска, социјална и културна права* (КЕСК) у више наврата у својим општим коментарима, а у вези права на здравствену заштиту (коментар бр. 14, 2000), права на воду (бр. 15, 2002), право на рад (бр. 18, 2005).¹⁸ Од значаја је поменути да је јуна 2011. године, Савет за људска права УН донео *Резолузију о људским правима, сексуалној оријентацији и полном идентитету* (*UN Resolution on human rights, sexual orientation and gender identity*) у којем се Високи комесар за људска права позива да истражи и документује дискриминаторске прописе и праксу којом се крше људска права на основу другачије сексуалне оријентације и полног идентитета, као и да се истраже начини на које механизми заштите људских права могу бити коришћени да би се спречила кршења.¹⁹ Заштита од дискриминације на основу сексуалне оријентације је експлицитно наведена у оснивачким актима Европске уније, попут Амстердамског уговора из 1997. године и Лисабонског уговора из 2007. године. Значај борбе против овог типа дискриминације је овим документима додатно ојачан, али треба истаћи да се у њима не помиње експлицитно полни идентитет као основ за забрану дискриминације, што их и даље чини мањкавим. Значајним међународним документом за заштиту права ЛГБТ особа сматра се тзв. Џогакарта принципи (*Yogyakarta principles*). Реч је о документу који је група од 29 експерата из области људских права званично објавила на самиту УН у Женеви 2007. године, у коме су садржани основни принципи о сексуалној оријентацији, полном идентитету и међународном праву.

¹⁷ D. Gomien, *Kratki vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, str. 162.

¹⁸ Д. Уљаревић и остали, *Ни мање ни више, уста права за све*, Јувентас, Подгорица, 2011. стр. 13.

¹⁹

Доступно на адреси:
<http://ilga.org/ilga/static/uploads/files/2011/6/17/RESOLUTION%20L9rev1.pdf>

Када је реч о браку и правима из породичних односа, ЕКЉП изричито дефинише право на брак као право мушкараца и жена да ступају у брак и заснивају породицу у складу са националним законима који регулишу ова права (чл. 12). Како што се види, ЕКЉП не говори о истополном браку, већ о традиционалном браку особа различитог пола, па тако статус ова два типа брака није изједначен. Прецизније тумачење права на истополне бракове Европски суд за људска права је дао у пресуди поводом случаја *Goodwin v. United Kingdom* (2002) у којем је разматран захтев трансексуалне особе која је променила пол из мушког у женски. У тумачењу пресуде поводом чл. 12 ЕКЉП, Суд је потврдио став да је брак заједница мушкарца и жене, али да се немогућност било ког пара да зачне или одгоји дете, не може *per se* сматрати као разлог за негацију њиховог права на брак. Овим се, фактички, даје простор за тумачење да би статус истополних и традиционалних бракова могао бити изједначен, имајући у виду, како то Суд истиче, да развој науке и медицине у области трансексуалности омогућава значајне друштвене промене у схватању институције брака (ст. 98-100).²⁰ У САД је пресудом Врховног суда у случају *Goodridge at all vs. Department Public Health* (2003) одобрен геј брак, пресудом у случају *Lawrence vs. Texas*, (2003) је укинут закон против содомије, док је пресудом у случају *Colin vs Orange Unifet School District* (2005), дозвољено право оснивања геј удружења у школама.

Правна заштита припадника ЛГБТ заједнице не може бити обезбеђења без одговарајуће кривичне инкриминације различитих видова насиља којима су често изложене ЛГБТ особе. У том смислу, многе државе су предвиделе и правно регулисале институцију „злочина из мржње“ чиме се, према мишљењу стручне јавности, може ефикасно обезбедити кривично процесуирање особа које почине насиље мотивисано мржњом према припадницима ЛГБТ заједнице.

Коначно, правна заштита припадника ЛГБТ заједнице не може бити обезбеђена и без одговарајуће друштвене и државне реакције на различите видове кршења њихових основних права и слобода. Управо на том пољу је могуће уочити бројне пропусте и слабости. Према налазима ILGA (*International Lesbian and Gay Association*) ниједна од европских држава се не може похвалити отвореном једнакошћу припадника ЛГБТ популације у друштву, чак ни оне са најповољнијим правним оквиром њихове заштите (попут Велике Британије, Шведске или Шпаније). Уочене су и значајне разлике међу појединим европским државама по питању

²⁰ Садржај пресуде доступа на на адреси:
<http://www.amicuscuriae.it/attach/superuser/docs/goodwin.pdf>

напретка у унапређењу правног статуса ЛГБТ заједнице, а велики број држава чланица ЕУ се по питању поштовања њихових људских права и обезбеђења правне једнакости налазе око или испод просека на скали од 17 (највиши резултат у поштовању права и слобода) до -7 (груба кршења људских права и дискриминација ЛГБТ особа).²¹

3. НОРМАТИВНО-ПРАВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ ПРАВА ЛГБТ ОСОБА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И АНАЛИЗА ПОСТОЈЕЋЕГ ДРУШТВЕНОГ И ПРАВНОГ СТАТУСА ЛГБТ ПОПУЛАЦИЈЕ

Када је реч о Србији опште је уверење да је предвиђени правни оквир заштите права ЛГБТ особа начелно прихватљив и да одговара стандардима предвиђеним у међународним изворима заштите људских права. Осим Устава у којем је забрана дискриминације изричито предвиђена (чл. 21), посебна заштита на основу сексуалне оријентације је предвиђена *Законом о забрани дискриминације* (Сл. гласник РС, бр. 22/2009). Овим законом се као тежак облик дискриминације предвиђа „изазивање и подстицање неравноправности, мржње и нетрпељивости по основу националне, расне или верске припадности, језика, политичког опредељења, пола, родног идентитета, сексуалног опредељења и инвалидитета“ (чл. 13, ст. 1). Реч је о системском закону којим је превазиђен проблем дотадашње разуђености нормативно-правне забране дискриминације у РС, односно проблем који је произлазио из постојања већег броја законских прописа који су фрагментарно садржали одредбе од значаја за забрану дискриминације. Један од кључних разлога за његово доношење је било непостојање интегралног система заштите од дискриминације у правном систему РС којим би били утврђени општи услови, мере и инструменти које би реално и фактички омогућили ефикасну заштиту од дискриминације.²²

Усвајањем *Закона о изменама и допунама Кривичног законика РС*, крајем 2012. године, усвојен је, по први пут, институт „злочин из мржње“ који прописује да ће суд при одмеравању казне као отежавајућу околност узети у обзир ако су мотиви за учињено дело, између осталих, и сексуална оријентација и/или родни идентитет (чл. 52а). Осим поменутих, треба, свакако, поменути и друге законе на основу којих се врши забрана

²¹ Видети: *ЛГБТ популација и реформа сектора безбедности у Републици Србији*, ОЕБС, Београд, 2011, стр. 13.

²² Д. Миленковић, *Водич кроз Закон о забрани дискриминације*, Хелсиншки одбор за људска права, Београд, 2010, стр. 8.

дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета попут: *Закона о равноправности полова* (Сл. гласник РС, бр. 104/2009); *Закона о електронским медијима* (Сл. гласник, бр. 83/2014) - који сексуалну оријентацију издваја као један од основа за забрану дискриминације, мржње и насиља у програмским садржајима пружаоца медијских услуга (чл 51); *Закона о јавном информисању и медијима* (Сл. гласник бр. 83/2014) - који у члану 59 и 75 помиње сексуалну оријентацију као основ за забрану говора мржње и дистрибуцију медијских информација које се тумаче као акт насиља и изазивају непосредне озбиљне и непоправљиве последице; *Закона о младима* (Сл. гласник, бр. 50/2011) – који у свом члану 5 забрањује прављење разлике или неједнако поступање по основу сексуалне оријентације и родног идентитета; *Закона о раду* (Сл. гласник, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009); *Закона о високом образовању* (Сл. гласник, бр. 76/2005, 100/2007) и други.

Документи од стратешког значаја за борбу против дискриминације у РС јесу и бројне стратегије борбе против дискриминације и акциони планови за њихово спровођење. Најпре, *Стратегија превенције и заштите од дискриминације* коју је Влада РС усвојила јуна 2013. године („Сл. гласник РС”, бр. 55/05, 71/05, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС и 72/12). Овај документ садржи усаглашен систем мера и инструмената јавне политике које Република Србија треба да спроведе ради спречавања свих облика дискриминације. Основни задатак ове Стратегије је дефинисање циљева, мера и активности које треба да обезбеде смањење броја случајева кршења уставног и законског начела забране дискриминације, нарочито усмерених према рањивим друштвеним групама.²³ Реализацију циљева и задатака ове Стратегије треба да омогући Акциони план за њено спровођење, који је усвојен 2. октобра 2014. године. Осим ове, треба поменути и: *Стратегију унапређења особа са инвалидитетом* (2006) и пратећи Акциони план, *Стратегију за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности* (2009) и пратећи Акциони план, као *Стратегију за унапређење положаја Рома* (2009).

Када је реч о заштити права ЛГБТ особа, вредно је помена да је Министарство правде у изради нацрта *Акционог плана за приступне преговоре Србије у ЕУ за поглавље 23*, уврстило циљеве и мере које се тичу основних права и побољшавања положаја ЛГБТ популације, док је Министарство унутрашњих послова донело у фебруару 2014. године *Акциони план за унапређење рада и сарадње полиције са ЛГБТ*

²³ *Стратегија превенције и заштите од дискриминације*, 2013, доступно на адреси: http://www.ljudskaprava.gov.rs/images/pdf/Strategija_jul_2013.pdf

популацијом и удружењима која се баве унапређивањем људских права ЛГБТ особа, а у циљу унапређења рада полиције у заједници.

Србија је увела и неколико значајних видова институционалне заштите људских права. Када је реч о борби против дискриминације, свакако, најзначајнија установа је *Повереник за заштиту равноправности* уведена поменутиим *Законом о забрани дискриминације*. Реч је о самосталном и независном државном органу чија је надлежност, у најширем смислу речи, да прати и реагује на све притужбе због повреда одредаба *Закона*. Осим Повереника за заштиту равноправности, веома значају улогу у заштити људских права и слобода и борби против дискриминације има и установа *Заштитника грађана* (омбудсман) која је уведена на републичком нову *Законом о заштитнику грађана* из 2005. године (Сл. гласник РС, бр. 79/2005). Реч је, такође, о независном државном органу који штити права грађана и контролише рад органа државне управе. Канцеларија за људска и мањинска права (КЉМП) основа је Уредбом Владе РС („Службени гласник РС“, 72/12) августа 2012. године. Канцеларија је у свом раду дефинисала као један од кључних приоритета борбу против дискриминације и подстицање позитивног деловања друштвене заједнице према појединим осетљивим друштвеним групама и према особама из тих група, као што су: припадници националних мањина, с посебним освртом на Роме, затим жене, припаднике ЛГБТ популације, особе са инвалидитетом, старије особе, децу, избеглице, интерно расељена лица и друге угрожене мигрантске групе, лица чије здравствено стање може бити основ дискриминације, као и према вишеструко дискриминисаним особама.²⁴ Од осталих државних и друштвених субјеката који се у свом раду баве и заштитом против дискриминације треба поменути и: Одбор за људска и мањинска права и равноправност полова Народне скупштине Републике Србије, затим судски систем заштите права и слобода, покрајинске и локалне органе, као и цивилни сектор, посебно она удружења чија је примарна функција унапређење правног и друштвеног статуса ЛГБТ особа, попут: Гејстрејт алијансе и Лабриса – удружења за лезбејска људска права.

Може се закључити да Србија има сасвим задовољавајући нормативно-правни и институционални оквир заштите од дискриминације и, самим тим, заштите права и слобода грађана. Но, како је то обично случај, нормативно-прескриптивни оквир заштите не мора нужно да прати и одговарајућа примена тих закона, и сходно томе, реално задовољавајућа

²⁴ *Годишњи Извештај о раду КЉМП*, 2014, стр. 30-33, доступно на адреси: http://www.ljudskaprava.gov.rs/images/pdf/Godisnji_izvestaj_o_radu_KLJMP_za_2013_SRB.pdf

заштита права и слобода грађана у пракси. Судаћи према последњем *Годишњем Извештају о стању људских права ЛГБТ особа у Србији за 2014 годину*, кључни проблем је имплементација, тј. примена закона у пракси. То се посебно односи на члан 52а КЗ који још ни једном није примењен ни по једном законом предвиђеном основу, а не само по основу сексуалне оријентације или родног идентитета. Велики проблем према наводима из овог Извештаја јесте праћење и анализа случајева насиља и дискриминације по основу сексуалне оријентације и родног идентитета услед непостојања званичних државних статистика, јер се заведени случајеви воде на основу врсте дела, а не по мотиву. Извесне примедбе су упућене и важећем *Закону о окупљању грађана* из 1992 године, који је проблематичан због своје неусклађености са Уставом, као и непостојању законске легислативе која на било који начин регулише истополне заједнице и имовинско-правне и друге односе унутар тих заједница.²⁵ Посебна критика је упућена садржају наставног материјала школских уџбеника за који је констатовано да и даље дефинише истополну сексуалну оријентацију као болесну, патолошку и ненормалну.²⁶ Констатоване су и позитивне тенденције у побољшавању друштвеног и правног статуса ЛГБТ особа. Број случајева насиља и дискриминације ЛГБТ особа је у незнатном паду у односу на претходне године, а успешно је одржана и парада поноса која је прошла без инцидената и организованих напада на учеснике параде.

Корисне информације о друштвеном статусу ЛГБТ особа могу да пружи спроведена истраживања из области сузбијања дискриминације. Истраживања тог типа су код нас спроведена до сада у више наврата. На основу захтева Повереника за заштиту равноправности, а уз подршку и помоћ Програма УН за развој, ЦЕСИД је реализовао таква истраживања ставова грађана у четири циклуса до сада - 2009, 2010, 2012. и 2013. године. За потребе Повереника за заштиту равноправности, а у оквиру пројекта „*Подршка Поверенику за заштиту равноправности за ефикасну примену антидискриминационог законодавства у Републици Србији*“ Ipsos Strategic Marketing је спровео 2013. године слично истраживање ставова представника све три гране јавне власти (законодавне, извршне и судске)

²⁵ *Годишњи Извештај о стању људских права ЛГБТ особа у Србији за 2014.годину*, доступно на адреси: <http://gsa.org.rs/2015/03/godisnji-izvestaj-o-stanju-ljudskih-prava-lgbt-osoba-u-srbiji-za-2014-godinu/>

²⁶ Видети: *Анализа дискриминаторог садржаја средњошколских уџбеника*, Лабрис – организација за лезбејска људска права, Београд, 2014, доступно на адреси: <http://www.mc.rs/upload/documents/istrazivanje/2014/2014-Analiza-diskriminatornog-sadrzaja-srednjoskolskih-udzbenika-Labris.pdf>

на сва три нивоа (републичком, покрајинском, локалном).²⁷ Овим истраживањима треба додати и прво истраживање ставова припадника полиције о дискриминацији које је спроведено почетком 2014. године и то на припадницима криминалистичке полиције пет подручних полицијских управа – Београд, Нови Сад, Суботица, Врање и Нови Пазар.²⁸ У сва три типа истраживања се показало да испитаници виде Роме као најугроженије друштвене групе, док се ставови испитаника по питању друштвеног положаја осталих друштвених група разликују. Занимљиво је истаћи да полиција види припаднике ЛГБТ популације као најугроженије, одмах после Рома (14% испитаника то сматра), док грађани на другом месту издвајају жене (42%), као и представници јавне власти (35%). Уколико се фокусирамо на истраживања ставова грађана и полиције (с озбиром да су у оба истраживања коришћени идентични упитници) могуће је уочити и издвојити још неколико занимљивих показатеља који говоре о перцепцији испитаника о друштвеном положају припадника ЛГБТ популације и потенцијалној дискриминацији према њима. Тако рецимо, уколико се резултати анализе социјалних и етничких дистанци полицајаца упореде са резултатима исте анализе из истраживања ставова грађана, могуће је уочити да полиција у значајно вишем степену него грађани, показује дистанцу према већини група поводом којих су дистанце биле истраживане. Разлике нису значајне једино када су у питању припадници албанске националне мањине, док су најизраженије према ЛГБТ популацији, Ромима, избеглицама и Србима. Најизраженија социјална дистанца код полицајаца је управо према ЛГБТ особама, али занимљиво је да полиција ставља ЛГБТ популацију на друго место по питању угрожености њиховог друштвеног положаја. Дакле, иако су дистанце изражене, постоји свест о томе да они јесу угрожени, што може да имплицира и спремност полиције да помогне припадницима ЛГБТ заједнице.²⁹

²⁷ Видети: *Извештај о истраживању ставова представника јавне власти у Србији – „Однос представника органа јавне власти према дискриминацији у Србији, ИПСОС, 2013,* доступно на адреси: http://www.ravnopravnost.gov.rs/jdownloads/files/izvestaj_odnos_predstavnika_javne_vlasti_prema_diskriminaciji_u_srbiji_final.pdf

²⁸ Видети: Р. Зекавица, *Сузбијање дискриминације у Републици Србији с посебним освртом на улогу и допринос Министарства унутрашњих послова РС*, Канцеларија за људска и мањинска права РС, Београд, 2014.

²⁹ *Ibidem*, стр. 75.

ЗАКЉУЧАК

Расправа о друштвеном и правном статусу ЛГБТ особа и начинима за његово побољшавање, актуелна је у свету неколико деценија уназад, тачније од 70-тих година прошлог века када је у јавности први пут објављена доста контраверзна *Платформа за геј права* 1972. године.³⁰ Од тада па до данас не престају настојања да се друштвени и правни статус ЛГБТ особа побољша до мере потпуне друштвене прихваћености и правне једнакости ЛГБТ особа. Кључни проблеми на том путу су добрим делом културолошки условљени, јер је поједине захтеве ЛГБТ заједнице тешко у потпуности реализовати због недостатка шире друштвене подршке тим захтевима (то се посебно односи на усвајање деце и признање истополних бракова). Уколико се фокусирамо на нормативно-правни и институционални оквир заштите од дискриминације, онда је лако констатовати да и на међународном и на националном нивоу (случај Србије), овај оквир пружа и више него задовољавајуће гаранције по заштиту права и слобода ЛГБТ особа. То није спорно. Оно што јесте спорно је да ли је и у којој мери оствариво да у свим друштвима, посебно оним са развијеном традиционалном културом, можемо очекивати потпуну друштвену асимилацију ЛГБТ особа. Србија припада том типу друштва чија је култура настајала под значајним утицајем православног хришћанског учења у којем се хомосексуализам (па и бисексуализам и транссексуалност) виде као девијантне друштвене појаве, тј. као грех. Без обзира на то, друштвени положај ЛГБТ особа се мења, чини нам се, у добром правцу по њихова очекивања и то кроз сет законодавних промена које су довеле до успешнијег супротстављања свим појавним облицима дискриминације. Насиље према припадницима ЛГБТ популације није у потпуности искорењено, али се не може рећи ни да је оно на алармантно високом нивоу. Успех последње параде поноса, односно одсуство насиља том приликом, говори о томе да је одржавање чак и те манифестације (која се у последњих неколико година редовно доживљавала као „дан Д“ по српско друштво) могуће на изненађујуће цивилизован и достојанствен начин. Заслуге томе треба приписати свакако и државним органима (посебно полицији која је и овај пут учинила све да то инцидента не дође), али можда и сазревању друштвене свести у Републици Србији која за резултат има све нормалније прихватање постојања ЛГБТ популације, њихових захтева и, пре свега, њиховог права да живе нормално и достојанствено у српском друштву.

³⁰ Више о томе, С. Антонић, „Геј агенда – мит или стварност“, часопис *Теме*, бр. 3/2011, стр. 895 - 896.

Radomir G. Zekavica, Ph.D.

Associate Professor

The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

SOCIAL AND LEGAL STATUS OF LGBT PEOPLE - WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CASE OF SERBIAN

Summary

The paper discusses the social and legal status of LGBT people. The author analyzes the key reasons for the absence of wider social support to certain social and legal requirements of members of the LGBT community. Author analyzed those issues in previous scientific expert and general public, led to numerous and very often, controversy and conflicting attitudes. In this sense, the author pays special attention to the issue of recognition of same-sex marriage, the right to adoption of children by same-sex couples, as well as to the question "school queer inclusion". Moreover, the author considers the normative-legal and institutional framework for the protection of rights and for the freedom of LGBT people, both in the international and national perspective. When it comes to Serbia it is widely believed that the proposed legal framework protecting the rights of LGBT people is acceptable and meets the standards laid down in international sources of human rights. It is not disputed. What is in dispute is whether and to what extent feasible, in all societies, especially those with traditionally developed culture, expect complete visibility and assimilation of LGBT people. Serbia of course, belongs to this type of society whose culture is created under significant influence of the Orthodox Christian teaching in which the homosexuality (even bisexual and transsexual) are seen as deviant social phenomena, ie. as sin. Nonetheless, the social position of LGBT people is changing, it seems to us, in the right direction by their expectations, through a set of legislative changes that led to the successful opposition to all forms of discrimination. Violence against members of the LGBT population is not completely eradicated, but we can not say either that it is at an alarmingly high level. Finally, it analyzes the attitudes of citizens and representatives of public authorities (police) towards discrimination, especially against members of the LGBT community.

Dr Nives Mazur Kumrić
Docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Liègeu, Belgija

KONCEPTUALIZACIJA PRAVA NA DRŽAVLJANSTVO U JURISPRUDENCIJI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Apstrakt: *Pojam državljanstva egzistira na razdjelnici nacionalnog i međunarodnog prava kao materija koju pretežitim dijelom oblikuje država svojim internim propisima, u granicama determiniranim suodnosima s drugim državama i pravilima međunarodnog prava. Ova dihotomija generira daljnje račvanje pojmovne konstrukcije, čineći ju višeznačnom, višedimenzionalnom i fluidnom. Simplificirana definicija državljanstva konceptualizira ga kao stvarnu i efektivnu pravnu vezu pojedinca i države, međutim, u realnosti društvenih odnosa pojam nadilazi takvo formalno-pravno viđenje i zadire u područje identiteta, pripadnosti i sentimenta. U namjeri pozicioniranja državljanstva u domeni suvremene međunarodne zaštite ljudskih prava, ovaj članak fokusira se na analizu jurisprudencije Europskog suda za ljudska prava koji je u nekoliko svojih recentnih presuda dao originalno tumačenje prava na državljanstvo, podvođeci ga pod čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda o pravu na zaštitu privatnog i obiteljskog života. Iako konvencijske odredbe ne jamče pravo na državljanstvo expressis verbis, uvid u izdvojene tri presude (Genovese protiv Malte, Mennesson protiv Francuske i Jeunesse protiv Nizozemske) ukazuje da je Sud inovativnom interpretacijom čl. 8. dokazao kako su fleksibilni termini privatnog i obiteljskog života dovoljno komparabilni državljanstvu da mogu obuhvatiti i aspekte čovjekovog društvenog identiteta koji čine srž koncepta državljanstva.*

Ključne riječi: *pravo na državljanstvo, jurisprudencija Europskog suda za ljudska prava, čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.*

„Državljanstvo je čovjekovo temeljno
pravo,
jer ono nije ništa manje nego pravo da se
ima prava“
Earl Warren, sudac Vrhovnog suda
SAD-a
(Perez v. Brownell, 356 U.S. 44,
31.3.1958.)

I Uvodna razmatranja

Konceptualizacija prava na državljanstvo postaje integralnim dijelom suvremenih kodifikacija međunarodnog prava usvajanjem u domeni zaštite prava čovjeka povijesnog akta: Opće deklaracije o ljudskim pravima (1948.), koja u čl. 15. svakom jamči pravo na državljanstvo, ujedno stipulirajući da nitko ne smije biti samovoljno lišen svog državljanstva niti mu se smije uskratiti pravo na promjenu državljanstva¹. Eksplicitnom inkorporacijom u deklaraciju koja je zbog svoje moralne snage, dosljedne primjene u praksi i fundamentalne uloge u definiranju temeljnih postulata zaštite prava čovjeka najvećim dijelom evoluirala u običajno međunarodno pravo², pravo na državljanstvo potvrđen je izniman značaj u korpusu normi koje smjeraju na zaštitu integriteta pojedinca. Doduše, i nekim ranijim kodifikacijama uređena su pojedina pitanja iz sfere državljanstva (pr. Haškom konvencijom o određenim pitanjima vezanim za sukobe zakona o državljanstvu³ te Protokolom o vojnim obvezama u određenim slučajevima dvojnog državljanstva⁴ i Posebnim protokolom o bezdržavljanstvu⁵; svi usvojeni na Haškoj konferenciji 1930. godine⁶), no ponuđena rješenja u fokusu interesa imala su samo ovlast države da internim zakonima određuje tko se može smatrati njenim državljaninom. Osiguranje prava na državljanstvo je u takvoj konstelaciji bio tek indirektan zadatak. Iz tog razloga, Opću deklaraciju možemo percipirati kao prijelomni dokument koji je naglasak s državljanstva u kontekstu državne suverenosti prebacio na državljanstvo u kontekstu ljudskih prava. Do punog zamaha u razvoju potonje materije i proliferacije korelirajućih normi dolazi u drugoj polovici XX. stoljeća. Pletoru pravnih akata u kojima se državljanstvu

¹ *Universal Declaration of Human Rights*, General Assembly Resolution 217 A(III) of 10 December 1948.

² Philip Alston i Ryan Goodman, *International Human Rights – The Successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 158; Sean D. Murphy, *Principles of International Law*, Second edition (St. Paul: Thomson/West, 2012), 345; Vladimir-Đuro Degan, *Međunarodno pravo* (Zagreb: Školska knjiga, 2011), 488; Rhona K. M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, Fourth edition (New York: Oxford University Press Inc., 2010), 37.

³ *Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws*, 13.4.1930, League of Nations, Treaty Series, vol. 179, str. 89, br. 4137.

⁴ *Protocol Relating to Military Obligations in Certain Cases of Double Nationality*, 12.4.1935, League of Nations, Treaty Series, vol. 178, str. 227, br. 4117.

⁵ *Special Protocol Concerning Statelessness*, 12.4.1930, C.27.M.16.1931.V.

⁶ U prilog krucijalnosti tematike državljanstva govori činjenica da je Haška konferencija iz 1930. godine bila prvi međunarodni skup organiziran isključivo u svrhu kodifikacije međunarodnog prava. Vidi opširnije: Hunter Miller, „The Hague Codification Conference,“ *American Journal of International Law* 24 (1930): 674.

pristupa kroz prizmu ljudskih prava možemo raščlaniti na dvije skupine, ovisno o tome dotiču li se prava na državljanstvo samo jednim svojim dijelom ili cijelim sadržajem. Kao najistaknutiji dokumenti prve skupine izdvajaju se Konvencija o statusu izbjeglica (1951.)⁷ i pripadajući Protokol (1967.)⁸, Konvencija o međunarodnoj razmjeni podataka o građanskom statusu (1958.)⁹, Konvencija o suzbijanju svih oblika rasne diskriminacije (1965.)¹⁰, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966.)¹¹, Američka konvencija o ljudskim pravima (1969.)¹², Konvencija o suzbijanju svih oblika diskriminacije žena (1979.)¹³, Konvencija o pravima djeteta (1989.)¹⁴ i Afrička povelja o pravima i dobrobiti djeteta (1999.)¹⁵. U drugoj kategoriji ključni su Konvencija o statusu osoba bez državljanstva (1954.)¹⁶, Konvencija o državljanstvu udane žene (1957.)¹⁷, Konvencija o smanjenju slučajeva višestrukog državljanstva i o vojnim obvezama u slučajevima višestrukog državljanstva (1963.)¹⁸, Europska konvencija o državljanstvu (1997.)¹⁹ te

⁷ UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28.7.1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, str. 137.

⁸ UN General Assembly, *Protocol Relating to the Status of Refugees*, 31.1.1967, United Nations, Treaty Series, vol. 606, str. 267.

⁹ *Convention concernant l'échange international d'informations en matière d'état civil*, 4.9.1958, Convention CIEC No. 3. Dostupno na: Commission européenne. "Commission Internationale de l'Etat Civil – CIEC." 26.4.2015. http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/lk_international_fr.htm.

¹⁰ *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 21.11.1965, A/RES/2106(XX)A-B, str. 47-51.

¹¹ *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16.12.1966, A/RES/2200(XXI)A-C, str. 52-58.

¹² *American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose"*, Costa Rica, 22.11.1969. Dostupno na: Organization of American States (OAS). 26.4.2015. http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm.

¹³ *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 18.12.1979, A/RES/34/180, str. 194-198.

¹⁴ *Convention on the Rights of the Child*, 20.11.1989, A/RES/44/25, str. 167-172.

¹⁵ *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, 11.7.1990, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990).

¹⁶ UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Stateless Persons*, 28.9.1954, United Nations, Treaty Series, vol. 360, str. 117.

¹⁷ *Convention on the Nationality of Married Women*, 29.1.1957, A/RES/1040(XI), str. 18-19.

¹⁸ *Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality and on Military Obligations in Cases of Multiple Nationality*, 6.5.1963, ETS No. 43. Uz Konvenciju su usvojena tri Dopunska protokola 1977. i 1993. godine. Vidi: *Protocol amending the Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality and Military Obligations in Cases of Multiple Nationality*, 24.11.1977, ETS No. 95; *Additional Protocol to the Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality and Military Obligations in*

Konvencija Vijeća Europe o izbjegavanju bezdržavljanstva u vezi s državnim sukcesijom (2006.)²⁰.

Da bi se stekao uvid u najrecentnije trendove u evoluciji prava na državljanstvo, autorica se u članku orijentira na analizu implementacije jednog od nosećih stupova zaštite ljudskih prava u suvremenoj međunarodnoj zajednici – Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950.)²¹. Riječ je o pravnom aktu koji uređuje postupanja europskih država prvenstveno na njihovom vlastitom teritoriju, prema državljanima i nedržavljanima, ali i izvan nacionalnih granica, u specifičnim slučajevima kada imaju vlast ili vrše kontrolu nad pojedincima ili područjima²². Nekoliko je razloga za izučavanje državljanstva iz ugla međunarodnog ugovora koji uopće ne sadrži eksplicitnu odredbu o pravu na državljanstvo. Primarni kriterij ovakvog pristupa jest nemjerljiva uloga koju je u promoviranju prava na državljanstvo preuzeo Europski sud za ljudska prava u predmetima vezanim za stjecanje i gubitak državljanstva, logično ih vežući uz pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz čl. 8. Konvencije. Fleksibilizacijom odnosno odredbe, Europski sud još je jednom potvrdio karakter Konvencije kao „živećeg instrumenta“ koji se u stanju, kroz njegovu bogatu jurisprudenciju²³ i česte izmjene putem dopunskih protokola²⁴, kontinuirano prilagođavati dinamici kompleksnih društvenih odnosa kako europskog kontinenta, tako i šire međunarodne zajednice²⁵. Članak izučava modalitete podvođenja državljanstva pod postojeće

cases of Multiple Nationality, 24.11.1977, ETS No. 96; *Second Protocol amending the Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality and Military Obligations in Cases of Multiple Nationality*, 2.2.1993, ETS No. 149.

¹⁹ *European Convention on Nationality*, 6.11.1997, ETS No. 166.

²⁰ *Council of Europe Convention on the Avoidance of Statelessness in relation to State Succession*, 19.5.2006, CETS No. 200.

²¹ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14*, Rome, 4.XI.1950, European Treaty Series, No. 5. O mjestu Konvencije u sustavu međunarodne zaštite ljudskih prava vidi: Alston i Goodman, *International Human Rights*, op. cit. (bilj. 2), 891-896.

²² Murphy, *Principles of International Law*, op. cit. (bilj. 2), 370.

²³ O ulozi jurisprudencije međunarodnih sudova u oblikovanju međunarodnopravnih propisa vidi: Juan M. Amaya-Castro, „International Courts and Tribunals,“ u *International Law for International Relations*, ur. Başak Çalı (New York: Oxford University Press Inc., 2010), 180-181.

²⁴ O Protokolima vidi: Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava – starsbourški acquis* (Zagreb: Novi informator, 2013), 21-31; Daniel Moeckli et al., *International Human Rights Law* (New York: Oxford University Press Inc., 2010), 461-464.

²⁵ Malgosia Fitzmaurice, „The Practical Working of the Law of Treaties,“ u *International Law*, Third edition, ur. Malcom D. Evans (New York: Oxford University Press Inc., 2010), 188; Smith, *Textbook on International Human Rights*, op. cit. (bilj. 2), 96.

konvencijsko pravo, a kao referentni izvori korištene su izabrane presude Europskog suda donesene u posljednjih pet godina. Budući da se u svakom od slučajeva kao tužena država javlja članica Europske unije, pitanje stjecanja i gubitka njenog državljanstva postaje ujedno i pitanje reperkusija tih činova po automatizmom stečeno državljanstvo EU. U svrhu kreiranja teoretskog okvira za sveobuhvatnu analizu presuda, u poglavlju koje se naslanja na uvod daje se koncizni pregled pojmovnog određenja državljanstva, njegovog *ratia* i suodnosa s državnim suverenitetom, te se povlači paralela između klasičnog koncepta državljanstva sa supranacionalnim državljanstvom EU.

II Konceptualizacija prava na državljanstvo

2.1. O državljanstvu općenito

Koncept državljanstva je višeslojne, višedimenzionalne i fluidne naravi. U simplificiranoj formi, definira ga se kao stvarnu i efektivnu *pravnu vezu između države i pojedinca*²⁶. Upravo je sprega državnog suvereniteta, s jedne strane, i čovjekovog identiteta, s druge, determinanta koja tematiku državljanstva čini iznimno osjetljivom. Kriteriji 'stvarnosti' i 'efektivnosti' veze države i pojedinca uklopljeni su u pojam državljanstva presudom Međunarodnog suda pravde u slučaju Nottebohm (1955.) po kojoj je „sukladno praksi država, arbitražnim i sudskim odlukama, te mišljenjima pisaca, državljanstvo pravna veza koja u svojoj osnovi ima društvenu činjenicu privrženosti, stvarnu vezu postojanja, interesa i osjećaja, zajedno s postojanjem recipročnih prava i obveza“²⁷. Državljanstvo u stvarnosti često nadilazi ovu dimenziju puke pravne identifikacije pojedinca s državom²⁸ i ulazi u sferu osjećaja pripadnosti, lojalnosti, (društveno-političkog) identiteta, ekonomske korisnosti, patriotizma i nacionalizma²⁹. Šire promatrano, može ga se percipirati i kao vezu između pojedinca i međunarodnog prava koja dolazi do izražaja

²⁶ Degan, *Međunarodno pravo*, op. cit. (bilj. 2), 466; Juraj Andrassy et al., *Međunarodno pravo 1* (Zagreb: Školska knjiga, 2010), 353; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Seventh edition (London: Routledge, 1997), 263.

²⁷ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment of 6.4.1955, I.C.J. Reports 1955, str. 23; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Eighth edition (Oxford: Oxford University Press: 2012), 513-518.

²⁸ Conway W. Henderson, *Understanding International Law* (Chichester: Wiley-Blackwell, 2010), 132.

²⁹ Vidi opširnije: Derek Heater, *A Brief History of Citizenship* (New York: New York University Press, 2004), 1, 88-89; Ronald Beiner, „Introduction: Why Citizenship Constitutes a Theoretical Problem in the Last Decade of the Twentieth Century,“ u *Theorizing Citizenship*, ur. Ronald Beiner (Albany: State University of New York Press, 1995), 1-28.

kada se pojedinac nalazi u inozemstvu ili tamo ima nekretninu³⁰. Koncept je fluidan budući da je zbog dinamike međudnosa pojedinca i države, pojedincu omogućeno mijenjati svoje državljanstvo³¹. Kontekstualna premreženost koncepta s fenomenima multikulturalnosti, migracija, identiteta, građanstva i nacije-države čini ga višeznačnim i kao takvim, izazovnim predmetom izučavanja teoretičara iz raznih područja društvenih znanosti, posebice politologije³². Trend porasta zanimanja za tematiku državljanstva naročito je došao do izražaja u posljednjih dvadesetak godina³³.

Svaka država ovlaštena je svojim internim propisima uređivati uvjete pod kojima pojedinac može steći ili izgubiti njeno državljanstvo³⁴, no ta sloboda pri konstruiranju zakonodavnog okvira nije apsolutna. Već je Stalni sud međunarodne pravde u svom Savjetodavnom mišljenju o Dekretima o državljanstvu izdanim u Tunisu i Maroku (1923.) postavio standard po kojem je pitanje potpada li određena materija pod jurisdikciju neke države u biti relativno i ovisi o razvoju međunarodnih odnosa. Posljedično, pravo države na diskreciju pri formuliranju propisa o državljanstvu ograničeno je obvezama koje je preuzela prema drugim državama i pravilima međunarodnog prava³⁵. Ovakav stav vrlo brzo svoju potvrdu dobio je i u pravnoobvezujućem međunarodnom ugovoru, Haškoj konvenciji o određenim pitanjima vezanim za sukobe zakona o državljanstvu (1930.), čiji čl. 1. propisuje da „svaka država svojim vlastitim zakonodavstvom određuje tko su njeni državljanjani. Ovo

³⁰ Robert Jennings i Arthur Watts, ur., *Oppenheim's International Law* (New York: Oxford University Press, 2008), 857.

³¹ Henderson, *Understanding International Law*, op. cit. (bilj. 28), 134.

³² Haldun Güllalp, „Transcending the Nation-State?“, u *Citizenship and Ethnic Conflict: Challenging the Nation-State*, ur. Haldun Güllalp (Abingdon: Routledge, 2006), 133-139; Will Kymlicka i Wayne Norman, "Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts," u *Citizenship in Diverse Societies*, ur. Will Kymlicka i Wayne Norman (New York: Oxford University Press Inc., 2000), 1; Tharailath Koshy Oommen, *Citizenship, Nationality and Ethnicity* (Cambridge: Polity Press, 1997), 223-243.

³³ Po Kymlicki i Normanu, razloge pojačanog interesa za državljanstvo od 1990-ih naovamo treba potražiti prije svega na teorijskoj razini, u prirodnoj evoluciji političkog diskursa u kojem koncept državljanstva integrira zahtjeve pravde i članstva u zajednici, centralnih koncepata političke filozofije 1970-ih i 1980-ih godina. Drugi razlog jesu recentna politička događanja i trendovi u svijetu, poput preporoda nacionalističkih pokreta u Istočnoj Europi i previranja uzrokovanih povećanom multikulturalnošću stanovništva Zapadne Europe. Will Kymlicka i Wayne Norman, „Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory“, u *Theorizing Citizenship*, ur. Ronald Beiner (Albany: State University of New York Press, 1995), 283.

³⁴ O doktrini slobode država u pogledu pitanja vezanih uz državljanstvo vidi: Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, op. cit. (bilj. 27), 509.

³⁵ *Advisory Opinion No. 4, Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, 4, Permanent Court of International Justice, 7.2.1923, str. 24.

zakonodavstvo ostale države priznat će u onoj mjeri u kojoj je ono usklađeno s međunarodnim konvencijama, međunarodnim običajem te općepriznatim načelima prava koja se odnose na državljanstvo³⁶.

2.2. Državljanstvo EU

Koncept državljanstva EU formalno je inauguriran čl. 8.1 Ugovora o EU (tzv. Ugovora iz Maastrichta) 1992. godine³⁷ kao hibridna forma pravne veze pojedinca i supranacionalne organizacije. Stječe ga automatizmom svaki državljanin države članice EU, pri čemu je državljanstvo EU dopunsko nacionalnom i nije njegova zamjena. Drugim riječima, ono je derivativno i ovisno³⁸. Primat nacionalnog državljanstva dolazi do izražaja u dva segmenta. Prvo, državljanstvo EU prati sudbinu nacionalnog pa ga može steći samo pojedinac koji je državljanin države članice EU, dok gubitkom potonjeg statusa, gubi i državljanstvo EU. Drugo, svaka država članica EU zadržava svoje autonomno pravo da svojim nacionalnim propisima uredi uvjete za stjecanje i gubitak svog državljanstva kao potke državljanstva EU. Državljanstvo EU osigurava njegovim nositeljima nekoliko vrlo značajnih prava: pravo slobodnog kretanja i prebivanja na teritoriju EU (čl. 20.2a); aktivno i pasivno biračko pravo pri izborima za Europski parlament i lokalnim izborima, neovisno o tome u kojoj državi imaju prebivalište (čl. 20.2b); pravo na diplomatsku i konzularnu zaštitu bilo koje države članice EU kada se nalaze izvan EU u državi u kojoj njegova/njena država nema svoje predstavništvo (čl. 20.2c); pravo na podnošenje peticija Europskom parlamentu i obraćanja Europskom ombudsmanu (čl. 20.2d); pravo na kontaktiranje i dobivanje odgovora od bilo koje institucije EU na jednom od službenih jezika EU; pravo pristupa dokumentima Europskog parlamenta, Europske komisije i Europskog vijeća pod određenim uvjetima te pravo jednakog pristupa civilnim službama EU³⁹. Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora (2009.)⁴⁰, državljanima nekih

³⁶ *Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws*, loc. cit. (bilj. 3).

³⁷ **Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 83, 30.3.2010.**

³⁸ Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, op. cit. (bilj. 27), 525.

³⁹ European Commission. "EU Citizenship." 22.4.2015. <http://ec.europa.eu/justice/citizen/>; **Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012.**

⁴⁰ **Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, OJ C 306, 17.12.2007.**

država članica EU dobili su i tzv. pravo građanske inicijative⁴¹, procedure koja državljanima omogućava da se direktno obrate Europskoj komisiji s molbom da podnese prijedlog pravnog akta u svrhu implementacije Ugovora i da na taj način izravno sudjeluju u kreiranju politika EU.

Po Heateru, za nastanak državljanstva EU zaslužna su četiri momenta: uspostava europskog sustava zaštite ljudskih prava od strane Vijeća Europe (u kontekstu promicanja prava europskih državljana), formiranje Europskog parlamenta (u kontekstu kristaliziranja tzv. političkog državljanstva, kroz pasivno i aktivno pravo glasa), prakse Europske komisije (u kontekstu konstruiranja socijalnih i ekonomskih prava državljana) i formalno uvođenje koncepta Ugovorom iz Maastrichta⁴².

III Predmeti Europskog suda za ljudska prava u domeni državljanstva

3.1. Genovese protiv Malte (2011.)

Pregled sudske prakse Europskog suda za ljudska prava u domeni državljanstva započinjemo slučajem *Genovese protiv Malte* (2011.)⁴³, povijesnom presudom kojom je po prvi puta Europski sud ustanovio da (pravo na) državljanstvo ulazi u područje primjene Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kao dio društvenog identiteta pojedinca koji potpada pod pojam njegovog privatnog života, zaštićenog čl. 8. Konvencije.

Podnositelj zahtjeva Genovese rođen je u Škotskoj 1996. godine, gdje je i upisan u maticu rođenih. Izvanbračno je dijete majke britanske državljanke i oca malteškog državljanina, a očinstvo je dokazano i sudskim i medicinskim putem. Međutim, otac podnositelja odbijao je isprva priznati očinstvo i biti s njim u kontaktu. Do zapleta dolazi u trenutku kada majka podnositelja odluči zatražiti njegov primitak u malteško državljanstvo. Malteška Visoka komisija, zadužena za donošenje odluke o primitku u državljanstvo, zaključila je da njen sin ne udovoljava uvjetima za stjecanje malteškog državljanstva budući da ona nije malteška državljanica i da u izvodu iz matice rođenih nije naveden podatak da je otac malteški državljanin. Također je istaknuto da je odnosni detalj o državljanstvu oca valjana pravna osnova za stjecanje malteškog državljanstva. U skladu s tim, majka podnositelja pokrenula je u Škotskoj postupak u kojem su škotski sudovi potvrdili očinstvo malteškog državljanina te je, posljedično, korigiran izvadak iz matice rođenih. Međutim, majka podnositelja informirana

⁴¹ *Regulation (EU) No. 211/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on the citizens' initiative*. Official Journal of the European Union, L 65/1, 11.3.2011.

⁴² Vidi opširnije: Heater, *A Brief History of Citizenship*, op. cit. (bilj. 29), 103-104.

⁴³ *Case of Genovese v. Malta*, Application no. 53124/09, 11.10.2011 (final 11.1.2012).

je da unatoč tome što je službeno potvrđeno očinstvo malteškog državljanina, podnositelj ipak nema pravo na stjecanje malteškog državljanstva jer po čl. 5.2b i 17.1a malteškog Zakona o državljanstvu, izvanbračna djeca imaju pravo na malteško državljanstvo samo ako im je majka malteška državljanka. Presudom Građanskog suda na Malti također je potvrđeno da je malteški državljanin otac podnositelja i određeno mu je plaćanje alimentacije, no zbog činjenice izvanbračnosti, taj podatak postao je irelevantnim za podnositeljevo pravo na stjecanje malteškog državljanstva⁴⁴.

Podnositelj je u zahtjevu tvrdio da su odredbe malteškog zakonodavstva o stjecanju državljanstva podrijetlom diskriminatorne i suprotne odredbi čl. 14. u vezi sa čl. 8. Europske konvencije. Čl. 14. zabranjuje diskriminaciju, stipulirajući da će se „*uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurati bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost*“. Budući da čl. 14. nije samostalan već ga se treba vezati uz neku drugu odredbu, tj. konkretno pravo koje štiti Konvencija⁴⁵, podnositelj zahtjeva pozvao se na čl. 8. o pravu na poštivanje privatnog i obiteljskog života, koji glasi „*Svatko ima pravo na poštivanje svog privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja*“ (st. 1.), a „*Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih*“ (st. 2.). Činjenično stanje slučaja ukazuje na dvije razine diskriminacije: po spolu, budući da izvanbračno dijete može steći državljanstvo samo po majčinoj liniji, te privatnosti osobnog i obiteljskog života, budući da ova rezerva postoji samo u odnosu na djecu rođenu izvan braka. Izvanbračnost se tako postavlja kao ozbiljna prepreka i izvor diskriminacije pri ostvarivanju prava na državljanstvo.

Niz je kritika koje je malteška Vlada uputila podnesku. Primjerice, izdvojila je da činjenično stanje ne potpada pod čl. 8. zbog izostanka obiteljskog života, tj. bliskih osobnih veza između podnositelja zahtjeva i oca, a da biološka stvarnost nije dovoljan argument za konstituiranje obiteljskog života, tim više što u konkretnom slučaju nisu postojali izgledi da bi do njega ubuduće moglo doći. Smatrala je također da je podnositelj, kao državljanin EU, mogao slobodno i neograničeno posjećivati Maltu, kao i nastaniti se i zaposliti se ondje. Ipak, najvažniji argument Vlade bio je da državljanstvo nije

⁴⁴ *Ibid.*, para. 7-5, 22.

⁴⁵ Vidi opširnije: Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, op. cit. (bilj. 24), 1296-1301.

konvencijsko pravo i da se stoga podnositelj ne može pozvati na kršenje čl. 14.⁴⁶

Sud je u odgovoru na podnositeljev zahtjev i stavove Vlade usvojio nekoliko za percepciju državljanstva i obiteljskog života krucijalnih zaključaka. Prije svega, skrenuo je pozornost na domašaj državljanstva EU u poređenju s nacionalnim državljanstvom, naglasivši kako bi u praksi malteško državljanstvo podnositelju omogućilo mnogo širi dijapazon prava od onih koje ima samo s naslova državljanstva EU. Podnositelj bi mogao boraviti u Malti neograničeno dugo i za to vrijeme uspostaviti prisniji odnos s ocem, dok mu državljanstvo EU pruža tek određena prava nastanjivanja koja su ograničena uvjetima i formalnostima na koje ne nailazimo kod klasične forme državljanstva. Kada je riječ o tumačenju pojma „obiteljski život“, Europski sud naglasio je da se čl. 8. Konvencije ne smije tumačiti na način da obuhvati isključivo bračne veze, već i ostale oblike *de facto* obiteljskih veza, a kao jedan od razloga primjene takvog načela navedena je želja da se unaprijedi kvaliteta veze između bioloških očeva i njihove izvanbračne djece. Posljedično, „obiteljski život“ ne obuhvaća samo već formirane, nego i potencijalne veze koje se mogu razviti i unaprijediti u takvom složenom međudnosu između bioloških očeva i izvanbračne djece. U obzir se uzimaju relevantni faktori kao što je priroda tog odnosa te interes i posvećenost koje otac pokazuje prije i nakon djetetovog rođenja. Sličnu potrebu za širom definicijom Sud je pokazao i u odnosu na određenje „privatnog života“. Naveo je da ta sfera pojedinca obuhvaća i njegov/njen fizički i psihološki integritet, dakle, različite aspekte čovjekovog fizičkog i društvenog identiteta, stoga, iako čl. 8. ne jamči pravo na stjecanje državljanstva, arbitrarno odricanje od tog prava može pod određenim uvjetima konstituirati njegovu povredu zbog reperkusija odricanja po privatni život pojedinca. Povijesni dio presude jest zaključak Suda da se i u odsustvu obiteljskog života, odricanje od državljanstva može promatrati kao kršenje čl. 8. zbog utjecaja toga akta na privatni život pojedinca koji predstavlja dovoljno širok koncept da obuhvati aspekte čovjekovog društvenog identiteta. Naglašeno je da iako pravo na državljanstvo nije izrijeком zajamčeno Konvencijom, ono može imati utjecaja na društveni identitet pojedinca i stoga biti podvedeno pod opći doseg čl. 8. Uzevši u obzir gore navedene fakte, Sud je potvrdio da slučaj *Genovese* potpada pod odredbu čl. 14. Konvencije u vezi sa čl. 8.⁴⁷ Štoviše, upozorio je da se diskriminacija podnositelja zahtjeva zbog izvanbračnosti svakako smatra jednom od osnova zabrane diskriminacije predviđene čl. 14. i da se potvrda takvog stava može naći u nekim daleko ranijim presudama – *Marckx* protiv

⁴⁶ *Case of Genovese v. Malta*, op. cit. (bilj. 43), para. 27.

⁴⁷ *Case of Genovese v. Malta*, op. cit. (bilj. 43), para. 28-36.

Belgije (1979.)⁴⁸ i Inze protiv Austrije (1987.)⁴⁹. U procjeni potencijalnog kršenja čl. 14. od strane malteške Vlade, Sud se osvrnuo na važno pravilo da 'razliku u postupanju' iz navedene odredbe treba tumačiti kao akt koji nije objektivno i razumno opravdan, tj. onaj koji ne vodi do legitimnog cilja ili kod kojeg ne postoji razuman odnos proporcionalnosti između primijenjenih sredstava i željenog cilja. Države uživaju određeno pravo diskrecije (eng. *margin of appreciation*) u procjeni koje razlike u postupanju u sličnim situacijama i u kojoj mjeri mogu opravdati različiti pravni tretman, a opseg ove diskrecije ovisi o okolnostima, predmetu i njegovoj pozadini. U slučaju Genovese, status nezakonitog djeteta proizlazi iz činjenice da njegovi roditelji nisu bili u braku u trenutku njegovog rođenja, što je razlikovanje bazirano na statusu koje Konvencija zabranjuje, osim ako je objektivno opravdano. Argument malteške Vlade da je razlog takvog razlikovanja društvena realnost u kojoj je majka uvijek poznata dok otac ne, Sud nije mogao prihvatiti. Skrenuo je pri tome pozornost na činjenicu da i u slučajevima poput predmetnog, gdje je otac poznat i upisan na potvrdu o rođenju, neovisno da li dobrovoljno ili sudskom odlukom, postoji razlika u postupanju prema djeci rođenoj u bračnoj i onoj rođenoj izvan te zajednice za koju ne postoje opravdani razlozi. Takvo tumačenje rezultiralo je zaključkom Suda da je u slučaju Genovese došlo do kršenja čl. 14. u vezi sa čl. 8., čime je pravo na državljanstvo po prvi puta dobilo svoje mjesto u konvencijskom sustavu kao sastavni dio prava na zaštitu privatnog i obiteljskog života⁵⁰.

3.2. Mennesson protiv Francuske (2014.)

Godine 2011. Europski sud za ljudska prava započeo je dva činjenično vrlo slična postupka: *Mennesson protiv Francuske*⁵¹ i *Labassee protiv Francuske*⁵², u kojima je odlučivao o pravnom priznanju djece rođene surogatstvom, pri čemu su surogat majka i roditelji djeteta bili državljani različitih država. Sud je svojim presudama formulirao standarde kojima je učinjen iznimno važan iskorak u zaštiti prava djece donesene na svijet od strane surogat majki kao i u liberalizaciji surogatstva općenito. Zbog pretežitog preklapanja predmetnih činjenica, problematika je u nastavku analizirana

⁴⁸ *Case of Marckx v. Belgium*, Application no. 6833/74, 13.6.1979.

⁴⁹ *Case of Inze v. Austria*, Application no. 8695/79, 28.10.1987.

⁵⁰ *Case of Genovese v. Malta*, op. cit. (bilj. 43), para. 43, 46-49. Više o slučaju Genovese vidi u: Rene de Groot i Olivier Vonk, "Nationality, Statelessness and ECHR's Article 8: Comments on Genovese v. Malta," *European Journal of Migration and Law* 14 (2012): 317-325.

⁵¹ *Case of Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26.10.2014 (final 26.09.2014).

⁵² *Affaire Labassee c. France*, Requête no 65941/11, 26.6.2014 (définitif 26.9.2014).

isključivo kroz prikaz slučaja Mennesson. Iako su u primarnom fokusu presude prava djece i roditelja koji čine trijadni odnos surogatsva, slučaju je značajno pristupiti i iz perspektive ostvarenja prava odnosno djece na državljanstvo odnosnih roditelja budući da se državljanstvo u takvoj kompleksnoj pravnoj situaciji ne stječe automatizmom.

Podnositelji zahtjeva su članovi obitelji Mennesson: majka i otac, francuski državljani, te njihovo dvoje djece – blizanke Fiorella i Valentina, državljanke Sjedinjenih Američkih Država. Cijela obitelj živi u Francuskoj. Nakon bezuspješnih pokušaja da začmu dijete, uključujući i niz postupaka *in vitro* oplodnje vlastitim gametama, par, danas roditelji blizanki, odlučio se na medicinski potpomognutu oplodnju korištenjem očevih gameta i jajne stanice donorice, u namjeri da oplođenu jajnu stanicu transferiraju u donoričinu maternicu. Postupak su izabrali obaviti u Kaliforniji budući da ta američka savezna država surogatstvo smatra legalnim činom, tj. dopušta sklapanje ugovora o surogatstvu. Kada je bilo jasno da donorica nosi blizanke, Vrhovni sud Kalifornije donio je odluku po kojoj je otac proglašen „genetskim ocem“ (eng. *genetic father*), a majka „zakonitom majkom“ (eng. *legal mother*) djeci koju će roditi surogat majka. Po napatku Vrhovnog suda, podnositelji zahtjeva potom su upisani u rodne listove djece kao „majka“ i „otac“. Do problema dolazi u trenutku kada se otac obratio francuskom konzulatu u Los Angelesu u namjeri da se podaci s rodnih listova uvedu u francuski registar rođenih te da se imena blizanki unesu u njegovu putovnicu kako bi djeca mogla neometano otputovati s roditeljima u Francusku. Konzulat je, međutim, odbio njegovu molbu jer nije mogao dokazati da je majka navedena u rodnom listu biološka majka pa je zbog sumnje na surogatstvo, prosljedio slučaj francuskom državnom odvjetništvu. Par je unatoč takvoj odluci uspio s djecom otputovati u Francusku, jer je Američka federalna uprava blizankama izdala putovnice SAD-a u kojima su podnositelji zahtjeva navedeni kao njihovi majka i otac. U postupku francuskog državnog odvjetništva utvrđeno je da su odluka Vrhovnog suda Kalifornije i na temelju nje izdani rodni listovi ništavni, jer su u suprotnosti s francuskom koncepcijom međunarodnog i francuskog javnog poretka⁵³.

Podnositelji zahtjeva zauzeli su stav da su, zbog nemogućnosti da u Francuskoj ishode pravno priznanje roditeljskog statusa legalno dobivenog u inozemstvu, ugroženi najbolji interes djece, te njihovo zajedničko pravo na privatni i obiteljski život na način kako ga jamči čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Pravorijek Europskog suda potvrdio je da su postupanja francuskih vlasti interferirala kako s obiteljskim tako i privatnim životom podnositelja zahtjeva, ugrozivši njihova prava iz čl. 8. Odluke

⁵³ *Case of Mennesson v. France*, op. cit. (bilj. 51), para. 6 - 18.

francuskih vlasti bile bi ispričive jedino ako bi ih se moglo okarakterizirati kao „postupanja sukladna zakonu“ i „neophodna u demokratskom društvu da se ostvari jedan ili više zakonskih ciljeva“. Izraz 'neophodnost' podrazumijeva izrazitu društvenu potrebu i obujam interferencije koji je proporcionalan legitimom cilju kojeg se nastoji postići. Sud je istaknuo da su stavovi francuskih vlasti bili legitimni budući da nacionalni zakon ugovore o surogatstvu smatra ništavnim i nevaljanim, neovisno o tome je li do njihovog sklapanja došlo na francuskom teritoriju ili u inozemstvu. Suprotno tome, Sud nije mogao opravdati 'neophodnost' postupanja francuskih vlasti, prvenstveno stoga što je pravo diskrecije države znatno ograničeno u slučajevima koji dotiču najvažnije elemente čovjekove egzistencije ili identiteta. Osim toga, pravo diskrecije ograničeno je i nepostojanjem konsenzusa među državama članicama Vijeća Europe o legitimnosti surogatstva i osjetljivim etičkim pitanjima koja iz njega proistječu, a posebice faktom da su u predmetnom slučaju involvirana pitanja najboljeg interesa djeteta. Prekoračenje kod procjene neophodnosti dovelo je do ugroze niza elemenata obiteljskog i privatnog života. Kada je o obiteljskom životu riječ, nepriznavanje postojanja pravne veze između roditelja i djece reflektiralo se na niz segmenta svakodnevnog obiteljskog života, uzrokujući praktične probleme pri upisu djece u školu, reguliranju osiguranja, dobivanju obiteljskih potpora i sl. No, posebice ozbiljna reperkusija bila je nemogućnost djece da steknu državljanstvo roditelja, prava čiji je izostanak vodio do blokade u ostvarenju palete drugih prava. Primjerice, bez francuskog državljanstva upitno je postalo pravo djece da ostanu u Francuskoj nakon punoljetnosti ili da u međuvremenu bez prepreka putuju s roditeljima kao obitelj. Sukladno čl. 18. francuskog Građanskog zakonika, djeca mogu dobiti francusko državljanstvo ako je barem jedan od roditelja francuski državljanin, no, u predmetnom slučaju, doseg odredbe limitiran je granicama koje postavlja čl. 47. istog akta stipulirajući pitanje pravne valjanosti potvrda o građanskom statusu koje su izdane u inozemstvu. One se smatraju validnima ako detalji iz drugih dokumenata ili iz same potvrde, te faktično stanje slučaja ne ukazuju da su podaci protupravni, krivotvoreni ili ne odgovaraju stvarnosti. Uzevši u obzir restriktivan stav Francuske po pitanju legalnosti (inozemnog) ugovora o surogatstvu, činjenično stanje slučaja moguće je podvesti pod iznimke koje bi priječile stjecanje francuskog državljanstva. Međutim, procjenjujući razinu proporcionalnosti službenog stava Francuske po pitanju pravnih učinaka ugovora o surogatstvu i praktičnih problema koji su njime uzrokovani u svakodnevnom životu podnositelja zahtjeva, Sud je zaključio da disproporcija nije tolika da bi ju se moglo smatrati kršenjem *prava na obiteljski život*. U prilog balansa, navedene su okolnosti da je podnositeljima pružena mogućnost nastaniti se u Francuskoj neposredno po rođenju djece, da su mogli živjeti obiteljskim životom koji je komparabilan onome drugih obitelji i da ne postoje

okolnosti u francuskom zakonodavstvu koji bi ukazivale na opasnost razdvajanja članova obitelji. *A contrario*, Sud je izdvojio nekoliko detalja koji idu u prilog tvrdnji da je blizankama prekršeno *pravo na privatni život* iz čl. 8. Europske konvencije. U bazi odnosnog prava je, prije svega, mogućnost pojedinca da utvrdi detalje svog identiteta kao ljudske osobe, uključujući i aspekte pravnog odnosa djeteta-roditelj. Iako su pojedinosti tog odnosa transparentno ustanovljene po pravu SAD-a, isti su u kontradikciji s francuskim pravnim sustavom, zbog čega su djeca dovedena u poziciju pravne nesigurnosti, a mogućnost jasnog definiranja njihovog identiteta unutar francuskog društva znatno je umanjena. Iako čl. 8. ne jamči pravo na državljanstvo, slučajem Genovese nesporno je utvrđeno da je državljanstvo važan element čovjekovog identiteta pa se stoga bilo koja nesigurnost po tom pitanju može negativno odraziti na poimanje cjelokupnog identiteta pojedinca. S formalno-pravne strane, djeca rođena surogatstvom diskriminirana su po francuskom zakonu i po pitanju nasljednih prava, što dodatno ugrožava percepciju vrijednosti njihovog odnosa s roditeljima kao ključnog dijela identiteta. Francuski stav pokazao se naročito problematičnim u dijelu nepriznavanja pravne veze između djece i biološkog roditelja, tim više što je ta veza potvrđena u pravnom sustavu druge države i što na njoj inzistiraju svi podnositelji zahtjeva. Nepriznavanjem te očite veze, Francuska je prekoračila dopuštene granice prava diskrecije. Uzevši sve navedeno u obzir, Sud je zaključio da postupanje francuskih vlasti nije bilo kompatibilno najboljem interesu djece i da im je stoga prekršeno pravo na privatni život iz čl. 8. Europske konvencije⁵⁴.

3.3. Jeunesse protiv Nizozemske (2014.)

Segment društvenih odnosa kontekstualno i konceptualno višestruko premrežen s pravom na državljanstvo jest područje migracija, naročito u slučajevima kada se njegovi učinci direktno reflektiraju na obiteljske odnose migranata. O pravima migranata i njihovih obitelji Europski sud za ljudska prava često je presuđivao⁵⁵, a članak se fokusira na posljednji u nizu slučajeva – *Jeunesse protiv Nizozemske*⁵⁶, u kojemu je Sud iskazao tendenciju fleksibilizacije strogih imigracijskih politika u korist migranata⁵⁷.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 43, 48-50, 59, 77 - 102.

⁵⁵ Vidi: *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014).

⁵⁶ *Case of Jeunesse v. The Netherlands*, Application no. 12738/10, 3. 10. 2014.

⁵⁷ Gregor Puppink i Claire de La Hougue, „ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy: Regarding the *Mennesson v. France* and *Labassee v. France* Cases (N°65192/11 & N°65941/11),“ *Revue Lamy Droit Civil* 118(2014): 78.

Podnositeljica zahtjeva živi u Den Haagu, a rođena je u Surinamu (1967.) iz kojeg je emigrirala u Nizozemsku 1997. godine. Još za života u Surinamu, započela je vezu u kohabitaciji s gospodinom W. koji je također rođen i svo vrijeme do susreta s podnositeljicom živio u Surinamu. Oboje su stekli surinamsko državljanstvo 1975. godine, nakon što je Surinam proglasio neovisnost. Budući da je do tada bio država (nizoz. *land*) unutar Kraljevine Nizozemske, podnositeljica je prvih osam godina života imala nizozemsko državljanstvo. Gospodin W. 1991. godine odlazi u Nizozemsku, gdje dvije godine poslije stječe nizozemsko državljanstvo i automatizmom gubi surinamsko. Podnositeljica je u Nizozemsku došla temeljem 45-odnevne vize, no nakon njenog isteka nije se vratila u Surinam, već je u Nizozemskoj podnijela zahtjev za dozvolom boravka kako bi se pridružila svom partneru. Zahtjev joj je, kao i nekoliko drugih koji su uslijedili nakon toga, odbijen. Godine 1999. par se vjenčao i dobio troje djece (2000., 2005. i 2010.) koja su, poput oca, stekla nizozemsko državljanstvo. Pri odbijanju zahtjeva, nizozemske vlasti upozorile su na restriktivne nacionalne imigrantske propise i iznijele nekoliko specifičnosti predmetnog slučaja koji opravdavaju odluku vlasti. Tako se navodi da je podnositeljica i prije dolaska u Nizozemsku bila u vezi s gospodinom W., da je ušla u državu bez posebne dozvole da se pridruži partneru, da je svjesno zasnovala obitelj unatoč svome statusu tj. neposjedovanju dozvole boravka, te da obiteljski život bez ikakvih prepreka može ostvariti s gospodinom W. i djecom i u Surinamu. Naglašeno je također da činjenica da su joj suprug i djeca nizozemski državljani ne obvezuje automatski Nizozemsku da joj odobri pravo boravka, niti to podrazumijeva da je Nizozemska jedina država u kojoj može nesmetano živjeti s obitelji. Epilog dugogodišnje diskrepancije u percepciji činjeničnog stanja između podnositeljice i nizozemskih vlasti bilo je podnošenje zahtjeva u kojem je Nizozemska optužena da krši čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda o pravu na obiteljski život⁵⁸.

Presuda Europskog suda bacila je novo svjetlo na staru problematiku konvencijskog prava. Sud je potvrdio da je svaka država, u skladu s dobro utvrđenim pravilima međunarodnog prava i u granicama preuzetih ugovornih obveza, ovlaštena kontrolirati ulaz stranaca na svoj teritorij kao i pravo njihovog boravka. No, čak i u slučaju da država tolerira boravak stranca na svom teritoriju kroz duže vrijeme, do te mjere da osoba postane dijelom njenog društva, te da uspostavlja veze i kreira obitelj, to ne znači automatski da su državne vlasti dužne pojedincu dopustiti da se nastani u njoj pozivajući se na čl. 8. Konvencije. *Mutatis mutandis*, konfrontiranje države domaćina s obiteljskim životom imigranta kao *fait accompli*, nikako ne obvezuje državu da odobri tom

⁵⁸ *Case of Jeunesse v. The Netherlands*, op. cit. (bilj. 56), para. 8-42, 62, 76.

pojedincu nastanjivanje na svom teritoriju. U procjeni je li Nizozemska svojim odlukama postigla poštenu ravnotežu između interesa pojedinca i zajednice, Sud se posebice fokusirao na činjenicu da su u predmetnom slučaju involvirana djeca i da je nužno posvetiti najveću moguću pozornost njihovom najboljem interesu. U slučaju kada je država konfrontirana s *fait accompli*, njena odluka da pojedincu onemogućiti boravak na svom teritoriju smatra se kršenjem čl. 8. samo u iznimnim okolnostima. Sud ih je u predmetnom slučaju izdvojio nekoliko. Prva okolnost je činjenica da su svi članovi obitelji nizozemski državljani, osim podnositeljice, pa im stoga pripada pravo nesmetanog uživanja obiteljskog života u Nizozemskoj. Naglašeno je, međutim, da je i podnositeljica bila nizozemska državljanka u vrijeme rođenja, ali je automatizmom, tj. bez svoje volje, stekla surinamsko, a izgubila nizozemsko državljanstvo nakon što je Surinam postao neovisna država. Posljedično, njen status ne bi se trebao razmatrati na istoj bazi kao i položaj ostalih imigranata koji nikada nisu bili nizozemski državljani. Kao drugu okolnost Sud je naveo dužinu neprekidnog (toleriranog) boravka u Nizozemskoj (16 godina) tijekom kojeg je uspostavila bliske obiteljske, društvene i kulturne veze u Nizozemskoj. Treće, unatoč surinamskom podrijetlu, Sud je smatrao da je izgledno da bi obitelj naišla na poteškoće pri preseljenju u Surinam, posebice djeca, a upravo je briga o njihovom najboljem interesu navedena kao četvrta okolnost. Kao nizozemski državljani koji nikada nisu posjetili Surinam, djeca su razvila direktne veze s Nizozemskom, ali ne i Surinamom pa procjenu utjecaja preseljenja svakako treba razmatrati kontekstualno. Za djecu još traumatičnije iskustvo bila bi separacija od majke zbog njene obveze povratka u Surinam. Uzevši kumulativno u obzir sve navedene okolnosti, Sud je zaključio da nizozemske vlasti nisu u dovoljnoj mjeri razmotrile i procijenile praktičnost, izvodljivost i proporcionalnost majčinog preseljenja u Surinam i time uvjetovanu ugrozu najboljeg interesa djece. Komparirajući pravo diskrecije i javni interes Nizozemske u domeni migracijske politike s osobnim interesima podnositeljice zahtjeva i njene obitelji, Sud je naglasio kako se okolnosti predmetnog slučaja mogu smatrati „iznimnim“ u smislu okolnosti koje vode do kršenja odredbe čl. 8. o zaštiti prava na obiteljski život⁵⁹.

IV Zaključak

Pojam državljanstva konceptualno je višeslojan i može ga se podvesti pod različite aspekte čovjekovog identiteta. Iako ga stroga pravna definicija determinira kao pravnu vezu države i pojedinca, termin je eluzivan i pogoduju mu fleksibilna tumačenja. Višeznačnost je posebice evidentna u domeni

⁵⁹ *Ibid.*, para. 100, 103, 106, 109, 114-123.

ljudskih prava, unutar koje se generiraju različiti odnosi međuovisnosti prava na državljanstvo i pletore drugih prava. U posljednjih nekoliko godina, vrlo važan obol u standardizaciji prava na državljanstvo i determiniranju karaktera njegovog odnosa s drugim pravima daje Europski sud za ljudska prava svojom inovativnom jurisprudencijom. Slučajevi analizirani u ovom članku svjedoče da se pravu na državljanstvo može pristupiti iz različitih perspektiva: onih izvanbračne djece, djece rođene surogatstvom ili migranata i njihovih obitelji, no, to je samo dio tematike koju je moguće nadovezati na koncept državljanstva. Europski sud državljanstvo je vješto podveo pod čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kojim je stipulirano pravo na osobni i obiteljski život, fleksibilno prilagodivši Konvenciju fleksibilnom karakteru pojma. Time je dokument koji ne sadži eksplicitnu odredbu o zaštiti prava na državljanstvo postao jednim od ključnih mehanizama njegove zaštite, a za očekivati je da će se taj trend tumačenja državljanstva kroz konvencijsko pravo u budućnosti i intenzivirati.

Nives Mazur Kumrić, Ph.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Liège, Belgium

THE CONCEPTUALIZATION OF CITIZENSHIP RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The notion of citizenship rests on the cleavage between national and international law as a matter predominantly shaped by state's internal acts, in accordance with limits determined by the state's interrelations with other states and rules of international law. The respective dichotomy generates further branching of the notional structure, making it multilayered, multidimensional and fluid. The simplified definition of citizenship conceptualises it as a real and effective link between the state and an individual, however, in social reality the notion transcends the respective formal perception and interferes with conceptions of identity, belonging and sentiments. With the aim of positioning citizenship within the domain of contemporary international human rights protection, this paper focuses on the analysis of jurisprudence of the European Court of Human Rights which has in several of its recent judgments provided for an original interpretation of the right to citizenship, subsuming it under the ambit of Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and

Fundamental Freedoms on the right to private and family life. Although Conventional norms do not grant the right to citizenship *expressis verbis*, an insight into three judgments (Genovese v. Malta, Mennesson v. France and Jeunesse v. the Netherlands) demonstrates that the Court's innovative interpretation of Article 8 has proved that flexible notions of private and family life are comparable enough with citizenship to embrace the aspects of a person's social identity which make up the essence of the concept of citizenship.

Др Горан Марковић
Доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

КОНСОЦИЈАЦИЈА И ДИСКРИМИНАЦИЈА

Апстракт: *Будући да је политички режим консоцијативне демократије заснован на идеји представљености одређених друштвених група, у теорији и политичкој пракси може се поставити питање да ли представљеност одређених друштвених група води дискриминацији других група, односно њихових припадника као грађана. Ово питање се поставља зато што се консоцијативна демократија успоставља ради обезбјеђивања функционисања државе у друштвима у којима треба пронаћи компромис интереса супротстављених група. Пошто се тежи постизању компромиса друштвено и политички најважнијих група, поставља се питање да ли искључивање осталих група значи да су оне дискриминисане.*

Аутор анализира уставна рјешења у неколико држава које имају политички режим консоцијативне демократије, те одлуке и мишљења ауторитативних националних и међународних органа, како би утврдио да ли се и у којим случајевима може говорити о дискриминацији у консоцијацијским режимима. Посебан акценат ставља на Босну и Херцеговину, јер сматра да она (за разлику од Швајцарске, Белгије и Либана) има консоцијативни режим заснован на дискриминацији. Закључак је да консоцијативна демократија у принципу није заснована на дискриминацији, јер представљеност одређених друштвених група у политичким институцијама по правилу не доводи до различитог третмана у смислу непризнавања одређених права било којој друштвеној групи, а тиме и појединцу.

Кључне ријечи: *Консоцијативна демократија; дискриминација; друштвени сегменти; подијељено друштво; људска права; политичке институције.*

1. УВОД

Консоцијативна демократија је један од облика демократског политичког режима, који се јавља у подијељеним друштвима. Једно од њених обиљежја је да су одређене друштвене групе као такве представљене у институцијама јавне власти и да им је признат политички субјективитет.

У подијељеном друштву, напетост постоји по више основа. Прво, јавља се напетост између грађанина, с једне стране и друштвених група којима је признат политички субјективитет, с друге стране. Друго, постоји напетост између друштвених група којима јесте и оних којима није признат политички субјективитет. Овдје се може јавити проблем дискриминације, зато што у одређеним политичким институцијама могу бити представљене само одређене друштвене групе, и то оне којима је признат политички субјективитет. Поставља се питање да ли у том случају постоји дискриминација грађана који не припадају тим друштвеним групама, односно да ли постоји дискриминација друштвених група којима није признат политички субјективитет.

Видјећемо да су тумачења овог питања различита, и да чак и судови дају различит одговор на питање да ли ова дискриминација постоји, руководећи се притом не само конкретним уставним рјешењима, него и различитошћу друштвено-политичких прилика у којима се та рјешења примјењују.

2. (АНТИ)ДИСКРИМИНАЦИОНА ПРИРОДА КОНСОЦИЈАЦИЈЕ?

Консоцијативна демократија почива на идеји да извјесне друштвене групе треба да буду представљене у институцијама, поготово у парламенту и влади. Но, како у друштву постоје различите друштвене групе, а нису све представљене у институцијама, може се поставити питање дискриминације непредстављених група. Ово не важи за све друштвене групе, већ само за оне групе исте врсте које нису представљене. На примјер, ако консоцијација почива на представљености нација, да ли је потребно да у институцијама буду представљене све нације?

Да би се одговорило на питање какав је однос консоцијације и дискриминације, мора се разумјети друштвено-политичка условљеност, а тиме и институционална природа, консоцијативне демократије. Она је карактеристична за подијељена друштва, у којима се поједине друштвене групе јављају као тзв. друштвени сегменти, који су представљени у политичким институцијама, што треба да омогући заштиту њихових интереса. Кад друштво не би било подијељено на ове друштвене сегменте, политички режим не би имао обиљежја консоцијативне већ већинске демократије.

Консоцијативна демократија ставља у други план грађанина као апстрактну индивидуу, а понекад и поједине друштвене групе. Јер, немају све друштвене групе једнак значај и исту улогу у подијељеним друштвима. У Белгији, на примјер, осим Фламанаца и Валонаца, живи и

њемачка језичка група, која је знатно малобројнија и политички мање значајна. Иако представља посебан друштвени сегмент, Устав не предвиђа њену обавезну представљеност у појединим институцијама. Слично важи за Остале у Босни и Херцеговини.

Поставља се питање да ли одсуство неке од ових друштвених група из појединих институција значи њихову дискриминацију. На примјер, ако Устав Белгије прописује да ће Савјет министара имати до петнаест чланова, од којих ће по седам бити Фламанци и Валонци (а петнаести ће бити премијер), да ли то значи да је њемачка заједница дискриминисана? Слично питање може бити постављено кад је у питању Босна и Херцеговина, у којој су у појединим институцијама представљена само три конститутивна народа. Да ли то значи да су Остали дискриминисани?

Консоцијативна демократија је демократија колективитета којима је признат политички субјективитет. Пошто се она јавља у подијељеним друштвима, треба да обезбиједи равноправно учешће у власти тих колективитета. Међутим, немају сви колективитети исти политички значај и историјску улогу у одређеном друштву. На примјер, суштина белгијског политичког система налази се у односима Фламанаца и Валонаца, у Босни и Херцеговини у односима Срба, Бошњака и Хрвата, а у Либану у односима муслимана и хришћана. Иако у овим земљама живе и друге друштвене групе, оне немају толики значај за обликовање политичких односа, због чега нису предвиђени посебни уставни механизми за њихово учешће у органима власти. Суштина консоцијативне демократије је у представљености одређених а *не нужно* свих друштвених група формианих по одређеном критеријуму. Стога, може се поставити питање да ли су дискриминисане оне друштвене групе које нису представљене у институцијама.

Ако пођемо од идеје подијељеног друштва, важно је да у институцијама буду представљене релевантне друштвене групе, на примјер најбројније и друштвено-политички најважније нације, језичке или религијске групе. То што у институцијама нису представљене све такве друштвене групе, са становишта консоцијативне демократије није важно, пошто она има за циљ да омогући остваривање интереса релевантних друштвених сегмената. Ове аргументе износе творци појединих режима консоцијативне демократије.

Посебно треба имати у виду да се консоцијативна демократија заснива на идеји подјеле власти (али не у смислу начела подјеле власти већ учешћа у вршењу функција државне власти различитих друштвених група), тзв. *power-sharing*. Ако је већ тако, неизбјежно је да одређене друштвене групе буду представљене у одређеним институцијама, прије

свега у законодавним и извршним. Поставља се питање да ли то значи да друштвене групе које из историјских или политичких разлога нису довољно релевантне треба или могу да буду искључене из учешћа у овим институцијама. Јер, основни циљ консоцијативне демократије је да постигне мир и компромис између одређених друштвених група. Она је најбољи, ако не и једини, начин да то буде постигнуто. Ако је то основни циљ, који није могуће избјећи без жртвовања других принципа, као је што је, на примјер, опште бирачко право, може ли се оправдати дискриминација која проистиче из непризнавања бирачког права оним грађанима који припадају одређеним друштвеним групама?

Нема сумње да консоцијативна демократија треба да допринесе равноправном и дјелотворном учешћу одређених друштвених група у вршењу власти у подијељеним друштвима. Том основном циљу подређена је институционална структура државе. Међутим, ништа не указује на то да осталим друштвеним групама, односно њиховим припадницима као индивидуалним грађанима, треба онемогућити неко право, као што је бирачко. То што, на примјер, власт у институцијама треба да дијеле три нације не значи да припадници осталих нација не треба да имају право да буду бирани у те институције. Јер, циљеви који треба да буду постигнути увођењем консоцијативне демократије могу бити постигнути и ако сва права буду призната свим друштвеним групама, односно свим грађанима, тако да није нужно да неке од њих буду лишене права и тиме дискриминисане.

Упоредна уставноправна и политиколошка анализа показује да консоцијативна демократија може довести до искључивања појединих група, а тиме и дијела грађана, из учешћа у управљачким процесима, тако што им одузима одређена права, као што је бирачко право. Међутим, то није суштинско обиљежје консоцијативне демократије. Њена институционализација, као што ћемо показати, може али не мора довести до дискриминације. Гарантовање одређених права појединим групама не мора да значи негацију тих права другим групама и њиховим припадницима.

3. АНАЛИЗА СЛУЧАЈЕВА

3. 1. Босна и Херцеговина

Поставља се питање како треба оцјењивати однос консоцијације и дискриминације са правног аспекта. Другим ријечима, да ли је непредстављеност појединих друштвених група правно ирелевантна, па се може говорити о одсуству дискриминације. Изгледа да на ово питање није

могуће дати одговор који би важио за све земље и сва времена. Дobar примјер је Босна и Херцеговина. Према њеном уставу, у Предсједништву Босне и Херцеговине и Дому народа Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине представљени су само конститутивни народи. То, што у ове институције не могу бити бирани Остали, представља дискриминацију, јер грађанима који нису Бошњаци, Хрвати или Срби није признато пасивно бирачко право. Пошто им то право није признато само због њихове националне (не)припадности, долазимо до закључка да постоји дискриминација.¹

Међутим, о питању дискриминације ријетко се расправља у теоријским радовима, а чак и ауторитативне институције на европском или међународном нивоу нису одговориле на ово питање тако што би недвосмислено и у свим условима утврдиле постојање дискриминације. Наиме, тврди се да дискриминација постоји само онда кад није оправдано доводити различите групе у различит положај у релевантно сличним ситуацијама.² Примјењујући ово на случај Босне и Херцеговине, није довољно то што припадници појединих група, односно групе као такве немају одређена права. Потребно је да одсуство тих права буде сматрано неоправданим, па да се може говорити о дискриминацији.

Дobar примјер је одлука Уставног суда Босне и Херцеговине у предмету АП 2678/06, у којој се овај суд бавио питањем да ли су Бошњаци и Хрвати у Републици Српској, односно Срби у Федерацији Босне и Херцеговине дискриминисани зато што се не могу кандидовати за чланове Предсједништва Босне и Херцеговине. Суд је у овој одлуци поновио став Европског суда за људска права да се „о постојању дискриминације може говорити само у случају када за различито поступање не постоји објективно и разумно оправдање“.³ Полазећи од тог начелног става, Уставни суд је оцијенио да Устав Босне и Херцеговине не садржи дискриминишуће норме, будући да су норме о саставу Предсједништва Босне и Херцеговине намјерно такве, јер је требало да допринесу успостављању мира и дијалога. Суд је оцијенио да наведене норме имају разумно оправдање и служе легитимном циљу, па се не могу сматрати дискриминаторним. Слиједи, дакле, да уставотворац није лишио поједине категорије грађана пасивног бирачког права омашком, него је сматрао да је то неопходно, како би устав уопште могао бити усвојен, што је била

¹ „Уживање сваког права које закон предвиђа мора се обезбиједити без дискриминације по било ком основу (...)“ – Протокол 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, чл. 1, ст. 1.

² Драгољуб Поповић, *Европско право људских права*, Службени гласник, Београд 2012, стр. 385.

³ Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине у предмету АП 2678/06, тач. 19.

претпоставка за постизање два легитимна циља – окончања рата и успостављања функционалне државе.

Други примјер је пресуда Европског суда за људска права у спору *Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине*. Суд је у пресуди утврдио да су у Босни и Херцеговини дискриминисани Остали (али, не само они), јер им Уставом није признато пасивно бирачко право на изборима за Предсједништво и Дом народа Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине. Пошто у ове институције могу бити бирани само Бошњаци, Срби и Хрвати, јасно је да остали грађани не могу бити бирани само због своје „неодговарајуће“ националне припадности.

У оба случаја, поставља се питање ко одлучује о томе да ли постоји оправдан разлог и разумно оправдање за неједнако третирање појединих група односно грађана који припадају тим групама. Тај субјект је, прво, парламент, који доноси устав, а на основу њега законе (прије свега, изборни закон). Осим парламента, тај субјект може бити домаћи или страни суд (или уставни суд). Ту се јављају два проблема. Први је што постојање оправданог разлога може бити временски ограничено. Други је што одређивање престанка овог оправданог разлога може бити израз произвољности.

У Босни и Херцеговини, на примјер, сматра се да је након доношења Устава било оправдано да постоје ограничења у погледу састава Предсједништва и Дома народа Парламентарне скупштине, да та ограничења нису израз дискриминације, јер су била нужна ради успостављања мира и функционисања државе.⁴ Међутим, у пресуди од децембра 2009. године, Европски суд за људска права сматра да дискриминација постоји зато што Остали немају право да буду бирани у ове институције. Дакле, у 2009. години више не постоје оправдани разлози за искључивање Осталих (као и Срба у Федерацији Босне и Херцеговине односно Бошњака и Хрвата у Републици Српској) из институција о којима

⁴ Држава Босна и Херцеговина је, у поступку пред Европским судом за људска права у случају *Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине*, износила управо овај аргумент, тврдећи да уставне норме нису дискриминаторне. Међутим, држава је занемарила одговор на два питања: прво, да ли су у међувремену престале околности које су утицале на то да Осталима буде ускраћено учешће у Предсједништву и Дому народа Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине; друго, да ли је било могуће обезбиједити интересе три „главне“ нације, а да то не доведе до дискриминације Осталих. Држава је у свом одговору истакла да још није вријеме за успостављање политичког режима већинске демократије. Међутим, тај аргумент није ваљан, јер ни у поменутом предмету, а ни у политичкој пракси, увођење већинске демократије није нити може бити актуелно питање. – Вид. *Case of Sejdīć and Finčić v. Bosnia and Herzegovina, Judgment*, пар. 34.

је ријеч. Шта се то догодило од 1995. до 2009. године, па да више не буде оправдано то што пасивно бирачко право није признато појединим друштвеним групама? Одговор може да буде само тај да је мир учвршћен и да је успостављена функционална држава, па нема потребе да одређене институције буду „резервисане“ само за Хрвате, Србе и Бошњаке. Међутим, не постоји нико ко може објективно и поуздано да утврди да ли је заиста тако. Европски суд за људска права је у својој пресуди из 2009. године то утврдио, али може се поставити питање оправданости те оцјене, поготово што с њом нису биле сагласне ни све судије овог суда.⁵

Слично вриједи за одлуку Уставног суда Босне и Херцеговине у већ поменутом предмету. Наиме, поставља се питање на основу чега је Уставни суд оцијенио да је основано ограничење пасивног бирачког права, предвиђено Уставом и Изборним законом Босне и Херцеговине, по коме се за члана Предсједништва не могу кандидовати Срби из Федерације односно Хрвати и Бошњаци из Републике Српске. Сматрамо да Уставни суд није располагао поузданим мјерилима, већ се могао ослонити само на своју процјену политичке опортуности оваквог уставног рјешења.⁶ Он је процјењивао да ли још увијек постоје оправдани разлози за овакво уставно рјешење, јер се тиме обезбјеђује да у Предсједништво буду бирани Срби, Хрвати и Бошњаци. По природи ствари, таква процјена може бити само политичке природе, а пошто није заснована на правним мјерилима, она је нужно произвољна. Да је неки други орган доносио одлуку или да је Уставни суд имао другачији састав, можда би донио супротну одлуку, јер би процијенио да више нема оправданих разлога за различито третирање припадника различитих етничких група.

Уставни суд Босне и Херцеговине је могао закључити и супротно. Он је, на примјер, могао поћи од става да треба гарантовати мјесто Бошњацима, Србима и Хрватима у Предсједништву, али да гарантовање мјеста припадницима ових народа може бити извршено на начин да то не значи кршење једнаких права припадника других народа. Другим

⁵ Не оспоравамо аргументе изнесене у пресуди Европског суда за људска права, јер смо сагласни са овом пресудом, већ само указујемо на то да, због тога што аргументи нису строго правни, постоји могућност да буду оспоравани, имајући у виду да није лако утврдити у ком тренутку престају постојати оправдани разлози за различит третман.

⁶ Уставни суд је овако резонувао: „Предметна ограничења имају оправдање у специфичности унутрашњег уређења Босне и Херцеговине које је успостављено Дејтонским споразумом, а чији је коначни циљ био успостава мира и дијалога између супротстављених страна будући да је предметна одредба у Устав унесена намјерно и свјесно како би чланови Предсједништва били из реда бошњачког, хрватског и српског народа.“ – *Ibid.*, тач. 21.

ријечима, то што у Предсједништву треба да се налазе представници Срба, Бошњака и Хрвата није супротно принципу једнаких права свих грађана Босне и Херцеговине. Ако би се пошло од ове основне претпоставке, могло би се тврдити да је дискриминација присутна, јер у том случају постојећа уставна и законска рјешења не би била заснована на оправданим разлозима (успостављању мира и функционалне државе), пошто би се ти циљеви могли постићи и без негације пасивног бирачког права одређеним категоријама грађана.

Комитет за елиминацију расне дискриминације, у *Закључним разматрањима о Босни и Херцеговини*,⁷ закључио је супротно од Уставног суда Босне и Херцеговине, истакавши да трипартитна структура политичких институција може бити оправдана, чак и неопходна, али да то не искључује несагласност важећих уставних рјешења са принципима садржаним у Конвенцији о елиминацији свих облика расне дискриминације. Комитет је изнио овај став 2006. године, у исто вријеме кад је Уставни суд донио напријед анализирану одлуку. Поређењем мишљења два органа, видимо како је могуће, примјеном различита мјерила, изрећи два супротна става у исто вријеме, дакле када се имају у виду исте друштвене прилике у држави. Притом, морамо дати предност мишљењу Комитета, из једноставног разлога што је примијенио правни критеријум. Он је анализирао одредбе Устава са становишта његове усклађености са Конвенцијом, па је могао релативно једноставно доћи до закључка да су његове одредбе дискриминаторне. Притом, није морао улазити у политиколошке (чак и политичке) расправе о томе да ли још увијек постоје оправдани разлози за искључиво представљање конститутивних народа у појединим институцијама, јер би таква расправа била заснована на „неухватљивим“ политичким мјерилима и аргументима.

Венецијанска комисија је заузела, условно говорећи, средње становиште. Она је истакла да су уставна рјешења која се односе на састав Предсједништва Босне и Херцеговине била прихватљива у вријеме доношења Устава и да је „тешко негирати легитимност норми које су можда проблематичне са становишта недискриминације али су неопходне за постизање мира и стабилности и за избегавање даљег губитка људских живота“.⁸ Међутим, током времена дошло је до промјена у Босни и

⁷ *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 9 of the Convention*, CERD/C/BIH/CO/6 of 11 April 2006, http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/ombudsmen_doc2013031102051839eng.pdf, 09.05.2015.

⁸ Вид. *Opinion on the constitutional situation in Bosnia and Herzegovina and the powers of the High Representative* (CDL-AD(2005)004), из 2005. године, тач. 74.

Херцеговини, прије свега у том смислу што је она постала чланица Савјета Европе, чиме се као држава обавезала да примјењује Европску конвенцију о људским правима. Осим тога, Венецијанска комисија сматра да је могуће обезбиједити принцип представљености конститутивних народа у политичким институцијама, а да то не буде супротно европским стандардима, односно да не доведе до дискриминације.⁹

Европски суд за људска права, по нашем мишљењу оправдано, сматра да оправданост различитог поступања према лицима на основу њихове расне или етничке припадности треба тумачити крајње рестриктивно.¹⁰ Истовремено, Суд сматра да никакво разликовање које се заснива искључиво или у највећој мјери на етничкој припадности појединца не може бити сматрано оправданим у модерним демократским плуралним друштвима. Суд је узео у обзир уставне и политичке промјене које су се у Босни и Херцеговини догодиле након ступања на снагу Устава, а које указују да је дошло до успостављања релативно стабилне државе. Због тога, као и због чињенице да подјела власти између водећих етничких група не искључује сама по себи остале етничке групе из учешћа у политичким институцијама, Суд је закључио да постојећи консочијативни механизми у Босни и Херцеговини почивају на дискриминацији и да су уставна рјешења супротна Европској конвенцији о људским правима.

Да су и политичке елите свјесне проблематичности рјешења садржаних у Уставу Босне и Херцеговине, са становишта међународних стандарда о дискриминацији, свједоче амандмани на уставе ентитета и поједини државни закони доношени након 2000. године. Тако, на примјер, амандмани на уставе ентитета из 2002. године предвиђају да ће у састав појединих институција улазити и представници Осталих,¹¹ док Закон о Савјету министара Босне и Херцеговине из 2003. године предвиђа могућност да и Остали имају једно министарско мјесто у овој институцији. Ова рјешења су доказ постојања свијести да Устав Босне и Херцеговине садржи дискриминаторне норме, али и доказ да институције једног подијељеног друштва могу бити састављене тако да обезбиједи принципе *power-sharing*-а, уз истовремену представљеност *свих* група.

⁹ *Ibid.*, тач. 76 и 77.

¹⁰ *Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, Judgment*, пар. 44.

¹¹ Устав Републике Српске прописује ће у Вијећу народа Републике Српске обавезно бити представљени и Остали, са своја четири делегата. Устав Федерације Босне и Херцеговине прописује да ће у Дому народа Парламента Федерације Остали бити представљени са седам делегата. Оба устава предвиђају да Осталима може припасти једно мјесто у ентитетској влади.

3. 2. Либан

Други примјер консоцијативне демократије је Либан. У овој држави, консоцијативни механизми треба да обезбиједи представљеност вјерских заједница у политичким институцијама. Друштво је подијељено на хришћане и муслимане, а они се опет дијеле на више вјерских заједница – има их укупно 18, премда су три најважније: маронитски католици, шиити и сунити. Предвиђено је да своје представнике у политичким институцијама имају и муслимани и хришћани,¹² али је проблем, у контексту теме којом се бавимо, настао због (не)могућности представљености свих вјерских заједница. И овдје се поставља питање да ли би одсуство представника мањих вјерских заједница из политичких институција значило њихову дискриминацију.

Ако бисмо пошли од историјских и политичких околности у којима је консоцијација постала основ уставног и политичког система Либана (потреба окончања петанестогодишњег грађанског рата), могло би се одговорити да дискриминација не постоји чак и ако неке вјерске заједнице немају право да буду представљене у политичким институцијама, јер је најважнији циљ успостављања таквих консоцијативних механизма био да се постигне мир. Ако је за постизање мира било неопходно обезбиједити сагласност најважнијих вјерских заједница кроз њихово учешће у политичким институцијама, то би значило да је одсуство права других вјерских заједница да учествују у тим институцијама разумно и оправдано, јер служи постизању легитимног циља.

Међутим, проблем се може посматрати и из другог угла. То што су три вјерске заједнице најбројније и политички најзначајније, не значи да и друге вјерске заједнице не треба да имају право да буду представљене у политичким институцијама. Ово поготово важи за парламент. Два су разлога за то. Прво, парламент је представнички орган народа, а народ чине све друштвене групе (у овом случају, говоримо о вјерским заједницама, али народ се не може посматрати само као скуп вјерских заједница, а поготово не као скуп неких вјерских заједница). Да би парламент заиста био представнички орган, у њему морају бити представљени сви дијелови народа, што значи и мале и велике друштвене групе. Друго, ако у парламенту нису представљене све вјерске заједнице,

¹² На примјер, предвиђено је да муслимани и хришћани имају по једну половину мјеста у парламенту. – Sara G. Barclay, „Consociationalism in Lebanon“, *CUREJ – College Undergraduate Research Electronic Journal*, <http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=curej>, 34.

то значи да се пасивно бирачко право не признаје свим грађанима. У том случају, оно не би било признато одређеним категоријама грађана због њихове вјерске припадности.

Поставља се питање да ли би то била дискриминација. Могућа су два одговора на то питање. Први одговор био би да то није дискриминација, јер виши, општи циљ (а то је постизање мира) захтијева да буду задовољени интереси и захтјеви најважнијих вјерских заједница, од којих зависи будућност заједнице. Мале вјерске заједнице су политички мање значајне, не само због своје бројности, већ и због тога што будућност државе не зависи од њих, тако да њихови интереси не морају бити задовољени. Пошто је интерес државе важнији од интереса појединих вјерских заједница да буду политички представљене у парламенту и влади, не може се говорити о дискриминацији.

Други, супротан, одговор је да би овакво рјешење представљало дискриминацију. Могла би се понудити два разлога за то. Први разлог је што појединим категоријама грађана (према припадности вјерским заједницама) не би била призната извјесна политичка права (на примјер, пасивно бирачко право), и то само због вјерске припадности. Други разлог, који има везе са првим, је што такво разликовање грађана не би било оправдано са становишта постизања основног циља – успостављања мира и функционалне заједнице, јер задовољавање интереса највећих вјерских заједница да равноправно учествују у процесу одлучивања у најважнијим политичким институцијама није супротно интересу малих вјерских заједница да буду представљене у истим институцијама.

Ово схватање је прихваћено у Споразуму из Таифа (којим је окончан грађански рат и успостављен режим консоцијативне демократије), јер је предвиђено да ће парламентарна мјеста бити подијељена равноправно између хришћана и муслимана, али и пропорционално унутар оба конфесионална блока.¹³ Слично вриједи и за састав Владе, у чији састав не улазе само представници три највеће вјерске заједнице већ и других заједница.¹⁴

Може се сматрати спорним рјешење по коме су три кључне функције подијељене између три највеће вјерске заједнице. Наиме, предсједник Републике увијек је маронитски католик, предсједник Владе је сунит, а предсједник Парламента је шиит. Строго формално

¹³ *Ibid.* Истиче се да је Споразумом омогућена правична расподјела моћи између свих вјерских заједница. – Hassan Krayem, *The Lebanese Civil War and the Taif Agreement*, <http://ddc.aub.edu.lb/projects/pspa/conflict-resolution.html>, 10.05.2015.

¹⁴ На примјер, у Влади која је формирана 2008. године, од 30 чланова, једанаест министара су били припадници мањих вјерских заједница.

посматрано, ово рјешење се може сматрати проблематичним због тога што припадници осталих вјерских заједница не могу да врше неку од ових функција. Проблем је озбиљнији кад је у питању предсједник Републике, јер из ове одредбе слиједи да пасивно бирачко право није признато свим грађанима.

За ово рјешење се може наћи извјесно оправдање. Прво, предсједника Републике бира Парламент, што значи да у његовом избору учествују представници свих вјерских заједница. Друго, надлежности предсједника Републике у парламентарном систему власти Либана нису значајне. Треће, све вјерске заједнице су представљене у Влади, чије надлежности су значајне, што увећава значај принципа подјеле власти између свих вјерских заједница и умањује значај чињенице да је премијер увијек припадник једне вјерске заједнице.

Међутим, практична политика донекле је другачија од норми. Три предсједника настоје да увећају свој политички значај, умањујући истовремено значај двију институција – Парламента и Владе.¹⁵ Имајући у виду ту чињеницу, чини се да подјела три функције између три најважније вјерске заједнице нема само симболичан значај, па се може поставити питање оправданости овог рјешења. Умањујући у пракси значај Парламента и Владе, у којима су представљене све вјерске заједнице, умањује се значај мањих вјерских заједница у вршењу политичке власти.¹⁶

3. 3. Швајцарска

Швајцарска је добар примјер државе у којој важи правило да консоцијација, која је комбинована са федерализмом, у друштву које је превазишло дубоке подјеле, не узрокује проблем дискриминације. Савезне институције су састављене тако да одражавају плурализам језичких група, а да се истовремено не може појавити проблем дискриминације. То има везе са чињеницом да консоцијација има другачији садржај и значај него у државама чија друштва су подијељена, па су консоцијацијски механизми темељ уставног и политичког система. У Швајцарској, федерализам је потиснуо консоцијацију.

¹⁵ Hassan Krayem, *op. cit.*

¹⁶ Не треба занемарити још једну чињеницу, која због друштвених прилика није значајна у Либану, али би могла бити у неком другом друштву у коме консоцијацијски механизми функционишу на основу вјерске подијељености друштва. То је питање оних грађана који не припадају ниједној вјерској заједници. Ако би у политичким институцијама учествовали само припадници вјерских заједница, они грађани који не припадају ниједној вјерској заједници не би могли имати своје политичке представнике нити би могли представљати друге.

Тако, на примјер, Савезно вијеће, као орган извршне власти, које је састављено од седам чланова, може, барем теоријски, имати у свом саставу грађане који припадају свим језичким заједницима (јер их има четири). Међутим, Устав не познаје строга правила о представљености језичких група, јер постоји само једна уставна норма, која предвиђа да језичке групе и кантони треба да имају одговарајуће представништво у Вијећу.¹⁷ Према уставној конвенцији, у састав Савезног вијећа улази до пет чланова који говоре њемачки језик и два члана који говоре романске језике.

Кад је у питању састав Савезне скупштине, федерално начело има предност над представљеношћу језичких група. Два разлога су утицала на то. Први је начин настанка швајцарске федерације, која је настала из конфедерације, па су кантони, као некадашње државе, жељели да сачувају достигнути степен самосталности, посредством својих представника у Вијећу држава Савезне скупштине. Други разлог је снажан осјећај кантоналне припадности, присутан нарочито у првим деценијама након оснивања федерације, који се одржао и до данас. С друге стране, посебне језичке квоте нису ни потребне, будући да су кантони равноправно представљени у Вијећу држава, што значи да ће посредством кантоналног представништва свака језичка група бити представљена у Савезној скупштини. Истина, оне неће бити представљене као језичке групе, али ће ипак њихови припадници бити у федералном дому Савезне скупштине, па се може очекивати да ће на одређени начин водити рачуна и о интересима тих група.

Имајући све ово у виду, проблем дискриминације се не може појавити у Швајцарској, на начин на који се јавља у другим консочијативним демократијама. За нашу анализу важно је истаћи да уставна рјешења не стављају у неравноправан положај било кога, јер сваком признају иста права, без обзира на припадност језичкој групи. Основни разлог због којег се овај проблем не јавља јесте тај што је швајцарско друштво у основи хомогено¹⁸ у толикој мјери да се не јавља политичка потреба за прецизним одређивањем квота по којима ће језичке заједнице бити представљене у појединим институцијама, па се не може поставити проблем одсуства представљености неке од њих.

¹⁷ Чл. 175, ст. 4 Устава Швајцарске.

¹⁸ Wolf Linder, *Swiss Democracy Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies*, Third Edition, Revised and Updated, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2010, 179, 195.

3. 4. Белгија

Белгија је још један примјер нестабилне консоцијативне демократије. Консоцијацијски механизми комбиновани су са федералним начелом, али је значајан положај двију основних језичких група. Међутим, у друштвеној структури учествује и трећа језичка заједница – њемачка, која је малобројна и нема исти политички значај као двије веће језичке заједнице – фламанска и валонска. Та чињеница огледа се и у појединим уставним рјешењима. Добар примјер је састав Савјета министара, за који је речено да ће га чинити исти број министара из реда фламанске и валонске заједнице (уз изузетак премијера).¹⁹

Много важније је какав је састав белгијског парламента и да ли постоји неједнак третман појединих језичких заједница при утврђивању његовог састава и приликом његовог избора. Ово је важно због тога што је парламент представнички орган који одражава суверенитет народа, али и због тога што се при изборима за парламент остварује бирачко право. Стога, важно је утврдити да ли је нека језичка заједница ограничена при остваривању овог права.

Сенат Белгије има 60 чланова, од којих су 50 бирани а десет су именовани. Међу бираним сенаторима налазе се припадници све три језичке заједнице, пошто 29 сенатора бира фламански парламент (из фламанског парламента или из холандске језичке групе у парламенту Брисела), десет сенатора бира парламент валонске заједнице (како валонске регије тако и француске језичке групе), осам чланова бира парламент валонске заједнице, два сенатора бира француска група у парламенту Брисела, док једног сенатора бира парламент њемачке језичке заједнице.

Као што видимо, у белгијском Сенату су заступљене све три језичке групе, упркос томе што између њих постоје значајне разлике у погледу бројности. Недостатак Устава Белгије је у томе што не предвиђа изричито учешће њемачке језичке заједнице у влади, што потенцијално може бити значајно ако се зна да у парламентарном систему, какав постоји у Белгији, влада игра значајну, углавном и одлучујућу, политичку улогу. Истина, Устав не искључује у потпуности ову могућност, јер премијер може припадати њемачкој језичкој заједници, мада то, из политичких разлога, тешко да се може догодити. Обавезно учешће и ове језичке заједнице у Савјету министара, барем симболично, било би корисно за пуније остваривање права ове заједнице, а само по себи не

¹⁹ Чл. 99, ст. 2 Устава Белгије.

шкодило ефикасности владе, нити праву фламанске и валонске заједнице да у раду владе имају улогу као и до сада.

4. ЗАКЉУЧАК

Консоцијативне демократије могу се суочити са проблемом дискриминације зато што ови политички режими почивају на представљености одређених група (етничких, језичких, вјерских и др.), при чему се инсистира на представљености оних друштвених група које из историјских и/или политичких разлога имају највећи друштвени значај. Друштвене групе које су формиране по истом основу, а које имају мали друштвени и политички значај, могу бити непредстављене у институцијама, па се основано може појавити проблем дискриминације.

Упоредна анализа показује да консоцијативни режими углавном успијевају да избјегну овај проблем, зато што теже представљености свих друштвених група формираних по одређеном критеријуму. Самим тим, право да буду представљени (као и да представљају) имају сви грађани. Чак и кад се појави „спорна“ ситуација, у смислу да би се могло поставити питање дискриминације, јер нису све групе представљене у појединим институцијама, не може се без дубље анализе закључити да ли се заиста ради о дискриминацији или о оправданом случају искључивања појединих група из политичких институција. Такви су, барем, ставови ауторитативних институција, како на националном тако и на међународном нивоу.

Принципијелно говорећи, не може се негирати исправност става да је некад оправдано прибјећи различитом третману у истим ситуацијама. То се неће сматрати дискриминацијом ако постоје разумни разлози за различит третман. Међутим, разумне разлоге треба тумачити рестриктивно, како би било избјегнуто да се одсуством дискриминације сматрају случајеви у којима поједине категорије грађана немају одређена људска права (на примјер, пасивно бирачко право). Ово је утолико важније уколико се зна да надлежни органи (судови или уставни судови) не могу примијенити поуздана правна мјерила како би оцијенили да ли у конкретном случају постоји разуман разлог који оправдава различит третман. То даље значи да је одлука надлежног органа о постојању дискриминације највећим дијелом или искључиво заснована на политичкој процјени и политичком ставу чланова тог органа. Због тога, сматрамо пожељним да консоцијативни режими избјегавају уставна и законска рјешења којима се састав политичких институција одређује тако, да у њима нису представљене све друштвене групе формиране по одређеном критеријуму (етничком, језичком, вјерском и др.). Само таквим

правним рјешењима може се гарантовати да ће сви грађани (као припадници ових друштвених група) имати једнака права и неће бити потребно да се прибјегава несигурном тумачењу оправданости разлога за искључење појединих група из састава политичких институција.

Осим тога, чини се да циљеви који се желе постићи уставним нормирањем консоцијативне демократије могу бити остварени и тако што би све групе (што значи и појединци који им припадају) биле представљене у политичким институцијама, па никоме не би била ускраћена поједина права. Стога, по нашем мишљењу, у случају сумње, требало би сматрати да је одсуство права на представљеност појединих група у политичким институцијама доказ да су њихови припадници дискриминисани, јер им не припадају иста права као припадницима осталих друштвених група.

Постоји још један разлог који оправдава став да у консоцијацијским режимима све друштвене групе треба да буду представљене у политичким институцијама како би била избјегнута дискриминација. Чак и кад би се поуздано могло утврдити да у тренутку доношења устава неке државе постоје разумни разлози (па нема дискриминације) због којих поједине друштвене групе нису представљене у политичким институцијама, нема гаранција да ће дискриминација бити отклоњена кад ти разумни разлози нестану. Могло би се рећи да ће, кад ти разумни разлози нестану, устав дате државе бити измијењен, па ће и непредстављене друштвене групе добити право на представништво у политичким институцијама. Међутим, промјена устава је једно од најважнијих политичких питања које, као што показује примјер Босне и Херцеговине, може бити неријешено годинама. Ако не постоји консензус о потреби промјене устава, с циљем отклањања дискриминације, она се може доста дуго задржати, па чак постати и трајно обиљежје уставног и политичког система, иако више нема разумног разлога за неједнак третман друштвених група.

Goran Marković, Ph.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Eastern Sarajevo

CONSOCIATION AND DISCRIMINATION

Summary

The political regime of consociational democracy is based on the notion of representativeness of particular social groups. That is why the question of discrimination of certain social groups and their members, which are not represented in political institutions, can be raised. The question is raised because consociational democracy is established for the reason of functioning of the state in societies where compromise between the interests of different groups should be reached. Considering the fact that the compromise between the most important groups is the crucial social and political issue, the question arises whether the exclusion less important groups from the political institutions means that they are discriminated.

In order to examine whether and in which cases it could be the talk of discrimination in consociational regimes, the author analyses constitutional solutions in several states with the political regime of consociational democracy, as well as the decisions and opinions of authoritative national and international institutions. He particularly stresses the case of Bosnia and Herzegovina, for his opinion is that its consociational regime is based on discrimination.

Др Дејан Мировић

**Доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици**

ГОВОР МРЖЊЕ И ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Апстракт: *Говор мржње је у модерном праву је доминатно регулисан у оквиру грађанског права. Најзначајнији извори у овој области су Препорука R 97/20 Савета Европе и пракса Европског суда за људска права поводом кршења члана 10 Европске конвенције о људским правима. Богата пракса Европског суда за људска права показује да се чак и изјаве расистичког, дискриминаторног, негационистичког и антисемитског типа третирају као грађански деликти. Европски суд за људска права посебну пажњу у својим пресудама обраћа на утврђивање правне дистинкције између слободе изражавања и говора мржње. Најпознатији случај у овој области је предмет Зана који је у вези са јавним наступима курдског посланика санкционисаним од стране турског правосуђа као кривично дело. У домаћем правном систему говор мржње се регулише Законом о јавном информисању из 2003. године и Кривичним закоником. За санкционисање говора мржње се у Србији углавном предвиђа парнични поступак. Са друге стране, ad hoc међународни кривични судови за бившу Југославију и Руанду заступају становиште да је говор мржње искључиво кривично дело. Анализа пресуде из Нирнберга, посебно делови пресуде о нацистичким пропагандистима Штрајхеру и Фричеу јасно показује да ово становиште ad hoc судова није у складу са решењима из модерног права. Зато ограничавање слободе говора и кажњавање у оквиру кривичног права може довести до кршења чланова 6, 7 и 10 Европске конвенције о људским правима који регулишу права на фер поступак, законитост и слободу изражавања.*

Кључне речи: *Говор мржње, кривично право, грађанско право, Европска конвенција о људским правима, Нирнбершки процес, Савет Европе*

Уводна разматрања

Да ли "говор мржње" треба да регулише кривично или грађанско право? Да ли говор мржње може бити посебно дело у оквиру кривичног права као што се тврди у оптужницама Међународног кривичног суда за

бившу Југославију и Међународног кривичног суда за Руанду ? Или је такозвани говор мржње грађански деликт?

Најзначајнији међународни извор у овој области је без сумње, Препорука Комитета министара Савета Европе (усвојена од стране Комитета министара СЕ 1997) R 97/20. Она прецизно дефинише говор мржње као материју коју, треба да регулише грађанско право. Слично поступа и законодавац и у Републици Србији. У Закону о јавном информисању из 2003. године (у члану 39) се предвиђа да се због повреде забране говора мржње "примењују одредбе закона којим се уређује парнични поступак".¹ Такође, пракса Европског суда за људска права (и пре тога до 1998 године, одлуке и извештаји Европске Комисије за људска права) такође показују да се ова материја регулише у грађанско-правној области.² Са друге стране, међународни *ad hoc* судови УН за бившу Југославију и Руанду, позивајуће се између осталог и на пресуду Међународног војног суда у Нирнбергу из 1946.године (уз познати мото "од Нирнберга преко Хага до Рима") сматрају да је говор мржње кривично дело.³ Дакле, постоје аргументи за и против регулисања говора мржње у различитим правним гранама. Али,ако би се определили за решење у оквиру кривичног права треба доказати да је говор мржње произвео "реалну последицу" а не само да је дошло до "угрожавања" неког апстрактног правног добра.⁴

¹ Сл. гласник РС, бр. 43/03

² Дитертр Ж. "Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права",Службени гласник, Београд,, 2006. стр.289-308.

³ На пример случај Акајесу у МКСР, у МКСЈ види случај Брђанин. <http://www.icty.org/> За Нирнберг види делове пресуде Штајнхеру према "Нирнебршка пресуда", Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1948. стр. 181. О самом раду МКСЈ или Хашког трибунала види Шкулић М," Један поглед на Хашки трибунал и његово место у историји", објављено у зборнику радова који приредио Тирић Ј "Хашки трибунал између права и политике", Институт за упоредно право, Београд, 2013.стр. 56-120. Проф. др Шкулић критикује флоскулу о еволутивно развоју међународног кривичног права од Нирнберга до Хага .О самом раду МКСЈ и подизању оптужница због говора мржње види Del Ponte С."La Caccia" Feltrinelli, Milano, 2008. стр .187

⁴ Чејовић Б, Кулић М, "Кривично право" Службени гласник, Београд, стр.114.-117- Аутори наводе закључке са X конгреса Међународног удружења за кривично право одржаног у Риму 1969. у којима се наводи да је посебно значајно да кривично дело не буде уопштено или непрецизно формулисано (принцип законитости), управо због нејасног појма угрожавања . Ни у теорији ни у судској пракси не постоје јасни критеријуми шта је то угрожавање или опасност.

1. Препорука R(97)20 Савета Европе као најзначајнији међународни извор у области говора мржње

У Препоруци R (97) 20 Савета Европе из 1997 се (поводом говора мржње државних службеника) наводи да су: "прикладне дисциплинске санкције". Затим се у анексу Препоруке бр. R (97) 20 се наглашава да: "изрицање казне затвора или новчане казне лицу осуђеном за говор мржње може у многим случајевима бити неефикасно...". Министарски Комитет Савета Европе зато препоручује: "принудни рад у заједници коју је појединац увредио", јер он "може да има едукативне аспекте... што ће допринети бољем разумевању и поштовању дотичне групе или дотичних група". Такође: "Ове мере имају у виду читав низ правних инструмената којима се повећавају могућности предвиђене грађанским правом... Ако то национално законодавство допушта, организације које заступају жртве говора мржње треба да имају право да покрећу грађанске парнице".⁵

Такође, у Анексу Препоруке R (97) 20 се износи да се примена односи: "Нарочито на говор мржње који се шири посредством медија...". Упућује се да се кроз: "грађанско право, дозвољава заинтересованим невладиним организацијама да подносе грађанске тужбе, омогућавајући одштету жртвама говора мржње и омогућавајући судске одлуке које жртвама дају право на одговор или налажу исправке... Осим тога у складу са основним захтевима владавине права, свако ограничавање слободе изражавања или уплитање у њу мора бити подложно независној судској контроли".

У анексу Препоруке се чак случајеви кривичног гоњења због говора мржње називају "проблематичним" и препоручује се националним законодавствима да се "усресреде" на њих, јер "казна затвора за говор мржње треба да буде изузетак".

Комитет министара Савета Европе у препоруци R(97)20 посебно упозорава државе чланице да треба да размотре слободу изражавања осумњиченог, узимајући у обзир да увођење кривичних санкција представља озбиљно ограничавање те слободе...". Такође, стандарди које националне власти примењују морају да узму у обзир начин, садржај, контекст и сврху извештавања". У образложењу Препоруке се наводи и важност постојања законитости: "Ове напомене су значајније тамо где кривичне санкције могу да се наметну у светлу начела *nullum crimen, nulla poena sine lege* као и начела да се кривично право не сме широко тумачити на штету оптуженог, на пример аналогijом. Ова начела су део

⁵http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/serbian/Rec%281997%29020&ExpMem_sb.pdf

гаранције из члана 7 ЕСНР и стога проистиче да кажњиво дело мора да буде јасно дефинисано законом”.⁶ Дакле, говор мржње је Препоруци Савета Европе без сумње грађански деликт. Такође, кажњавање говора мржње се не сме користити као оправдање за ограничавање слободе изражавања. У супротном, долази за до кршења члана 7 Европске конвенције о људским правима који регулише начело законитости, али и чланова 10 и 6 који гарантују право на слободу изражавања и право на фер судски поступак.

2. Регулисање говора мржње у СФРЈ и Србији

Кривично законодавство социјалистичке Републике Србије је предвиђао дела као што је излагање порузи народа и народности Југославије, ширење лажних вести али никада није дефинисало говор мржње као кривично дело. Исто важи и за кривичну регулативу на нивоу СФРЈ која је предвиђала кривичну одговорност одговорног уредника, издавача, забрану јавног иступања, забрану позивања на насилну промену уставног уређења, и забрану изазивања националне, расне и верске мржње, раздора или нетрпељивости.⁷

Такође, говор мржње у југословенском законодавству се не помиње ни у делу који регулише ратне злочине или расну и другу дискриминацију. Говор мржње се у нашем законодавству први пут појављује тек 2003. године у Закону о јавном информисању.⁸ Ту се даје прва дефиниција говора мржње и регулише се његова забрана у оквиру грађанског права: "Забрањено је објављивање идеја, информација и мишљења којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог припадања или неприпадања некој

⁶ Аутори Препоруке се позивају на Европски суд за људска права случај S.V против Уједињеног краљевства, пресуда од 22.11.1995. године, Серија А, бр. 335-Б ставови 34-36 Такође, у образложењу се наводи да "...кривично право не мора увек бити прикладно за конкретне случајеве говора мржње, док грађанско право начелно нуди већу флексибилност у том погледу...органи гоњења морају да испоље посебан опрез када се баве случајевима говора мржње. У неколико европских земаља пракса је показала да може бити веома тешко да се достигне ниво доказа који захтева кривично право. Уместо снижавања тог нивоа, што би озбиљно нарушило слободу изражавања, предлаже се да ти органи брижљиво утврде да ли је прикупљено довољно доказа пре него што наложе гоњење”.

⁷ Види "Службени лист СФРЈ" бр. 44/76, и 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 38/90, 45/90, 54/90, затим "Службени лист СРЈ", бр. 35/92, 16/93, 37/93, 24/94, 61/2001, као и Службени гласник РС" бр. 39/2003) Очигледно, таква решења у српском и југословенском законодавству су била под утицајем оних из Нирнбершке пресуде).

⁸ Сл. Гласник РС бр. 43/03.

раси, вери или нацији, етничкој групи, полу или због њихове сексуалне одређености". Дакле, ради се о једној врсти грађанског деликта који није могуће чак ни уз најшире тумачење дефинисати само у смислу кривичног права (у суштини јер након говора мржње нема јасне последице у "физичком смислу" или оне последице која се тражи као један од елемената за општи појам кривичног дела).⁹ Међутим, Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2012. године ,предвиђено је увођење новог члана 56 а. У том новом члану Кривичног законика се наводи да ако је кривично дело учињено из мржње због припадности верисповести, политичкој оријентацији , раси, нацији или полној и сексуалној оријентацији, суд ће то сматрати као отежавајућу околност.¹⁰ Санкционише се и оправдавање и пропагирање терористичких идеја (посредно подстицање) слично као што то прописује пракса Европског суда за људска права..

3. Практика Европског суда за људска права - случај Зана

Европски суд за људска права (и Комисија до 1998. године) су поводом члана 10 Европске конвенције о људским правима који регулише границе слободе изражавања донели велики број одлука и пресуда¹¹ Ове

⁹ Овакво регулисање је има смисла и када се погледа општа дефиниција кривичног дела . оно се мора састојати од радње које проузрукује одређену последицу у "физичком смислу" као што то наводе, Чејовић Б, Кулић М, "Кривично право" Службени гласник , Београд стр.94. Веома је тешко у том смислу дефинисати последицу у физичком смислу које је изазвао говор мржње. Речи ипак не "убијају" иако се у колоквијалном смислу често користи тај израз.

¹⁰ Законик о изменама и допунама Кривичног законика из 2012. члан 6 под насловом Посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње. Очигледно је да су ове измене донете и у контексту великих немира који су се догодили на Паради ЛБГТ групе 2010. године . Министар правде као предлагач је истакао у Народној скупштини да се нови члан уводи ради боље заштите појединих "група становништва". Са друге стране. изменама се уводи и члан 391а којим се кажњава подстицање на тероризма и то је у складу са праксом Европског суда за људска права.

¹¹ Цитати према www.humanrights.coe.int/media/documents/ -Судска пракса у вези са применом члана 10 Европске конвенције о људским правима-40 година судске праксе-1959-1999. Дирекција за људска права,Стразбур. као и Дитертр Ж. "Изводи из најзначајнијих одлука Европског судас за људска права",Службени гласник, Београд,, 2006. стр.289-308 као и "Извод из судске праксе Европског суда за људска" књига 2, Сарајево, 2001.стр.33-201

Европска комисија за људска права је у својој Одлуци од 3. децембра 1997, С. Панев против Бугарске, у вези представке бр.35125/97, оценила да је та представка неприхватљива. Прецизније, подносилац је осуђен због клевете после чланка у коме

пресуде и одлуке одређују јасну правну дистинкцију између слободе изражавања и говора мржње.

На пример, у новембру 1999. године Суд је оценио да је било кршења члана 10 који гарантује слободу изражавања у случају Нилсен и Јохансен. Суд је признао право подносилаца представке да узврате истом мером на оштре критике и није то дефинисао као говор мржње. Европски суд за људска права је такође истакао да су спорне изјаве биле саставни део жучне и трајне дебате о питањима од општег интереса.¹²

Такође, у извештају из априла 1995. године Комисија је једногласно закључила да осуда једног политичког вође муслиманске мањине у западној Тракији за нарушавање јавног реда (због тога што је за време предизборне кампање, растурао летке у којима се муслиманско становништво те области описује као турско) представља кршење слободе изражавања који гарантује члан 10. Европске конвенције о људским правима. Комисија је овом приликом подсетила на значај слободе изражавања представника народа.

У случају Линтенс, у јулу 1986. године је Европски суд за људска права изнео да је штампа обавезна да објављује информације и идеје о питањима о којима се расправља на политичкој сцени. Штампа има задатак да објављује такве информације и идеје, а јавност има право да их добија самтра судско веће. Такође, према Европском суду за људска права, слобода штампе обезбеђује јавном мњењу један од најбољих начина да

наводи имена особа које су наводно учествовале у масакру из 1944, приликом промене власти у Бугарској-. У случају Отто-Премингер Институт против Аустрије, пресуда од 20. септембра 1994, Европски суд за људска права је закључио да нема кршења члана 10,- заплена и конфискација филма W.Schroetera коју су наложили аустријски судови-. Оцењено је да је су ове мере биле неопходне ради; "заштите права грађана" и њихових "религиозних убеђења". Та права и убеђења, оцењује Суд, не смеју да буду вређана јавним изражавањем мишљења других. У случају Wingrove од 25. новембра 1996. Европски суд за људска права је пресудио да нема кршења члана 10 - одбијање британског Одбора за класификацију филмова да изда серификат о класификацији филма који је Одбор сматрао богохулним.-.

¹² Цитати према " Судска пракса у вези са чланом 10 Европске конвенције о људским правима", Савет Европе» ,Спринг, Београд 2002. као и Дитертр Ж. "Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права", Службени гласник, Београд,, 2006. стр.289-308 О слободи изражавања и важности општег дискурса када се ради о питањима од општег интереса види Дворкин Р. "Суштина индивидуалних права" ЦИД, Подгорица, 2001. стр 330. Он наводи да власт нема право да ограничи слободу говора чак и када би то донело општу корист.

упозна идеје и ставове политичких вођа и формира мишљење о тим идејама и ставовима.

Такође, у случају Аксоу, разматраном у октобру 2000. у којем је је подносилац представке био писац и бивши турски посланик у парламенту који је осуђен због изјава (између осталог и на конгресу једне политичке партије) који се тичу проблема на југоистоку Турске, Европски суд за људска права је закључио да је слобода изражавања нарочито важна за изабраног представника народа. Касније, када је турски политичар курдског порекла по други пут осуђен због објављивања чланка у једном недељнику, Европски суд за људска права је поново одбацио пресуду и и подсетио турске власти на кључну улогу штампе у демократији. Код треће осуде турског политичара (после објављивања брошуре о правима његовог народа) Европски суд за људска права је подсетио да је суштина демократије да дозволи изношење и разматрање различитих политичких пројеката, чак и оних који доводе у питање актуелну организацију државе(под условом да немају за циљ да угрозе саму демократију).¹³

У случају Арслан, Полат и Гергер из 1999. године подносиоци представке су били осуђени зато што су критиковали деловање државе на југоистоку Турске. Европски суд за људска права је те године истакао да спорни текстови нису подстакли на насиље упркос непријатељској конотацији неких делова или употреби речи као што су: отпор, борба и ослобођење.

Конечно, у новембру 1997. године Европски суд за људска права је оценио (у вероватно најпознатијем) случају Зана да осуда бившег градоначелника због подршке терористичким актима у једном интервју није била правилна јер није у складу са Европском конвенцијом о људским правима . Прецизније , пресуда турског суда против Лејле Зане не може да се оправда на основу члана 10 Европске конвенције о људским правима сматрало је судско веће у Стразбуру . Оваква пресуда Европског суда за људска права показује колико далеко Суд иде када одређује границу између слободе изражавања и говора мржње.

Са друге стране , у случају Зана , турско правосуђе је сматрало (не без основа) да градоначелник једног града у југоистичном делу земље (и прва жена посланик курдског порекла у турском парламенту) Лејла Зана дала вербалну подршку лидеру забарање Радничке партије (РКК)

¹³ Цитати према www.humanrights.coe.int/media/documents/ -Судска пракса у вези са применом члана 10 Европске конвенције о људским правима-40 година судске праксе-1959-1999. Дирекција за људска права, Стразбур. као и Дитертр Ж. "Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права", Службени гласник, Београд,, 2006. стр.289-308 као и "Извод из судске праксе Европског суда за људска" књига 2, Сарајево, 2001.стр.33-201.

Курдистана Абдулаху Оцалану. Зана је посредно, према тумачењу турског правосуђа, давала вербалну подршку побуњеницима који преко 30 година воде оружану борбу против Турске (убијајући турске војнике и полицајце).

Међутим, Зана никада није директно позивала на убиства или ратне злочине нити је учествовала у оружаним акцијама или била у командном војном /герилском ланцу. Она је давала подршку Оцалану као политичком лидеру РКК. За такве изјаве (као и за употребу забрањеног курдског језика у турском парламенту) она је осуђена на дугогодишњу робију. Европски суд за људска права је одбацио овакве пресуде и наложио је 2005. године да Турска исплати новчану одштету Зани кршења права на слободу изражавања. Коначно, и у самом Турској су после неколико година одустали од кривичног гоњења Лејле Зане због њених проблематичних (из перспективе турског законодавства) изјава и говора. Такву одлуку је донео другостепени турски суд 2009. године. После тога је Лејла Зана 2011. године поново избрана за посланика у парламенту а 2012. године се срела са тадашњим турским премијером Ердоганом.

Дакле, и у Турској (за коју се не може тврдити да примењује највише правне стандарде када се ради о људским правима) је после неколико деценија регулисања јавних изјава кривичним законодавством, закључено да се граница између говора мржње и слободе изражавања мора одређивати у оквиру грађанског права. Наравно, на овакву промену су без сумње, утицале и пресуде Европског суда за људска права, посебно случај Зана¹⁴ Зато се може сматрати да је случај Зана био прекретница (или прецедент) у пракси турског правосуђа када се ради о слободи изражавања и граници са говором мржње.

4. Дефинисање говора мржње у пракси Европског суда за људска права

Европски суд за људска права (и Комисија до 1998. године) у својој пракси ипак, нису дозвољавали неограничену слободу изражавања. Комисија и Европски суд за људска права су више пута одобравали кажњавање изјава које су биле расистичке, негационистичке, ксенофобичне и антисмитске. Ту није могло бити речи о заштити слободе

¹⁴ Она је добитник неколико међународних награда у области људских права између осталих и награде Андреј Сахаров коју додељује Европски парламент у области људских права и слободе изражавања.

изражавања коју гарантује члан 10 Европске конвенције о људским правима.¹⁵

У том смислу познати случајеви су:

- Представка бр. 31159/96 или Одлука од 24. јуна 1996. године, у случају П. Мараис против Француске. (Осуда због објављивања чланка у коме се оспорава постојање гасних комора у концентрационом логору у Штрутхофу) . У овом случају је од стране Европског суда за људска права процењено да се ради о говору мржње. Иста дефиниција је дата и у следећим случајевима
- Представка бр. 25096/94 или Одлука од 6. септембра 1995., О.Е.Ф.А. Ремер против Немачке у случају оспоравање постојања холокауста у једном часопису.
- Представка бр. 26551/95 или Одлука од 26. јуна 1996. у случају Д.И. против Немачке (због тога што је једна публикација порицала постојање гасних комора у концентрационим логорима)
- Представка број 36773/97 или Одлука од 9. септембра 1998, у случају Х.Нацхатманн против Аустрије, због објављивања чланка који сугерише да је број жртава нацистичких погрома прецењен. Коначно, Европски суд за људска права и Комисија сматрају и да је кажњиво поређење са нацистима.. На пример, тако је закључено поводом представке број 34328/96 на основу које је донета Одлука од 17. новембра 1998. у случају Перее против Холандије . (Он је осуђен због увреда и клевета пошто је једну организацију за борбу против дискриминације олако и неосновано упоредио са нацистима).¹⁶

¹⁵ Према члану 10 Европске конвенције о људским правима ”Свако има право на слободу изражавања” и да ”То право обухвата слободу мишљења и слободу добијања информација и идеја без мешања државних власти и без обзира на границе”. Остваривање ових слобода може бити” подвргнуто одређеним формалностима, условима, ограничењима и санкцијама које су прописане законом...у интересу националне безбедности, територијалног интегритета или јавне безбедности, ради спречавања нереда и криминала, заштите здравља или морала, заштите угледа или права других, спречавање откривања поверљивих информација или очувања ауторитета и непристрасности судства”. Више о самој Европској конвенцији и њеном доношењу 1950. године као и Европском суду за људска права види Жеревац Р." Водич кроз поступак пред Европским судом за људска права" Министарство за људска имањинска права Србије и Црне Горе, 2003. стр 5-9.

¹⁶ О говору и јавном дискурсу нациста види Клемпер В." Истина о језику нациста", Тањуг, Београд,2006. стр 242. Ово је интересантна и актуелна одлука ако се узме у обзир да је постао манир у модерном информативно /пропагадном дискурсу да се руски руководиоци поводом сукоба у Украјини 2014/2015 олако упоређују са Хитлером и нацистима. Апсурдно је такво поређење ако се има у виду да је РФ

4. Међународни војни суд у Нирнбергу - Штрајхер и Фриче

Међународни војни суд у Нирнбергу је 1. октобра 1946. године донео пресуду за коју се сматра да је један од основа модерног међународног кривичног права.¹⁷ У том контексту, на њу се позивају Међународни кривични суд за бившу Југославију (МКСЈ) и Међународни кривични суд за Руанду (МКСР). Међутим, правна анализа показује у Нирнбершкој пресуди нема кривичног дела говор мржње. На пример, уредник антисемитског часописа *Der Sturmer* Штрајхер осуђен због злочина против човечности.¹⁸ Прецизније, зато што је као високи службеник нацистичког режима директно учествовао у систематском порогону јеврејских цивила. У образложењу се помиње кривично дело говор мржње. Такође, ослобађање другог пропагандисте нацистичког режима Фричеа од стране Међународног војног суда у Нирнбергу такође доказује тврдњу да није било осуде због говора мржње у Нирнбергу.

Прецизније, у пресуди из 1946. се наводи да је Фриче био шеф радио одељења министарства пропаганде и опуномоћеник за политичку организацију Велико-немачког радија. (Фриче је био члан нацистичке партије и једно време је служио и на Источном фронту као пропагандиста). Фриче је контролисао је око 2.300 немачких листова. Штампани давао директиве да пишу о Јеврејима, оправдању агресивних ратова и такозваном животном простору. Ипак, он никада није присуствовао састанцима на "којима су прављени планови" за агресорски рат.¹⁹ (Зато се за његову делатност самтра судско веће не може рећи да је била таква да улази у дефиницију општег плана за "вођење агресорског рата"). Међународни војни суд је јесте утврдио да је Фриче давао

наследила правни континуитет СССР-а, државе оснивача Нирнбершког трибунала који је управо судио нацистима.

¹⁷ Види више о фундаменталном значају Нирнберга за међународно кривично право Марковић М. "Нирнбершко суђење примена нових начела у међународном кривичном праву" објављено у зборнику који приредио Лопичић Ђ. "Међународно кривично право" Службени гласник, Београд, 2006. стр 419-443. као и Костић С. "Међународни односи и међународно право" Школска књига, Загреб 1966, стр.195, Кривокапић Б. "Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа", Службени гласник, Београд, 2010, стр.658. Фриче је био један од тројице људи од 22 оптужених уз Шахта и Папена који су ослобођени

О међународним кривичним злочинима Вучинић З. "Међународно ратно и хуманитарно право", Службени гласник, 2006. стр.62-67. и Јончић В. "Међународно хуманитарно право", Правни факултет, Београд, 2010. стр.292-353.

¹⁸ Види "Нирнбершка пресуда" Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1948. стр. 181.

¹⁹ Исто, стр.224.

антисемитске изјаве као и ратнохушкачке (данас би то био говор мржње) али се ипак "не може се сматрати да је он био учесник у злочинима". Његов циљ је био да створи јавно мњење повољно по Хитлера и немачки ратни напор сматрало је судско веће у Нирнбергу. Зато је Фриче ослобођен од од оптужби за ратне злочине и злочине против човечности.

Закључна разматрања

Ослобађајућа пресуда нацистичком пропагандисти Фричеу донета од стране Међународног војног суда у Нирнбергу 1946. показује да говор мржње не може бити самостално регулисан као кривично дело упркос томе што је Фриче је несумњиво давао антисемитске и ратнохушкачке изјаве и инструкције штампи . То није било довољно за његову кривичну одговорност пред судским већем у Нирнбергу.²⁰ Прецизније, Фриче није директно учествовао у међународним кривичним делима као што су злочин против мира, ратни злочини и злочини против човечности зато је ослобођен кривичне одговорности упркос говору мржње које је пропагирао и користио.

Такође, када се ради о говори мржње, Савет Европе и Европски суд за људска права усмерен је у својој регулативи (и пракси) ка кажњавању у оквиру грађанског права . У том смислу , најзначајнији извори у овој области су Препорука R 97/20 Савета Европе али и обимна пракса Европског суда за људска права поводом кршења члана 10 Европске конвенције о људским правима.

Такву судску праксу је усвојила чак и Турска која је деценијама користила једну врсту вербалног деликта ради обрачуна са курдским политичарима и новинарама. Случај Зана је свакако најпознатији пример и једна врста судског прецедента за турско правосуђе који показује да чак и тој држави (која није позната по високим стандардима у људским правима) постоји напредак у регулисању слободе изражавања и правној дистинкцији са говором мржње.

У Србији је још 2003 године донет Закон о јавном информисању који регулише ову материју на исти начин као и међународни извори. Говор мржње се регулише у оквиру грађанског права и поступка. Међутим , Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2012. године ,предвиђено је увођење новог члана 56 а. У том новом члану Кривичног законика се наводи да ако је кривично дело учињено из мржње

²⁰ То је и део обичајног правног правила који је један од главних извора у међународном праву , види више Крећа М." Међународно јавно право", Правни факултет , Београд, 2012. стр.84-118.

због припадности верисповести, политичкој оријентацији, раси, нацији или полној и сексуалној оријентацији, суд ће то сматрати као отежавајућу околност. Забрањено је и јавно подстицање на тероризам.

Када се предходне чињенице имају у виду, јасно је да је погрешан приступ *ad hoc* међународних кривичних судова за бившу Југославију и Руанду да је говор мржње искључиво кривично дело. Прецизније, прешироко одређивање појма говор мржње и његово регулисање само у оквиру кривичног права, доводи често само до кршења људског права на слободу изражавања. На тај начин се крши универзално људско право гарантовано чланом 10 Европске конвенције о људским правима, али се нарушавају и принципи законитости, правне сигурности као и забране ретроактивности у оквиру кривичног права.

Dejan Mirović, Ph.D.
Assistant professor
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

HATE SPEECH AND EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Summary

Hate speech in modern law is regulated within civil law. Most important sources in this field is recommendation R 97/20 of Council of Europe and practice of European court for human rights regarding violation of article 10 of European convention on human rights. Rich experience of European court for human rights shows that even racist, holocaust denial and anti semitic statements are treated as civil delict. European court for human rights in its judgments pays special attention on issue of determining difference between freedom of speech and hate speech. Most famous case in this area is case "Zana" on statements of Kurdish parliamentary member that were sanctioned as criminal act by the Turkish judicial system. In Serbian legal system hate speech is regulated by Law on public informing from 2003 and the Criminal Code. For sanctioning hate speech it predicts civil proceedings. On the other hand, *ad hoc* international courts for ex Yugoslavia and Ruanda represent viewpoint that hate speech is criminal act. Analysis of judgment from Nuremberg trial case, especially those parts on Nazi propagandists Julius Streicher and Hans Fritzsche shows that this viewpoint is not in accordance with modern law. Limiting of freedom of speech and punishing within limits of criminal law leads to violation of article 6,7 and 10 of European convention on human rights that regulate the rights to fair proceeding, legality and freedom of expression.

Др Весна Симовић Звицер
Сарадник Правног факултета Универзитета Црне Горе

МЈЕРЕ АФИРМАТИВНЕ АКЦИЈЕ У ПОСТУПКУ ЗАПОШЉАВАЊА И ОСТВАРИВАЊА ПРАВА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ У ЦРНОЈ ГОРИ

Апстракт: *Положај лица са инвалидитетом у друштву пресудно зависи од формалноправног оквира који креира и штити сама држава. Питање заштите права која уживају лица са инвалидитетом саставни је дио дискурса о људским правима уопште, што додатно потврђује значај правног аспекта регулације односа друштва према овој популацији. Како специфичности које се односе на ову категорију становништва у реализацији њихових елементарних права подразумевају активну улогу државних органа, то се као претпоставке за квалификацију једног друштва као демократског тражи и одговарајући ниво заштите права која уживају лица са инвалидитетом.*

Имајући то у виду, у раду су обрађена позитивно-правна рјешења у Црној Гори која се односе на запошљавање особа са инвалидитетом, са акцентом на мјере афирмативне акције, као и ефекте њихове примјене. Осим тога, анализирана су и законска рјешења која се односе на посебну заштиту лица са инвалидитетом у погледу остваривања права из радног односа.

Кључне ријечи: *афирмативна акција, запошљавање, квоте, субвенције, социјална интеграција*

1. Историјски развој професионалне рехабилитације и запошљавања у Црној Гори

Брига о лицима са инвалидитетом у Црној Гори има дугу традицију, првенствено због хуманости и моралних начела црногорског друштва. Развој професионалне рехабилитације у Црној Гори пратио је тренд друштвено-економског развоја и није се битно разликовао у односу на сусједне земље. Према расположивим подацима, интересовање за пружање помоћи немоћнима на подручју данашње Црне Горе јавља се још у XIV вијеку, када је у 1427. године у малом мјесту Грбаљ, које се налази недалеко од Котора, донијет ”Грбаљски законик”, који је предвиђао организовање заједнице и спровођење разних активности у циљу бриге и

помоћи лицима са инвалидитетом¹. Међутим, након тог периода, све до II-ог свјетског рата, не налазимо ниједан податак о органозованој заштити лица са инвалидитетом.

Према забиљешкама хроничара², у Црној Гори прије II свјетског рата није постојала ни једна установа или удружење за помоћ и збрињавање лица са инвалидитетом. Слијепа лица, хроми и "убоги", како су их тада називали налазила су уточиште у болницама старог Котора, као и у манастирима гђе су постојале собе за "убоге"³. Ове болнице су осниване по узору на болнице које су постојале у земљама западне Европе, а њихово егзистирање је заснивано на милосрђу.

За вријеме књажевине Црне Горе лица са инвалидитетом су била смјештена у манастирима или болницама које су биле грађене за потребе самих манастира, или као школе које су грађене за људе који су боловали од неизлечивих болести⁴. Године 1891. др Петар Миљанић је на захтјев Харковог Универзитета извршио први попис лица са инвалидитетом у Црној Гори⁵. Према расположивим подацима, прва школа у Црној Гори је отворена 1834. године, чиме је направљен прелаз од духовних ка свјетовним школама.

Уставом Црне Горе из 1905. године основна школа је проглашена слободном, обавезном и бесплатном, и сваки држављанин Црне Горе је био обавезан да се школује, изузев ако није: "душевно болестан или сакат". Школе су била ослобођена сва ђеца заостала са сметњама у развоју, а Законом о основној школи из 1870. године била је предвиђена обавеза учитеља да: "сваког дана подучава инвалидног ученика у својој кући". Закон о општој школској дужности садржао је и план и програм који је израдило главно школско нацорство 1878. године. Овај документ је предвиђао уписивање у први разред основне школе ђеце која имају сметње у физичком и духовном развоју. У овом периоду је на Цетињу

¹ Чедо Вељић, Заштита и третман особа са инвалидношћу у Црној Гори, Подгорица, 2005, стр. 49. и сл.

² Опширније виђети: Развојни пут специјалног васпитања и образовања у Црној Гори, Друштво дефектолога Црне Горе, Подгорица 1997. године.

³ Према неким архивским изворима, у Котору је у вријеме Немањића постојало пет болница које су оснивали имућни грађани и у којима су лијечени сиромашни и "убоги": болница Светог духа, која је основана 1350. године; болница Светог Крижа, која је основана 1372. године; лепрозијум, који је основан 1431. године и он се налазио ван градских зидина старог Котора; болница Светог Јована и Свете Марије; и Млетачка војна болница. Виђети: Ч. Вељић, оп. цит., стр. 44.

⁴ Ibidem.

⁵ Резултати овог пописа су објављени у часопису "Отаџбина" и они представљају прву писану студију из области дефектологије на подручју Црне Горе. Опширније виђети: Ibidem...

излазио часопис: "Просвјета", који је третирао проблеме образовања, као и новине: "Глас Црногораца". Ови листови су скретали пажњу јавности на број ђеце са сметњама у развоју и указивали на потребу да им се помогне како би се оспособила за самосталан рад. Међутим, у овом периоду Црна Гора није имала одговарајуће кадрове за стручно оспособљавање ђеце са сметњама у развоју, па су се ова ђеца углавном упућивала на школовање у специјалним установама у Краљевини Србији⁶.

Ни након стварања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца није дошло до значајнијих помака у сфери социјалне политике, па самим тим ни када је у питању заштита права лица са инвалидитетом. Године 1919. формирано је Државно ођељење за заштиту ђеце. Правилник о уређењу овог ођељења је предвиђао оснивање посебних завода у којима су између осталих требала бити смјештена ђеца са сметњама у развоју: "глувонијема, богаљи, слијепи"⁷. Пођелом Краљевине на девет бановина и успостављањем Зетске бановине, 1929. године, није дошло до значајнијих промјена у политици према лицима са инвалидитетом. Ова лица су и даље била упућивана на школовање у Србију, али је у овом периоду то била привилегија за слијепе и глувонијеме који су потицали из имућнијих породица. Године 1929. усвојен је и Закон о народним школама, који је предвиђао формирање Бановинских наставничких вијећа⁸. Међутим, ни овај закон није предвиђао значајније новине када је у питању образовање ђеце са инвалидитетом, јер су се она и даље школовала у народним школама, по плановима и програмима који су били идентични плановима и програмима редовних школа⁹.

Прве установе и специјалне школе формирају се крајем II-ог свјетског рата, када су ратне страхоте и разарања наметнуле потребу да друштво и држава бројним људима који су били унесређени ратом пруже помоћ. Од тог периода много је уложено у развој специјалних установа, у којима се вршило школовање и оспособљавање лица са инвалидитетом.

У периоду након II-ог свјетског рата у Црној Гори су постојали само поједини облици васпитно-образовног рада са лицима са

⁶ Ibidem. str. 49.

⁷ Чл. 13. Правилника о уређењу Државног ођељења за заштиту ђеце, Заштита ђеце, уредбе, упуства и обрасци, Београд, 1919. године, стр. 9.

⁸ Чл. 149. Закон о народним школама, "Службени гласник", бр. 12, децембар, 1929. године.

⁹ "Народне школе су и забавишта, школе за недовољно развијену и дефектну ђецу и установе које служе општем народном просвећивању: анафалбетски течајеви, школе и течајеви за домаћице, привредни течајеви, хигијенски течајеви и сл." чл. 7. Закона о народним школама, "Службени гласник", децембар, 1929. године.

инвалидитетом. Развој професионалне рехабилитације ових лица почиње крајем педесетих година прошлог вијека, када долази до прекретнице у развоју специјалног школства. У овом периоду доносе се неопходна системска рјешења у специјалном школству, што је значајно утицало на његов развој. Посебан значај имало је доношење следећих прописа: Закона о специјалном школству; Правилника о евиденцији и категоризацији ђеце и омладине ометене у физичком и психичком развоју; Уредбе о професионалном оспособљавању ђеце социјалних осигураника¹⁰. Поред државних органа, који су имали кључну улогу у доношењу прописа којима се регулише специјално образовање у Црној Гори, значајан допринос развоју професионалне рехабилитације у Црној Гори дало је и Друштво дефектолога. У том погледу посебно је важна његова научно-истраживачка ђелатност, а резултати истраживања овог друштва превазилазили су границе Црне Горе¹¹.

Питање професионалне рехабилитације на простору бивше Југославије актуелизовано је након II-ог свјетског рата, са порастом броја ратних војних инвалида. Тако су 1946. године донијети Закон о ратним војним инвалидима и Закон о социјалном осигурању, који су чинили основу за успјешну рехабилитацију и запошљавање лица са инвалидитетом. Потпунија брига друштва о овим категоријама становништва била је обезбијеђена доношењем Закона о инвалидском осигурању из 1958. год. Овим законом је било признато право на рехабилитацију и за ђецу осигураника, а услови и начин остваривања овог права били су предвиђени подзаконским актима који су били касније донијети на основу овог закона¹².

Када је у питању запошљавање лица са инвалидитетом, оно се све до друге половине прошлог вијека вршило углавном под заштитићеним условима, у оквиру центара за рехабилитацију, у којима је њихово радно ангажовање било једна од фаза у њиховом професионалном оспособљавању. Дуго се у нашој рехабилитацијској пракси вјеровало да је концепт заштитних радионица најбоље рјешење за професионално оспособљавање ових лица. На простору бивших југословенских република заштитне радионице се оснивају шездесетих година 20-ог

¹⁰ Новак Стојановић: ”Специјалне школе и установе у Црној Гори и рад друштва дефектолога Црне Горе”, Развојни пут специјалног васпитања и образовања у Црној Гори, Друштво дефектолога Црне Горе, Подгорица 1997. године, стр. 34 и сл.

¹¹ Један од истраживачких пројеката који је имао велики значај био је и пројекат под називом: ”Професионално оспособљавање дистрофичара према моторним способностима за одређена занимања”, који је истраживао и реализовао Проф. др Лазо Стошљевић. Опширније виђети: *Ibidem*...

¹² *Ibidem*...

вијека, а "заштитна радионица" као службени назив први пут се помиње у Основном закону о инвалидском осигурању из 1958. године. Седамдесетих година прошлог вијека, након доношења Закона о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања из 1973. године јавља се назив "заштитна организација", чији је основни циљ био "организовање и спровођење професионалне рехабилитације, прилагођавање и запошљавање оних лица са инвалидитетом за које треба обезбиједити посебне услове"¹³. Први прописи који се односе на запошљавање лица са инвалидитетом доношени су на савезном нивоу, и њима се регулисало питање запошљавања појединих категорија лица са инвалидитетом. У Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији ратни војни инвалиди су у погледу запошљавања имали посебан третман. У погледу запошљавања ове категорије лица са инвалидитетом био је предвиђен систем квота, али је он био мало заступљен у пракси, јер су ратни војни инвалиди углавном били особе са тешким инвалидитетом, и због тога су се тешко могле укључити у редовама систем производње. Из тог разлога, предузећа су углавном прибјегавала алтернативној обавези, која је била предвиђана прописима, а која се односила на плаћање пенала. Средства која су добијана по овом основу коришћена су за унапређење професионалне рехабилитације, као и за отварање радионица и радних мјеста за лица са инвалидитетом. Овај систем запошљавања за ратне војне инвалиде након 1945. године је престао да се примјењује. Чест облик запошљавања одоба са инвалидитетом након другог свјетског рата био је путем предвиђања одређених радних мјеста у предузећима за лица са инвалидитетом. Осим тога, нијесу ријетки били ни случајеви осигуравања монопола предузећима која запошљавају лица са инвалидитетом по овом систему (нпр. израда ођеће за војску, или веће државне институције или предузећа, као што су болнице, ватрогасне јединице и сл.)¹⁴. Овај облик запошљавања је уведен 1958. године као обавеза, коју су утврђивале комисије у општинама, а њихова надлежност је од 1967. године прешла на надлежне привредне органе. Резервисање радног мјеста за поједине категорије лица са инвалидитетом било је предвиђено и републичким законима из 1970/71. године. Тако, једно од рјешења које је било највише распрострањено, било је предвиђање радних мјеста телефониста за слијепа лица¹⁵. Унапређењу професионалне рехабилитације и стварању услова за брже запошљавање лица са инвалидитетом у другој половини

¹³ Д. Андрејевић, Професионално оспособљавање глувих и наглувих особа, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1992, стр. 19. и сл.

¹⁴ Виђети: Д. Андрејевић, оп. цит., стр. 95. и сл.

¹⁵ Ibidem...

прошлог вијека значајно су допринијеле организације које се баве заштитом права ових лица, чије активности су значајно допринијеле унапређењу законодавног и институционалног оквира за запошљавање лица са инвалидитетом, о чему ће бити ријечи у наставку рада.

2. Законски оквир за професионалну рехабилитацију и запошљавање лица са инвалидитетом у Црној Гори

У Уставу, Црна Гора се дефинише као демократска, социјална и еколошка држава, заснована на владавини права. Свако има право на једнаку заштиту својих права и слобода. Сви су пред законом једнаки, без обзира на било какву посебност и лично својство. Свако има право на рад, на слободан избор занимања и запошљавања, на правичне и хумане услове рада. Јемчи се и посебна заштита лица са инвалидитетом¹⁶.

Постојећи законски оквир за професионалну рехабилитацију и запошљавање лица са инвалидитетом првенствено чине прописи у којима су садржане одредбе које се односе на образовање и запошљавање. Тако, Општи закон о образовању и васпитању предвиђа да: "образовање и васпитање има за циљ да обезбиједи могућност за свестрани развој појединца, без обзира на тјелесну и психичку конституцију (чл. 2. став. 1)¹⁷. У законима који имају општи карактер, као што је Закон о раду, садржане су одредбе којима је забрањена дискриминација у остваривању права која би се темељила на инвалидности.¹⁸ Надаље, Закон о запошљавању такође прокламује начело забране дискриминације у примјени овог закона, других прописа и аката Завода за запошљавање и приватних агенција, и то независно од основа дискриминације.¹⁹ Закон прописује и могућност спровођења афирмативне акције према појединим рањивим групама, као што су лица са инвалидитетом. Тако у чл. 40 предвиђа да активна политика запошљавања подразумијева и мјере које се односе на израду посебних програма за запошљавање лица са инвалидитетом.

У циљу хармонизацији нашег законодавства са смјерницама Европске уније у погледу остваривања основних људских права, у Црној Гори се отпочело са редефинисањем постојеће политике према лицима са инвалидитетом. У том контексту посебан значај има Стратегија за

¹⁶ ("Службени лист Црне Горе", бр. 1/07).

¹⁷ ("Сл.лист РЦГ", бр.49/08 и "Службени лист Црне Горе", бр. 45/11 и 39/13)

¹⁸ Чл. 5. Закона о раду ("Сл. лист РЦГ", бр. 49/08, 59/11, 66/12).

¹⁹ Чл. 8. Закона о запошљавању и остваривању права по основу незапослености ("Сл. лист ЦГ", бр. 73/10 32/11).

интеграцију особа са инвалидитетом (ОСИ) у Црној Гори, коју је Влада усвојила за период 2008-2016. године. Стратегија је донијета у циљу побољшања њиховог материјалног положаја, уједначавања права, образовања и рехабилитације, те осигуравања равноправног укључивања у друштвену заједницу.²⁰ Овај документ представља дугорочни стратешки план ђеловања свих социјалних актера у Црној Гори, са акцентом на предлог мјера којима ће се утврдити активности које ће имати за циљ праћење спровођења и реализације основних циљева стратегије, који су установљени су за период од 2008 – 2016. године, са акционим плановима који ће се доносити за периоде од по двије године. Стратегија се односи на сва лица са инвалидитетом, без обзира на вријеме и околности настанка оштећења.

Циљ Стратегије у области професионалне рехабилитације и запошљавања је успостављање правног оквира за запошљавање лица са инвалидитетом, који треба да створи услове за њихово прилагођавање тржишту рада кроз едукацију, тренинге и професионално оспособљавање, као и прилагођавање тржишта рада лицима са инвалидитетом. У том смислу, предвиђено је предузимање следећих мјера: доношење правних прописа којима се утврђују оквири за професионалну рехабилитацију и запошљавање ОСИ; доношење плана развоја професионалне рехабилитације, запошљавања и рада ОСИ; планирање и спровођење активне политике запошљавања ОСИ; развијање и планирање примјене стандарда приступачног радног мјеста кроз област заштите здравља на раду; подстицање и подржавање укључивања жена са инвалидитетом на тржиште рада; обезбјеђивање већег укључивања социјалних партнера, посебно локалне самоуправе, у обликовању и реализацији одређених програма за запошљавање лица са инвалидитетом; обезбјеђивање мултисекторске и мултиресорске сарадње у спровођењу ових програма; оснивање посебног фонда за стимулисање запошљавања ОСИ; стимулисање запошљавања и предузетништва лица са инвалидитетом, као и организовање кампања и програма психолошког оснаживања за подизање свијести о њиховим радним способностима и др.

Заштиту превиђених права лица са инвалидитетом могу остварити код надлежних управних и судских права. Тужбу може поднијети само појединац, јер организације немају активну легитимацију за подношење тужбе због дискриминације на основу инвалидности, мада оне пружају подршку својим члановима и по правилу дају бесплатну правну и

²⁰ Стратегијом су обухваћене следеће области: социјална заштита; здравствена заштита; образовање; професионална рехабилитација и запошљавање; култура, спорт и рекреација; приступачност; и цивилно друштво.

адвокатску помоћ око заступања у спору. Поред тога, установљен је и посебан орган на нивоу државе, који има за циљ обједињавање активности различитих министарстава која се, у оквиру својих надлежности, баве лицима са инвалидитетом. На основу чл. 12. став.3. Уредбе о надлежностима Владе РЦГ ("Сл. лист РЦГ", бр. 15/94 и 04/97), на сједници одржаној 25.12.2003. године донијета је Одлука о образовању Савјета за бригу о лицима са инвалидитетом.²¹ Према овој Одлуци, Савјет се између осталог бави и заштитом и унапређењем права лица са инвалидитетом у области радног оспособљавања и запошљавања.

3. Правни положај лица са инвалидитетом у погледу запошљавања

Запошљавање лица са инвалидитетом у Црној Гори је регулисано посебним законом. Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом предвиђа могућност запошљавања ових лица под општим и под посебним условима²². Запошљавање под општим условима подразумијева запошљавање на отвореном тржишту рада, а запошљавање под посебним условима подразумијева запошљавање у посебним организацијама.

У случају запошљавања на отвореном тржишту рада, Закон предвиђа мјешовити модел запошљавања, односно комбиновање обавезе послодаваца да запосле одређен број лица са инвалидитетом у односу на укупан број запослених (систем квота), са једне стране, и субвенција које добијају од стране државе у случају да запосле лице са инвалидитетом, са друге стране.

Квоте за запошљавање лица са инвалидитетом одређене су у зависности од укупног броја запослених код послодавца. Тако, послодавац који има од 20 до 50 запослених, дужан је да запосли најмање једно лице са инвалидитетом, а послодавац који има више од 50 запослених дужан је да запосли најмање 5% лица са инвалидитетом у

²¹ Савјетом за бригу о лицима са инвалидитетом предсједава министар рада и социјалног старања, а његови чланови су: министар финансија, министар здравља, министар просвјете и спорта, министар правде, министар одрживог развоја и туризма, представник Секретаријата за законодавство, директор Завода за запошљавање Црне Горе, пет представника невладиних организација које се баве заштитом лица с инвалидитетом, на предлог Министарства рада и социјалног старања (чл.3. Одлуке о образовању Савјета за бригу о лицима са инвалидитетом, "Сл.лист ЦГ", бр. 64/2009, 67/2009 и 11/2011).

²² ("Сл. лист Црне Горе", бр. 49/08, 73/10 и 39/11).

односу на укупан број запослених.²³ Приликом утврђивања обавезног запошљавања лица са инвалидитетом, законодавац је узимао у обзир степен инвалидитета, тако да је предвиђено да ако послодавац има или запосли лице са тешким инвалидитетом, од најмање 80% инвалидитета сматра се, у погледу обавезе запошљавања, као да је запослио два лица са инвалидитетом. Ове обавезе запошљавања лица са инвалидитетом по основу квота ослобођени су новоосновани послодавци, за првих 24 мјесеца од дана почетка рада.

Из законских рјешења произилази да се систем запошљавања лица са инвалидитетом на основу квота једнако примјењује на све послодавце, како у јавном, тако и у приватном сектору. Не постоји приоритено запошљавање на неким радним мјестима у државним органима и јавним институцијама. Закон предвиђа да послодавац својим актом може одредити радна мјеста на којима се приоритетно запошљавају лица са инвалидитетом. Уколико се на оглас о слободном радном мјесту не јави лица са инвалидитетом, послодавац може запослити на одређено вријеме неко друго лице, али најдуже годину дана. Иако ова одредба није императивног карактера, већ је на послодавцу да процијени да ли ће одређена радна мјеста приоритетно бити предвиђена за лица са инвалидитетом или не, она је подложна критици. Ово из разлога што у пракси постоји могућност злоупотреба од стране послодавца, који, да би испунили обавезне квоте за запошљавање лица са инвалидитетом, могу предвиђети њихово запошљавање на радним мјестима за која лица са инвалидитетом углавном немају потребне квалификације.

За послодавца који не запосли лице са инвалидитетом, предвиђена је алтернативна законска обавеза, а то је уплата доприноса у посебан Фонд за професионалну рехабилитацију, за свако лице са инвалидитетом, које је био дужан да запосли, у складу са законом.²⁴ Стопа доприноса износи 20% од просјечне зараде у Црној Гори остварене у години која предходи плаћању доприноса. Може се рећи да ова одредба

²³ Ако број лица са инвалидитетом које је послодавац дужан да запосли, у смислу става 2 овог члана, није цијели број, вриједност до 0,5 % заокружује се на нижи цијели број, а вриједност укључујући 0,5% и више заокружује се на већи цијели број. Чл. 21. Закона о професионалној рехабилитацији И запошљавању лица са инвалидитетом.

²⁴ Осим доприноса који уплаћују послодавци, у складу са законом, средства из којих се финансира Фонд обезбјеђују се и из: Буџета Црне Горе; буџета јединице локалне самоуправе на чијој територији лице са инвалидитетом има пребивалиште; донација и помоћи од стране домаћих и страних, правних и физичких лица, И других извора у складу са законом.

нема афирмативан карактер, јер послодавцу оставља могућност избора, тј. да запосли особу са инвалидитетом или да уплати новчана средства у посебан фонд. С обзиром на постојеће предрасуде о радним способностима лица са инвалидитетом, претпостављамо да ће се послодавци радије опређељивати за уплату посебног доприноса. Из тог разлога, да би се обезбиједило потпуно остваривање циља закона, тј. интеграција особа са инвалидитетом у радну средину, а ова одредба треба бити измијењена, односно да треба предвиђети уплату посебног доприноса као супсидијерну, а не као алтернативну обавезу, као што је то сада случај. Наравно, с обзиром на специфичности појединих процеса рада код послодавца, свакако да изузеци од ове супсидијерне обавезе треба да буду предвиђени.

Средства Фонда користе се за развој и унапређивање професионалне рехабилитације и запошљавања лица са инвалидитетом; суфинансирање посебних организација; исплату субвенција за послодавце који запосле лица са инвалидитетом; суфинансирање програма за одржавање запослености лица са инвалидитетом; као и за финансирање и других активности које се односе на професионалну рехабилитацију лица са инвалидитетом.

Једно од питања које није адекватно ријешено у Закону јесте примјена закона на послодавце који већ имају међу запосленима лица са инвалидитетом. Наиме, нема изричите одредбе о томе да ли се њихове обавезе запошљавања у овом случају умањују за број већ запослених лица са инвалидитетом, већ се само истиче да послодавци који међу запосленима имају инвалиде рада немају право на законом предвиђене субвенције. Недореченост закона у овом дијелу може створити проблем приликом његове имплементације, јер она оставља могућност за различита тумачења обавеза послодаваца у овом случају.

Запошљавање лица са инвалидитетом под посебним условима, у смислу Закона, подразумејева запошљавање у посебним организацијама. Уколико се лица са инвалидитетом услед радних или здравствених способности не може запослити на отвореном тржишту рада, предвиђена је могућност запошљавања у радним центрима, заштитним радионицама и заштитним погонима. Запошљавање у радном центру предвиђено је за лица са тешким инвалидитетом, која не постижу радни учинак већи од 50% у односу на лица исте животне доби, стручне спреме и под истим условима рада. У радном центру се спроводе радно - терапеутске активности у оквиру хабилитације и рехабилитације лица са инвалидитетом, која имају положај корисника услуга. Радни центар може основати јединица локалне самоуправе, Завод за запошљавање, центар за социјални рад и једно или више правних и физичких лица, под условом да

има најмање 80% запослених лица са инвалидитетом у односу на укупан број запослених. Заштитну радионицу може основати јединица локалне самоуправе, привредно друштво, предузетник, Завод за запошљавање, невладина организација лица са инвалидитетом, удружење послодаваца, синдикат и друго правно и физичко лице, под условом да запошљава најмање 51% лица са инвалидитетом од укупног броја запослених.

Обавеза формирања посебног погона постоји код послодавца код кога постоје отежани услови рада који повећавају настанак инвалидности, под условом да има најмање 50% радних мјеста за запошљавање лица са инвалидитетом.

Радни центар, заштитна радионица и заштитни погон имају повлашћен статус у погледу финансијских обавеза према држави. Наиме, посебне установе за запошљавање лица са инвалидитетом су ослобођене од плаћања царине на увоз специјалне опреме, уређаја, резервних ђелова, инструмената и потрошног материјала за лица са инвалидитетом, под условом да се не производе у земљи. Осим тога, ослобођени су и од плаћања пореза на добит, сразмјерно броју запослених лица са инвалидитетом у укупном броју запослених код послодавца.

И послодавци који запошљавају лица са инвалидитетом на отвореном тржишту рада, уколико испуне своје законске обавезе, имају право на субвенције од стране државе, које се односе на: бесповратна средства за прилагођавање радног мјеста и услова рада за запошљавање лица са инвалидитетом; кредитна средства под повољним условима за куповину машина, опреме и алата потребног за запошљавање лица са инвалидитетом; учешће у финансирању личних трошкова асистента (помагача у раду) лица са инвалидитетом. Осим тога, послодавци имају право на субвенције зараде за свако лице са инвалидитетом које запосле на неодређено вријеме. Висина субвенције износи: у првој години 80%, у другој 60%, у трећој и свакој наредној години 50% од исплаћене бруто зараде лицима са инвалидитетом.

Право на законом утврђене субвенције има и лице са инвалидитетом које се самозапосли, које обавља самосталну ђелатност или оснује привредно друштво, које се запосли у породичном домаћинству и обавља пољопривредну ђелатност као једино, главно или допунско занимање.

Потупак остваривања права на субвенције зараде лица са инвалидитетом предвиђени су посебним правилником. Ово право се остварује код Фонда за професионалу рефабилитацију и запошљавање, а на основу захтјева. Уз захтјев се подносе и следећи докази : доказ о оствареном статусу лица са тешким инвалидитетом у смислу Закона, уговор о раду закључен са тим лицем, односно докази о испуњавању

услова за лице које се samozапосли, и доказ о уплати зараде са уплатом доприноса за обавезно социјално осигуње за лице са инвалидитетом. Одлуку којом се утврђује право на исплату субвенција доноси Директор Завода за запошљавање, на предлог Савјета Фонда за професионалну рехабилитацију. Корисник права на субвенције је дужан да до краја текућег мјесеца Фонду поднесе доказе о исплати зараде и уплати доприноса за обавезно социјално осигурање за лице са инвалидитетом, за претходни мјесец. У супротном, изгубиће право на субвенције, а одлуку о томе доноси Директор Завода за запошљавање, такође по претходно добијеном мишљењу Савјета Фонда.

У циљу подстицања запошљавања ових лица, донијета је и Уредба о пореским олакшицама, са роком трајања од једне године, према којој, послодавци који запосле лице које се сматра теже запошљивим, не плаћају доприносе за обавезно социјално осигурање и накнаде за коришћење комуналних добара од општег интереса на зараде запослених, као и порез из зараде запосленог.

Иако у новије вријеме нијесу вршена истраживања о броју запослених лица са инвалидитетом, стање у пракси показује да Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом није испунио постављени циљ: запошљавање особа са инвалидитетом на отвореном тржишту рада. Ово из разлога што се послодавци најчешће опређељују за алтернативну обавезу, тј. уплату доприноса у Фонд за професионалну рехабилитацију, како би испоштовали законске обавезе, што је још једна потврда неопходности измјене поменутог закона. Осим тога, према подацима Завода за запошљавање Црне Горе, ниска стопа запослености ове популацију последица је и непостојања адекватне стручне спреме, тј. оних занимања која су тражена на тржишту рада²⁵.

4. Посебна заштита лица са инвалидитетом у погледу остваривања права из радног односа

Посебна заштита на раду лица са инвалидитетом предвиђена је у више законских одредби. Тако Закон о раду предвиђа да лица са инвалидитетом имају право на посебну заштиту на раду. Та посебна заштита подразумијева обавезу послодавца да лице са инвалидитетом распореди на послове и задатке који одговарају његовој преосталој радној

²⁵ Према подацима Завода за запошљавање Црне Горе, нека од најбројнијих занимања међу овом популацијом, као што су: кожни галантериста, руковалац робом-помоћни продавац, продавац робе свакодневне потрошње управо она занимања за којима не постоју потражња на тржишту радне снаге. Виђети: <http://www.zzzcg.org/>

способности у степену стручне спреме, у складу са актом о систематизацији. Ова заштита се односи на лица која су инвалидитет стекла на раду или у вези са радом. Међутим, уколико се запослени са инвалидитетом под наведеним условима не може распоредити на друго радно мјесто, послодавац има обавезу да му обезбиједи друга права која се односе на професионално оспособљавање ових лица, а уколико ни то није омогуће, запослени са инвалидитетом ће имати статус запосленог за чијим је радом престала потреба. Осим тога, забрањено је распоређивање лица са инвалидитетом на рад у друго мјесто ван пребивалишта, односно боравишта.

Позитивна дискриминација лица са инвалидитетом у погледу остваривања неких права из радног односа предвиђена је и Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом. Тако запослено лице са инвалидитетом, у свакој календарској години, има право на плаћени годишњи одмор у трајању од најмање 26 радних дана, док остали запослени имају право на годишњи одмор у трајању од најмање 18 радних дана, у складу са Законом о раду. Дуже трајање годишњег одмора за лица са инвалидитетом предвиђено је и Општим колективним уговором²⁶. Тако, се поред законом утврђеног минимума, годишњи одмор увећава три дана лицима која су инвалидитет стекла у току рада или у вези са радом. Општи колективни уговор предвиђа посебну заштиту у погледу остваривања права на годишњи одмор и за родитеље који имају дијете са сметњама у развоју. Тако, родитељ ђетета које има тјелесна и психичка оштећења има право на додатних три дана годишњег одмора у односу на законом утврђен минимум трајања.

Посебна заштита лица са инвалидитетом предвиђена је и код престанка радног односа отказом уговора о раду. Ова посебна заштита се односи на дужину отказног рока и предвиђена је Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом, према коме отказни рок лицу са инвалидитетом не може бити краћи од 30 дана, осим ако је отказ последица кривице тог лица²⁷.

Међутим, за разлику од неких ранијих законских рјешења²⁸, лица са инвалидитетом се према важећим прописима могу прогласити лицима

²⁶ "Сл. лист РЦГ", бр. 14/14.

²⁷ Према Закону о раду, запослени има право и дужност да остане на раду најмање 15 дана од дана достављања отказа уговора о раду, односно одлуке о престанку радног односа, у случајевима утврђеним колективним уговором и уговором о раду. (чл. 114. став 1. ЗОР-а Црне Горе-"Сл. лист РЦГ", бр.79/04).

²⁸ Законом о раду из 2003. године ("Сл.лист РЦГ", бр 54/03) била је предвиђена забрана престанка радног односа лицима са инвалидитетом у случају престанка

за чијим је радом престала потреба. Уколико им није обезбијеђено ни једно о права која су предвиђена посебним програмом, престаје им радни однос, уз право на исплату отпремнине чији износ зависи од тога да ли је до инвалидности дошло на раду или ван рада. Тако, послодавац је дужан да исплати отпремнину најмање у висини 24 просјечне зараде, ако је инвалидност проузрокована повредом ван рада или болешћу, а најмање у висини 36 просјечних зарада, ако је инвалидност проузрокована повредом на раду или професионалном болешћу²⁹. У овом случају закон предвиђа позитивну дискриминацију у односе на лица са инвалидитетом, обзиром да је за остале запослене којима престаје радни однос услед престанка потребе за њиховим радом отпремнина одређена у износу од најмање шест просјечних зарада у Црној Гори.

ЗАКЉУЧАК

Професионална рехабилитација и запошљавање лица са инвалидитетом је претпоставка за њихово укључивање у друштвене токове. То је право које лица са инвалидитетом имају без обзира на врсту, степен и узрок њиховог инвалидитета. Поред професионалног оспособљавања, социјална интеграција лица са инвалидитетом не може се обезбиједити без њиховог запошљавања. Путем запошљавања лице са инвалидитетом задовољава елементарну људску потребу - да живи од властитог рада. Међутим, у ситуацији када постоје високе стопе незапослености, овај услов је тешко обезбиједити. Ово из разлога што лица са инвалидитетом нијесу у могућности да на тржишту радне снаге равноправно "конкуришу" ради запошљавања.

У Црној Гори постоје изузетно мале могућности за запошљавање лица са инвалидитетом. Проблеми који прате прелазак у више демократско друштво, заједно са познатим економским тешкоћама додатно су погоршали статус ове популације становништва. Последњих година доста је урађено на побољшању законодавног оквира за професионалну рехабилитацију и запошљавање лица са инвалидитетом. Посебан значај има усвајање Националне стратегије за интеграцију лица

потребе за њиховим радом, али је закон у овом дијелу измијењен Законом о измјенама и допунама Закона о раду ("Сл. лист РЦГ", бр.79/04).

²⁹ Зарадом се у овом случају сматра просјечна зарада у Црној Гори, умањена за порезе и доприносе који се исплаћују из те зараде, остварене у мјесецу који претходи мјесецу у којем запосленом престаје радни однос. Уколико је, за запослено лице са инвалидитетом повољнија висина отпремнине, на основу просјечне зараде послодавца, може да се одлучи за ту могућност (чл .94. Закона о раду Црне Горе ("Сл. лист РЦГ", бр.79/04)).

са инвалидитетом и доношење Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом. Међутим, солидна правна регулатива у овој области моћи ће имати ефекта тек када не буде било раскорака између нормативног и фактичког стања у друштвеном животу, односно када се међународни стандарди буду широко примјењивали у свим битним областима социјалног живота.

Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом садржи норме које пружају могућност послодавцима да препознају интерес како би запослили лице са инвалидитетом. Међутим, због познатих предрасуда које у црногорском друштву владају у односу на лица са инвалидитетом, не постоји довољна спремност послодаваца да ову категорију незапослених лица запошљавају. Из тог разлога, неопходно је континуирано спроводити кампање које би имале за циљ упознавање послодаваца са њиховим правима и обавезама у погледу запошљавања лица са инвалидитетом, као и подизање свијести цјелокупне јавности о могућностима ових лица у погледу рада. У будућности је важно да у пракси заживи концепт прилагођавања радног мјеста за лица са инвалидитетом, као и да се врши континуирани напор над извршавањем законских обавеза у погледу запошљавања лица са инвалидитетом. Имајући у виду да низ реформских закона афирмишу начело пружања једнаких могућности лицима са инвалидитетом и гарантују њихову равноправност, неопходно их је доследно примјењивати и развијати принцип партнерства и сарадње између државних органа и покрета лица са инвалидитетом. На тај начин ће и лица са инвалидитетом имати могућност да, као активни и равноправни грађани, дају допринос укључивању Црне Горе у европске интеграције, што не треба да буде само по себи циљ Црне Горе, већ и средство њеног развоја.

Vesna Simović-Zvicer, Ph.D.
Faculty of Law, University of Montenegro

**AFFIRMATIVE ACTION MEASURES IN THE RECRUITMENT
PROCESS AND THE EXERCISE OF EMPLOYMENT RIGHTS OF
PERSONS WITH DISABILITIES IN MONTENEGRO**

Summary

The situation of persons with disabilities in society crucially depends on the formal and legal framework created and protected by the state itself. The issue of protection of rights of persons with disabilities is an integral part of the discourse on human rights in general, what further confirms the importance of the legal aspect of regulating the relation of society towards this population. Given that particularities relating to this category of population for realization of their fundamental rights imply the active role of state authorities, appropriate level of protection of rights of persons with disabilities is required as a prerequisite for qualification of one society as democratic.

With this in mind, the paper presents positive legal solutions in Montenegro related to the employment of persons with disabilities, with an emphasis on affirmative action measures and the effects of their use. In addition, the legal provisions relating to special protection of persons with disabilities in the exercise of employment rights were analyzed.

Marta Tomić

Istraživač-saradnik Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu

Mr Marija Mićović

Istraživač-saradnik Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu

ŽENE I PROFESURA DANAS¹

Apstrakt: *Ovaj rad se bavi aktuelnim položajem žene na univerzitetu i nauci uopšte. Položaj žena u nastavnoj profesiji na visokoškolskim ustanovama višestruko je negativno uslovljen, i očigledno trpi nejednake mogućnosti. Žene kao društvena grupa, marginalizovane u startu svojim polom, svojim rodnim karakteristikama, a zatim i svojom društvenom funkcijom. U naučnim ustanovama i naučnom društvu u celini, deluju posebni mehanizmi koji ženama otežavaju profesionalnu promociju i uspon ka višim lestvicama naučnog rada i sledejuća priznanja. Ove ustanove su po svojoj strukturi hijerarhijske, birokratske i patrijarhalne i oslikavaju, odnosno ističu mušku kulturu u nauci, namećući elitistički pristup naučnom radu i modele komunikacije koji ne odgovaraju ženama. U okvirima maskulinitetno - dominantnih vrednosti, nemogućnost žena da dostignu u istoj meri pozicije kao muškarci u nastavnoj karijeri, sasvim je razumljiva, jer je cilj ove kulturne matrice da bolje pozicije u društvu, one koje su na izvoru moći i uticaja, ostanu u posedu muškaraca.*

Ključne reči: *žene, društveni položaj, maskulinitet, univerzitet, nauka.*

Uvod

Položaj žene u nauci rezultat je njenog položaja u društvu, sa jedne strane, i položaja nauke, sa druge. Činjenica je da žene nemaju jednak društveni položaj kao muškarci, iako uživaju sva legalna prava kao oni. Činjenica je, takođe, da što je prestižnija pozicija nauke u društvu, to je ona zatvorenija za žene.²

Sociološka analiza profesionalnog položaja i angažmana žena u nauci, obuhvata nekoliko nivoa: položaj žena u okviru date društvene strukture,

¹ Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije“, koji finansira i realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu, ciklus naučnih istraživanja 2015-2019. godina.

² Blagojević, M. (1991) Women in Science in Yugoslavia. Double-Faced Marginalisation. In: V. Stolte-Heiskanen (Ed.) Women in science: Token women or gender equality. Oxford/New York: Berg Publishers, str. 75-95.

položaj naučne delatnosti kao društvenog podsistema, i konačno, lični nivo žene profesionalno angažovane u nauci.

Marginalan položaj žena u društvu uslovljen je njihovom ekonomskom i ideološkom funkcijom: ekonomski, žene su grupa koja je globalno niže plaćena na tržištu rada i koja se bavi manje prestižnim zanimanjima, a ideološki, žene su zadužene za prenošenje vrednosti patrijarhalne kulture preko funkcije odgajanja i socijalizacije dece, i samim tim pripadaju zoni "privatnog". Pripadnici marginalnih grupa u društvu nalaze se na nižoj lestvici stratifikacije, pa je njihova promocija na gore otežana restriktivnim mehanizmima koji se manifestuju preko određenih društvenih institucija kao što su porodica, obrazovanje, tržište rada, profesionalna udruženja, mas-mediji, itd.

Žene kao društvena grupa, marginalizovane u startu svojim polom, svojim rodnim karakteristikama, a zatim i svojom društvenom funkcijom. Da bi došle do višeg društvenog statusa, i ušle u prestižna zanimanja, za njih bi trebalo da rade dvostruki mehanizmi promocije, prvo oni koji ih pokreću sa nižeg nivoa kao individuu (lično znanje i sposobnost, dobra biografija, "background", podrška sa strane, itd.), a zatim i oni koji ih generalno, kao društvenu grupu, oslobađaju rodno zasnovanih prepreka. Delujući na nivou nauke, koja se po uvreženom shvatanju (može se reći po predrasudi) razume kao muška delatnost, pri čemu je interiorizacija ovog shvatanja toliko duboka da se identifikacija između maskuliniteta i nauke lako usvaja još u najranijem dečijem uzrastu, ("Nauka je za muškarce! kaže petogodišnji dečak.")³, mehanizmi marginalizacije žena deluju iz samih temelja i metoda nauke.

Shvatanje na osnovu kojeg se objektivnost, kao osnovni postulat naučnog rada izjednačava sa maskulinitetom, produbljuje se razdvajanjem na subjektivno i objektivno, pri čemu je objektivni i racionalni muškarac, a subjektivna, meka i senzitivna – žena. Uopšteno uzevši, „tvrde“ su činjenice (maskulinitet), a „meko“ su osećanja (feminitet). Feminizacija nauke vezuje se za sentimentalizam, a žena koja razmišlja naučno i objektivno, razmišlja kao muškarac.

U naučnim ustanovama i naučnom društvu u celini, deluju posebni mehanizmi koji ženama otežavaju profesionalnu promociju i uspon ka višim lestvicama naučnog rada i sledujuća priznanja. Ove ustanove su po svojoj strukturi hijerarhijske, birokratske i patrijarhalne i oslikavaju, odnosno ističu mušku kulturu u nauci, namećući elitistički pristup naučnom radu i modele komunikacije koji ne odgovaraju ženama.

Data struktura promovise elitistički koncept karijere, kojim dominiraju rigidni, objektivni kriterijumi pravolinijskog napredovanja (što bi bili muški

³ Fox-Keller, E. (1985) Reflections on gender and science. New York: Yale University Press.

kriterijumi), koji su u suprotnosti sa povećanjem stručnosti i zadovoljstvom u poslu (što bi bili ženski kriterijumi). Formalna struktura ima tendenciju da se preslikava i u nefomalnoj strukturi komunikacije, koja kao takva nastavlja da marginalizuje žene.⁴

Iz pozicije ličnog života, profesionalna karijera žene u nauci usko se prepliće sa njenom porodičnom ulogom, tj. njenim privatnim životom. Uloga žene - naučnice i uloga žene - supruge i majke, direktno su suprotstavljene i međusobno inhibirajuće. Konflikt nastaje zbog sukoba različitih vrednosti koje ove uloge promovisu (problem u hijerarhiji različitih motiva, kao što su uspeh, moć, prestiž, novac koji se direktno sukobljavaju sa požrtvovanošću deci i porodici, itd.), i iz nemogućnosti da se izabere jedna od njih, i na taj način razreši napetost.

Sa sasvim ličnog aspekta, u sferi psihološko-emotivnog, u prevazilaženju konfliktnih situacija između profesionalne promocije i porodičnih obaveza žene pronalaze različite taktike delovanja. Najveći broj žena sklon je da traži oslonac, da razvija razumevanje kod članova svoje porodice za svoju specifičnu situaciju – dvostrukog opterećenja i dvostrukih potreba potvrđivanja. Ovakvo rešenje, u suštini, ima za cilj da kod žene smanji osećaj konfliktности uloga i povisi joj samopoštovanje.⁵

Istraživanja i statistika

Na osnovu statističkih izvora zemalja članica Helsinške grupe iz 2003. godine koje prikazuje Evropska Komisija,⁶ uočavaju se oštre razlike u učešću žena u ukupnom broju nastavnog osoblja na univerzitetima u Evropi. Ova razlika je još veća u korist muškaraca kada su u pitanju profesori i asistenti (docenti, vanredni i redovni profesori).

⁴ Blagojević, M. (1991) Women in Science in Yugoslavia. Double-Faced Marginalisation. In: V. Stolte-Heiskanen (Ed.) Women in science: Token women or gender equality. Oxford/New York: Berg Publishers, str. 75-95

⁵ Milić, A. (1994) Žene, politika, porodica. Beograd: Institut za političke studije.

⁶ Enwise Expert Group (2003) Waste of talents: turning private struggles into a public issue - Women and Science in the Enwise countries: A Report to the European Commission. Brussels: Directorate-General for Research.

Tabela 1: Procenat žena među redovnim profesorima, Evropska Komisija 2003.⁷

Zemlja	Prirodne nauke	Inženjerstvo i tehnologija	Medicinske nauke	Poljoprivredn. nauke	Društvene nauke	Humanističke nauke
Belgija	4.2	1.0	3.4	5.1	12.3	10.5
Danska	4.2	2.8	9.8	9.8	9.7	13.3
Nemačka	4.6	3.2	4.0	8.0	6.8	13.7
Francuska	15.7	6.4	8.9	-	23.8	-
Italija	15.0	5.2	9.5	10.2	16.8	22.9
Holandija	3.2	2.7	5.2	7.1	7.0	14.2
Austrija	3.1	1.7	7.6	9.3	6.4	11.1
Portugalija	22.4	3.1	30.2	17.6	21.8	-
Finska	8.3	5.2	21.3	12.8	24.7	33.2
Švedska	10.4	5.2	12.9	16.3	15.8	25.4
Engleska	7.7	2.3	14.5	7.9	17.8	17.9
Island	7.0	5.6	9.7	-	9.4	6.1
Izrael	6.6	4.8	16.4	0	13.6	18.9
Norveška	6.9	2.8	14.2	8.9	15.3	24.3
Poljska	16.1	6.8	26.2	20.0	19.2	21.0
Slovačka	10.4	2.4	9.4	4.6	10.9	12.2
Slovenija	6.0	2.8	18.3	14.0	11.5	15.8

Značajno veći broj žena nalazi se među asistentskim osobljem, što se može objasniti ukupnim povećanjem broja asistenata na fakultetima, usled povećanja broja studenata (univerziteti napuštaju “elitistički model obrazovanja” i prelaze na masovno obrazovanje), pa u cilju nesmetanog funkcionisanja nastavnog procesa asistenti i saradnici čine, zapravo, u najvećem broju radnu snagu nastave, bez dovoljno mogućnosti da se bave istraživačkim radom.

Tabela 2: Visoko obrazovanje i doktorati, Enwise expert group, 2003.⁸

Zemlja	R. profesori	V. profesori	Predavači	Asistenti
Bugarska	16.4	30.7	44.4	56.5
Češka	7.2	20.0	41.6	56.4
Estonija	16.5	31.6	50.9	68.0
Mađarska	11.6	33.0	40.0	-
Latvija	18.0	40.0	43.0	68.0
Litvanija	11.6	33.1	-	-

⁷ Gupta, N., Kemelgor, C., Fuchs, S., Etkowitz, H. (2005) Triple burden on women in science: A cross-cultural analysis. *Current science*, 89(8), str. 1382-1386.

⁸ Enwise Expert Group (2003) Waste of talents: turning private struggles into a public issue - Women and Science in the Enwise countries: A Report to the European Commission. Brussels: Directorate-General for Research.

Poljska	15.5	21.7	20.9	38.8
Rumunija	10.2	32.0	45.0	-
Slovačka	8.0	25.0	48.0	-
Slovenija	10.0	15.0	20.0	-

Broj žena sa doktoratom pokazuje tendenciju izjednačavanja, mada su ovi trendovi izraženiji u zemljama u kojima je visokoobrazovna delatnost još uvek delimično marginalizovana. U zemljama zapadne Evrope, na primeru Velike Britanije, uočava se veliki skok u procentu žena koje su doktorirale (u 1973. taj procenat iznosio je manje od 20% žena u odnosu na muškarce), a 2004. godine iznosi približno 35% u odnosu na muškarce, sa razlikama prema naučnim disciplinama. Najviše doktorantkinja ima u društvenim naukama i medicini, čak preko 50%, dok ih je u inženjerstvu i fizici ispod 20%.⁹

Istraživanje sprovedeno na univerzitetima u Velikoj Britaniji, pod nadzorom Vlade Velike Britanije,¹⁰ pokazalo je konstantno nižu zastupljenost žena među profesorskim, istraživačkim i rukovodećim kadrom, uprkos zvanične državne politike o ravnomernoj zastupljenosti žena, etničkih manjina i osoba sa invaliditetom na visokoškolskim i naučnim ustanovama u zemlji. Iako su šanse za napredak u karijeri poboljšane, rastući broj žena među univerzitetskim kadrom odnosi se uglavnom na podmladak, dok broj žena među višim nastavnim zvanjima i u upravi, ostaje i dalje mali.

Studija Alison Park, "Women, Men, and the Academic Hierarchy: Exploring the Relationship between Rank and Sex" iz 1992. godine, u kojoj su sakupljeni statistički podaci sa nekoliko američkih univerziteta, pokazala je da su šanse za profesorsko mesto tri puta veće za muškarca nego za ženu, pod uslovom da se uzmu u obzir godine starosti, dok su te šanse čak pet puta veće kada se godine starosti ne računaju. Osim godina, velika razlika u rangju prisutna je u različitim naučnim disciplinama, pa su žene malo brojnije u oblastima društvenih nauka, medicine i umetnosti, mada opet, visoke položaje u nastavi u većini zauzimaju muškarci.

U studiji "Rodna neravnopravnost na univerzitetu" autorke Nevene Petrušić (2004) podaci prikupljeni sa Univerziteta u Nišu pokazuju da su žene i dalje u neravnopravnom položaju u odnosu na muškarce.

⁹ Ginther, D., Kahn, S. (2006) Does Science promote woman? Evidence from Academia 1973-2001. National Bureau of Economic Research Working Paper Series, 12691.

¹⁰ Metcalf, H., Rolfe, H., Stevens, P., Weale, M. (2005) Recruitment and Retention of Academic Staff in Higher Education. London: National Institute of Economic and Social Research.

Tabela 3: Zastupljenost žena u nastavnim zvanjima na fakultetima u Nišu

Pravni fakultet u Nišu	muškarci	žene	Ekonomski fakultet u Nišu	muškarci	žene	Grad. fakultet u Nišu	muškarci	žene
Redovni prof.	14	6	Redovni prof.	16	8	Redovni prof.	27	5
Vanredni	6	3	Vanredni	7	2	Vanredni	9	
Docenti	6	4	Docenti	7	6	Docenti	3	2
Asistenti	4	5	Asistenti	8	11	Asistenti	15	12
A.pripravnici	4	3	A. pripravnici	4	8	A. pripravni	5	8
Stručni saradnici	5	3	Stručni saradnici	-	-	Str. saradnici	2	3
Predavači	0	3	Predavači	-	1	Predavač	1	2

Autorica studije zaključuje da je na osnovu statističkih podataka na svim fakultetima procenat žena među nastavnim osobljem znatno manji u odnosu na procenat studentkinja u ukupnom broju studenata. Procenat žena u nastavnom osoblju znatno je manji na tehničkim nego na fakultetima društvenih nauka.

Podaci iz istraživanja Marije Bogdanović¹¹ (2006) pokazuju da na Univerzitetu u Beogradu žene čine 43,3% nastavnog kadra. U kategoriji nastavnika zastupljene su sa 37,4% a u kategoriji asistenata sa 51%. U ovom pogledu postoje i znatne razlike između fakulteta. Najveće učešće žena-nastavnika nalazi se u grupaciji medicinskih nauka (51,3%), a najveće učešće žena u kategoriji asistenata javlja se u grupaciji društvenih nauka (64%). Na beogradskom Univerzitetu najviše žena profesora je na medicinskim naukama – 42%, dok je na ostalim fakultetima stanje od 29% do 7% na tehničkim naukama.

U Portugalu, na primer, žene čine odprilike četvrtinu svih profesorskih pozicija ukupno, ali su skoro isključene iz inženjerstva i tehnologije. Generalno, učešće žena profesora najniže je u tehnološkim i inženjerskim nastavno-naučnim disciplinama, a najviše u društvenim i prirodnim naukama.

Značajno veći broj žena nalazi se među asistentskim osobljem, što se može objasniti ukupnim povećanjem broja asistenata na fakultetima, usled povećanja broja studenata (univerziteti napuštaju “elitistički model obrazovanja” i prelaze na masovno obrazovanje), pa u cilju nesmetanog funkcionisanja nastavnog procesa asistenti i saradnici čine, zapravo, u najvećem broju radnu snagu nastave, bez dovoljno mogućnosti da se bave

¹¹ Bogdanović, M. (2006) Women in Education and Science. Sociologija, 18(4), str. 327-340.

istraživačkim naučnim radom. Ovaj podatak ukazuje da su šanse za napredak žena u akademskoj karijeri poboljšane, mada se rastući broj žena među univerzitetskim kadrom odnosi uglavnom na podmladak, dok broj žena među višim nastavnim zvanjima i u upravi, ostaje i dalje mali.

Neke od varijacija koje proizilaze iz ovih podataka tradicionalno mogu biti u vezi sa visokim ili niskim statusom same naučne discipline i u odnosu na to težim ili lakšim pristupom za žene (niži status discipline – lakši pristup, i obrnuto). Pojam “getoizacije”, ili “feminizacije” naučnog rada podrazumeva postojanje odvojenog, polno-zasnovanog tržišta rada u nauci koje je nastalo zbog nekoliko razloga: veliki porast broja kvalifikovanih žena, jak otpor poslodavaca da one uđu u nastavu na univerzitetima, i pojava novih polja naučnih istraživanja i naučnog rada ali nisko cenjenog i slabije vidljivog, što za sobom povlači povećan broj saradnika u nastavi i saradnika u istraživačkim centrima.¹²

Kvalitativno istraživanje sprovedeno na univerzitetima u Velikoj Britaniji, 2005. godine pod nadzorom Vlade ove države, pokazalo je konstantnu i diskriminatornu zastupljenost žena u profesorskom, istraživačkom i rukovodećem kadru, uprkos afirmaciji zvanične državne politike ravnomerne zastupljenosti žena, etničkih manjina i osoba sa invaliditetom na visokoškolskim i naučnim ustanovama (politika reflektovanja ukupne populacije) u zemlji.

“Univerziteti, kao poslodavci, nisu dobri u promociji žena, etničkih manjina i ljudi sa invaliditetom. Univerzitet na kojem ja radim je kao i drugi. Više pozicije još uvek okupiraju muškarci, a i nema većeg broja zaposlenih koji su iz populacije manjina.”¹³

Bez obzira na region, državu ili kontinent, segregacija žena na visoko-obrazovnim i naučnim ustanovama pokazuje isti trend. U Evropi žene su u proseku zastupljene sa oko 15% među profesorima, u SAD taj procenat je nešto viši, oko 25%. Situacija, međutim, ne pokazuje takav trend kada se posmatraju univerziteti ponaosob. Na univerzitetima na kojima je prisutno više žena, više žena je sa višim akademskim i nastavnim zvanjima. Drugim rečima, žene u muško-dominantnom okruženju imaju manje šanse za napredovanje od muškaraca.

Zanimljivo je da učešće žena u menadžmentu na visokoškolskim ustanovama pokazuje isti, ako ne i gori trend, kao i učešće žena u nastavnom

¹² Gupta, N., Kemelgor, C., Fuchs, S., Etkowitz, H. (2005) Triple burden on women in science: A cross-cultural analysis. *Current science*, 89(8), str. 1382-1386.

¹³ Metcalf, H., Rolfe, H., Stevens, P., Weale, M. (2005) *Recruitment and Retention of Academic Staff in Higher Education*. London: National Institute of Economic and Social Research.

procesu. Postoji nekoliko razloga: muškarci su zainteresovaniji za upravljačke pozicije, oni intenzivno razgovaraju o toj temi, oni su agresivniji i međusobno povezani i tako razvijaju strategije i lobi-grupe da bi njihove ambicije dobile podršku. Smatra se da ženu tradicionalno ne zanima položaj moći i vlasti, jer je više vezana za sferu privatnog, porodičnog i kućnog, dok je muškarac orjentisan na javno, i menadžersko delovanje. Očigledno je podela rada još uvek izrazito prisutna u društvenoj praksi, pri čemu ni nauka nije zaobiđena. Žena, okupirana dvostrukom karijerom i obavezama, nalazi da je previše umorna, da nema dovoljno snage i motivacije da bi se zanimala i upravljačkim pozicijama. Da li je ova tvrdnja objektivna?

„Više od dvadeset godina radim na Slovačkom Univerzitetu Tehnologije u Bratislavi, i bila sam zamenik šefa matematičkog odseka sedam godina. Ove godine odlučila sam da konkurisem za mesto Šefa odseka. Moj profesionalni profil bio je isto toliko dobar kao i ostala dva muška kandidata, ako ne i bolji. Rezultat psihološke provere pokazao je da sam najbolji kandidat za taj položaj. Ipak, moja kandidatura nije prihvaćena. Koji su razlozi za to? Profesionalno znanje i sposobnost nisu, kao ni nedostatak iskustva ili nedovoljne kvalifikacije. Generalno, oni koji su odlučivali, nisu dozvolili da žena u odnosu na muškarce odnese prednost i da se na taj način promovira žene u tehničkim naukama i inženjeringu. Jasno je da žena nikada neće dostići vodeću poziciju na univerzitetu dok god postoje mehanizmi koji onemogućavaju jednake mogućnosti...“¹⁴

Pojam Glass Ceiling, negde naznačen kao Glass Wall, našao je široku upotrebu u knjigama, člancima i štampi koja se bavi jednakim mogućnostima da bi opisao aspiracije srednjih menadžera ka višim pozicijama (odnosno pojam Glass Wall, da označi prelaz iz jedne u drugu organizaciju u cilju dostizanja više pozicije), odnosno njihovu nemogućnost da to postignu. Upotreba ovog termina vezuje se u američkoj literaturi o menadžmentu iz kasnih 1980-ih dvadesetog veka uglavnom za žene. Uticajna studija iz ovog vremena je “Breaking the Glass Ceiling: Can women reach the top of America’s largest corporations?” autora Morisonove i Vajta (1987) i (1992) u kojoj se objašnjava koncept Glass Ceiling i Glass Wall na sledeći način: Glass Ceiling je transparentna barijera koja onemogućava ženama da pređu preko određenog nivoa u okviru organizacije. Istraživanje je pokazalo da postoji više od jedne barijere. Žene koje uspeju da se probiju preko Glass Ceiling često otkriju da postoji zid između njih i ostatka menadžmenta. Mnoge od njih su platile cenu da bi dospale na visoke pozicije, da bi zatim otkrile da su i dalje odvojene od

¹⁴ Enwise Expert Group (2003) Waste of talents: turning private struggles into a public issue - Women and Science in the Enwise countries: A Report to the European Commission. Brussels: Directorate-General for Research.

svojih ciljeva. Stakleni plafon nije jednostavno barijera za pojedinca kao individuu, koja je proizašla iz lične nesposobnosti da dosegne visoku poziciju, već je to češće barijera za žene kao grupu koja je sprečena da napreduje samo zato što su u njoj žene. Ovaj mehanizam postoji u različitim oblastima i na različitim nivoima. U bilo kom zanimanju, što je viši nivo prestiža ili odlučivanja, manje je učešće žena.¹⁵

Istraživanje Marije Bogdanović koje je obuhvatilo Beogradski Univerzitet u periodu iz 2006. godine nedvosmisleno je pokazalo da je učešće žena u rukovodećim telima na univerzitetu izrazito nisko – jedna žena Rektor tokom cele istorije Univerziteta, a u periodu 2000-2004. Bilo je šest žena Dekana, dok ih je danas svega tri, a Univerzitet broji ukupno 31 fakultet. Od 1838. godine, od kada je formiran, na ovom Univerzitetu bilo je svega 25 žena Dekana. U aktuelnom trenutku od 37.4% žena koje su u zvanju profesora svakako postoji mogućnost da bude i veći broj Dekana, što nije slučaj.

Kao što je ranije pomenuto, podaci koji se odnose na Univerzitet u Nišu¹⁶ ne odstupaju značajno od Beogradskog Univerziteta. U 2004. godini, Rektor i oba prorektora bili su muškarci, predsednik Saveta Univerziteta je muškarac, predsednik Nastavno-naučnog veća je muškarac, generalni sekretar Univerziteta je muškarac, direktor Centra za multidisciplinarnu studiju je muškarac, dekani svih 13 fakulteta su muškarci, i, konačno, među prodekanima fakulteta – samo 27% žena. Od kad je osnovan Univerzitet, pre skoro pola veka, ni jedna žena nije bila na funkciji Rektora.

Univerziteti - Bastioni muške moći i privilegija

Zastupljenost žena na Istočno-nemačkom univerzitetu Lander, pokazuje da devedesetih godina dvadesetog veka, iako je promovisan plan o obnovi personala na visokoobrazovnim ustanovama u istočnoj Nemačkoj usled velikog broja visokokvalifikovanih žena naučnica, i promovisan proces ujednačenih mogućnosti za muškarce i žene, pokazuje da je stvarno stanje opet u korist muškaraca. Oni koji su odlučivali o tome, bili su muškarci, i preferirali su muškarce. Statistika i studije slučaja potvrdile su da je u odnosu na ukupan broj prijavljenih najveća grupa koja je uzeta u uže razmatranje zapravo sačinjena od najvećeg broja muškaraca, žene su zaostajale daleko iza njih. Obnova istočno-nemačkog sistema visokog obrazovanja pokazala je da je jako malo učinjeno u promociji žena, i da je tradicionalno muška dominacija još uvek prisutna. Žene su dobile priliku nastavno-naučnog angažmana u onim oblastima koje nisu

¹⁵ Morison / Vajt „Breaking the Glass Ceiling: Can women reach the top of America’s largest corporations?” (1992).

¹⁶ Petrušić, N. (2004) Rodna neravnopravnost na univerzitetu. Niš: Pravni fakultet.

visoko kotirane, kao što su univerziteti primenjenih nauka za koje je karakterističan veliki fond časova, manji istraživački budžeti, niža primanja i lokacije u manjim gradovima. Ogromne rodne razlike u zaposlenom kadru, nivou zarada i pristupu naučno-istraživačkim oblastima dokazale su postojanje diskriminatorskih tendencija i obnovu postojeće hijerarhijske strukture. Brojke pokazuju očiglednu isključenost žena iz najviših akademskih pozicija na visokim školama i univerzitetima: u proseku, skoro 90% muškaraca u odnosu na približno 10% žena među najvišim profesorskim zvanjima.

Iako postoje značajne razlike u zastupljenosti žena među profesorskim kadrom na visoko-obrazovnim ustanovama širom zemalja industrijalizovanog sveta, uočeno je da čak i u Turskoj, zemlji koja ima najveću proporciju žena u nastavi, njihovo učešće u najvišim akademskim pozicijama je i dalje jako nisko, ispod 25%.

Generalno, učešće žena profesora najniže je u tehnološkim i inženjerskim nastavno-naučnim disciplinama, a najviše u društvenim i prirodnim naukama. U Portugalu, na primer, žene čine odprilike četvrtinu svih profesorskih pozicija ukupno, ali su skoro isključene iz inženjerstva i tehnologije. Na Beogradskom Univerzitetu najviše žena profesora je na medicinskim naukama – 42%, dok je na ostalim fakultetima stanje od 29% do 7% na tehničkim naukama. Evropski univerziteti prate ovaj trend, medicinske nauke imaju najveći broj žena među profesorima, zatim slede društvene nauke, i najniže se kotiraju tehničke, prirodne i organizacione nauke.

Rodne razlike uočljive su i u produkciji rezultata naučnog rada (kao što su učešće u istraživanjima, pisanje i objavljivanje naučnih radova, udžbenika, učešće na konferencijama i savetovanjima, radna putovanja u inostranstvo, itd.) koji su, između ostalih, neophodan uslov za napredovanje u nastavnim zvanjima. Produktivnost je kod žena značajno niža nego kod muškaraca iz raznih razloga koji su uglavnom spoljnog karaktera, a vrhunac naučne produktivnosti kod njih je uglavnom u kasnijim godinama životnog ciklusa, za razliku od muškaraca.

Među prvima koji su dokazali da dugo uvrežena misao o nemogućnosti žena da postignu komparativno bogatu naučnu proizvodnju, u radu i istraživanjima zbog konflikta profesionalnih i porodičnih obaveza, nije zapravo skroz tačna, bili su Zuckerman i Cole u istraživanju sprovedenom 1975. i 1987. godine. Oni su pokazali da obaveze oko porodice, braka i roditeljstva ne utiču na broj objavljenih radova kod žena, jer su po ovom pokazatelju naučne produktivnosti na istom nivou kao i žene koje nisu u braku i nemaju decu. Kasnije studije Sax-a sa saradnicima, iz 2002. godine, potvrdile su ovaj zaključak, dodajući pri tome da je pokazatelj objavljenih publikacija kod žena čak približno jednak kod muškaraca, tako da porodični faktor nema jakog uticaja. Nalazi drugih studija, pokazali su da se uticaj koji porodične obaveze

imaju na produktivnost oglada u tome da se kod žena vrhunac naučne produkcije dešava u kasnijim godinama, između 45 i 49 godine života, a kod muškaraca to je period između 35 i 39 godine života.

Veliki uticaj na tok akademske karijere kod žena, u negativnom smislu, ima prekid u karijeri, koji se uzima zbog porodičnih obaveza (rađanje i briga o deci), kao i skraćeno radno vreme koje se takođe koristi usled porodičnih obaveza. Mnogo je manje učešća na međunarodnim konferencijama od strane žena (naročito onih koje imaju decu), a to ima ograničavajući uticaj na razvoj njihove akademske karijere. Primećeno je da je ženama veoma teško da se priključe muškim grupama, “klikama” na univerzitetu, koje su veoma moćni sistem podrške u profesionalnoj produkciji i promociji.

Engleski univerziteti ne razlikuju se puno od drugih akademskih ustanova u svetu. Brojke su neumoljiv pokazatelj ujednačenosti diskriminacije i segregacije žena u sferi nauke i profesure. Određen broj akademskog osoblja u ovoj studiji, primetio je da uprkos izjednačenom broju muških i ženskih studenata na fakultetima, pa čak na pojedinim ujednačenom broju studenata na doktorskim studijama, ipak drastično manji broj žena profesora, što objašnjavaju time da se žena posle perioda materinstva teško vraća karijeri, i tako njena karijera puca. Mali broj žena među profesorskim kadrom, sami profesori skloni su da objasne situacijom koja je jednostavno takva – kakva je.

“Nisam siguran da li je takvo stanje direktna ili indirektna diskriminacija, ili je to jednostavno tako. Čini se da je slučaj da žene ne prolaze dobro na univerzitetima generalno...” (Profesor prava, jedan od univerziteta u Engleskoj, Vladina studija, 2005)

Balansiranje između akademskog posla i kućnih obaveza proizvodi kod žene u periodu između njene 31. i 49. godine života negativan efekat koji se odražava na smanjenu naučnu produktivnost, i samim tim otežava napredovanje u akademskoj karijeri. (Izveštaj GB Government, 2005) Ipak, deo krivice za sporije napredovanje neke od žena vide u njima lično:

“...one nisu spremne da posvete dovoljno energije i vremena svom napredovanju...”

Sociolozi ovaj problem nazivaju “konfliktom uloga”. Suočavajući se sa problemom usaglašavanja dvostrugih uloga i sa zahtevima koje porodica i karijera iziskuju od žene, od nje se očekuje da ih reši na funkcionalan i efikasan način, pri čemu ni jedan od ova dva posla ne trpi. Savremena žena ovaj problem rešava trudeći se da posveti dovoljno vremena i jednom i drugom pozivu i da u oba bude uspešna. Podela poslova između bračnih partnera jedan je od načina.

Konceptualizacija problema dvostrukih uloga može da se sagleda i sa pozicije koja ukazuje na sudar vremena, odnosno na teškoću koja leži u životnim ciklusima koji se preklapaju. Žena formira porodicu u godinama kada počinje karijerijski da se izgrađuje. Neke studije pokazuju da je potreban veliki

broj sati rada nedeljno na oba polja kako bi se poslovi uskladili. Kućni posao domaćice isti je kao i posao akademske žene – nikad mu nema kraja, kontinuiran je. U jednoj anketi, sprovedenoj u Velikoj Britaniji, akademske žene izjavile su da u proseku rade više od pedeset sati nedeljno, a postoje indikacije da je kod Američkih žena u profesuri potrebno i više vremena da se postignu zadovoljavajući rezultati, jer su gonjene većim pritiskom da publikuju, ili da iščeznu.

Uz izvesna ograničenja, žene profesori su sličnije muškarcima profesorima, nego što je prosečna žena slična prosečnom muškarcu. Žene u profesorskoj poziciji imaju više verovatnoće da ostanu neudate, ili bez dece, nego ukupna populacija žena. Istraživanje u Norveškoj pokazuje da čak 41% žena profesora nema decu, dok je u opštoj populaciji žena samo 18% njih bez dece, posmatrajući istu starosnu kategoriju.¹⁷ Ove su žene sličnije muškarcima u smislu da su oslobođene obaveza prema porodici, i zato rodne razlike ne mogu da budu značajne. Studija Van Andersona iz 2004. godine pokazuje da žene mnogo više od muškaraca doživljavaju mogućnost roditeljstva kao prepreku za dostizanje profesorskog zvanja.

Pojednostavljeno posmatranje odnosa broja žena i viših nastavno-naučnih zvanja ne omogućava da se uoče i razumeju mehanizmi koji utiču na to da - biti žena - otežava pristup višoj akademskoj karijeri. Odnos žena i muškaraca prema starosnoj strukturi pokazuje da u mlađim grupama, i samim tim u nižim nastavnim zvanjima ima više žena, a da se njihov broj smanjuje sa povećanjem godina starosti i nastavnog ranga.

Studija Alison Park, *Women, Men, and the Academic Hierarchy: Exploring the Relationship between Rank and Sex* iz 1992. godine, u kojoj su sakupljeni statistički podaci sa nekoliko američkih univerziteta, pokazala je, između ostalog, da su šanse za profesorsko mesto tri puta veće za muškarca nego za ženu, pod uslovom da se uzmu u obzir godine starosti, dok su te šanse čak pet puta veće kada se godine starosti ne računaju.¹⁸ U proseku 20% žena prema 80% muškaraca je u starosnoj grupi od 23-40 godina, 13% žena u starosnoj grupi od 41-50 godina, i konačno za najvišu poziciju – redovni profesor stoji samo 9% žena u starosnoj grupi od 51-65 godina starosti. Osim godina, velika razlika u rangu prisutna je u različitim naučnim disciplinama, pa su žene malo brojnije u oblastima društvenih nauka, medicine i umetnosti, mada opet, visoke položaje u nastavi u većini zauzimaju muškarci. Muškarac ima oko 40% veće šanse za mesto profesora, dok je za ženu to samo 16%, u

¹⁷ Vilhauer-Rosser, S. (2004) *The Science Glass Ceiling - Academic Women Scientists and the Struggle to Succeed*. London: Routledge.

¹⁸ Park, A. (1992) *Women, Men, and the Academic Hierarchy: Exploring the Relationship between Rank and Sex*. *Oxford Review of Education*, 18(3), str. 227-239.

istoj naučnoj oblasti. Autorka studije napominje da je na osnovu ranijeg izveštaja Hansard grupe, iz 1990. godine, zatečeno tako loše stanje na američkim visokoškolskim ustanovama, da je čitav izveštaj u formi oštre kritike u kojoj su univerziteti nazvani “bastionima muške moći i privilegija”, i da je na pojedinim ustanovama toliko niska prisutnost žena na profesorskim položajima da zaslužuju da ih ispita Komisija za sprovođenje jednakih mogućnosti¹⁹.

Studija pokazuje da žene ne zaostaju mnogo iza muškaraca, u odnosu na broj objavljenih naučnih radova. Iz ovog pokazatelja moglo bi se zaključiti da je najvažniji faktor koji utiče na promociju u profesiji - pol, jer, ako bi broj publikacija bio standardni kriterijum napredovanja, povećalo bi se prisustvo žena u višim nastavnim i istraživačkim zvanjima. Zaključak je obeshrabrujući: žene i muškarci istih godina, naučno-nastavne oblasti interesovanja i broja objavljenih radova, imaju veoma različite šanse u dostizanju višeg nastavnog ranga, ili više pozicije u nauci, govoreći uopšteno. Univerzitetske žene imaju tri puta manje šanse da budu profesori od muškaraca, kada se ove karakteristike uzmu u obzir.

Postoje tumačenja tradicionalnog neuspeha žena u ovoj profesiji, kao što je “model nedovoljne žene” u kojem je ona nesposobna da se suoči sa mnogobrojnim zahtevima veoma teškog i kompetitivnog poziva. Ipak, preovlađujuće su teorije koje neuspeh žene tumače spoljnim faktorima koji su ukorenjeni u društvu kao celini, i na univerzitetima kao institucijama koje oslikavaju globalne društvene norme i odnose. Očigledno je postojanje barijere, nevidljive, ali veoma čvrste, koja može da se uporedi sa barijerom koja se popularno naziva “stakleni plafon”. To je slučaj kada žena započinje karijeru sa iste početne tačke kao i muškarac, da bi vremenom napredovale sve sporije, ili ravnopravno sa muškarcem da bi u jednom trenutku njihovo napredovanje bilo zaustavljeno. “Stakleni plafon” je slučaj kada uprkos dokazanim sposobnostima i kvalifikacijama žena ne može da zauzme istu poziciju kao i muškarac. Pozicije su uvek one na vrhu.

Organizacija i struktura naučnog rada, zajedno sa “vlasništvom” muškaraca nad naukom, stvaraju dodatne prepreke ženama da se dokažu. Žena koja, posle nekoliko godina prekida karijere, usled porodičnih obaveza i obaveza oko rađanja i odgajanja dece, pokušava da se vrati svojoj nastavno-naučnoj karijeri, zatiče, za nju, veoma nepovoljno stanje. Nauka je napredovala, i ona je u velikom zaostatku sa znanjem i sposobnostima, nije objavljivala naučne radove, nije putovala u inostranstvo radi usavršavanja, nije učestvovala na naučnim skupovima i u naučnim projektima. Njena profesionalna reputacija je daleko iza muških kolega.

¹⁹ Nezavisno telo, formirano u cilju kontrole sprovođenja zakona o nejednakostima, u SAD, u Velikoj Britaniji, Australiji, i drugim državama u svetu.

I ako je slobodna od porodičnih obaveza, nije u braku i nema decu, žena koja kao saradnik ili asistent uđe na fakultet, pokazuje u velikom broju manje produktivne rezultate nego muškarac. Ona ređe ide u inostranstvo na naučne konferencije, ređe učestvuje na naučnim skupovima, i kad učestvuje, ona ređe učestvuje aktivno. Očigledno je da muškarci i žene ulaze pod istim objektivnim uslovima na fakultet, ali je isto tako očigledno da im se uslovi menjaju tokom karijere. Već na nivou postdiplomskih studija, prilike za napredovanje divergiraju. Ovi problemi su kontinuirani, nisu lične, nego strukturne prirode, i dodatno usporavaju i onemogućavaju ženu da dostigne isti akademski nivo kao muškarac. Žena mora da ima dodatni sistem podrške da bi išla u korak sa muškarcem, ili na kraju odustaje.

Žena u visokom obrazovanju, žena-profesor je na mnogo načina ona koja opstaje, i tokom svog opstanka pokazuje talente i kvalitete koji su potrebni da bi uspela u svetu muškaraca. Faktor koji razlikuje muškarce i žene u ovoj profesiji je svakako faktor bračnog statusa. U izvesnim godinama u toku svoje karijere muškarci u velikom procentu stupaju u brak, za razliku od žena koje, između trećine i polovine njih od ukupnog broja, ne ulaze nikada u brak. U studiji Bonnie Cook Freeman, *Faculty Women In The American University*, prikazane su skoro zapanjujuće brojke²⁰: na američkim univerzitetima neudato je 55% žena, pri čemu je učešće neudatih žena u opštoj populaciji žena samo 3%. Neoženjenih muškaraca među profesorima bilo je 8%, a u opštoj populaciji muškaraca, samo 4%. Prepreke na koje nailaze udete žene sa porodičnim obavezama su očigledne, ali je interesantno da neoženjeni muškarci ne napreduju sa istim uspehom kao njihove oženjene kolege. Broj objavljenih radova ujednačen je između neudatih i udatih žena, dok je kod muškaraca veći broj onih koji su u braku i više publikuju, od onih koji su slobodni, mada bi se očekivalo da bude drugačije.

Postoji veoma značajan pokazatelj prepreka u napredovanju u profesorskom pozivu, a odnosi se na podršku mentora profesora prema mlađem kolegi u nižem rangu za vreme završavanja doktorata. Intervjuom u ovoj studiji, dobijeni su podaci koji nedvosmisleno pokazuju da postoji diskriminatorski stav profesora prema mlađim kolegicama, i sa druge strane pružanje podrške i oslonca muškim kolegama (samo 30% žena izjavilo je da je zadovoljno odnosom sa mentorom profesorom, i čak 60% muškaraca).

Neformalne grupe koje deluju u nastavnom okruženju veoma su moćne i delotvorne. Sastavljene su od muškaraca, i reprezentuju mušku kulturu na univerzitetima i u nauci. Ženama je skoro onemogućeno da im pristupe, pa su isključene iz ovih struktura podrške. Neki istraživači ukazuju na činjenicu da se

²⁰ Podaci prikazani u istraživanju su iz sedamdesetih godina dvadesetog veka, pa je odstupanje od aktuelne situacije verovatno.

preko ovih neformalnih (uglavnom muških) grupa vrši sistem selekcije u profesorski kadar, i da je ona isključiva i visoko diskriminatorna u odnosu na žene.²¹

Žene su strukturno onemogućene da formiraju neformalne profesionalne mreže i kontakte, iz prostog razloga što ih nema dovoljno, malobrojne su. Žene koje rade u dominantno muškom okruženju imaju nedostatak kolegijalnog druženja i saradnje, koje bi moglo da bude intelektualno stimulatívno i ohrabrujuće. Ovaj nedostatak negativno utiče i na njihovu istraživačku produktivnost, jer ostaju van izvora mogućih naučnih angažmana. Neki od diskriminatorskih postupaka žene doživljavaju subtilno, prikriveno, i ne mogu tačno i precizno da ih definišu. Bili oni namerni ili slučajni, ovi postupci su prisutni i imaju efekta. Iako su nevidljivi, mogu da stvore neprijatno okruženje u kojima žena troši dodatne resurse, troši vreme i energiju kako bi ih ignorisala, ili se nosila sa njima. Ovakva poslovna klima utiče na njeno samopoštovanje i profesionalni moral, i ostavlja je profesionalno i društveno izolovanom.

“Bilo namerno, ili ne, većina onih koji odlučuju vide ženu kao sposobnu za neke stvari, a za neke ne. To je toliko suptilno, da oni misle da su objektivni, ali nisu. Žene su izfiltrirane. Trebalo bi da učinimo eksplicitnim ono što je do sada doživljavali implicitno. Ja osećam, ali nema ničeg konkretnog. Učinili su da budem svesna da sam na muškoj teritoriji. Veoma ste svesni da ste žena na ovom univerzitetu.”²²

Kanterova ekonomska teorija o grupama u organizacijama uočava postojanje i takozvanih “iskošenih grupa” u kojima se odnos u grupi meri brojevima, odnosno procentima, i iznosi od 99:1, do otprilike 85:15 u korist “dominantnih” prema “obeležanima”.²³ Obeleženi, tj. manjina, uvek se posmatraju kao predstavnici svoje kategorije, više kao simbol nego kao individua. Koristeći se Kanterovom terminologijom, žene u nastavi na visokoobrazovnim institucijama, čija je opšta zastupljenost u proseku od 10-20% u odnosu na muškarce, svakako su “obeležena” manjina, u “iskrivljenom”, muški-dominirajućem kolektivu.

Posledice koje proizilaze iz ovakvog položaja su da žene moraju mnogo više da rade i da imaju značajnija postignuća, da bi bile primećene, i da bi rezultati njihovog rada bili uvaženi u kolektivu. One koje streme višim pozicijama pokušavaju da se, pod pritiskom postavljenih i uvreženih standarda i

²¹ Ellis, P. (2003) Women in Science-Based Employment: What Makes the Difference? Bulletin of Science Technology Society, 23(1), str. 10-16.

²² Bagilhole, B. (2002) Challenging Equal Opportunities: Changing and Adapting Male Hegemony in Academia. British Journal of Sociology of Education, 23(1), str. 19-33.

²³ Romito, P., Volpato, C. (2005) Women inside and outside Academia: a struggle to access knowledge, legitimacy and influence. Social Science Information, 44(1), str. 42-63.

normi, uklope u sistem maskulinitetnih mehanizama promocije. U dilemi da li da se prilagodi muškom konceptu napredovanja u kojem je karijera shvaćena kao planiranje i prelaženje stepenika do cilja, za razliku od ženskog u kojem se karijera doživljava kao demonstriranje sposobnosti i posvećenosti, žena bira da se odrekne specifične kreativnosti u doživljavanju i ostvarivanju svoje profesije i promociji u okviru nje.

Žena u podeljenoj stvarnosti

Ako su naučnici prihvatili da postoji divergencija ženske i muške kulture (kako bi to nazvali antropolozi), i ako je ta ženska strana jasno vidljiva, onda bi trebalo uvažiti da je svet jasno odvojen na dva dela – ženski i muški. Na praktičnom nivou u poslednjih nekoliko decenija u feminističkim studijama predstavljen je ogroman broj empirijskih dokaza koji potvrđuju prethodni stav. Ove studije su dovele u pitanje generalizacije koje su zasnovane na istraživanjima sociologa koja ne uzimaju u obzir različitost ženske populacije. Ipak, i dalje u glavnoj struji naučnog znanja postoje propusti koji isključuju specifičnost žene kao takve.

“Baveći se u proteklih nekoliko godina istraživanjima žena u obrazovanju, objavila sam značajan broj naučnih radova, formirala nekoliko posebnih tematskih časopisa i učestvovala na brojnim naučnim skupovima. Ipak, glavna struja u sociologiji obrazovanja ostala je skoro ista. Gledajući novo izdanje uvoda u ovu naučnu disciplinu, primetila sam tri fusnote koje se odnose na žene: zahvalnica suprugi za otkucan tekst, komentar za udatu, zaposlenu ženu koji sledi komentar o zapostavljanju deteta i malo žaljenja zbog činjenice da suviše žena napušta nastavnu profesiju...Proćiće dosta vremena pre nego što kursevi ženskih studija budu obavezni u nastavnom kurikulumu.”²⁴

Osim propusta usled kojeg se ne uvažava posebnost žena pri generalizaciji u zaključivanju o društvenim pojavama, prisutna su i iskrivljena tumačenja ženske motivacije pri delovanju i u izboru ciljeva. Ženska motivacija ogleda se u njenoj sklonosti da se prepusti i posveti porodici i kući, radije nego karijeri, pri čemu je to njen lični izbor, a neuspeh na poslu, odnosno manjak uspeha u odnosu na muškarca, objašnjava se nedovoljnom dostupnošću usled životnih ciklusa materinstva i brige o deci, umesto činjenicom da poslodavci očigledno stereotipno njene sposobnosti ocenjuju manjkavim.

Nedovoljnost žene, ili, bolje rečeno, njena neadekvatnost proizilazi iz tendencioznosti da se ona (njeni postupci, sposobnosti, težnje, motivi itd.) upoređuje sa muškarcem, koji predstavlja dominantnu kulturu, u korist njegove superiornosti, i čije se karakteristike nikada ne dovode u pitanje. Neispravno je

²⁴ Burdije, P. (2001) Vladavina muškaraca. Podgorica: Cid

postavljati pitanje zašto žene ne teže prirodnim i tehničkim naukama, ili zašto ne napreduju u karijeri isto kao i muškarci, već treba pitati zašto su ove nauke otuđene od žene i zašto postoje mehanizmi u napredovanju koji onemogućavaju ženama uspeh.

Zaključak

Položaj žena u nastavnoj profesiji na visokoškolskim ustanovama višestruko je negativno uslovljen, i očigledno trpi nejednake mogućnosti. U dominantno muškim kolektivima, kakvi su u većini slučajeva univerziteti, negativni mehanizmi vrše pritisak iz nekoliko ravni:

Društvena ravan: podređeni položaj koji žene imaju u patrijarhalnoj, tj. dominantno-muškoj kulturi. Iz društvene ravni vrši se pritisak preko socijalizacije (iz primarne porodice i, kasnije, profesionalnog okruženja), habitusa, i, polne podele rada da žene ostanu u grupi koja je manjinska u višim nastavnim zvanjima, na rukovodećim funkcijama visokoškolskih ustanova, i u nauci uopšte.

Organizaciona ravan: vremenski uticaj u postizanju viših pozicija u nastavno-naučnoj karijeri, i uticaj Glass Ceiling. Visokoškolske ustanove imaju jasno i univerzalno definisane kriterijume za napredovanje, koji propisuju da u određenom vremenskom periodu treba skupiti potrebne reference za izbor, a ovi kriterijumi očigledno ne odgovaraju ženama, jer one pokazuju kontinuirano zaostajanje za muškarcima.

Individualna ravan: "dvostrukost" karijera - porodične i poslovne. Teret u simultanom ispunjavanju porodičnih i profesionalnih obaveza umanjuje šanse da žena u zadatim rokovima ostvari uspon na lestvici nastavnih zvanja, i u velikoj meri utiče da se ženska nastavna karijera okarakteriše kao manje uspešna.

Najtvrdokorniji mehanizam koji vrši negativan uticaj na lošiju poziciju žena u nastavnoj profesiji na visokoškolskim ustanovama dolazi iz društvene ravni. To je uticaj koji direktno vrši maskulinitetna kultura u kojoj društveni život funkcioniše. U okvirima maskulinitetno - dominantnih vrednosti, nemogućnost žena da dostignu u istoj meri pozicije kao muškarci u nastavnoj karijeri, sasvim je razumljiva, jer je cilj ove kulturne matrice da bolje pozicije u društvu, one koje su na izvoru moći i uticaja, ostanu u posedu muškaraca.

Žene gube ambiciju usled kompleksa prepreka i otežavajućih okolnosti za koje društvo čini malo da ih ukloni. Pod teretom sa nekoliko strana, teretom muško-dominantnog okruženja na poslu, teretom porodičnih obaveza neproporcionalno prebačenih na ženu, i teretom društveno uslovljene podređenosti, žene su prinuđene da se mnogo više dokazuju od muškaraca, i da za svoj profesionalni uspeh mnogo teže rade. Svedočenja žena koje su dostigle

vrh u nastavnoj karijeri potvrđuju ove zaključke (Doherty & Manfredi, 2006; Morley & Walsh, 2005; Villhauer-Rosser, 2004).

Marta Tomić

Associate Researcher

The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Marija Mićović, LLM

Associate Researcher

The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

WOMEN AND PROFESSORSHIP TODAY

Summary

This paper deals with the current situation of women in the university and science in general. The position of women in teaching profession at higher education institutions is multiply negatively conditioned, and they apparently suffer of unequal opportunities. Women as a social group, are marginalized from the start cause of their gender characteristics, and its social function. The scientific institutions and scientific society as a whole, has special mechanisms that hinder women professional promotion and their climbing the ladder to higher scientific recognition. These institutions are structurally hierarchical, bureaucratic and patriarchal and reflect masculine culture in science, imposing an elitist approach to scientific work and communication models that do not fit women. In framework of man-dominant values, the inability of women to achieve the same degree as men in teaching career is quite understandable, because the goal of this cultural matrix is that better positions in society have those who are at the source of power and influence, and it is a men.

Милан Рапајић

Асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

Војислав Бачанин

Сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Крагујевцу¹

ПОЛИТИЧКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У УСТАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ УЗ ОСВРТ НА ЗАБРАНУ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ЗБОГ ПОЛИТИЧКЕ ИЛИ СИНДИКАЛНЕ ПРИПАДНОСТИ

Апстракт: У раду се полази од дефиниције политичких права и слобода, која се другачије називају права политичке партиципације. Наводи се да су ова права и слободе заједно са личним правима тековина либералнодемократске уставности. Политичка права су доживела потврђивање у пуном смислу те речи, историјским прелазом либералне правне државе XIX века у демократску уставну државу XX века. Пажња је обрађена на политичка права (и њихов попис) у ужем и ширем смислу. Устав Србије гарантује политичка права на сличан начин као и устави земаља са знатно дужом демократском традицијом и вишим степеном политичке културе. Одредба Устава експлицитно наводи право на политичко удруживање и деловање, односно право на оснивање политичких партија. Иако није реч о политичком праву, већ о слободи из корпуса економских права и слобода, у раду се акценат ставља на синдикалне слободе са низом посебних овлашћења, као што је право синдиката да слободно обављају своју делатност и њихових представника да ни на који начин не трпе негативне последице због синдикалног ангажмана, односно, да не трпе последице дискриминације. У раду се дефинише дискриминација и анализира члан 25 Закона о забрани дискриминације, који забрањује дискриминацију због политичких убеђења лица или групе лица, односно припадности или неприпадности политичкој странци односно синдикалној организацији.

Кључне речи: политичка права и слободе; синдикална слобода; забрана дискриминације.

¹ Милан Рапајић је аутор дела рада који се односи на део о политичким правима и синдикалним слободама у уставном систему Србије;

Војислав Бачанин је аутор оног дела рада који се односи на Осврт на забрану дискриминације због политичке или синдикалне припадности; Увод и Закључак аутори су заједнички написали.

1. Увод

Политичка права, другачије названа и права политичке партиципације, заједно са личним правима су тековина либералнодемократске уставности, иако њихове зачетке треба тражити још у средњем веку. Њихова конституционализација почиње у 18. веку доношењем првих устава - америчког и француског, а та тенденција се наставља и у наредна два века. Она су посматрана у периоду револуционарних дешавања и непосредном конституисању власти после револуција, као својеврсна граница коју власт не сме да прекорачи, (а тако је и данас) јер тиме задире у света и неприкосновена права, једном речју настаје злоупотреба власти на уштрб људских права и слобода. Иако политичка права, а тако и лична, захтевају уздржавање државе, од тога постоје изузеци, који захтевају државни интервенционизам, попут права на правично суђење, или права на слободне изборе. Држава мора законодавним путем да обезбеди додатне гаранције у судским поступцима, а једна од круцијалних је поменуто право на правично суђење. Колико год политичка права добро нормативно поткована у уставној материји, она не могу да буду истински остварена, ако не постоје слободни избори. С тога је и у том случају потребна активност државе на стварању таквих процедура, које омогућавају транспарентност изборних радњи и непристрасност оних који су позвани да те радње контролишу. Значајан корак у процесу интернационализације људских права, формално је започет доношењем Повеље Уједињених нација 1945. године. У њој се наводи да су Уједињене нације, решене да поново потврде „веру у основна права човека, у достојанство и вредност људске личности, у равноправност људи и жена и нација великих и малих.“ Од стране Генералне скупштине Уједињених нација, 1948. године усвојен је први општи међународни документ о људским правима – Универзална декларација о људским правима. Тиме је први пут, на међународном плану прокламован каталог људских права, јер је до тада то вршено искључиво у националним оквирима. С обзиром на тему рада, навешћемо права из политичког домена. Наиме, поред осталих, Декларација промовише и следећа политичка права: слободу мисли и савести, слободу удруживања, право на учешће у власти и слободан приступ јавној служби. Такође за остваривање политичких права у једној земљи, која следи међународне стандарде, битно је да уставом и законима буде прокламовано начело једнакости и забрана дискриминације. Такво решење је предвиђено у многим уставима, (па и Уставу Србије из 2006.

године) који се наслањају на Декларацију Уједињених нација, односно њено начело једнакости и забране дискриминације.

2. Политичка права у уставном систему Србије

За пуни капацитет остваривања политичких права (шире посматрано и других људских права), у српском друштву које тежи да буде демократско, односно да кристализује домете либералне политичке теорије и традиције, неопходна је претпоставка да буде конституционализовано начело политичког плурализма². У идеолошком мраку, (тој својеврсној тамници за људска права и слободе) који је у источној Европи владао до краја 80-их година двадесетог века политички монизам био је руководно начело друштвене заједнице социјализма. У некадашњој социјалистичкој Југославији после завршетка Другог светског рата наступила је дуга ера идеолошког једноумља, односно толерисање постојања једне странке - Комунистичке партије Југославије. Као у другим земљама источне Европе, тако је и у Србији почев од 1990. године, доношењем Устава конституисано начело политичког плурализма.³ Последњи Устав Србије из 2006. године конституционализује ово начело у члану 5. Принцип политичког плурализма декларише слободно оснивање политичких странака уз гаранцију и признавање њихове улоге у демократском обликовању

² Политички плурализам је уже схватање ширег појма друштвеног плурализма који обухвата различитост идеја, мишљења, појава и организација које делују у уставним и законским оквирима, уз требало би да буде, базичан консензус о основним вредностима у друштву. Професор Владимир Гоати сматра да се о политичком плурализму може говорити ако унутар политичког система постоји 1) више самосталних политичких субјеката (организација) који изражавају 2) различите интересе, становишта, програме и опредељења у погледу политичке организације друштва и ако 3) поседују или теже да путем периодичних избора задобију власт у друштву. Овакво одређење претпоставља да је делатност субјеката легална, или да је бар фактички прихваћена – V. Goati, *U susret demokratiji*, Pluralizam, izbori, partije. Marksistički studijski centar GGSK BiH, Sarajevo, 1990, стр. 9.

³ Тако се у члану 44 став 1, Устава Србије из 1990 наводи: Јемчи се слобода политичког, синдикалног и другог организовања и деловања без одобрења, уз упис у регистар код надлежног органа. Међутим уставотворац је већ у наредном ставу истог члана прописао ограничење те слободе наводећи, да је забрањено деловање које има за циљ насилно мењање Уставом утврђеног поретка, нарушавање територијалне целокупности и независности Републике Србије, кршење Уставом зајемчених слобода и права човека и грађанина, изазивање и подстицање националне, расне и верске нетрпељивости и мржње.

политичке воље грађана. Политичким странкама је когентном уставном нормом забрањено да непосредно врше власт или да је потчине себи, као и да делују тако што би насилно рушиле уставни поредак, кршиле зајемчена људска и мањинска права или изазивале расну, националну или верску мржњу. Насупрот политичком монизму на, другој, односно демократској страни политичког спектра, уставно и фактички обитава начело политичког плурализма. Оно омогућава да у политичкој арили борбу за освајање власти легалним али истодобно легитимним политичким средствима воде странке разноликих политичких програма и дневнополитичких идеја. Вишестраначка утакмица отвара са становишта демократије слободу политичког избора, јер је у понуди више политичких програма. Слобода избора као последицу има то да грађани могу да припадају политичким странкама или да буду ван структуре политичких организација. Приликом избора за органе или појединце у законодавној и извршној власти могу да дају свој глас кандидату и листи оне политичке опције која им је најближа по политичком уверењу. Преко самог појма политичке странке могуће је доћи до истог закључка. Наиме „савремени политички системи не могу се замислити без политичких странака, партија, као основних политичких организација идеолошки и интересно повезаних појединаца и група које покрећу и усмеравају најважније политичке процесе у вези са освајањем и вршењем државне власти“⁴. Политичком плурализму инхерентно је постојање више партија, јер се тиме пружа могућност грађанима да искажу своју политичку афилијацију. Постојање једне партије негација је партијског система и права на аутономију политичког избора. Дакле када се каже једнопартијски систем то је *contradictio in adiecto*, јер како је Лудвиг фон Берталанфи навео систем уопште је „комплексност елемената који се налазе у интеракцији, или, сједињење било којих елемената који се посматрају као складна целина“⁵. У „једнопартијском систему“ владајућа партија иако репрезентује само своје чланове, који су део целине, она намеће парцијални политички интерес целој друштвеној заједници и влада по сопственим мерилима, не уважавајући право на супротно мишљење. У плуралистичким режимима дозвољава се такмичење странака на слободним изборима а власт се осваја на основу уставних и законски прецизирајућих правила. Монополистичке режиме како је то Ремон Арон видео карактерише партијска држава са једном званичном идеологијом која се не може доводити у питање, па је ту ограничена слобода

⁴ Љ. Стефановић, *Социологија, одабрана поглавља*, Крагујевац, 2002, стр. 255.

⁵ Д. Чорбић, *Политички систем – основи политикологије*, Свен, Ниш, 2008, стр. 127.

политичке расправе.⁶ По овом писцу само су плуралистички политички режими демократског карактера који се може описати као држава партија. Либералнодемократској уставности својствен је политички плурализам, а оно што је противно демократији таквог типа јесте ауторитарни политички поредак и постојање по правилу (али су могући изузеци) једне партије и једног вође. У вишестраначком систему омогућено је мањини да се политички организује у борби за власт. Да тога нема, у будућности била би извесна тиранија већине над мањином. Да би се спречила тиранија већине на правну и политичку сцену излазе механизми владавине права који омогућавају легалну егзистенцију политичке опозиције. Постојањем институционализоване опозиције у политичком систему, доказује се почетна спремност за развијање духа демократске политичке културе. Непостојање опозиције особеност је једнопартијских система и доказ ауторитарне политичке културе којој је својствен исти политички менталитет. На жалост сведоци смо да су усавршене технике аутократске владавине. Наиме политички плурализам може да постоји и у ауторитарним режимима, но он је тада само фиктиван, артифицијелан и неделотворан. Политичка утакмица је само фасада која треба да послужи као легитимно оправдање поновне победе владајуће партије. Да би се остварила нова, сукцесивна победа партије неопходно је злоупотребити државне механизме и упрегнути партијску машинерију уз помоћ државно-партијске персоналне номенклатуре. У том циљу користе се различита законски и морално недозвољена средства у распону од изборних манипулација до посезања за вршењем кривичних дела, чије су жртве политички противници често називани политичким непријатељима или још тежим квалификацијама: „издајници и припадници страних обавештајних служби,“ по правилу без доказа за те тврдње али уз потпору медијских кућа и новинара, којима би на лажима позавидео и сам Јозеф Гебелс. Тако се ствара простор за утамничење слободе. У комунизму и ако није била дозвољена институционализована опозиција, постојале су опозиционе групе састављене од напредних интелектуалаца и слободномислећих и пре свега храбрих људи. Један од њих, пољски политиколог и друштвени делатник, професор Јакуб Карпински пишући о опозицији у комунизму наводи: „Један вид опозиције био је, како га је Запад звао, дисидентски покрет. Покрет се састојао од отвореног изражавања незадовољства људи који су се својински трудили да њихова имена и њихови јавни ставови постану познати властима, домаћој

⁶ Б. Милосављевић, Д. Поповић, *Уставно право*, Ј.П.Службени гласник, Правни факултет Унион, Београд, 2011, стр. 127.

јавности и иностранству. У каснијим фазама комунизма, опозиционари чија су имена била призната на Западу донекле су били заштићени од полицијске репресије, па су тако лакше могли да наставе опозициону делатност. Од две особе које су се бавиле истом активношћу, непозната је била изложенија репресији него она позната.⁷

Без постојања контроле и одговорности власти веома је тешко развијати у друштву демократске политичке односе. Стога је могуће говорити о постојању принципа контроле и одговорности носилаца власти који има нормативно заокружење. Није довољно да се ово начело налази само у писаном уставу већ је потребно да се оно примењује у живом уставу односно политичкој пракси. Тада је могуће остваривати политичка права у пуном обиму. У српском Уставу начело контроле и одговорности носилаца власти није нормирано на једном месту већ је разасуто у уставном тексту. Ово начело има своју разраду, односно оно се може парцијализовати на два повезана елемента: да је рад органа власти јаван и да се осећа снага контролних инструмената. Јавност у раду органа власти значи с једне стране да су они обавезни да свој рад учине доступим јавности, а с друге стране јавност у раду органа власти подразумева слободу медија и право на информисаност. Први вид начела јавности – обавеза органа власти да свој рад учине видљивим или како се то популарно каже транспарентним, није утврђен у садашњем Уставу као општа обавеза државних органа. Ово је један корак уназад у односу на норму претходног устава која је предвиђала да је рад државних органа доступан јавности а да се јавност у раду државних органа може ограничити или искључити само у законом одређеним случајевима. Уместо такве опште одредбе у српском Уставу из 2006. утврђена је само јавност у судском поступку док је уређивање начела јавности у раду других органа власти остављено да буде регулисано законом и подзаконским актима. Слобода медија и право на обавештеност уставом су регулисане као заокружене целине. Слобода оснивања новина и других средстава јавног обавештавања, забрана цензуре и право на исправку информације су у српском уставном систему градивни елементи слободе медија. Право да истинито потпуно и благовремено буде обавештен сваки грађанин о питањима од јавног значаја уз обавезу медија да то право поштују као и право на приступ подацима који су у поседу државних органа и организација и којима су поверена јавна овлашћења, у складу са законом су два права која представљају део ширег права на

⁷ Ј. Карпински, *Комунизам и поскомунизам*, Грађанске иницијативе, Београд, 1998, стр. 55.

обавештеност. Контрола рада органа власти за циљ има да се проверава рад тих органа који је регулисан по уставним и законским правилима. Ако се утврди постојање одступања, циљ је контроле да рад органа државне власти буде модификован и буде уоквирен границама устава и закона. Контрола се спроводи и неформалним и формалним путем. Репрезенти неформалне контроле су грађани, удржења, средства јавног информисања а шире посматрано јавно мњење. Друга врста контроле је формална, попут парламентарне контроле владе, судске контроле управе и контроле које спроводе независне институције. Устав, што је логично, уређује само видове формалне контроле као и положај и овлашћења уставних органа и независних институција који врше контролу.

Са вршењем власти повезана је њена злоупотреба, поготово када се власт врши у дужем временском периоду. Одговорност носилаца власти може бити правна и политичка. У првом случају постоји кршење устава и закона, у другом, реч је о одступањима од зацртане политике и повереног мандата. За идеју одговорне владе у представничкој демократији није довољно да постоји искључива и једина одговорност изабраних представника пред бирачима. До изборне одговорности долази само када се врши гласање. Бирачи после извршеног избора процењују да ли су изабрани представници достојно вршили функцију и остварили изборна обећања дата у предизборној кампањи. Ако је одговор на то питање негативан владајућа политичка групација у лику једне партије, односно коалиције партија, неће добити нови мандат на изборима. Изборна одговорност није довољна за пуну контролу носилаца јавних функција. Одговорност се мора остваривати и током трајања мандата представника власти. Круцијална карактеристика изворног енглеског парламентаризма је постојање перманентне одговорности извршне власти пред законодавним телом. Ова се одговорност у Енглеској развила испрва као појединачна министарска одговорност да би се проширила на одговорност владе у целини. Начело забране сукоба интереса је новост у нашем уставном систему. Претходник садашњег Устава предвиђао је начело неспојивости између одрђених функција и послова које је ужег значења у односу на начело забране сукоба интереса. Инкомпатибилитет односно неспојивост значи ограничење истовременог обављања две или више функција које су тачно одређене. Забрана сукоба интереса инкорпорира поред неспојивости, немогућност коришћења јавне функције да би се протезирали лични и други интереси. Такође значи и обавезу носилаца јавних функција да приликом избора на функцију или чак у току кандидовања дају релевантне податке који би могли да доведу до ситуације појаве сукоба интереса. Начело забране сукоба интереса

уставно је позиционирано у две одредбе члана 6. Тако се првим ставом утврђује да нико не може вршити државну или другу јавну функцију која је у сукобу са његовим другим функцијама односно пословима и интересима. Други став указује на то да се постојање сукоба интереса и одговорност као последица тог постојања одређују уставом и законом.

Политичка права обухватају људска права која омогућавају одлучивање о питањима политичког карактера и вршењу државне власти. Устав Србије предвиђа следећа политичка права: бирачко право; слобода јавног изражавања мишљења; слобода медија; слобода збора; слобода удруживања; право на петицију; и право на учешће у управљању јавним пословима.

Сваки пунолетни пословно способни држављанин Србије има право да бира и да буде биран у државне органе. Из овога произилази да је за вршење бирачког права неопходно да буду испуњена три кумулативна услова и то: српско држављанство, пунолетство и пословна способност. Бирачко право је опште и једнако, избори имају карактер слободних и непосредних а гласање је по особини тајно и лично. Поред учешћа у избору односно кандидовању за представничке органе локалне самоуправе и покрајнске аутономије, највише законодавно тело у републици и изборе за председника републике, бирачко право омогућава грађанима учешће у појединим облицима полунепосредне демократије као што су референдум и народна иницијатива.

Слобода јавног изражавања подразумева право сваког лица да говором, писањем, сликом или на други начин тражи, прима и шири обавештења и идеје (члан 46). Слобода говора је саставни део ове слободе па зато њу није потребно издвојити као посебно политичко право. Слобода јавног изражавања је релативизирана кроз њена законска ограничења. Наиме она се законом може ограничити ради заштита права и угледа других; чување ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, морала демократског друштва и националне безбедности Републике Србије. Слобода медија је право оснивања новина и других средстава јавног обавештавања. Реч је о праву сваког лица да то чини без одобрења и на начин који је предвиђен законом. У односу на прошла ауторитарна времена, времена једноумља, затирања демократског духа, слободне и критичке мисли, када се нису могли замислити медији који ће критиковати владајућу и једину партију на политичкој сцени цензура је била логично средство за којим се посезало да би се затрла слобода. Српски устав данас изричито предвиђа забрану цензуре. До душе то не значи да су медији апсолутно слободни у пласирању информација. Када би та слобода била апсолутна слободе онда не би ни било. Апсолутна

слобода медија угрожавала би у том смислу друга људска права и слободе. Демократско друштво подразумева постојање непристрасног и независног суда који је надлежан да спречи ширење одређених информација путем медија како не би дошло до угрожавања различитих а битних друштвених вредности. Тако у српском праву надлежни суд има овлашћење да спречи ширење информација и идеја путем средстава јавног информисања из три разлога: ради спречавања позивања на насилно рушење уставом утврђеног поретка или нарушавање територијалног интегритета Републике Србије; спречавања пропагирања рата или подстрекавања на непосредно насиље. У још једном случају суд је надлежан да ограничи слободу медија а да би спречио заговарање расне, националне или верске мржње, којим се подстиче на дискриминацију непријатељство или насиље. Како се слобода медија може злоупотребити устав гарантује право на исправку неистините, непотпуне или нетачно пренете информације којом је повређено нечије право или интерес, или право на одговор. Саставни елемент загарантоване слободе медија је и право сваког лица да истинито, потпуно и благовремено буде обавештено о питањима од јавног значаја. То право су средства јавног обавештавања дужна да поштују.

Право грађања на мирно окупљање у затвореном или на отвореном простору изражава се у уставу као слобода збора. Окупљање у затвореном простору није подложно одобрењу ни пријављивању. На отвореном простору зборови односно демонстрације од стране организатора подложни су пријављивању државном органу у складу са законом. Слобода окупљања, а у историји је прегршт примера, може да буде злоупотребљена. Као и слобода медија тако и ова слобода нема својство апсолутности. Тако законом слобода збора може да буде ограничена кад је то неопходно због заштите јавног здравља, морала и безбедности државе.

Слобода удруживања је слобода политичког, синдикалног и сваког другог удруживања али и право на аполитичност односно право, како то уставна норма, каже да се остане изван сваког удружења. За оснивање удружења неопходно је једино упис у регистар који води државни орган у складу са законом. Уставом нису предвиђена ограничења за оснивање удружења. Уставотворац набраја разлоге из којих она могу бити забрањена. Забрана удружења надлежност је Уставног суда. Тако Уставни суд је надлежан да забрани само оно удружење чије је деловање усмерено на насилно рушење уставног поретка; кршење зајемчених људских или мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње. Устав забрањује постојање тајних и парамилитарних удружења.

Право на петицију је право сваког лица да, сам или заједно са другима, упућује петиције и друге предлоге државним органима организацијама којима су поверена јавна овлашћења, органима аутономне покрајне и органима јединица локалне самоуправе и да од њих добије одговор кад га тражи. Упућивање петиција и предлога је шири израз слободе мисли. Ставови изнети у петицијама и предлозима не могу бити основ или повод за дискриминаторско поступање односно да се због тога трпе штетне последице по права и слободе. Тиме није искључена кривична одговорност ако је у петицији или предлогу учињено кривично дело.

Ново политичко право у уставном систему Србије је право на учешће у управљању јавним пословима. Оно гарантује грађанима да учествују у управљању јавним пословима и да под једнаким условима ступају у јавне службе и на јавне функције.

3. О синдикалним слободама у уставном систему Србије

Историјат синдикалних слобода и права везује се за зачетке радничких покрета. Међутим, и послодавци имају право на професионално удруживање. Синдикалне слободе и права веома су важан производ борбе радника за бољи радноправни статус. Као и многа друга права и њихов развојни пут кретао се од забране до признања. У периоду либералног капитализма, ова права су била забрањена или значајно сужена у односу на време када држава све више добија социјалну улогу. Пре појаве на правној сцени државе благостања, претходио јој је снажан раднички покрет у 19. и 20. веку. У Европи револуционарне 1848. године, буржоаске државе, под притиском прогресивних дешавања, снага, и сличних покрета, нормативно су отвориле простор групацијама радника за признавање права на удруживање, односно права на стварање синдиката и организовање штрајка. Тек омогућавањем радницима да се синдикално удружују, створени су предуслови за успешније остваривање радничких права и слобода. Дакле, признавање синдикалне слободе отворило је врата остваривању других права радника, јер су удружени лакше могли да исходују заштиту легитимних права и интереса. У теорији радног права, синдикалне слободе и права значе: (а) слободу, односно право, али не и дужност, запослених и послодаваца да оснивају синдикате; (б) слобода запослених и послодаваца да по својој вољи ступају у синдикат или иступају из синдиката; (в) слободу избора синдиката у условима синдикалног плурализма, коме ће се приступити, односно слободу да се

уопште не приступи синдикату.⁸ Синдикалне слободе и права оствариве су уз постојање адекватних средстава заштите, односно формално и стварно постојање одговарајућих инструмената заштите, ако дође до угрожавања или потпуног поништавања синдикалних слобода и права. Значај ових слобода и права посебно је дошао до изражаја конвенционалним нормирањем од стране Међународне организације рада. Тако су од стране ове организације донете две конвенције, прва 1948. године - Конвенцији бр. 87 - о синдикалним слободама и заштити синдикалних права, и друга Конвенција из 1949. године - Конвенција бр. 98 - о праву организовања и колективног преговарања. Конвенција бр. 87, установљава неколико значајних начела на којима се заснивају синдикалне слободе и права. Наиме, чланом 2 Конвенције, запослени и послодавци, без икаквих изузетака, имају право, без претходног одобрења, да образују организације по свом избору, као и да приступају овим организацијама, под искључивим условом да се придржавају статута истих. Наредни члан Конвенције предвиђа обавезу јавних власти да се уздрже од сваке интервенције такве природе која би могла да происходи ограничење синдикалних слобода или ометање њиховог законског извршења. Из тога произлази да радничке организације и удружења послодаваца не могу бити распуштене од стране јавних власти. Члан 5 Конвенције предвиђа да радничке организације, као и организације послодаваца, имају право да установљавају федерације и конфедерације, као и да приступају истим. Оне су овлашћене да се учланују у међународне организације запослених и послодаваца. Веома је битан члан 8 Конвенције, који забрањује националним законодавствима кршење синдикалних слобода и права које су гарантоване овом конвенцијом. Дакле, овим међународним документом предвиђа се заштита синдикалних слобода и права од радњи и аката државних власти, које могу довести до њиховог угрожавања. Овде споменута Конвенција бр. 98 о праву организовања и колективног преговарања, установљава неколико важних начела синдикалног организовања и деловања, као што су: начело заштите запослених; начело социјалног партнерства и начело унапређења социјалног дијалога и колективног преговарања. Поменућемо прва два начела која су битна за тему рада. Наиме, на основу начела заштите запослених, регулисана је заштита од радњи и аката послодаваца у смислу забране дискриминације у сфери запошљавања, која може имати штетне последице по синдикалне слободе. Наиме, ова заштита је посебно усмерена против оних радњи и аката, којима се тежи да се отпусти

⁸ Н., Тинтић, *Основи радног права*, Загреб, 1955, стр. 239.

радник, односно да му се нанесе штета због тога што је он члан синдиката или што учествује у синдикалним активностима у току рада, тј. у слободном времену. На нашем правном поднебљу, први Устав који је радницима признао синдикалне слободе је Видовдански Устав из 1921. године. После Другог светског рата, сви уставни у Југославији имали су одредбе о синдикалним слободама и правима. Тако, први Устав социјалистичке Југославије из 1946. године, гарантује право удруживања запосленим лицима. Уставни закон из 1953. године, једном широм формулацијом зајемчује слободно удруживање радног народа „ради остваривања демократских, политичких, економских, научних, културних, уметничких, стручних, спортских и других заједничких интереса“. Такође и уставни закони из 1963. и 1974. године, гарантују синдикалне слободе и утврђују основна начела о друштвеној улози и задацима синдиката. Тако, академик Јован Ђорђевић, осврћући се на смисао одредбе Устава из 1974. године, која зајемчује слободу удруживања примећује: „Савремено развијено друштво не може постојати без разних врста и типова „друштвених организација“ у виду удруживања. Удружења су једна од основних карактеристика савремене друштвене и политичке структуре, нарочито развијених индустријских, политичких и културних средина. Слобода удруживања значи право грађана да образују добровољне организације (удружења) ради остваривања најразноврснијих својих заједничких интереса и да у њима заједнички управљају; Те организације уживају статус јавних и Уставом заштићених институција. Остваривање овог права не подлеже одобрењима и пријавама, односно таквим условима који би могли довести до арбитрерних оцена и спречавања образовања удружења.“⁹ Устав Србије из 2006. године, гарантује слободу синдикалног удруживања и право да се остане изван сваког удружења. Закон о раду из 2005. године јемчи слободу синдикалног организовања и деловања без одобрења уз упис у регистар.¹⁰ На основу Закона о раду, синдикат је дефинисан као самостална, демократска и независна организација запослених у коју се они добровољно удружују ради заступања, представљања, унапређења и заштите својих професионалних, радних, економских, социјалних, културних и других појединачних и колективних интереса.¹¹ Да би се на што квалитетнији, а тиме и правичнији начин, остваривала права запослених, неопходно је да постоје усклађене обавезе синдиката према

⁹ Ј. Ђорђевић, *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1982, стр. 390.

¹⁰ Члан 206, Закона о раду.

¹¹ Члан 6, Закона о раду.

послодавцу, али и послодавца према синдикату. Тако на основу Закона о раду, а у вези са обавезама синдиката према послодавцу, предвиђено је да је синдикат дужан да достави послодавцу акт о упису у регистар синдиката у року од 8 дана од дана достављања акта о упису синдиката у регистар. Синдикат је такође у обавези да достави послодавцу одлуку о избору председника и чланова органа синдиката у року од 8 дана од дана избора органа синдиката. Ова обавеза има посредну функцију да иницијално олакша дијалог и да примарно спречи евентуалну дискриминацију према члану синдиката који је његов функционер, до које би евентуално могло доћи ако послодавац није упознат са тим својством запосленог. Трећа обавеза синдиката своди се на следеће – учинити све што је у њиховој моћи за остваривање високог нивоа сарадње са послодавцем, уважавањем демократског дијалога и разумевања. Законом о раду такође су предвиђене и обавезе послодавца према синдикату. Послодавац је прво дужан да информише синдикат о свим питањима од значаја за положај запослених, односно чланова синдиката, а пре свега о економским и радносоцијалним питањима. Колективни уговор је инструмент путем кога се ова обавеза послодавца додатно прецизира. Да би синдикат могао да остварује своју улогу, послодавац је у обавези да синдикату обезбеди, односно осигура, техничко – просторне услове и доступност информација, које су неопходне за обављање синдикалних активности. Правни основ за обезбеђење техничко–просторних услова за обављање активности синдиката лежи или у колективном уговору или у споразуму послодавца и синдиката. Синдикална активност је, по природи ствари, доста сложена делатност и она захтева такав ангажман који има за последицу, у великом броју случајева, одсуство радника – синдикалног активисте са посла. Стога је послодавац такође у обавези да представницима синдиката омогући одсуствовање са посла које има карактер плаћеног. О каквим случајевима одсуствовања са посла је реч - прецизира се законом, а посебно колективним уговором. Плаћено одсуство је неопходност за обављање синдикалне активности, односно вршења синдикалне функције. Дужина тог одсуства у сразмери је са величином синдиката. На основу колективног уговора или споразума, може бити утврђено да представник синдиката буде у потпуности ослобођен обављања посла за који је закључио уговор о раду, у периоду када обавља одређену синдикалну функцију и у коме ће имати право на накнаду зараде. У току колективног преговарања, онај представник синдиката који се појављује као учесник преговара са послодавцем, има право на плаћено одсуство, а корелатив том праву је обавеза послодавца да му омогући његово вршење. Плаћено одсуство има и онај синдикални

представник који заступа запосленог у спору пред судом или арбитражом. Из угла забране дискриминације треба посматрати следеће обавезе послодавца: послодавац не може да откаже уговор о раду, нити на други начин да у неповољнији положај стави синдикалног представника за време обављања функције и две године по њеном престанку, ако синдикални представник поступа у складу са законом, колективним уговором и уговором о раду; функционери репрезентативних синдиката по истеку функције коју су вршили имају право да се врате на послове које су обављали пре избора, односно на послове на којима неће имати мању зараду од зараде коју су имали пре избора на професионалну функцију.

4. Осврт на забрану дискриминације због политичке или синдикалне припадности

Народна скупштина Србије је 2009. године усвојила Закон о забрани дискриминације. Овим актом извршена је разрада уставних норми о питању дискриминације. Закон је по својој природи *lex generalis*, а правни поредак квалитативно се унапредио и усвајањем посебних антидискриминационих закона којима се пружа заштита појединим друштвеним групама и уводе посебне мере у корист тих група, како би се постигла њихова пуна равноправност, заштит и тиме изгледно побољшање права. Закон о забрани дискриминације, с обзиром на то да је реч о општем закону, уређује општу забрану дискриминације, њихове облике и случајеве као и поступак заштите од дискриминације. Као једна врста специјализованог омбудсмана, Законом је установљен Повереник за заштиту равноправности као самосталан државни орган независан у обављању послова утврђених Законом о забрани дискриминације. „Надлежности повереника широко су одређене, у складу са међународним стандардима, како би био у могућности да делотворно остварује своју функцију која се огледа у спречавању дискриминације“.¹²

Овим законом учињен је позитиван легислативни корак у правцу европских интеграција Србије и привржености принципима и вредностима грађанског друштва и демократије. Изгласавање закона пре свега заслуга је тадашње парламентарне већине. Ниво правне и политичке културе требало би да нас наведе на закључак да доношење Закона не представља само акт путем кога се испуњава једна од обавеза Србије за

¹² Д. Симовић, Д. Аврамовић, Р. Зекавица, *Људска права*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013, стр. 356.

пуноправно чланство у Европској унији, већ као логичан след у цивилизацијском смислу. После вишедеценијског једнопартијског политичког система, где су многа права и слободе које се данас (а у многим другим државама и тада) у упоредноправној пракси посматрају као природна, изузев нпр. права на рад, здравствену и социјалну заштиту и слично, представљала само „мртво слово на папиру”. Дакле, после идеолошког једноумља, потирања слободе мисли и јавног изражавања, те плурализма политичких идеја, доношење оваквог закона показало се као неопходност. Међутим, морамо констатовати да је то учињено са закашњењем. Србија је уставно формализовала плуралистичку демократију решењем из 1990. године. Стога, и у периоду деведесетих година 20. века, овај Закон је могао да буде саставни део правног поретка Србије. Међутим, таква очекивања имала су карактер нереалних јер смо живели под разноврсним недемократским стегама, оптерећени бременом санкција, ратним окружењем и слично. Међутим, и после петооктобарских промена 2000. године, са многим системским актима који поспешују заштиту људских права и слобода се каснило. То је један од показатеља да српско друштво није било довољно зрело за потпуне демократске процесе.

У правној теорији, дискриминација се обично описује „као неправично и неразумно прављење разлике према појединцу или групи а пропо њихових личних ствојстава. Мада је изворно значење појма дискриминација (лат. *discriminare*) „разликовати, уочити разлике“, „указивање на посебност“, данас он има готово искључиво негативни вредносни смисао, којим се означава чињење неоправдане и неморалне разлике у погледу третмана појединаца или групе на основу идентитета, припадности или неког другог личног својства, односно неправично и неморално изједначавање нечега што је различито.“¹³

Законска дефиниција дискриминације је доста широка уз одређење који су основи дискриминације и дискриминаторског поступања. Ова два израза означавају свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном

¹³ С. Ђорђевић, М. Палевић, *Закон о забрани дискриминације – правна анализа*, Крагујевац, 2010, стр. 11.

стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима.¹⁴ Закон као хијерархијски нижи акт од устава има задатак да обухватније регулише начелна питања предвиђена Уставом. Тако, уставна норма забрањује сваку дискриминацију, непосредну или посредну, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета. Закон је у члану 3 одредио заштићена права и лица, прописујући да свако има право да га надлежни судови и други органи јавне власти Републике Србије ефикасно штите од свих облика дискриминације. Странац у Републици Србији, у складу са међународним уговорима, има сва права зајемчена Уставом и Законом, изузев права која по Уставу и Закону имају само грађани Републике Србије. Закон о забрани дискриминације изричито не чини дозвољеним вршење права, противно циљу због ког су призната, или са намером да се ускрате, повреде или ограниче права и слободе других. Последњи став члана 3 установљава забрану злоупотребе права¹⁵, за разлику од Устава, који не садржи изричиту забрану злоупотребе права, већ то чини на посредан начин, регулишући сврху уставних јемстава људских права – јемства неotuђивих, 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.¹⁶

Темељно начело, како Закона о забрани дискриминације, тако и целокупног правног поретка, је начело једнакости, које је предвиђено у члану 4 овог Закона. Начело једнакости је такође услов вршења других права, израз хуманистичких тежњи у демократским револуцијама, а касније у државама владавине права, да се према сваком поступа на тај начин да буде једнак у достојанству са свима другима, односно, да не буде дискриминисан у односу на своја лична својства. Такође, оно представља

¹⁴ Члан 2, став 1 Закона о забрани, „дискриминације, Сл. Гласник РС, бр. 22/2009.

¹⁵ Правна традиција ових простора познавала је злоупотребу права као правни институт изражену у познатом члану 1000 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору из 1888. – „Ни својим се правом служиш' тек другом на штету ил' досаду“.

¹⁶ Члан 19 Устава Републике Србије, „Сл. Гласник РС, бр. 98/2006.

цивилизацијску тековину признату и прихваћену у свом потпуном смислу још из периода стварања Уједињених нација као организационог камена темељца савремених међународних односа.

Дискриминација је веома сложена друштвена појава. У теорији је постала свеprisутна дуалистичка подела дискриминације на непосредну и посредну. Сви остали видови дискриминације, могли би се квалификовати као једна од њих. Закон о забрани дискриминације препознаје седам облика ове појаве који се таксативно набрајају. Дискриминација се може огледати у повреди начела једнаких права и обавеза, позивању на одговорност, удруживању ради вршења дискриминације, у говору мржње, узнемиравању и понижавајућем поступању и кажњавању.

Један од облика дискриминације којима се угрожавају политичка права, сужавају, онемогућавају синдикалне слободе, односно због припадности политичкој и синдикалној организацији ускраћује вршење других права, у овом конкретном случају - права из радног односа, је дискриминација због политичке или синдикалне припадности. Наиме, Законом је забрањена дискриминација због политичких убеђења, лица или група, односно припадности или неприпадности политичкој странци, тј. синдикалној организацији. Право политичког партиципирања, односно право синдикалне припадности, или право да се буде аполитичан, је уставом загарантовано, а, такође, има своју међународну потврду у виду Пакта о грађанским и политичким правима. У члану 22, став 1. овог међународног документа гарантује се да ће свако имати право слободног удруживања с другим лицима, укључујући ту и право да образује синдикате и да им слободно приступа ради заштите својих интереса. Истовремено, Пактом је прецизирано да уживање тог права може бити „предмет ограничења предвиђених законом, која су неопходна у демократском друштву у интересу... јавног поретка... или права и слобода других“, као и да наведене норме „неће спречити да се коришћење овог права од стране припадника оружаних снага и полиције подвргне законским ограничењима“ (члан 22, став 2.).

На линији овог међународног решења је и одредба другог става члана 25 Закона о забрани дискриминације, по коме се дискриминацијом не сматрају ограничења која се односе на вршиоце одређених државних функција, као и ограничења неопходна ради спречавања заговарања и вршења фашистичких, нацистичких, расистичких активности, прописаних у складу са Законом. Као коментар првог става овог члана, можемо констатовати да се њиме забрањује да се лице или група лица због његове, односно њихове припадности или неприпадности политичкој странци или синдикалној организацији, било којим актом, радњом или пропуштањем у

истој или сличној ситуацији стављају у неповољнији положај. Законодавац је оваквим решењем имао, пре свега у виду страначку и синдикалну припадност и активност, с обзиром на то да је реч о чешћим ситуацијама у пракси у односу на дискриминаторно поступање по основу аполитичности. Забрана дискриминације, по наведеним основима, нормирана је у општој забрани дискриминације¹⁷, било да је она непосредна или посредна.

Поставља се као питање због чега је предвиђен посебан случај дискриминације због политичке или синдикалне припадности или евентуалне неприпадности. Због околности да је српска политичка заједница још увек „младо“ вишестраначко друштво и да није висок ниво политичке културе, који дозвољава различитост по политичкој или синдикалној основи, без негативних последица, било је неопходно такву дистинкцију додатно заштитити. Негативне стране историјског политичког наслеђа у виду кобног партијског монизма, довеле су до тога да иако уставно прокламовани политички и синдикални плурализам није лако остварив у политичкој пракси, па га, због тога, треба додатно законски штитити, а кроз законску примену поспешити. Дискриминација по политичкој основи могућа је пред органима јавне власти, приликом заснивања радног односа и вршења рада у сфери образовања, у пружању јавних услуга и сличним ситуацијама. Међутим, и политичке слободе у виду права да се буде припадник политичке странке или синдикални активиста не значи да су оне доступне свим категоријама грађана или да су неограничене. Разлози недоступности појединих политичких права и синдикалних слобода, односно њихове ограничености су различити. Ти разлози предвиђени су кроз одступања од забране дискриминације због политичке или синдикалне припадности. Тако се дискриминацијом не сматрају она ограничења која се односе на вршиоце одређених државних функција, као и ограничења неопходна ради спречавања заговарања и вршења фашистичких, нацистичких и расистичких активности.

Уставом је предвиђено да судије Уставног суда, судије судова опште надлежности, јавни тужиоци, Заштитник грађана, припадници полиције и војске не могу бити чланови политичких странака. Реч је о вршиоцима јавних функција, који приликом вршења своје делатности морају ставити знак једнакости између свих правних и физичких лица. То се додатно појачава ако вршиоци јавних функција не припадају једној

¹⁷ Сви су једнаки и уживају једнак положај и једнаку правну заштиту, без обзира на лична својства. Свако је дужан да поштује начело једнакости, односно забрану дискриминације - Члан 4 Закона о забрани дискриминације, Сл. гласник РС, 22/2009.

политичкој страни – једном политичком мишљењу. Дакле, не смеју бити изложени различитим притисцима у друштву, међу којима су свакако, међу најјачима, они који потичу од политичких странака. Иако наведени припадници јавних служби, односно функционери не могу да буду чланови политичких странака, на поједине од њих не односи се одредба Устава о забрани синдикалне припадности. Ту конкретно мислимо на припаднике полиције. Управо је то једно од најосетљивијих питања.

Припадници полиције треба да штите законитост и извршавају своје основне дужности чувања јавног реда и мира, односно спречавања и вршења кривичних дела, а, с друге стране, да буду синдикално организовани зарад заштите својих права, што као последицу може да има некада њихову смањену активност на вршењу основне друштвене функције која им је поверена. Тада је тешко наћи баланс између два интереса – заштите права грађана, на једној страни, и заштите легитимних синдикалних права припадника полиције, на другој. Посебно треба имати у виду да ту може доћи до злоупотреба, како права на синдикално организовање, тако и права руководилаца полиције, која произлазе из односа субординације који у полицији владају, а који могу бити употребљени на спречавање синдикалног организовања или употребе дисциплинских мера због синдикалних активности припадника полиције, што је вид дискриминације, који потпада под одредбу члана 25 Закона.

Такође, као једно од осетљивијих питања, могло би се поставити питање евентуалног политичког активизма и политичке припадности и самог Повереника за заштиту равноправности. Наиме, решење предвиђено у Закону о забрани дискриминације предвиђа само неспојивост функције Повереника са политичком функцијом. (чл. 28. ст. 5) Како појам политичке функције правно није одређен – оставља се могућност различитог тумачења ширине овог појма. Дакако, овим остаје отворена могућност припадности Повереника одређеној политичкој опцији кроз чланство у политичкој странци. С једне стране, ово решење се чини дискутабилним, понајвише због тога што је институција Повереника за заштиту равноправности директно произашла из институције омбудсмана, за коју је, у нашем позитивном праву, предвиђено другачије решење у виду неспојивости функције омбудсмана са чланством у политичкој странци. Осетљивост у погледу овог питања додатно појачава чињеница да повереника бира парламентарна већина из реда политичких странака.

Уставом је предвиђена могућност ограничења слободе удруживања у оној ситуацији када Уставни суд, као чувар уставности и законитости, може забранити оно удружење чије је деловање усмерено на насилно рушење уставног поретка, кршење зајемчених људских и

мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње.¹⁸ На тој линији, налази се другонаведени основ одступања од забране дискриминације - због страначке или синдикалне припадности. Таква законска одредба је установљена како би се забранио говор мржње који може потицати од политичких странака и синдикалних организација. Законом о политичким странкама и Законом о Уставном суду детаљније су регулисана питања поступка за забрану политичке странке и синдиката и последице које из тога произлазе¹⁹. Као релевантно питање искрсава и одредба члана 50, став 2. Закона о удружењима, јер се добија одговор на питање под којим условима се забрана рада удружења може заснивати на радњама и активностима чланова удружења. Активности које Закон о забрани дискриминације препознаје као оне које могу да исходују забрану странке и синдиката су већ поменуте фашистичке, нацистичке и расистичке.

У готово свим бившим социјалистичким државама источне Европе као последица новоуведеног политичког плурализма и вишедеценијског сузбијања националистичких стремљења међу народима тих држава, током деведесетих година прошлог века дошло је до бујања разних облика национализма и шовинизма. Нарочито је то било изражено у мултиетничкој Југославији, а посебно у новоствореним државама које су настале њеним распадом и које је захватио вихор грађанског рата. Иако многи политиколози друштвено уређење друге Југославије карактеришу као тзв. "меки тоталитаризам", сузбијање националистичких тежњи, од Маспок-а, суђења истакнутим интелектуалцима београдског Правног факултета седмдесетих, преко „сарајевског процеса“ и других сличних поступака осамдесетих година, учинило је да друштво јужнословенских народа потпуно неспремно дочека политички плурализам и демократско уређење. Могло би се рећи да је готово сва друштва настала на згаришту бивше Југославије деведесетих година карактерисала изразита криза политичког идентитета и демократизација без неопходне политичке

¹⁸ Чланом 80. Закона о Уставном суду одређено је да Уставни суд одлучује о забрани рада удружења на основу предлога Владе, Републичког јавног тужиоца, органа надлежног за упис регистар удружења. Конкретан предлог мора бити поткрепљен разлозима и доказима због којих се забрана и захтева.

¹⁹ Уставноправни теоретичари и практичари указују на недовољну нормираност односног питања у нашем позитивном праву. Нарочито је, у том смислу, значајно издвојено мишљење поводом одлуке Уставног суда у вези са предлогом о забрани удружења „СРПСКИ НАРОДНИ ПОКРЕТ 1389“ из Београда и удружења грађана СНП „НАШИ“ из Аранђеловца. Видети - Одлука Уставног суда Републике Србије, број VIIУ-482/2011, Сл. Гласник РС, бр. 6/13, стр. 17 - 18.

културе. Да би се спречиле злоупотребе, пре свега политичког организовања за подстицање расне, верске нетрпељивости, мржње и раздора било је неопходно прописати одступања од забране дискриминације због политичке и синдикалне припадности. То је имао на уму Уставни суд када је донео одлуку о забрани удружења „Отачествени покрет Образ“, користећи своје уставно и законско право да забрани удружења и политичке странке које шире говор мржње и позивају на насилну промену уставног поретка. Уставни суд је у одлуци о забрани „Отачественог покрета Образ“ навео „да је Република Србија релативно недавно прошла кроз веома тежак историјски период, оптерећен ратовима, подстакнутим националном и верском супротстављеношћу народа у региону, и да је плуралистичко демократско друштво, које се изграђује, још увек оптерећено бројним предрасудама, које имају своје дубоке корене у историји народа на просторима Балкана, па да је с обзиром на те услове од посебног значаја заштитити најважније друштвене вредности свим средствима и благовремено спречити све оне појаве које могу нарочито стварањем окружења несигурности и страха за припаднике читавих друштвених група поништити напоре којима се исказује демократска традиција српског народа.“²⁰

Уз одлуку о забрани организације „Национални stroj“, као тајне организације „расно свесних националиста“, донету 2008. године, закључак о одбацивању предлога за забрану појединих навијачких група 2011. године, као и одлуку о одбијању предлога за забрану рада удружења „Српски народни покрет 1389“ и „СНП Наши“, 2012. године, одлука о забрани „Обрза“ чини веома важну одлуку Уставног суда, не само зато што заједно са претходне три чини невелику праксу овог органа у питању забране удружења, већ и због тога што има значајну политичку тежину. Основни разлог доношења овакве одлуке своди се на чињеницу да се организације које пропагирају идеје које су стране демократији и владавини права не могу заклањати иза права на политичко и синдикално организовање, као основних политичких права у једном демократском друштву. Другим речима, да се не сме дозволити да примена демократије има за последицу остваривање њене супротности.

Закон о забрани дискриминације је радње које су усмерене на негацију демократских вредности одредио као заговарање и вршење

²⁰ Одлука Уставног суда Републике Србије, број VIIУ -249/2009, интернет презентација, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/8221/?NOLAYOUT=1>, приступљено 10.05.2015. године.

недопуштених активности. Неопходно је кумулативно постојање три услова, приликом утврђивања везе између радњи и чланова странке или синдиката и деловања странке, односно синдиката. На основу члана 50. став 2. Закона о удружењима, ти услови су следећи: 1) да постоји веза између радње чланова удружења и деловања удружења или његових циљева; 2) да се радње удружења заснивају на организованој вољи чланова; 3) да се према околностима случаја може сматрати да је удружење толерисало радње својих чланова. Закон о забрани дискриминације повезује радње заговарања и вршења, па се рестриктивним тумачењем да закључити да због заговарања, забрана политичке странке, односно синдиката није дозвољена.

У теорији се наводи да без обзира на то што је искључена могућност превентивног државног реаговања, треба прихватити шире тумачење према коме би до забране могло доћи и само због заговарања, а то је у складу са праксом Европског суда за људска права, када је неопходно доказати постојање нужне друштвене потребе за таквом мером, јер је ризик од остварења идеја које су фашистичке, нацистичке или расистичке непосредан и може поткопати саме темеље уставног поретка, који почива на антиподним идејама у односу на поменуте.²¹

Поменута одлука Уставног суда о забрани удружења „Отачествени покрет Образ“ представља одлуку са великим политичким и правним последицама. Наиме, овом одлуком је стручној јавности по први пут отворено питање говора мржње једног регистрованог удружења²², као и неизоставног упоређивања и вагања са једним другим, не мање значајним, питањем – питањем границе слободе политичког деловања и изражавања.

Говор мржње, суштински и феноменолошки, представља својеврстан облик политичке комуникације, нарочито као историјска категорија. Но, истовремено се, парадоксално, своди на поништавање те комуникације, с обзиром на чињеницу да се „аргументација“ говора мржње своди на пуко утицање на масовне емоције слушаца, путем изношења вредносних судова који нису подесни за рационално оповргавање као ирационална и емотивна категорија. Такође, изношење вредносних квалификација у јавности попут „Хрвати = усташе, Бошњаци = муцахедини“ и слично, узвикивање парола попут „Нож, жица,

²¹ Више о томе: Н. Петрушић, И. Крстић, Т. Маринковић, Коментар Закона о забрани дискриминације, Правосудна академија, Београд, 2014, стр. 195 - 198.

²² Не треба губити из вида да је „Национални строј“ означен као тајно удружење.

Сребреница“, „убиј, закољи, да Шиптар не постоји“ и слично²³, нарочито данас, у доба тешких економских услова у којима се налазе државе региона, може имати за последицу јачање колективног реваншистичког национализма, који, свакако, региону, већ довољно оптерећеном „духовима“ прошлости и тешким историјским наслеђем, може представљати огроман баласт у циљу изградње добросуседских међународних односа, којима државе Балкана, макар номинално, теже.

С друге стране, мора се водити рачуна и о чињеници да је забрана удружења задирање у осетљиво питање остваривања политичких права зајемчених Уставом. „Ова мера представља последњи одбрамбени акт демократског друштва када деловање и активности удружења и његових чланова крајње озбиљно и интензивно крше Уставом зајемчена права и слободе тако да се њима на несумњив начин жели остварити насилно рушење уставног поретка, кршење зајемчених људских или мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње... Ову меру (је) могуће изрећи тек када се поуздано утврди да све претходно предузете мере надлежних државних органа нису спречиле континуирано деловање удружења и његових активности усмерених на остваривање Уставом забрањених циљева.“²⁴ Дакле, неопходно је „вагање“ између супротстављених права на једнакост у удруживању, с једне стране и опасности по јавни поредак, са друге.

Када је о „Образу“ као удружењу реч, „постојање нужне друштвене потребе за ограничењем слободе удруживања у конкретном случају огледа се у томе што се Удружење...залаже за модел друштва које је засновано на дискриминацији...и што се саглашава са насиљем као средством за постизање циљева.“²⁵ За разлику од ове одлуке, којом је Уставни суд забранио једно удружење, у случају предлога за забрану друга два регистрована удружења, „Српског народног покрета 1389“ и „СНП Наши“, о коме је одлучивао непуних годину дана касније, Уставни суд је решио другачије, одбијајући предлог овлашћеног предлагача. „Уставни суд није дошао до поузданог уверења да су у систему заштите слобода и права надлежни државни органи претходно већ исцрпели све

²³ Више о томе: Одлука Уставног суда Републике Србије, број VIIУ -249/2009, интернет презентација, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/8221/?NOLAYOUT=1>, приступљено 10.05.2015. године

²⁴ Одлука Уставног суда Републике Србије, број VIIУ-482/2011, Сл. Гласник РС, бр. 6/13, стр. 18.

²⁵ Одлука Уставног суда Републике Србије, број VIIУ -249/2009, интернет презентација, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/8221/?NOLAYOUT=1>, приступљено 10.05.2015. године.

мере превенције и адекватног санкционисања против правног деловања ових удружења и њихових чланова, због чега би се за свако даље понављање истих или сличних кажњивих или узнемиравајућих активности удружења морало прибећи изрицању мере забране њиховог рада као нужног и једино могућег одговора државе у демократском друштву.“²⁶ Оваква различита пракса последица је сукоба два схватања, с једне стране, схватања да се заштита демократских тековина врши и кроз недозвољавање коришћења демократских максима у циљу разарања демократије, и схватања да се забрањивањем “маргиналним организацијама и покретима може подићи популарност.”²⁷ Идеологија, програмски циљеви и извршена дела горенаведених удружења, тј. њихових чланова, како се може видети из образложења одлука Уставног суда, у основи су исти. Стога се чини неопходним да се подробније уреди питање начелних правних ставова поводом предлога за забрану рада удружења, које, за сада, није посебно уређено и стога није немогуће да дође до овакве неуједначене праксе. То потврђује и издвојено мишљење судије проф. др Оливере Вучић, са чијим се мишљењем сагласила и судија Катарина Манојловић Андрић.²⁸ Могло би се закључити да су врата расправљања и анализирања граница слободе политичког изражавања, одшкринута одлуком о забрани „Образа“, наредном одлуком остала широм отворена.

5. Закључак

Аутори су у раду пошли од општеприхваћеног става у либералној политичкој мисли да демократски поретци ако желе да понесу тај епитет морају се базирати да власт потиче од грађана који имају право да се политички организују и да кроз то организовање се боре за остваривање других права као на пример што су социјално-економска права. Дакле коришћењем политичких права грађани обликују државну вољу с једне стране, али и изражавају своја лична мишљења с друге стране. Уставом Србије ујемчена су следећа политичка права: бирачко право, слобода

²⁶ Одлука Уставног суда Републике Србије, број VIIУ-482/2011, Сл. Гласник РС, бр. 6/13, стр. 16.

²⁷ Мишљење професора Јовице Тркуље, изнешено у дневном листу „Политика“. <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Tuzilac-trazi-zabranu-1389-zbog-nasilja-i-netolerancije.sr.html> приступљено 10.05.2015.

²⁸ Више о томе: Одлука Уставног суда Републике Србије, број VIIУ-482/2011, Сл. Гласник РС, бр. 6/13, стр. 17-18.

штампе, слобода говора, слобода мисли и јавног изражавања, слобода збора, слобода удруживања, право на петицију. Политичка права спадају у активна људска права, права на нешто и представљају у ствари основ партиципације грађана у политици. Ако нема гарантовања и вршења ових права незамисливи су политички процеси активног партиципирања у државним органима или чак добијање својства државног органа. Од квалитета гарантовања, а још више коришћења ових права, зависи вредновање степена демократије сваког уставно-политичког система, па и уставно-политичког система Србије.

Српско друштво, као и многа друга постауторитарна друштва али и друштва која имају дугу историју демократских институција нису ни данас после толико ратова (вођених у прошлости) које су карактерисала масовна кршења људских права, имуна на различите појаве дискриминаторног поступања. Забрана дискриминације је и уставна и законска категорија. Уставне норме су полазни принципи на које се надовезују и детаљизују их законске норме из сфере антидискриминационе материје. Закон о забрани дискриминације недозвољавајући дискриминацију због политичке односно синдикалне припадности, учвршћује темеље уставне зграде Србије и нормативно ставља тачку на времена у којима је овакав вид дискриминације био чак и правно дозвољен. Међутим, ни слобода политичког или синдикалног организовања не може бити апсолутна јер ће онда доживети погубну метаморфозу у своју супротност. Због тога је значајна активност Уставног суда као чувара Устава Србије у забрани појединих удружења која су својим деловањем негирала демократску традицију српског народа а посебно заштиту мањинских нација, што је у највећем делу наше историје било нешто чиме смо се поносили, односно наши славни преци нам остављали у аманет. Очекујемо да ће Уставни суд имати уједначенију праксу у спречавању злоупотреба слободе политичког и синдикалног организовања а у циљу да се српско друштво изгради као истински демократско у коме су појаве дискриминаторног поступања сведене на минимум. То је идеал коме треба тежити и то не само због јаког уставног и законског антидискриминационог оквира, већ пре свега што то треба да постане део високог нивоа правне и политичке културе у Србији. То је култура која поштује право на различитост и која то право негује, а будуће генерације треба још више да га унапређују.

Milan Rapajić
Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Kragujevac
Vojislav Bačaniin
Assistant
Faculty of Law, University of Kragujevac

**POLITICAL RIGHTS AND FREEDOMS IN THE CONSTITUTIONAL
SYSTEM OF SERBIA WITH REFERENCE TO THE PROHIBITION
OF DISCRIMINATION BECAUSE OF POLITICAL OR TRADE UNION
MEMBERSHIP**

Summary

This work starts from the definition of political rights and freedoms, which are also called the rights of political participation. It is stated that these rights and freedoms along with personal rights are achievements of Liberal Democratic constitutionality. Political rights experienced confirmation in the full sense of this word by historical transition from liberal state of the nineteenth century in a democratic constitutional state of the twentieth century. Attention is focused on political rights (and their list) in the narrow and broad sense. The Serbian Constitution guarantees political rights in a similar manner as the constitutions of countries with much longer democratic tradition and a higher level of political culture. The provision of the Constitution explicitly states the right to political association and action, or the right to establish political parties. Although it is not a political right but about freedom from the corpus of economic rights and freedoms, this work puts emphasis on trade union freedoms with a series of special powers, such as the right of trade unions to perform freely their activity and their representatives that in no way they do not suffer from negative consequences for union involvement, that is discrimination. This work defines discrimination and analyzes article 25 of the Law Against Discrimination, which prohibits discrimination because of political beliefs of a person or group of people, or belonging or not belonging to a political party or trade union organization.

Јелена Јовичић

Сарадник у настави Правног факултета у Крагујевцу

УСТАВНОПРАВНА И ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА – ИСТОРИЈСКИ И КОМПАРАТИВНИ АСПЕКТ

Апстракт: *Аутор у раду анализира питање заштите људских права посматрано са уставноправног и грађанскоправног аспекта. У првом делу рада, проучавају се теоријска разматрања о појму људских права, генеза људских права као и појам заштите људских права. Узимају се у обзир документи међународног карактера као и позитивни правни прописи. Имајући у виду комплексност појма људских права ограничили смо се на проучавање актуелних проблема који настају применом различитих механизма његове заштите.*

Кључне речи: *устав, закон, људска права, слобода, заштита*

Уводна разматрања

О генези људских права се не може говорити а да се не узму у обзир различита разматрања појма људских права. То је и разлог зашто се у раду најпре проучавају теројска разматрања појединих правних писаца, да би се потом приступило анализи нормативних решења. Саму генезу људских права можемо посматрати кроз три фазе. То су фаза настанка идеје о заштити људских права на подручју античке Грчке, затим фаза институционализације људских права путем писаних докумената и фаза интернационализације људских права. Сваки од ових сегмената развоја људских права заступљен је у раду, при чему су узети у обзир само они елементи који се односе на заштиту људских права и механизме који се користе у ту сврху.

Развој људских права у античкој Грчкој имао је своје специфичности. Наиме, овде је била заступљена партикуларна примена права само на слободне Атињане, не и на жене и робове. Ипак то су били сами почети развоја без постојања уређеног система људских права. Постојале су само идеје о заштити људских права које су касније добиле своје утемељење у првим писаним документима.

Када се говори о националним уставним гаранцијама основних људских права и слобода не можемо а да се не осврнемо на њихов развој и утемељење кроз историју. Ако се има у виду да су први писани правни акти настали из потребе да се ограничи власт владара и заштите интереси

потчињених, онда нам је јасно да су заштита људских права и слобода биле средство за остваривање тог циља.

Када је реч о документима универзалног карактера, узима се у обзир чињеница да су Декларације усвојене од стране УН а потом и Европска конвенција о људским правима дале значајан допринос у очувању и заштити темељних људских права. Поред нормативних и теоријских решења питања заштите људских права, анализира се и поступање надлежних државних органа, како редовних судова тако и Устаног суда. Проучавају се различита правна средства заштите која су на располагању грађанима, од жалбе, преко тужбе за заштиту права, до уставне жалбе, као и захтева за заштиту законитости. У ту сврху аутор наводи поједина законска решења као и начине поступања институција које су надлежне да се старају о заштити људских права.

О појму људских права

Постоје различити начини посматрања појма људских права. У правној теорији, људска права се најчешће дефинишу као "урођена права сваког људског бића".¹ Овде се има у виду и сватање по коме су људска права сложена права, која са једне стране имају моралну димензију због чега се могу сматрати прородним, док са друге стране, своје пуно значење добијају тек правним утемељењем.² У складу са оваквим одређењем иде и обавеза државе, као носиоца монопола физичке принуде, да обезбеди поштовање и заштиту људских права која се одражавају у документима међународног и националног права, а која су у сагласности са националним уставом и законским одредбама.

Историјски гледано идеја о заштити људских права јавила се још у античко време. Међутим, античка Грчка није имала развијен систем заштите људских права, што је и разумљиво ако се има у виду чињеница да је била робовласничка држава. Ипак, на овим просторима настале су идеје из којих ће се касније развити и савремен концепт нормирања и заштите људских права.³ Овде можемо поменути да је у Атини једно од темељних начела демократије била и *isonomia* под којим се подразумевала једнакост пред законом. Поред овог појма значајно је поменути и постојање тзв. *parrhesia* која се сматра претечем права на слободу мисли и изражавања, поред принципа познатог под називом *isegoria* која је

¹ В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *Међународно право људских права*, Београд, 2006., стр. 36.

² Д. Симовић, В. Петров, *Уставно право*, Београд, 2014., стр. 99.

³ Д. Симовић, В. Петров, *Уставно право*, Београд, 2014., стр. 83.

представљала слободу говора.⁴ Ипак, постојање ових принципа у атинској држави и праву није било довољан елемент за успостављање једног система људских права. Основни разлог за то је била њихова парцијална примена. Наиме, иако је био прокламован концепт равноправности, то се искључиво односило на слободне и пуноправне Атињане, јер жене и робови нису уживали никакву правну заштиту.

Процес институционализације људских права почиње са доношењем *Magna Carta Libertatum* у дванестом веку. Основни разлог за доношење оваквог документа било је ограничење монархове власти уз гаранције и заштиту људских права. Корак даље у развоју појма људских права учињен је у седамнаестом веку доношењем *Petition of Rights* а затим и доношењем *Habeas Corpus Act*. Сви ови документи су представљали основе правних ограничења власти монарха. Таква ограничења владареве власти су била праћена признавањем власти парламента као и гарантовањем људских права.⁵

Заштита људских права у смислу обезбеђења адекватних правних механизма за осигурање поштовања достојанства личности и слободе човека утемељена је са појавом првих писаних устава. У почетној фази конституционализације људских права крајем седамнаестог и почетком осамнаестог века, грађанска теорија покушала је да нађе одговор на питање какав је однос власти према појединцу, имајући у виду потребу да власт буде ограничена како би права и слободе грађана могле бити остварене. Шарл Монтескје је у свом делу "О духу закона" истакао да "политичка слобода представља став по коме свака особа има сигурност, а власт треба да буде организована тако да се један човек не мора бојати другог".⁶ Бенџамин Констан је у свом теоријском запажању истакао да индивидуална права "дозвољавају свакоме да чини све осими онога што може да науди другоме".⁷ У историјском развоју правне доктрине о природним правима дошло је до развоја концепта људских права која представљају израз интернационализације основних људских права у модерној уставној држави. Међутим, тај процес није свуда био исти. У Сједињеним Америчким Државама у тренутку доношења првог писаног устава људска права нису била у фокусу уставописаца. О томе сведочи и чињеница да први органи државне власти који су установљени на овим

⁴ Исто.

⁵ John J. Patrick, *The Bill of Rights, A history in documents*, Oxford University Press, pp. 15.

⁶ И. Пејић, *Конституционализација људских права – право човека на достојанство*, у: Заштита људских и мањинских права у Европском правном простору, Ниш, 2011., стр. 253.

⁷ Исто.

просторима нису имали успостављен адекватан механизам заштите људских права. Основни принцип којим су се руководили био је тај да треба створити "нов Устав који ће бити довољно јак да гарантује људска права али не толико јак да их крши".⁸ Устав САД иако значајан као први писани и кодификовани устав усвојен је у друштву у коме је робовласништво било устаљена појава. Стога, не чуди што су прве реакције незадовољства кренуле баш у смеру предлагања амандмана којима ће се заштитити основна људска права и слободе.

На европском подручју институционализација људских права ишла је у нешто другачијем правцу. Први корак у нормативном регуласању осовних људских права и слобода учињен је у Француској доношењем Декларације о правима човека и грађанина од 1789. године. Овом декларацијом загарантована су природна, неотуђива и света Права човека. Декларацијом је прокламовано начело да се људи рађају и живе слободни и једнаки у правима, при чему друштвене разлике могу постојати једино у заједничкој користи. Да би ова права имала већу нормативну заштиту у француској је Уставом од 1791. године је преузета Декларација о правима човека и грађанина тако што су у уводном делу Устава предвиђена права која су била обухваћена Декларацијом. Поред тога, Уставом су зајамчена и нека нова права, као резултат револуционарних тековина, као што су слобода кретања, право на петицију, на слободно изражавање мисли, слобода окупљања.⁹

Ипак, права каталогизација људских права извршена је Уставом Белгије од 1793. године. За разлику од дотадашњих апстрактних приступа дефинисању и нормирању људских права, како кроз одредбе различитих устава, тако и кроз садржину деларација, овим Уставом је извршена конкретнија подела људских права. Осим до тада прокламованих права, Белгијским Уставом је утврђен и низ нових а до данас значајних људских права као што су право на слободно оснивање удружења, тајност писма, право на гоњење јавних функционера због злоупотребе службеног положаја и слобода цркве од државе.¹⁰

Питање заштите људских права

Потреба за установљењем адекватних механизма заштите људских права настала је са доношењем првих правних докумената

⁸ John J. Patrick, *The Bill of Rights, A history in documents*, Oxford University Press, pp. 11.

⁹ Д. Симовић, В. Петров, *Уставно право*, Београд, 2014., стр. 91.

¹⁰ Исто.

којима су она била и прокламована. Међутим, различите друштвене околности су условиле немогућност њиховог утврђења. Поједине државе су својим националним уставима стварале предуслове за развој правних средстава заштите који су се временом мењали, надограђивали да би на крају били и неизоставни елемент за функционисање сваког правног поретка. Питање заштите људских права постало је нарочито актуелно са процесом интернационализације људских права.

Први корак у интернационализацији људских права начињен је са доношењем Повеље Уједињених нација и Универзалне декларације о људским правима. У ситуацији након Другог светског рата, људским правима дата је темељнија позиција. Наиме, овде су људска права препозната као елемент који треба да обезбеди изградњу друштва, која неће насиљем решавати односе између и унутар себе.¹¹ О томе колико су значајана универзална људска права говори и последњи став Преамбуле Универзалне декларације о људским правима у коме се наводи да су људска права наборјана у декларацији "заједнички стандард који треба да постигну сви народи и све нације". Да је реч о значајном правном документу сведочи и становиште да је у око деведесет устава коришћена Декларација као основ за утврђење каталога људских права, а да у деветност устава постоји директно позивање на Декларацију.¹²

Заштита људских права у систему УН подразумева учествовање Генералне скупштине која је снабдевена генералном надлежношћу за расправљање о питањима која су предмет Повеље. Са друге стране, директна надлежност уређивања и заштите људских права дата је Економско-социјалном савету УН. Заштита људских права на нивоу УН остварује се кроз процесе проучавања, подношења и примања извештаја по међународним, социјалним, културним, привредним предметима, као и прављњем препорука Генералној скупштини УН о стању поштовања и заштите права човека и основних слобода.¹³

У контексту заштите људских права не европском правном подручју је значајно постојање Европског суда за људска права који представља део механизма изграђеног доношењем Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода донетој 1950. године. Циљ оваквог суда је обезвбеђење судске заштите грађанима држава које су под његовом јурисдикцијом. Сваки појединац када искористи правне лекове за заштиту својих права у матичној држави може након тога

¹¹ Т. Шурлан, *Универзална међународна људска права-механизми заштите*, Београд, 2014., стр. 13.

¹² W. Osiatynski, *The historical development of human rights*, Routledge Handbook of International Human Rights Law, Routledge, 2014., pp. 9-24.

¹³ Т. Шурлан, *Универзална људска права-механизми заштите*, Београд, 2014, стр. 25.

поднети жалбу Европском суду за људска права. Услов за улагање жалбе јесте да је подносиоцу жалбе нека од држава уговорница повредила право предвиђено Европском конвенцијом. Овај суд функционише по принципу заступљености судија држава које су чланице Савета Европе. Судије се бирају од стране Парламентарне скупштине Савета Европе већином гласова са листе три кандидата која предлаже влада сваке државе чланице.¹⁴

У погледу заштите људских права пред Европским судом за заштиту људских права, поставља се питање како ће се судити и одлучивати поводом жалби појединаца ако се има у виду чињеница да државе из којих долазе судије могу припадати различитом систему права. Често је о томе међу правним теоретичарима вођена полемика а у свим тим теоријским запажањима полазило се од чињенице да судије долазе са различитим правничким образовањем, правничком праксом и стандардима. Посебно ваља истаћи мишљење које је дао Drzemczewski а у којем се истиче становиште да је у суду заступљено шест тзв. "правних породица". Ту се мислило пре свега на класификацију судија узимајући у обзир критеријум државе и правног система из којег потичу. Тако се истиче постојање: Латинске или западно - медитеранске породице, Балканске или источно- медитеранске, Источна Европа, Англо-скандинавске земље, Централна Европа и групу држава у које спадају оне формиране од бившег Совјетског савеза укључујући и Балтичке земље.¹⁵ Иако су судије чланови овог Суда засупници различитих правних система и метода, оне приликом суђења разматрају одредбе Европске конвенције о заштити људских права, у складу са којом је и формирана ингеренција овог суда.

Карактеристике уставноправне и грађанскоправне заштите у Србији

Уставна заштита људских права полази од прокламовања једнакости заштите пред судовима. Механизам заштите предвиђа да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или угрожено неко људско или мањинско право зајамчено Уставом. Сврха овакве заштите јесте очување и заштита људског достојанства као и остварење пуне слободе и једнакости сваког појединца.¹⁶ У погледу заштите људских и мањинских права зајамчених Уставом, предвиђено је и право на правну

¹⁴ Д. Поповић, *The emergence of the European Human Rights law*, Eleven International Publishing, 2011., pp. 46.

¹⁵ Исто.

¹⁶ Устав Републике Србије, "Сл. гласник РС", бр. 98/2006, чл. 19.

помоћ коју пружају службе правне помоћи и адвокатура као самостална и независна служба.¹⁷ Предвиђено је и право сваког лица на жалбу или друго правно средство када сматра да му је актом државног органа или органа територијалне аутономије или локалне самоуправе повређео неко право, обавеза или на закону заснован интерес.

Поред судских механизма заштите, Устав предвиђа и постојање вансудских механизма заштите људских права која се пре свега огледа у постојању институције Заштитника грађана. Заштитник грађана је независан државни орган који штити права грађана и контролише рад органа државне управе, органа надлежног за правну заштиту имовинских права и интереса Републике Србије, као и других органа и организација којима су поверена јавна овалашћења.¹⁸

Устав предвиђа и уставносудску заштиту људских права пред Уставним судом као посебним државним органом путем уставне жалбе. Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчена Уставом.¹⁹ Овде се наглашава тзв. екстензивна могућност за изјављивање уставне жалбе, јер се она може користити када су исцрпљена или када нису предвиђена друга правна средства за заштиту уставом зајемчених права. Поред уставне жалбе постоји и могућност улагања жалбе Уставном суду у ситуацијама које су Уставом предвиђене. Међутим, разлика између ова два права средства јесте у предмету, легитимацији на изјављивање, као и у односу на услове под којима се може изјавити уставна жалба.²⁰ У погледу заштите људских права Устав предвиђа и право на вођење управног спора у ситуацији када се може користити право да о законитости коначних појединачних правних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу, одлучује суд у управном спору, ако у одређеним случајевима законом није предвиђена другачија судска заштита.²¹

Када је реч о грађанскоправној заштити људских права посебно значајан аспект заштите претставља право на суђење у разумном року. Постоје ситуације када се судска заштита овог права преплиће са уставносудском праксом. То се односи на могућност изјављивања уставне жалбе и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је

¹⁷ Исто., чл. 67.

¹⁸ Исто., чл. 138.

¹⁹ Исто., чл. 170.

²⁰ Д. Симовић, В. Петров, *Уставно право*, Београд, 2014., стр. 449.

²¹ Закон о управним споровима, "СЛ. гласник РС", бр.111/2009, чл. 3.

подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року.²² Овде се може поставити питање уставности овакве употребе правног средства. Међутим, један случај из прксе даје оправдање за овакву употребу уставне жалбе у којем се у ствари проширује њено дејство. Реч је о пресуди Европског суда (*V.A.M. v Serbia (2007)*) у којој је изнет став да грађани Србије не располажу делотворним правним леком ради заштите "права на суђење у разумном року" које јемчи Европска конвенција.²³

У погледу права на суђење у разумном року у Републици Србији је усвојен Закон о заштити права на суђење у разумном року који треба да ступи на снагу првог јануара 2016. године. Овај законски текст настао је са циљем да се реши проблем дугог трајања судског поступка са којим се Србија дуго суочава. Ово питање је од великог значаја ако се има у виду чињеница да је наша држава изгубила доста спорова пред Европским судом за људска права управо због повреде права на суђење у разумном року. Ако се томе додају и велики новчани износи које држава треба да исплати у име накнаде материјалне штете грађанима онда је јасно зашто је овај закон од изузетне важности.²⁴

Право на суђење у разумном року има свака странка у судском поступку, укључујући и извршни поступак, затим сваки учесник по закону којим се уређује ванпарнични поступак, оштећени у кривичном поступку, приватни тужилац и оштећени као тужилац само ако су истакли имовинскоправни захтев. Оно што је новина јесте увођење правних средстава које стоје на располагању странкама. Правна средства које може странка употребити ради заштите права на суђење у разумном року су: приговор ради убрзања поступка, жалба, захтев за правично задовољење. Када је реч о правичном задовољењу предвиђа се постојање три врст овог права. Реч је о праву на исплату новчаног обештећења за неимовинску штету која је странци изазвана повредом права на суђење у разумном року, затим право на објављивање писмене изјаве Државног правобранилаштва којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року, као и право на објављивање пресуде којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року.²⁵

Поред органа државне власти заштита људских права обезбеђује се и на међународном нивоу. Међународне организације имају, такође, обавезу заштите и поштовања људских права. То је основни циљ и

²² Закон о Уставном суду, "СЛ. гласник РС", бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013, чл. 82.

²³ Д. Симовић, В. Петров. *Уставно право*, Београд, 2014., стр. 447.

²⁴ www.legislatura.rs/resenje problema dugog trajanja sudskog postupka u Srbiji.

²⁵ Исто.

настанка међународних ораганизација управо обезбеђење механизма надзора над поштовањем као и заштите људских права и слобода.²⁶

У погледу грађанскоправне заштите људских права посебно је значајан механизам заштите од дискриминације. У случају недопуштене дискриминације, по сили закона дискриминисани стиче право на "правозаштитни захтев тј. овлашћење да тражи од дискриминатора онакво понашање какво је потребно да би несметано остварио своје угрожено или повређено право".²⁷ Када је реч о систему грађанскоправне заштите од дискриминације, ту се као правна средстав користе и тужба за пропуштање односно забрана извршења радње од које прети дискриминација, даљег вршења односно понављања радње дискриминације. Затим, постоји могућност тужбе за утврђење дискриминације, тужбе за уклањање стања дискриминације, као и тужбе за накнаду штете.²⁸

Када је реч о заштити права на приватност у Републици Србији учињен је помак доошењем Закона о заштити података о личности 2008. године. Овај закон установљава обавезе за широк круг лица а посебно за Повереника за информације од јавног значаја. Повереник као независан државни орган надлежан је да у другостепеном поступку обезбеђује заштиту права на приватност, као и да спроводи надзор над применом Закона.²⁹ Законом је предвиђено право на подношење захтева за остваривање права на увид. О томе одлучује руководилац који обрађује податак али и Повереник ако му руководилац проследи захтев. Осим тога, подносилац захтева за остваривање права у вези са обрадом података може изјавити жалбу поверенику, при чему се решењем одлучује у поступку по жалби.³⁰

Закључна разматрања

О томе колико је значајан појам људских права говоре различити механизми његове заштите. Проучавајући само уставноправни и грађанскоправни апсект можемо да закључимо да је у последњих пар година дошло до настанка значајних новина у приступу појма људских права, како на националном тако и на међународном нивоу. Полазећи од

²⁶ С. Гајин, *Људска права, Правно-системски оквир*, Београд, 2012., стр.201.

²⁷ В. Водинелић, *Садржина грађанскоправне заштите од дискриминације*, у: Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, Београд, 2012., стр. 112.

²⁸ Исто.

²⁹ Закон о заштити података о личности, "СЛ. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009, 68/2012, 107/2012, чл. 1.

³⁰ Исто., чл. 39.

решења неписане енглеске уставности, па до савремених националних устава, закључујемо да је стварање каталога људских права, начин примене и заштите, постао неизоставни елемент обезбеђења поштовања начела владавине права. Држава као носилац монопола физичке принуде, путем правних гаранција људских права бива одређена као субјект чија се функција може двоструко дефинисати. Са једне стране, постаје кључни фактор за обезбеђење заштите људских права, путем својих државних органа и организација којима су поверена јавна овлашћења. Поред тога, државна власт у вршењу својих надлежности бива ограничена применом механизма заштите људских права.

Уставносудска заштита људских права заузима значајно место у целокупном правном систему. Сама чињеница да се уставним одредбама зајемчује грађанима право на уставну жалбу, у ситуацијама када исцрпе сва правна средстава или када она нису ни предвиђена, обезбеђују се темељи успостављања сигурности једног правног поретка. Ако се пође од дефиниције да су људска права урођена права сваког појединца онда се закључује колико значајно место у систему заштите људских права заузима Уставни суд.

У грађанскоправном смислу, заштита људских права посматра се са аспекта правних средстава која се користе, судске надлежности и поступка који се води. У овом случају, не узимају се у разматрање теоријска разматрања већ се у фокус интересовања стављају процесна питања. Другим речима, узимају се у обзир само она нормативна решења која се примењују у конкретним случајевима зарад обезбеђења човека као носиоца конкретног права. Анализирањем права на суђење у разумном року, а узимајући у обзир да ће се резултати примене новог законског текста видети у догледној будућности, аутор закључује да је ово добар помак у стварању ефикасног правног система. Стварањем предуслова за нормално функционисање судског поступка као и његово краће трајање обезбеђују се не само људска права већ и ситуан правни поредак.

Jelena Jovicic
Junior Assistant
Faculty of Law, University of Kragujevac

**CONSTITUTIONAL AND CIVIL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS
– HISTORICAL AND COMPARATIV ASPECT**

Summary

The paper discusses the issue of human rights as seen from the constitutional and civil aspect. In the first part of the study analyze the theoretical consideration on the concept of the human rights, the genesis of human rights and the term of protection. We are taking into account the international character of such documents and applicable regulations. Since it is a complex notion of human rights we have to limit the study of some problems resulting from the application of different mechanisms for its protection.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

Зборник радова међународне научне конференције
„Правни систем и заштита од дискриминације“,
Правни факултет Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици.

Тираж 100

ISBN 978-86-6083-031-1