

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП

ПРАВНИ СИСТЕМ У ВРЕМЕНУ НОВЕ РЕАЛНОСТИ

ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА



2021.

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Међународни научни скуп
„ПРАВНИ СИСТЕМ У ВРЕМЕНУ НОВЕ РЕАЛНОСТИ“
Зборник радова

УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



Међународни научни скуп

**ПРАВНИ СИСТЕМ У ВРЕМЕНУ НОВЕ
РЕАЛНОСТИ**

ЗБОРНИК РАДОВА

Међународни научни скуп одржан је 24. септембра 2021. године на
Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем
у Косовској Митровици

Косовска Митровица, 2021.

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Међународни научни скуп
„ПРАВНИ СИСТЕМ У ВРЕМЕНУ НОВЕ РЕАЛНОСТИ“
ЗБОРНИК РАДОВА

Издавач

Правни факултет Универзитета у Приштини
Лоле Рибара 29, 38220 Косовска Митровица
+381.28.425.336, www.pra.pr.ac.rs

За издавача

Проф. др Душанка Јововић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Здравко Грујић, ванредни професор

Заменик главног и одговорног уредника

Проф. др Бојан Бојанић, ванредни професор

Секретар Уређивачког одбора

Доц. др Данијела Петровић

Издавачки савет

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

Уредништво

Међународни научни одбор

Prof. dr Victoria Serzhanova,
Habilitation Doctor of Juridical Sciences, Institute of Legal Sciences,
Collegium of Social Sciences, Rzeszow University, Poland;
Проф. др Тина Пржеска, редовни професор
Правни факултет "Јустинијан Први",
Универзитет "Св. Кирил и Методије", Скопље, Северна Македонија
Dr Miklos Tihanyi,
Senior Lecturer, University of Public Service,
Faculty of Law Enforcement, Budapest, Hungary;
Prof. dr Maria Genrikhovna Reshnyak,
University of the MFA of Russia, Faculty of International Law Moscow State
University for International Relations
Проф. др Анте Новокмет, ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет „Ј. Ј. Стросмајер“, Осигек, Хрватска

Чланови Уредништва из Републике Србије

Проф. др Борис Беговић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду;
Проф. др Слободан Орловић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
Проф. др Дарко Симовић,
редовни професор
Криминалистичко-полицијског Универзитета у Београду;
Проф. др Љубомир Митровић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици;
Проф. др Огла Јовић-Прлаиновић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици;
Проф. др Слободанка Перић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици;
Проф. др Љубинка Ковачевић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду;
Проф. др Андреја Катанчевић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду;
Проф. др Дарко Димовски,
ванредни професор Правног факултета у Нишу;

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

Дизајн корица
Димитрије Милић

Штампа
Кварк, Краљево

Тираж
100

ISBN 978-86-6083-076-2

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

Ставови и закључци изнесени у чланцима лични су ставови њихових аутора и не изражавају мишљење Издавачког савета и Уредништва

САДРЖАЈ

РЕЧ УРЕДНИКА

1. Др Борис БЕГОВИЋ
ЗАБРАНА УТВРЂИВАЊА ЦЕНА У ДАЉОЈ ПРОДАЛИ: ПРАВО
КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПОСТПАНДЕМИЈСКО (ДИГИТАЛНО) ДОБА 1
2. Др Јелена ЋЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ, Др Мирјана ГЛИНТИЋ
ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ ЗЕМАЉА ЗАПАДНОГ
БАЛКАНА У ВРЕМЕНУ НОВЕ РЕАЛНОСТИ 23
3. Др Наташа СТОЈАНОВИЋ
ШТА ПРЕДВИЂА ЗЕЛЕНА АГЕНДА ЗА ЗАПАДНИ БАЛКАН? 46
4. Др Зоран ЋИРИЋ
СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКА ИСКУСТВА У ВРЕМЕНУ
ИЗМЕЊЕЊЕ РЕАЛНОСТИ УСЛЕД ЕПИДЕМИЈЕ COVID-19 69
5. Др Љепосава ИЛИЈИЋ
ЗАТВОРСКИ СИСТЕМ ТОКОМ ПАНДЕМИЈЕ COVID-19 - Осврт
на права осуђеника на здравствену заштиту и ефекте пандемије
на ментално здравље осуђеника- 85
6. Богдана СТЈЕПАНОВИЋ
ВАКЦИНАЦИЈА И СЛОБОДА КРЕТАЊА 101
7. Др Дарко СИМОВИЋ
УСТАВНИ ОКВИР ЕКОНОМСКОГ УРЕЂЕЊА У
РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – КРИТИЧКИ ОСВРТ 121
8. Проф. др Горан МАРКОВИЋ
ПРОБЛЕМИ ОДРЕЂИВАЊА ИЗБОРНОГ ПРАГА 141
9. Др Миодраг Н. СИМОВИЋ, Др Милена СИМОВИЋ,
Др Марина М. СИМОВИЋ
УСТАВНИ СУД БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ:
ИСКУСТВА И ПЕРСПЕКТИВЕ 169
10. Др Станка СТЈЕПАНОВИЋ
МОЖЕ ЛИ СЕ ЈЕДНОСТРАНО РАСКИНУТИ УГОВОР
ИЗ РАЗЛОГА ШТО ДРУГИ УГОВАРАЧ ПОСЛУЈЕ У
КРИПТОВАЛУТАМА? 209

11. Др Саша КНЕЖЕВИЋ ПРОЦЕСНЕ ПОВЛАСТИЦЕ ОКРИВЉЕНОГ У ПОСТУПКУ ПО ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА	225
12. Др Жељко НИКАЧ, Др Божидар ФОРЦА КРИВИЧНО-ПРАВНИ И КРИМИНАЛИСТИЧКИ АСПЕКТИ БОРБЕ ПРОТИВ ИЛЕГАЛНЕ ПРОИЗВОДЊЕ И ПРОДАЈЕ ОПОЈНИХ ДРОГА У СРБИЈИ	243
13. Др Иван Д. МИЛИЋ, Жарко М. КЕШАНСКИ ПРИНУДНО ЗАДРЖАВАЊЕ ЛИЦА СА МЕНТАЛНИМ СМЕТЊАМА	265
14. Др Душица ПАЛАЧКОВИЋ, Др Санда ЋОРАЦ, Јелена ЧАНОВИЋ ПОРОДИЧНО НАСИЉЕ НАД СТАРИЈИМ ЛИЦИМА	283
15. Др Љубиша ДАБИЋ ДИСЦИПЛИНСКИ ПОСТУПАК У ДРЖАВНОЈ РЕВИЗОРСКОЈ ИНСТИТУЦИЈИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	305
16. Др Валентина ЦВЕТКОВИЋ-ЂОРЂЕВИЋ ДА ЛИ ЈЕ РИМСКО ПРАВО ПОЗНАВАЛО УСТАНОВУ ЗАСТУПАЊА?	333
17. Ђорђе МАРИЛОВИЋ ПРИЛОЗИ АНАЛИЗИ ПРАВИЧНОСТИ ПОРЕЗА НА ДОХОДАК РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	349
18. Јована МИСАИЛОВИЋ ПРАВНА ПРИРОДА КОЛЕКТИВНОГ УГОВОРА О РАДУ	367
19. Милица МИЏОВИЋ ОДГОВОРНОСТ ЗАПОСЛЕНОГ ЗА ШТЕТУ КОЈУ ПРОУЗРОКУЈЕ ПОСЛОДАВЦУ	389
20. Мирјана ИВАЗ ЈАВНЕ НАБАВКЕ КАО ПРАВНА И ЕКОНОМСКА ИНСТИТУЦИЈА	409
УПУТСТВО АУТОРИМА	429
РЕЦЕНЗЕНТИ	433

Реч уредника

Тематски зборник радова са међународне научне конференције ”Правни систем у времену нове реалности” објављен је у години у којој се обележава јубилеј – 60 година од оснивања и почетка рада Правног факултета Универзитета у Приштини. Истовремено, једанаести пут заредом, у потпуно измењеним друштвеним околностима, одржава се међународни научни скуп на Правном факултету.

Несумњиво је година у којој обележавамо јубилеј, као и претходна, обележена пандемијом вируса COVID-19, глобалном угроженошћу популације изазване брзином ширења вируса и последицама које изазива по људско здравље. Пандемијски потенцијал вируса изазвао је незамисливе промене у функционисању држава и утицао на све аспекте друштвеног живота. Време у којем живимо све се чешће назива периодом ”нове реалности”. Имајући у виду тектонске друштвене промене чији смо савременици, као и изазове држава у успостављању ”нормалног” функционисања правних система, овогодишњи међународни научни скуп одржан је под називом ”Правни систем у времену нове реалности”. Тиме је дата прилика ауторима да истражују широк спектар тема, у области правних и других друштвено-хуманистичких наука, које се односе на функционисање правних система и да представе своје ставове, предлоге и закључке стручној и општој јавности.

Међународни научни скуп ”Правни систем у времену нове реалности” окупио је шездесет два аутора, из земље и иностранства, који су самостално или као коаутори презентовали четрдесет пет научних радова. Имајући у виду да је готово половина радова написана и саопштена на енглеском језику, радови су објављени у два тома тематског зборника – на српском и енглеском језику.

Желео бих да се најсрдачније захвалим свим члановима Издавачког савета, члановима Уредништва из иностранства и земље, као и рецензентима пристиглих радова, на сугестијама, коментарима и предлозима који су били од пресудне важности за коначно обликовање тематских зборника радова.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Здравко Грујић

оригинални научни рад
примљен: 31. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 23. 04. 2021. г.
346.545/.546(4-672EU)
004.738.5:339

Др Борис БЕГОВИЋ*

ЗАБРАНА УТВРЂИВАЊА ЦЕНА У ДАЉОЈ ПРОДАЈИ:
ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ
У ПОСТПАНДЕМИЈСКО (ДИГИТАЛНО) ДОБА¹

Апстракт

Циљ рада је да истражи економске ефекте које ствара утврђивање цена у даљој продаји у условима успона *online* трговине на мало, да размотри да ли је оправдан постојећи ригорозан однос (европског) права конкуренције према њему и да предложи смернице за промене на том плану. Показало се да утврђивање цена у даљој продаји, као одредба вертикалних уговора, може да доведе до увећања економске ефикасности, нарочито у погледу унапређења квалитета услуга трговине на мало, а успон *online* малопродаје не оспорава те резултате. Штавише, тај успон умањује потребу да се утврђивање цена у даљој продаји користи као механизам спровођења хоризонталних споразума, што значи да се умањује вероватноћа да ово вертикално ограничење има неповољне последице по конкуренцију. Због тога је потребно да се промени изричито ригорозан однос европског права конкуренције према овом механизму и то тако што би се увећава вероватноћа да рестриктивни споразуми који садрже ову одредбу буду изузети, а то се може постићи њиховим сврставањем на списак споразума на које се примењује групно изузеће вертикалних споразума. Домаћи прописи треба да се ускладе са (садашњим и будућим) европским, а пожељно би било да Комисија за заштиту конкуренције престане да изједначава утврђивање цена у даљој продаји са картелима, као најтежом повредом права конкуренције.

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, begovic@ius.bg.ac.rs.

¹ Срдачно захваљујем Николи Илићу, Душану Поповићу и Бојану Ристићу на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, сносим искључиву одговорност за евентуалне преостале грешке и за вредносне судове изнете у овом раду.

Кључне речи: утврђивање цена у даљој продаји, вертикални споразуми, *online* малопродаја, економска ефикасност, изузеће рестриктивних споразума.

УВОД

Утврђивање цена у даљој продаји (*resale price maintenance – RPM*), пословно поступање повезано са вертикалним споразумима о дистрибуцији или малопродаји, контроверзно је питање још од времена када је постало предмет права конкуренције, пре више од једног века. Економска наука је понудила обиље теоријских и емпиријских аргумената на основу којих се показује да утврђивање цена у даљој продаји (у даљем тексту – УЦДП) може да има благотворно дејство на економску ефикасност, па тиме и на благостање потрошача. Насупрот томе, право конкуренције у великој већини случајева заузима одлучан став о таквом пословном поступању као о нарушавању конкуренције, то јест повреди права конкуренције, па га стога забрањује. Иако је све већи број радова у економским часописима који упућују на то да такво поступање не треба неминовно забрањивати, мали су помаци у европском праву конкуренције у том погледу.

Велики помаци, међутим, постоје у делатности малопродаје, при чему се све брже увећава учешће *online*, дигиталне трговине на мало. Незадрживи успон *online* малопродаје је нова реалност, коју је пандемија ковид 19 само појачала, а све је већи и значај дигиталних платформи, које повезују купце, пре свега потрошаче, и продавце. Преостаје, после обављене *online* трансакције да се само, курирском службом, обави физичка достава, уколико је неопходна. Мере за спречавање пандемије само додатно убрзавају затварање малопродајних објеката – продавница, радњи, ресторана, кафана и механа – и јачање *online* малопродаје. Мала је вероватноћа да ће се, са још увек неизвесним крајем пандемије, преокренути уочена тенденција и умањити *online* малопродаја. При овом разматрању треба, међутим, водити рачуна о томе да *online* малопродаја не мора да буде у потпуности супститут конвенционалној, већ може да буде комплементарна малопродаји у радњама, при чему се понекад мења опсег услуга које се пружају у малопродајним објектима.

Имајући све то виду, циљ овог рада је да истражи економске ефекте које ствара УЦДП у условима успона *online* трговине на мало, да размотри да ли је оправдан постојећи ригорозан однос (европског) права конкуренције према њему и да предложи смернице за промене на том

плану. Структура рада одговара тако постављеном циљу. Прво се разматра правни режим УЦДП у различитим јурисдикцијама, да би се прешло на економску анализу последица УЦДП по нарушавање конкуренције. Следи економска анализа последица УЦДП по увећање економске ефикасности, а њу прати упоредна анализа дејстава УЦДП на благостање потрошача у дигитално доба. Закључком се нуде смернице за промену односа права конкуренције према УЦДП.

Но, пре него што се пређе на конкретна разматрања, како би се постигао постављени циљ, потребно је дефинисати појам УЦДП: шта се у овом раду подразумева под утврђивањем цена у даљој продаји? УЦДП се у овом раду односи искључиво на уговорно директно утврђивање цене или утврђивање минималне продајне цене, то јест прага испод којег не може да се формира цена у даљој продаји.² Реч је о вертикалном ограничењу које је отелотворено вертикалним споразумом, дакле споразумом два учесника на тржишту који послују на различитим нивоима ланца производње и промета. Своди се на споразум продавца (добављача, то јест произвођача или дистрибутера) са купцем (дистрибутером, то јест велетрговцем, или продавцем на мало). Једноставности ради, у раду се разматра искључиво вертикални однос између произвођача одређеног производа као продавца и, без посредовања велетрговца, продавца на мало као купца, који тај производ купује ради даље продаје потрошачима.

1. ПРАВНИ РЕЖИМ УТВРЂИВАЊА ЦЕНА У ДАЉОЈ ПРОДАЈИ

За правни статус УЦДП у САД, будући да сам закон не помиње овај феномен, кључна су два прецедентна случаја: *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park Sons Co.* из 1911. године,³ којим је успостављена *per se* забрана УЦДП, и *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* из 2007. године,⁴ којим се правно разматрање УЦДП препушта приступу заснованом на правилу разума (*rule of reason*). То значи да се, пресудом Врховног суда САД из 2007. године, прихвата да такво пословно поступање, без обзира на то што нарушава конкуренцију на одређеном релевантном тржишту, односно једном његовом сегменту, може да увећа

² Ово прецизирање је потребно због тога што се у литератури под УЦДП често подразумевају још две врсте уговорних одредаба, оне о максималној продајној цени и о препорученој продајној цени. Б. Беговић, В. Павић, Д. Поповић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.

³ *Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.* – 220 U.S. 373, 31 S. Ct. 376 (1911).

⁴ *Leegin Creative Leather Prods. v. PSKS, Inc.* – 551 U.S. 877, 127 S. Ct. 2705 (2007).

економску ефикасност, па тиме и омогући пораст потрошачевог вишка, што значи и његовог благостања. Стога је, сматра Врховни суд САД, потребно размотрити сваки појединачни случај на основу последица до којих у њему доводи УЦДП.⁵

У праву Европске уније, попут права САД, члан 101 Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту – УФЕУ), којим се забрањују рестриктивни споразуми, не помиње УЦДП. Будући да став 3 тог члана допушта могућност изузећа рестриктивних споразума од забране, поставља се питање да ли споразуми који садрже УЦДП могу бити изузети. Уредба Европске комисије о групном изузећу вертикалних споразума из 2010. године⁶ јасно ставља до знања да вертикални споразуми који садрже УЦДП не могу да буду изузети као група. Међутим, Смернице Европске комисије за оцену вертикалних споразума из 2010. године,⁷ донесене заједно са наведеном уредбом, остављају могућност да вертикални споразум који садржи УЦДП буде изузет. Но, Европска унија је Уредбом 1/2003 напустила могућност појединачног изузећа и упутила учеснике на тржишту на смернице за вредновање рестриктивних споразума, како би они самовредновањем дошли до закључка да ли су карактеристике вертикалног споразума такве да треба да се изузме из примене члана 101, став 1. На основу тога, јасно је да прописи Европске уније пружају правну основу да вертикални споразуми који садрже УЦДП буду изузети, али не тражењем појединачног изузећа од тела надлежног за заштиту конкуренције, већ самовредновањем оних који су их закључили.

Европска судска пракса је показала да су вертикални споразуми који садрже УЦДП рестриктивни по свом предмету, што значи да је њихов циљ ограничавање конкуренције, али то није ни спорно, него да ли могу да буду изузети, односно да ли су погодности до којих они доведе веће од

⁵ Примена *per se* забране која је формулисана пресудом Врховног суда САД из 1911. године поткопана је одређеним бројем пресуда истог суда током XX века, којима је сужено поље за примену *per se* забране. Очигледно је да су судије овог суда далеко пре почетка XXI века уочиле проблеме до којих доводи *per se* забрана УЦДП. Ипак, тек је 2007. године та забрана у целости замењена правилом разума. Више о правном статусу УЦДП у САД у периоду између ове две пресуде Врховног суда видети у: P. Ippolito, T. Overstreet, „Resale Price Management: An Economic Assessment of the Federal Trade Commission’s Case against the Corning Glass Works“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 39(1), 1996, 291-293.

⁶ Commission regulation (EU) No 330/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concern practices.

⁷ Commission notice on Guidelines on Vertical Agreements, SEC(2010) 411.

губитка благостања потрошача услед ограничавање конкуренције. Пресудом *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* из 1986. године,⁸ Европски суд правде је заузео јасан став да не могу. Значај овакве пресуде треба посматрати у светлу оцене у којој мери је судска пракса извор права у Европској унији, односно у земљама чланицама.

Што се Србије тиче, Закон о заштити конкуренције (у даљем тексту ЗЗК) представља правну основу за забрану рестриктивних споразума,⁹ а члан 10 ЗЗК, којим је та забрана регулисана, само је пуки превод члана 101 УФЕУ. Исто тако, Уредба о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране¹⁰ представља превод одговарајуће, већ поменуте уредбе Европског савета 330/2010. Међутим, управо у том преводу настаје проблем. Европска уредба која је преведена односи се искључиво на колективна изузећа, што је јасно већ из њеног назива, док је из назива домаће уредбе изостављено да се односи искључиво на групна изузећа. Другим речима, домаћа уредба сходно свом називу односи се на сва изузећа (појединачна и групна). Насупрот томе, према њеном члану 1, очигледно је да се ова уредба (писана у Бриселу) односи искључиво на групна изузећа: „Овом уредбом одређују се категорије споразума... и ближе прописују посебни услови под којима ти споразуми могу бити изузети“. Штавише, члан 5 Уредбе наводи да се „вертикални споразуми не изузимају... од забране уколико...“, па се у ставу 1 наводи УЦДП као разлог за примену члана 5. Уколико се члан 5 чита издвојено од члана 1 или заједно само са насловом Уредбе, произлази да се ни под којим условима рестриктивни вертикални споразум који садржи УЦДП не може изузети од забране, док уколико се члан 5 чита заједно са чланом 1 Уредбе, произлази само да такви вертикални споразуми не могу да буду изузети као категорија (групно изузеће). Стога остаје отворено правно питање да ли вертикални споразум који садржи УЦДП може бити изузет у процесу тражења појединачног изузећа. Према називу Уредбе одговор је не, а према члану 1 Уредбе одговор је – да.

То правно питање није разрешено ни Решењем Комисије за заштиту конкуренције (у даљем тексту – КЗК) број 4/0-02-64/2018-65 од 20.09.2018. године у коме се тврди да је УЦДП „најтежи облик повреде конкуренције

⁸ *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*. [1986] EUECJ R-161/84.

⁹ „Службени гласник РС“, 51/2009.

¹⁰ „Службени гласник РС“, 11/2010.

који је сам по себи (*per se*) забрањен” домаћим законодавством. Не само да то није тачно, будући да српско право конкуренције, по узору на европско, не познаје концепцију *per se* забрањености, него не може да послужи ни као оријентир за одговор на питање да ли такав споразум може да буде изузет у процесу тражења појединачног изузећа. Вероватно да је писац тог решења желео да укаже на то да је УЦДП забрањен по свом предмету, но и рестриктивни споразуми по предмету могу, начело посматрано, бити изузети у складу са чланом 11 ЗЗК. Коначно, означавање УЦДП као „најтежег облика повреде конкуренције“ недвосмислено показује да приступ КЗК рестриктивним споразумима одликује конвергенција између картела, који су општеприхваћено најтежа повреда конкуренције, и вертикалних споразума који садрже УЦДП.

Завређује, на крају овог кратког прегледа законодавства и начина његове примене, указати на својеврсно заоштравање позиције КЗК према вертикалним споразумима који садрже УЦДП. То се може закључити и на основу све већег броја покренутих поступака против учесника на тржишту у последњих неколико година и, нарочито, све већег броја ненајављених увиђаја који КЗК спроводи на основу сумње да су у питању вертикални споразуми који садрже УЦДП.¹¹ И у том погледу споразуми који садрже УЦДП приближавају се картелима.

2. ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПОСЛЕДИЦА УЦДП ПО НАРУШАВАЊА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Није спорно да је циљ УЦДП ограничавање ценовне конкуренције између продаваца на мало, односно уколико су таквим вертикалним споразумом обухваћени сви продавци на мало, спречавање конкуренције између њих у продаји производа једног произвођача. То је, уколико се овакви споразуми делотворно спроводе, и њихова последица. Треба уочити да се овом одредбом вертикалних споразума ограничава искључиво ценовна, али не и други облици конкуренције између продаваца на мало, попут конкуренције квалитетом, која је од изузетног значаја за ову делатност и увећање обима продаје. Штавише, ограничавање или спречавање ценовне конкуренције неминовно упућује продавце на мало да једни другима конкуришу квалитетом услуге. Дакле, нарушавање ценовне

¹¹ Овај закључак произлази из информација објављених на сајту КЗК, како из њених годишњих извештаја, тако и из обавештавања јавности о започињању испитних поступака. Видети: www.kzk.gov.rs, последњи приступ 31. марта 2021.

конкуренције неминовно доводи до јачања неценовне – конкуренције квалитетом.

Надаље, кључно питање у случају УЦДП јесте да ли је реч о хомогеним или диференцираним производима. Уколико је реч о диференцираним производима, који данас чине већину производа на тржишту, нарочито на тржишту трајних потрошних добара, примена УЦДП нарушава или спречава искључиво ценовну конкуренцију између продаваца на мало једне робне марке (*intra-brand competition*). Међутим, никако се не нарушава, а под одређеним условима чак се и појачава надметање произвођача, то јест конкуренција између робних марака – диференцираних производа различитих произвођача (*inter-brand competition*). Управо таква конкуренција између произвођача диференцираних производа ствара подстицаје за производну ефикасност и иновације (улагањем у истраживање и развој), што доводи до дугорочног знатног обарања цена и повећања квалитета производа – конкуренција између продаваца на мало то никако не може да постигне. Због тога су кључна питања са становишта увећања благостања потрошача како појачати конкуренцију између произвођача диференцираних производа и да ли УЦДП може да учини нашо на том плану.

Но, будући да није спорно да УЦДП уговорно нарушава конкуренцију између продаваца на мало, поставља се питање: који су то подстицаји уговорним странама да закључе уговор који садржи такву одредбу?¹² Због чега би, прво је питање, произвођач пристао на такав уговор? Реч је о томе да произвођач свој приход остварује продајом свог производа продавцу на мало и тај приход не зависи од прихода продавца на мало. Уколико се претпостави постојање савршеног тржишта уз занемарљиве трансакционе трошкове, и уколико се претпостави да је продајна цена произвођача линеарна, да су сви трошкови варијабилни, а да гранични трошкови нису растући и да произвођач располаже макар неким резервним капацитетом (све претпоставке су савршено реалистичне), онда је његов интерес да се, ради максимизације профита, увећа обим малопродаје његових производа – на тај начин увећава се тражња продаваца на мало, па тиме и производња, продаја продавцу на мало и укупан приход произвођача.

Уколико постоје фиксни трошкови, ситуација уобичајена у производњи многих добара и услуга, наведени закључак може да важи и

¹² F. Mathewson, R. Winter, „The Law and Economics of Resale Price Maintenance”, *Review of Industrial Organization*, Vol. 13(1), 1998, 57.

уколико су гранични трошкови растући. Он свакако важи у условима макар и благе економије обима, што треба очекивати при постојању резервног (вишка) капацитета (чији су трошкови типични фиксни трошкови), будући да са повећањем обима производње опадају просечни трошкови, што значи да за дату продајну цену продавцу на мало произвођач увећањем обима производње/продаје увећава, не само укупан профит, него и профит по јединици производа. У таквим околностима, интерес произвођача је да продавци на мало продају што већу количину, што већи број јединица његовог производа, што подразумева, услед негативно нагнуте криве (резидуалне) тражње, да је интерес произвођача да малопродајне цене буду што ниже. Стога се поставља питање због чега би произвођач, у таквим условима, пристао на уговор којим се продавцу на мало онемогућава обарање цена које се наплаћују потрошачима.

Укратко, уколико се претпостави постојање савшеног тржишта уз нулте трансакционе трошкове, потпуно је јасно да произвођачи који конкуришу један другом немају никакав подстицај да закључују вертикалне споразуме са продавцима на мало који садрже УЦДП. Једини изузетак, једино уверљиво објашњење за такво пословно поступање, јесте постојање картела, дакле хоризонталног споразума између произвођача којим се утврђује цена, односно ограничава количина понуде. Реч је томе да је картел инхерентно нестабилна структура због тога што сваки његов учесник има подстицај да га изигра, што чини умањењем цене на коју се обавезао, како би увећао сопствену продају. Уколико довољно велики број учесника картела спроводи ову стратегију, картел се распада, са свим нежељеним последицама по његове учеснике. Због тога учесници у картелу траже могућности за лако установљавање изигравања картела, како би се тиме умањила вероватноћа таквог изигравања, односно како би се оно делотворно спречило. УЦДП представља управо такав механизам, будући да се на тај начин продавци на мало, својом обавезом да један другом не конкуришу ценом, укључују у надгледање спровођења картела. У таквим условима, уколико дође до умањења продајне цене робе неког произвођача, јасно је да је управо тај произвођач одлучио да обори цену свог производа, будући да то умањење не може да буде последица ценовне конкуренције између продаваца на мало. Према томе, УЦДП представља помоћно средство за спровођење картела, најогољенијег и по конкуренцију најпогубнијег рестриктивног споразума, а не рестриктивни споразум сам

по себи.¹³ Другим речима, у наведеним околностима, без хоризонталног рестриктивног споразума произвођача нема ни УЦДП – картел је потребан услов за произвођаче да закључиле вертикални споразум који садржи УЦДП.

Аналогно томе, интерес продаваца на мало да закључе уговор који садржи УЦДП постоји уколико је формиран њихов картел, то јест као механизам којим се спроводи њихов хоризонтални споразум о обустављању (ценовне) конкуренције између њих. Међутим, овај начин спровођења хоризонталног споразума осуђен је на пропаст, и то из два разлога. Прво, произвођачи немају никакав подстицај да закључе такве вертикалне споразуме, будући да се њима умањује обим продаје, што, при датој линеарној цени коју наплаћују произвођачи, доводи до умањења профита који они присвајају, а на рачун монополског профита који присвајају продавци на мало. Друго, у овакав дослух продаваца на мало, да би њихов картел био делотворан, треба да буду укључени сви произвођачи, и то вертикалним споразумима за сваки њихов производ – трансакциони трошкови картела спроведеног такав начин били би исувише, чак прохибитивно високи. Ако продавци на мало реше да закључе рестриктивни хоризонтални споразум, да се упусте у картел и да на тај начин повреде право конкуренције, онда ће то предузети на неки други начин, а не путем вертикалних споразума који садрже УЦДП.

Дакле, једина ситуација у којој је недвосмислено да УЦДП представља повреду конкуренције, односно која умањује благостање потрошача, настаје када се ова уговорна одредба користи за делотворно спровођење хоризонталног рестриктивног споразума произвођача – картела. Сходно томе, уколико тело за заштиту конкуренције сумња да је дошло до повреде конкуренције, и то такве која умањује благостање потрошача, онда циљ његовог испитног поступка треба да буде хоризонтални, а не вертикални споразум.

Сам налаз да су цене на одређеном тржишту више него на неком другом никако не мора да значи да је неминовно нарушена конкуренција та том тржишту, будући да се може претпоставити да су виши трошкови снабдевања једног тржишта у односу на друго. Но, уколико се сумња да је дошло до нарушавања конкуренције на неком тржишту, на основу тога је потпуно погрешно прихватити као доказ да је то последица УЦДП, већ је разборито посумњати пре свега на картелски споразум произвођача или

¹³ L. Tesler, „Why Should Manufacturers Want Fair Trade”, *Journal of Law and Economics*, Vol 3(1), 1960, 96.

продаваца. Управо су такви рестриктивни споразуми способни да знатно увећају продајне цене у односу на граничне трошкове и да на тај начин умање благостање потрошача.

Пука чињеница да су цене на неком релевантном тржишту више него што надлежно тело за заштиту конкуренције сматра да треба да буду, независно од тога како је оно дошло до тог закључка, не значи неминовно да је то последица УЦДП – да су вертикални рестриктивни споразуми довели до наводно уочене тржишне моћи. Далеко је већа вероватноћа да је у питању рестриктивни хоризонтални споразум. Због тога једноставно није примерено да тело за заштиту конкуренције отвара испитни поступак за утврђивање повреде конкуренције вертикалним споразумима који садрже УЦДП, а то образлаже ценама на тржишту продаје на мало, као што је учинила КЗК Закључком број 4/0-01-574/2020-1 од 01.09.2020. године.¹⁴

3. ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПОСЛЕДИЦА УЦДП ПО ЕКОНОМСКУ ЕФИКАСНОСТ

На самом почетку разматрања да ли УЦДП или било која друга вертикална ограничења – ограничења које доносе рестриктивни вертикални споразуми – могу да увећају економску ефикасност, треба се вратити на питање да ли су таква ограничења у интересу уговорних страна, пре свега произвођача.

Уколико би била реч о савршеном тржишту, без било каквих трансакционих трошкова или уз занемарљиве трошкове те врсте, онда никакво вертикално ограничење, не само да не би било потребно, него би било контрапродуктивно – не би било у интересу произвођача. У таквим условима, његов интерес је, како се већ показало у претходном одељку, да продавац на мало прода што више производа.

¹⁴ У образложење за покретање испитног поступка у Закључку се наводи: „Комисија за заштиту конкуренције (у даљем тексту: Комисија) је на основу података Еуростат за 2019. годину, констатовала да су цене потрошачке електронике у Републици Србији биле за 13% више у односу на просечне цене у Европској унији. Тако су на пример у Републици Србији цене за поједине категорије посматраних производа, као што су телевизори, биле више за 33-39% у односу на цене у Мађарској, у којој је порез на додатну вредност 27%, док је у Републици Србији 20%. При томе су цене потрошачке електронике у Мађарској биле за 2,5% ниже у односу на просек Европске уније.” То је анализа која је навела КЗК да посумња да је у питању УЦДП.

Стога се поставља питање: због чега произвођачи ипак слободно, без било какве присиле, закључују вертикалне споразуме са УЦДП, чиме *ceteris paribus* неминовно умањују тражњу за својим производима? Очигледно је да узроке треба тражити у чињеници да савршено тржиште не постоји изван уџбеника економије и да у стварности, нарочито услед несавршене информисаности, пре свега асиметрије информација, постоје знатни трансакциони трошкови приликом успостављања и спровођења вертикалних релација, то јест приликом размене између произвођача и продаваца на мало.

Први извор трансакционих трошкова јесте асиметрија информација, праћена различитим интересима између произвођача и продавца на мало. Док је интерес произвођача да се увећа обим продаје његовог производа, будући да се тиме, већ описаним механизмом, увећава његов профит, интерес продавца на мало је максимизација сопственог профита, а не максимизација напора да се при датој куповној цени од произвођача увећа обим продаје. Пословна стратегија продавца на мало може да буде да минимизује своје трошкове, што значи да обори квалитет својих претпродајних и постпродајних услуга, што може да умањи обим продаје, нарочито диференцираних производа и сложенијих трајних потрошних добара. Другим речима, ценовна конкуренција између продаваца на мало неминовно обара квалитет услуга који они пружају потрошачима, што може да умањи ниво потрошње, па тиме и обим продаје, што није у интересу произвођача.

Очигледно је да се у овој ситуацији јавља агенцијски проблем, будући да интерес принципала (произвођача) није истоветан интересу агента (продавца на мало). Начелно посматрано, односи принципала и агента могу се уредити уговорном, којим би се прецизно спецификовале уговорне обавезе агента, на пример у погледу минималног или одговарајућег нивоа квалитета услуга малопродаје. Проблем, међутим, лежи у томе што постоји асиметрија информација у корист агента, па принципал сноси високе трансакционе трошкове како би обезбедио да се спроводе уговорне обавезе, никада не располаже свим информацијама о стварном квалитету услуга које пружа продавац на мало.¹⁵ Алтернативно решење јесте стварање подстицаја продавцима на мало да повећају

¹⁵ Н. Marvel, S. McCafferty, „Resale Price Maintenance and Quality Certification“, *RAND Journal of Economics*, Vol. 15(2), 1984, 340-359; В. Klein, К. Murphy, „Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 31(1), 1988, 615-641.

квалитет својих услуга и, на тај начин, повећају обим продаје. Одговарајући начин да се то постигне јесте њихова међусобна неценовна конкуренција, конкуренција квалитетом, у којој се продавци на мало надмећу ко ће од њих да пружи бољу услугу малопродаје, а делотворан начин да се то постигне јесте отклањање ценовне конкуренције, што се постиже УЦДП. Лако је разумљиво да уколико не постоји могућност надметања ценом, конкуренти започињу конкуренцијом квалитетом – ништа им друго не преостаје.

Штавише, УЦДП омогућава формирање веће маргине између продајне цене произвођача и малопродајне цене, из које се покривају неизбежни трошкови везани за квалитет пружене услуге малопродаје. Што је виши квалитет, вишу су трошкови, а наведена маргина омогућава њихово покривање и одрживост пословне активности висококвалитетне продаје на мало. Насупрот томе, ценовна конкуренција између продаваца на мало умањује маргину, па тиме одстрањује извор за финансирање квалитетне продаје, што неминовно изазива негативну селекцију – нискоквалитетна продаја на мало истискује висококвалитетну. Оваква негативна селекција може да доведе до пада укупне тражње, то јест до пада продаје, па тиме и укупног прихода произвођача. Да ли ће до тога да дође, зависи од ценовне еластичности тражње и њеног интензитета у односу на осетљивост тражње на квалитет услуге малопродаје. Разборито је претпоставити да у случају неких купаца ценовна еластичност тражње доминира, па они бирају комбинацију ниска цена – низак квалитет услуге малопродаје, али је исто тако разборито претпоставити да постоје купци који бирају комбинацију висока цена – висок квалитет услуга малопродаје. Која група купаца доминира на неком конкретном тржишту емпиријско је питање, али је такође разборито претпоставити да произвођачи познају тржиште за које производе, да познају своје купце и њихове преференције, па знају која група доминира. Што је снажнија доминација купаца који бирају комбинацију висока цена – висок квалитет услуга малопродаје, већа је вероватноћа да ће вертикални споразуми садржати УЦДП. Такође, разборито је претпоставити да релативни значај ценовне еластичности варира од производа до производа. Треба очекивати да ће ценовна еластичност бити највећа у случају хомогених, дакле недиференцираних, традиционалних и једноставних производа редовне потрошње, док ће најмања бити у случају диференцираних, технолошки захтевних трајних потрошних добара, нарочито њихових нових модела. Свакако да су произвођачи и једне и друге врсте производа свесни релативног значаја ценовне еластичности у формирању тражње за њима, па се вероватноћа

УЦДП у вертикалним споразумима увећава са опадањем ценовне еластичности. На основу наведеног извесно је да УЦДП може да увећа економску ефикасност и да су произвођачи у прилици, захваљујући информацијама којима располажу, да ову уговорну одредбу примене управо у таквим ситуацијама.

Надаље, активности везане за увећање квалитета продаје на мало имају карактер јавног добра.¹⁶ Уколико, на пример, радња која продаје рачунаре пружа квалитетну продају у погледу, пре свега, обезбеђивања свих релевантних информација о различитим производима који су несавршени супститути један другом, купац те информације прикупља, али нема обавезу да производ о којем се детаљно обавестио купи у тој радњи. Напротив, тај потрошач има подстицај да га купи у радњи у којој се не пружају такве услуге, што тој радњи омогућава да, будући да не сноси никакве трошкове квалитетне продаје, обори цене, па је нижа цена коју плаћа потрошач. Дакле, оне радње које не пружају квалитету услугу малопродаје успешно спроводе стратегију слепог путника и, услед ефеката преливања, неизбежним у случају јавног добра, уживају погодности у погледу ценовне конкурентности. Уколико сви продавци спроводе такву стратегију, висококвалитетну трговину на мало у потпуности ће истиснути неквалитетна – још један случај негативне селекције доведен до своје крајње последице, а то је губитак висококвалитетне трговине на мало. Елиминисање ценовне конкуренције између трговаца на мало, будући да ценовна конкуренција као механизам привлачења купаца није више доступна, отклања проблем слепог путника или га, барем, знатно ублажава – решава га са становишта произвођача.

Квалитет услуге трговине на мало огледа се не само у пружању свих потребних информација него и у обезбеђивању одговарајућих залиха производа, а у случају трајних потрошних добара и залиха резервних делова потребних за њихову поправку у току њиховог животног века.¹⁷ Што су веће залихе, мања је вероватноћа да неки од жељених производа није доступан, и да ће се купац одлучити за конкурентску робну марку. Због тога је у интересу произвођача да продавци на мало располажу довољним залихама њихових производа. Међутим, држање залиха ствара трошкове, почев од фиксних трошкова изградње складишта, варијабилних трошкова

¹⁶ B. Blair, T. Lewis, „Optimal Retail Contracts with Asymmetric Information and Moral Hazard“, *RAND Journal of Economics*, Vol. 25(2), 284-296.

¹⁷ R. Deneckere, H. Marvel, J. Peck. „Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance“, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109 (3), 1996, 885-913.

њиховог вођења, па све до финансијских трошкова прибављања кредита за обртна средства којима се финансира успостављање и одржавање одговарајућих залиха. Продавци на мало у условима ценовне конкуренције једноставно имају снажан подстицај да минимизују трошкове држања залиха готових производа, како би умањили своју продајну цену и на тај начин били (ценовно) конкурентни.

Све су ово различите верзије агенцијског проблема, проблема који настаје на линији релација принципала и агента. Неколико напомена. Из наведених разматрања произлази да УЦДП може да доведе до повећања ефикасности, али исто тако да можда може да буде и контрапродуктивно са становишта благостања потрошача. Другим речима, потпуно је јасно да сваки типичан случај УЦДП треба разматрати понаособ и на основу тог разматрања треба донети одлуку какве су његове последице по благостање потрошача.

Оправдано је поставити питање: у којој мери друга вертикална ограничења формулисана у вертикалним рестриктивним споразумима могу да реше наведене агенцијске проблеме? Показало се, начелно посматрано, да неки облици неценовних вертикалних ограничења, попут ограничења количине или ексклузивности, као и одређена друга ценовна ограничења (попут нелинеарних набавних цена) могу, у одређеној мери, да буду супститути УЦДП. Међутим, показало се и да постоји, у одређеној мери, комплементарност УЦДП и других вертикалних ограничења, па њихово здружено дејство даје најбоље резултате у погледу превазилажења агенцијског проблема. Потребно је, стога, уговорним странама оставити слободу у погледу начина на који ће да решавају агенцијски проблем – оне ипак најбоље познају подстицаје којима су изложени и механизме којима максимизују сопствени профит.

Ако је у питању само механизам за спровођење хоризонталних рестриктивних споразума, картелских споразума произвођача или продаваца на мало, онда су ефекти УЦДП неповољни по конкуренцију и умањују благостања потрошача. Начелно посматрано, УЦДП вероватно није опасно по благостање потрошача уколико није повезано са хоризонталним споразумом.

Емпиријских истраживања економских последица УЦДП релативно је мало и углавном се односе на САД.¹⁸ Можда је најзначајније емпиријско

¹⁸ Видети: Т. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Federal Trade Commission, Washington, 1983; Т. Gilligan, „The Competitive Effects of Resale Price Maintenance“, *RAND Journal of Economics*, Vol. 17(2), 1986,

истраживање оно које је било усмерено на пресуду којом је УЦДП забрањено,¹⁹ па су вертикални споразуми које је произвођач закључио са продавцима на мало проглашени ништавим. Постављене су три хипотезе о разлозима за УЦДП у том случају: картел произвођача, картел продавца на мало и решавање агенцијског проблема. Потврђена је трећа хипотеза, будући да је пресуда којом су забрањени такви вертикални споразуми довела до пада обима продаје тог произвођача, иако је дошло до пораста обима продаје у грани као целини.²⁰ Очигледно је да су се нерешени агенцијски проблеми одразили искључиво на оно предузеће којем је забрањено коришћење УЦДП у вертикалним споразумима које је оно закључивало.²¹

4. УПОРЕДНА АНАЛИЗА ПОСЛЕДИЦА УЦДП ПО БЛАГОСТАЊЕ ПОТРОШАЧА У ДИГИТАЛНО ДОБА

Није спорно да *online* трговина на мало све више напредује, да истискује конвенционалну трговину на мало, везану за „реалне“ малопродајне објекте (продавнице, продајне салоне, самопослуге, хипермаркете итд.) и да је у условима пандемије ковид 19, односно рестриктивних мера изазваних том пандемијом, тај напредак све очигледнији. Не треба очекивати да ће престанак пандемије довести до слабљења *online* трговине на мало. Напротив, даљи напредак ИТ и комуникационих технологија, све већа распрострањеност, брзина и поузданост *online* комуникација условиће даљи напредак *online* трговине на мало и истискивање конвенционалне трговине на мало.

Стога је оправдано поставити питање: у којој се мери претходна анализа, анализа дејстава УЦДП на благостање потрошача може применити на *online* трговину? Основна карактеристика *online* трговине на

544-556; P. Ippolito, „Resale Price Maintenance: Economic Evidence from Litigation“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 34(2), 1988, 263-294. P. Ippolito, T. Overstreet, „Resale Price Management: An Economic Assessment of the Federal Trade Commission’s Case against the Corning Glass Works“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 39(1), 1996, 285-328.

¹⁹ *Corning Glass Works v. Brennan*, 417 U.S. 188 (1974)

²⁰ *Ibid*, 312.

²¹ У јединој досад урађеној студији случаја економских последица УЦДП у Србији показало се да у том конкретном случају, који је био у испитном поступку КЗК, није дошло до умањења благостања потрошача. М. Лабус, Минималне малопродајне цене: легализам наспрам ефикасности, *Анали Правног факултета у Београду*, година, LVIII, број 1, 2020, 5-35.

мало са становишта права конкуренције јесте висока транспарентност малопродајних цена и веома ниски трошкови претраге – најчешће се користе машински алогоритми уз занемарљиво мале, практично нулте граничне трошкове. То значи да се веома лако пореде цене између продаваца и веома лако уочавају сваке промене цена, на пример обарање цене неког производа, односно неког продавца на мало. То доводи до две основне последице.

Прва је да су у таквим условима драстично опали трошкови надгледања картела, будући да се веома лако установљава одступање неког произвођача или продавца на мало од договорене цене, то јест веома лако се идентификује изигравање картела. Сходно томе, не постоји потреба да се у вертикалним споразумима користи УЦДП као механизам за спровођење картела. То би било контрапродуктивно са становишта учесника картела, будући да постоји негативан став права конкуренције према оваквим споразумима. Једноставно речено, редовним *online* претрагама продајних цена учесника у картелу (које стварају занемарљиво мале граничне трошкове) картели се веома ефикасно спроводе и нису потребне никакве додатне мере против изигравања картела. Укратко, у условима *online* трговине на мало драстично се умањује вероватноћа да стране у споразуму УЦДП користе као механизам спровођења картела, односно као обезбеђење да картел не изиграју његови учесници.

Друга последица произлази из чињенице да су све технологије претраживања које су доступне произвођачима и продавцима доступне и потрошачима. То значи да уз минималне трошкове сваке врсте, укључујући и опортунитетне трошкове сопственог времена, потрошачи могу да упоређују цене и карактеристике производа које желе да купе, не само по различитим *online* продавцима на мало него, што је далеко важније, и по различитим произвођачима диференцираних производа. Тиме се заострава конкуренција (ценовна и неценовна) између робних марака (*interbrand competition*), она која је најбитнија са становишта благостања потрошача, нарочито на дуги рок, будући да та конкуренција ствара подстицаје произвођачима за иновације (нови производи и нови производни процеси), што увећава благостање потрошача. Та конкуренција је, нарочито појавом дигиталних двостраних платформи, постала толико оштра да доводи до тога да онај ко је супериоран у том надметању истискује све остале са тржишта – синдром победник узима све (*winer takes all*).²²

²² Т. Philippon, *The Great Reversal: How America Gave up on Free Markets*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2019

Сходно наведеном, напредак *online* трговине на мало отклања две велике забринутости у погледу нежељених ефеката УЦДП на благостање потрошача. Но, треба поставити питање да ли и даље опстаје у претходном одељку наведена аргументација у погледу тога како УЦДП доводи до повећања ефикасности: да ли су и даље ваљани аргументи који су се односили на трговину на мало засновану на физичким продајним објектима?

Сви аргументи у прилог повећања ефикасности до које доводи УЦДП односили су се на решавање агенцијског проблема приликом вертикалних односа произвођача и продаваца на мало. Стога се поставља питање да ли су се, у којој мери и у ком смеру променили агенцијски проблеми уочени приликом разматрања малопродаје засноване на физичким продајним местима.

Иако су се променили услови продаје на мало, и даље постоји агенцијски проблем у погледу недовољног квалитета продаје у условима неспутане ценовне конкуренције. Квалитет *online* продаје сагледава се у погледу богатства, прегледности, нарочито у погледу различитих могућности претраживања, и поузданости интернет сајта продавца, могућности и добре организације телефонских консултација са продавцем при избору, поузданости *online* плаћања, као и потребе за постојањем одговарајућих залиха, како би свака наруџбина могла да буде реализована у најкраћем року. На све то треба додати и квалитет (бесплатне) доставе купљеног производа, трошкове сопствене курирске службе или изнајмљивање неке од специјализованих, квалитет саме доставе, попут инсталирања кућних уређаја (беле технике), на пример. Целокупне трошкове пружања ових услуга по правилу сноси продавац на мало, а ценовна конкуренција ствара подстицаје за обарање ових трошкова, чиме се умањује квалитет *online* продаје. Коначно, уочени проблем слепог путника у трговини на мало у случају *online* куповне још је израженији, будући да су трошкови преласка са једног продавца на мало на другог занемарљиви.

Дакле, и у случају *online* трговине на мало постоје знатни агенцијски проблеми, делују у истом смеру – смеру умањења ефикасности, неки од њих су мањи, а неки од њих су се појачали, тако да није могуће донети јединствени закључак о томе да ли су као целина агенцијски проблеми у случају *online* трговине на мало заоштрени у односу на трговину на мало везану за физичке објекте или не. Но, независно од тога, ти проблеми су и даље знатни, тако да УЦДП и даље представља ефикасан механизам за

решавање наведених агенцијских проблема и увећање економске ефикасности.

Сходно наведеном, извесно је да напредак *online* трговине на мало умањује вероватноћу да УЦДП изазове умањење благостања потрошача, а увећава вероватноћу да овај уговорни инструмент увећава економску ефикасност и стога увећава благостање потрошача. Стога се поставља питање како право конкуренције треба да се одреди према УЦДП: да ли и како треба да промени свој однос према овој уговорној одредби?²³

5. ЗАКЉУЧАК: СМЕРНИЦА ЗА ПРОМЕНУ ОДНОСА ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ ПРЕМА УЦДП

Извесно је, на основу изнесених налаза, да је потребно да се правило разума уведе у разматрање УЦДП, за које није спорно да је рестриктивно, то јест да су вертикални споразуми који садрже такву одредбу рестриктивни споразуми, али могу да доведу до увећања економске ефикасности, па тиме и до увећања благостања потрошача. Стога је потребно да постоји дискреционо овлашћење тела задуженог за заштиту конкуренције да процени каква су дејства УЦДП у сваком конкретном случају и да о забрани таквог вертикалног споразума одлучи на основу те процене.

У САД је пресудом врховног суда у случају *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* из 2007. године преседаном уведено правило разума као основни стандард за одлучивање у случајевима вертикалних споразума који садрже УЦДП. Треба очекивати да ће временом пресуде америчких судова дати више детаља у погледу начине примене тог стандарда.

У европском праву конкуренције правило разума примењује се путем изузећа рестриктивних споразума, када се процењује каква су дејства тих

²³ У овом раду не разматрају се одговори на питања "због чега доминира негативан однос права конкуренције према УЦДП?" и "због чега постоји тежња да се на њега не примењује правило разума?" У литератури се може пронаћи тврдња да је то жеља да се увећа правна сигурности, како би учесници на тржишту тачно знали шта је забрањено, а шта не и како би се олакшао посао телима за заштиту конкуренције. М. Bennett, А. Fletcher, Е. Giovannetti, D. Stallibrass, „Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 33(4), 1293. Ипак, на овај начин забрањује се нешто што у великом броју случајева може да има благотворно дејство на благостање потрошача, тако да је овакав приступ, независно од његовог објашњења, контрапродуктиван.

споразума на економску ефикасност и, тиме, на благостање потрошача. Садашњи прописи Европске уније, иако начелно омогућавају да се правило разума примени у случају УЦДП, простор за ту примену своде на најмању могућу меру. Стога би било пожељно да се изменом Уредбе Европске комисије 330/2010 омогући да вертикални споразуми буду изузети путем групног изузећа, попут осталих вертикалних споразума, уз већ прописано ограничење у погледу максималног тржишног учешћа. Да ли је у случају УЦДП потребно прописати још неко од ограничења, отворено је питање, а одговор на њега треба размотрити у светлу једноставности и лакоће за примену. Уколико се не прихвати додатно ограничење и уколико је тржишно учешће једне или друге стране у вертикалном споразуму веће од 25%, према садашњем решењу у погледу ограничења, сви споразуми који садрже УЦДП били би изузети, док би у свим осталим случајевима остала могућност да се у процесу самовредновања дође до закључка да је вертикални споразум који садржи УЦДП пожељан са становишта благостања потрошача. Било би, такође, пожељно да се допуне и даље разраде смернице за вредновање вертикалних споразума, што би омогућило учесницима на тржишту који су закључили споразуме које садрже УЦДП да боље сагледају све њихове последице у процесу самовредновања.

Уколико постоји хоризонтални рестриктивни споразум, а УЦДП је само механизам за олакшавање његовог спровођења, онда тело надлежно за заштиту конкуренције треба да се директно бави тим хоризонталним споразумом, картелом произвођача или продаваца на мало, а не вертикалним ограничењима које ствара УЦДП. Постојање такве одредбе треба да послужи искључиво као индиција у испитном поступку. Уколико су вертикални споразуми који садрже УЦДП распрострањени на одређеном тржишту, то јест уколико га симултано примењују многи произвођачи и продавци на мало, то треба да побуди сумњу да је можда у питању хоризонтални споразум, а онда тај споразум треба да буде предмет пажње тела надлежног за заштиту конкуренције.

Што се тиче домаћих прописа о заштити конкуренције и њихове промене, не треба чекати да дође до било какве промене европских прописа, уколико до њих уопште и дође. За почетак, било би пожељно да се изменом наслова Уредбе прецизира да се она односи искључиво на групна изузећа вертикалних споразума, како би се избегла било каква могућа двосмисленост. Нико не треба да сумња у то да се овом уредбом, попут европског права конкуренције, искључује само могућност да такви

вертикални споразуми буду изузети као група, као категорија споразума. Тиме би се, будући да у Србији још увек постоји правна основа и пракса тражења и одобравања појединачних изузећа, отворила могућност да учесници на тржишту поднесу захтев за изузеће свог вертикалног споразума који садржи УЦДП, па да КЗК, применом правила разума, то јест коришћењем својих дискреционих овлашћења, закључи да ли такав споразум има, када се све узме у обзир, нето неповољна или нето повољна дејства на благостање потрошача. Тек на основу тог закључка КЗК би овај рестриктивни споразум забранила или изузела од забране. Било би, такође, пожељно да КЗК што пре донесе смернице о вредновању рестриктивних споразума (хоризонталних и вертикалних), чиме би се ограничила дискрециона овлашћења КЗК, увећала правна сигурност учесника на тржишту и подигла предвидљивост поступања КЗК у случају рестриктивних споразума. На тај начин би се створили услови да они вертикални споразуми који садрже УЦДП, а који подижу економску ефикасност и увећавају благостање потрошача буду изузети, макар и условно, како би се умањила њихова неповољна дејства на конкуренцију. У сваком случају, КЗК треба да обустави досадашњи приступ којим су *de facto* изједначени вертикални споразуми који садрже УЦДП са картелима. Такав приступ једино је у интересу оних који желе да створе утисак да је КЗК светионик правде, са благим полицијским укусом, који неумољиво кажњава преступнике, и да су сви који закључују вертикалне споразуме који садрже УЦДП окорели криминалци.

ЛИТЕРАТУРА:

Беговић, Б., В. Павић, Д. Поповић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.

Bennett, M., A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, „Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 33(4), 1277-1299.

Blair, B., T. Lewis, „Optimal Retail Contracts with Asymmetric Information and Moral Hazard“, *RAND Journal of Economics*, Vol. 25(2), 284-296.

Deneckere, R., H. Marvel, J. Peck, „Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance“, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109 (3), 1996, 885-913.

Gilligan, T., „The Competitive Effects of Resale Price Maintenance“, *RAND Journal of Economics*, Vol. 17(2), 1986, 544-556;

Ippolito, P., „Resale Price Maintenance: Economic Evidence from Litigation“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 34(2), 1988, 263-294.

Ippolito, P., T. Overstreet, „Resale Price Management: An Economic Assessment of the Federal Trade Commission’s Case against the Corning Glass Works“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 39(1), 1996, 285-328.

Klein, B., K. Murphy, „Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 31(1), 1988, 615-641.

Лабус, М., Минималне малопродајне цене: легализам наспрам ефикасности, *Анали Правног факултета у Београду*, година, LVIII, број 1, 2020, 5-35.

Marvel, H., S. McCafferty, „Resale Price Maintenance and Quality Certification“, *RAND Journal of Economics*, Vol. 15(2), 1984, 340-359;

Mathewson, F., R. Winter, „The Law and Economics of Resale Price Maintenance“, *Review of Industrial Organization*, Vol. 13(1), 1998, 57-84.

Overstreet, T., *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Federal Trade Commission, Washington, 1983

Philippon, T., *The Great Reversal: How America Gave up on Free Markets*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2019

Tesler, L., „Why Should Manufacturers Want Fair Trade“, *Journal of Law and Economics*, Vol 3(1), 1960, 86-105.

Boris Begović, Ph.D.

Full-time Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

PROHIBITION OF THE RESALE PRICE MAINTENANCE:
COMPETITION LAW IN THE POST-PANDEMIC (DIGITAL) AGE

Summary

The aim of the paper is to explore the effects of resale price maintenance in the time of the advent of online retailing, to consider whether the rigid attitude of the (European) competition law towards resale price maintenance is justified and to recommend the guidelines for the reform. It has been demonstrated that resale price maintenance as a clause of vertical agreements can generate economic efficiency, especially in regarding improvements of service quality of retailing and the advent of online retailing does not dispute these insights. Furthermore, that advent decreased the need for resale price maintenance to be used as the enforcement mechanism of horizontal agreements, hence the probability that it has adverse effects to competition is reduced. Accordingly, the rigid attitude of European competition law towards this clause should be altered by increasing the probability that the restrictive agreements with this clause are exempted, and that can be accomplished by adding them on the list of the vertical agreement on which the block exemption is applied. Domestic competition legislation should be harmonized with (incumbent and future) with European, and it would be desirable that the Commission for protection of Competition refrain from equalizing resale price maintenance with cartels, the most devastating violation of the competition law.

Key words: resale price maintenance, vertical agreements, online retailing, economic efficiency, restrictive agreements' exemption.

оригинални научни рад
пријем: 29. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 21. 04. 2021. г.
341.217(4-672EU:497-15)"2020"

Др Јелена ЋЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ*
Др Мирјана ГЛИНТИЋ*

ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ ЗЕМАЉА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА У ВРЕМЕНУ НОВЕ РЕАЛНОСТИ

Апстракт

Европска унија и њене државе чланице, још од Самита у Солуну 2003. године, изражавају подршку европској перспективи региона Западног Балкана. Ипак, од тада је само једна земаља из региона постала чланица ЕУ – Република Хрватска. С тим у вези, Савет ЕУ је на састанку одржаном у новембру 2019. године донео одлуку да би требало преиспитати ефикасност преговора о приступању и евентуално их реформисати. Европска комисија је 5. фебруара 2020. предложила нову методологију проширења ЕУ под називом „Убрзање процеса приступања – кредибилна перспектива ЕУ за Западни Балкан”. Међутим, непосредно након тога, избила је глобална пандемија изазвана вирусом COVID-19, која и даље траје. Пандемија утиче на све сегменте привреде и друштва, укључујући и политику проширења ЕУ. Узимајући у обзир чињеницу колико се свакодневни живот променио од почетка пандемије, често се може чути да живимо у времену нове реалности. Овај рад представља покушај да се размотре европске интеграције земаља Западног Балкана у времену нове реалности. У раду ће најпре бити представљен положај земаља из региона Западног Балкана у процесу европских интеграција. Након тога биће анализирана нова методологија проширења ЕУ, њени критеријуми и инструменти за њихово остварење. Напослетку ће бити

* Виши научни сарадник Института за упоредно право у Београду, ceranicj@gmail.com

* Научни сарадник Института за упоредно право у Београду, mirjanaglitic@yahoo.com

испитани изазови са којим се суочавају земље Западног Балкана у процесу европских интеграција, нарочито у времену нове реалности.

Кључне речи: земље Западног Балкана, европске интеграције, Европска унија, нова методологија проширења ЕУ, нова реалност.

1. УВОД

Географски посматрано регион Балкана обухвата Словенију, Хрватску, Босну и Херцеговину, Србију, Црну Гору, Северну Македонију, Албанију, Румунију, Бугарску и европски део Турске. Регион Западног Балкана, пак, више је геополитичка кованица, него географска реалност, и односи се на Албанију и територију некадашње Југославије, изузимајући Словенију и Хрватску. Изворно, овај термин обухватао је и Хрватску, али је она 2013. године приступила Европској унији. Заправо, институције ЕУ употребљавају термин Западни Балкан како би означиле подручје Балкана које укључује земље које нису чланице ЕУ. У овом тренутку то су: Србија, Црна Гора, Северна Македонија, Босна и Херцеговина и Албанија.

Уколико се погледа историја европских интеграција земаља Западног Балкана, може се констатовати да ЕУ и њене државе чланице, још од Самита у Солуну 2003. године, изражавају недвосмислену подршку европској перспективи овог региона.¹ Упркос томе, чињеница је да је од тада само једна земља из региона приступила ЕУ. То је Република Хрватска која је постала пуноправна чланица ЕУ 1. јула 2013. Узимајући у обзир овакву динамику приступања, Савет ЕУ је на састанку одржаном у новембру 2019. године донео одлуку да би требало преиспитати ефикасност преговора о приступању и евентуално их реформисати.

С тим у вези, Европска комисија је 5. фебруара 2020. издала саопштење у коме предлаже Европском парламенту, Савету, Економском и социјалном комитету и Комитету региона одређене измене када је реч о преговорима са земљама Западног Балкана, а у циљу њиховог приступања ЕУ. Предложени документ садржи нову методологију проширења ЕУ под називом „Убрзање процеса приступања – кредибилна перспектива ЕУ за Западни Балкан”.²

¹ Thessaloniki Declaration, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/PRES_03_163, 16. март 2021.

² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans,

Нова методологија проширења ЕУ може се посматрати као корак ка превазилажењу застоја у процесу проширења ЕУ. Повод за доношење нове методологије свакако је немогућност Савета да у октобру 2019. године отвори приступне преговоре са Северном Македонијом и Албанијом. Овом отварању преговора се успротивила Француска. Осим тога, Данска и Холандија противиле су се отварању преговора са Албанијом.

Дакле, иако је повод за доношење нове методологије била немогућност Савета да отпочне преговоре са појединим земљама из региона Западног Балкана, узроци за њено доношење свакако су дубљи. Од избијања економске кризе 2008. године, ЕУ се суочава са економским, политичким и правим тешкоћама које прете да угрозе основне вредности које је ова заједница остварила, а то су, пре свега, мир и стабилност на простору Европских заједница у последњих шездесет пет година. Осим тога, већ неко време у Унији је присутан тзв. „умор од проширења” (енг. *enlargement fatigue*) као последица таласа проширења у првој декади 21. века.³ Сходно томе, жеља држава чланица ЕУ да прихвате земље Западног Балкана у заједницу европских народа све је више под знаком питања.⁴ Сви ови фактори утичу на ефикасност политике проширења ЕУ.

Нова методологија проширења ЕУ била је једна од тема самита у Загребу 6. маја 2020. који је одржан између 27 држава чланица ЕУ и лидера земаља Западног Балкана. Том приликом усвојена је Декларација којом је, још једном, потврђена подршка европској перспективи Западног Балкана. Европска унија је истакла да је одлучна да интензивира ангажман са регионом у свим областима и поздравила обећање регионалних партнера да ће се придржавати европских вредности и принципа и наставити са реформским процесом. Подвукла је и значај реформског процеса у региону са фокусом на владавину права, демократију, борбу против корупције и

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 16. март 2021.

³ Дана 1. маја 2004. одиграло се највеће проширење у историји европских интеграција. Тада је Европској унији приступило десет нових држава: Естонија, Летонија, Литванија, Пољска, Чешка, Словачка, Мађарска, Словенија, Кипар и Малта. Након тога, 1. јануара 2007. Европској унији приступиле су Румунија и Бугарска.

⁴ А. Рабреновић, Ј. Теранић, *Усклађивање права Републике Србије са правним тековинама ЕУ – приоритети, проблеми, перспективе*, Институт за упоредно право, Београд 2012, 301.

организованог криминала, поштовање људских права, права мањина и родне равноправности.⁵

Земље из региона Западног Балкана налазе се у различитим положајима када је реч о приступању ЕУ. Србија и Црна Горе су отвориле приступне преговоре, док Северна Македонија и Албанија нису, а Босна и Херцеговина је није још ни кандидат за чланство у ЕУ, већ само потенцијални кандидат. Сходно томе, нова методологија проширења односи се првенствено на Северну Македонију и Албанију, а у перспективи и на БиХ. Међутим, предвиђено је да се може применити и на земље које су већ отвориле приступне преговоре. Све предложене измене могу се сместити у постојеће преговарачке оквири, обезбеђујући једнаке услове за рад у региону. Другим речима, преговарачки оквири за Србију и Црну Гору неће нужно бити мењани, али би предложене измене могле да се унесу у већ постојеће, наравно уз сагласност ових земаља.

Непосредно након доношења нове методологије проширења ЕУ почела је глобална пандемија изазвана вирусом Ковид 19 која и даље траје. Пандемија утиче на све сегменте привреде и друштва, укључујући и политику проширења ЕУ. У протеклих годину дана свакодневни живот се до те мере изменио да се све чешће може чути како живимо у времену нове реалности. Овај рад представља покушај да се размотре европске интеграције земаља Западног Балкана у времену нове реалности. У раду ће најпре бити представљен положај земаља Западног Балкана у процесу европских интеграција. Након тога биће анализирана нова методологија проширења ЕУ, њени критеријуми и инструменти за њихово остварење. Напослетку ће бити размотрени изазови са којим се суочавају земље Западног Балкана у процесу европских интеграција.

2. ПОЛОЖАЈ ЗЕМАЉА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА У ПРОЦЕСУ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА

Земље Западног Балкана тренутно се налазе у различитим положајима када је реч о процесу европских интеграција. Све оне могу се сврстати у, условно речено, три групе. Прву групу чине земље које су већ отпочеле приступне преговоре. То су Србија и Црна Гора које су уједно и најнапредније у процесу европских интеграција (енг. *Front runners*). У другој групи су земље које још нису отпочеле приступне преговоре, иако

⁵ Zagreb Declaration, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/05/06/zagreb-declaration-6-may-2020/>, 16. мај 2021.

су у марту 2020. године добиле „зелено светло” за њихов почетак. У трећој групи је заправо само једна земља која је и даље потенцијални кандидат за прикључење ЕУ, а то је Босна и Херцеговина.

У редовима који следе дат је кратак осврт на историјат процеса европских интеграција у свакој од земаља из региона Западног Балкана (уз навођење само најзначајнијих догађаја и препрека са којима су се земље суочавале), као и на њихов тренутни положај на тзв. „европском путу”.

2.1. Србија

Преговори са Савезном Републиком Југославијом (касније Државном заједницом Србије и Црне Горе) интензивирани су након демократских промена у Србији 2000. године. Државна заједница СЦГ отпочела је процес приступања ЕУ у новембру 2005. године, када су отворени преговори о Споразуму о стабилизацији и придруживању. Након раздруживања Државне заједнице 2006. године, Србија је наставила са постојећим преговарачким оквиром.

У новембру 2007. године Србија је потписала Споразум о стабилизацији и придруживању. У октобру 2011. године Европска комисија дала је препоруку да Србија добије статус кандидата за чланство у ЕУ. Србија је у мају 2012. године постала кандидат за чланство у ЕУ, а у јануару 2014. године приступни преговори су званично отворени.⁶

У овом тренутку Србија је отворила 18 преговарачких поглавља, од чега су само два провизорно затворена.

2.2. Црна Гора

Црна Гора је прогласила независност 3. јуна 2006, након референдума одржаног 21. маја 2006. У јуну 2006. године, ЕУ је одлучила да успостави односе са Црном Гором као сувереном и независном државом. У октобру 2007. године потписан је Споразум о стабилизацији и придруживању. У децембру 2010. године Црна Гора је добила статус

⁶ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/serbia_en, 17. март 2021.

кандидата за чланство у ЕУ, а у јуну 2012. године отворени су преговори о приступању ЕУ.⁷

У току скоро девет година преговора, сва 33 преговарачка поглавља су отворена, од чега су само три привремено затворена.

2.3. Северна Македонија

Северна Македонија (некадашња Република Македонија) формално је започела процес приближавања ЕУ још 2000. године. Ова земља је прва из региона Западног Балкана која је потписала Споразум о стабилизацији и придруживању још у априлу 2001. године. Споразум је ступио на снагу 1. априла 2004.

Северна Македонија је добила статус кандидата за чланство у ЕУ у децембру 2005. године. Ипак, приступни преговори нису отворени више од десет година, јер је Грчка ставила вето на отварање докле год се не разреши спор у вези са именом земље. Спор између ове две земље почео је са проглашењем независности Социјалистичке Републике Македоније 1991. године од Југославије под именом Република Македонија. Грчка је сматрала да име Република Македонија имплицира територијалне амбиције према њеној северној провинцији која се такође назива Македонија.⁸

У јуну 2018. године коначно је постигнут споразум у вези са именом земље. У складу са Преспанским споразумом име земље се мења у Северна Македонија. Као део тог договора, Грчка је повукла вето, омогућавајући ЕУ да одобри пут ка отпочињању преговора са Северном Македонијом.⁹

Након што је решен спор са Грчком, очекивало се да ће приступни преговори са Северном Македонијом одмах почети. Међутим, Савет је одлучио да одложи одлуку за октобар 2019. године, због приговора појединих држава чланица ЕУ. У октобру 2019. године Француска је ставила вето на приступање Северне Македоније.

Напокон, у марту 2020. године државе чланице ЕУ су једногласно одобриле отварање приступних преговора са Северном Македонијом.

⁷ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/montenegro_en, 17. март 2021.

⁸ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/north-macedonia_en, 17. март 2021.

⁹ *Ibid.*

Ипак, у новембру 2020. године Бугарска је блокирала усвајање преговарачких оквира, инсистирајући на адекватном спровођењу Споразума о пријатељству из 2017. године. Спор у вези са називом македонски језик између Северне Македоније и Бугарске траје већ дуже време. Бугарска одбија да се у званичним документима ЕУ користи назив „македонски језик”, тврдећи да је то само један дијалекат бугарског језика. Северна Македонија, пак, не пристаје да се одрекне коришћења назива македонски језик истичући да би се тако одрела дела свог идентитета.

Дакле, приступни преговори са Северном Македонијом још нису отпочети.

2.4. Албанија

Албанија је отпочела преговоре о Споразуму о стабилизацији и придруживању 2003. године. Споразум је потписан у јуну 2006. године и Албанија је поднела захтев за чланство у априлу 2009. године. Ипак, тек 2014. године Албанија добија статус кандидата за приступање ЕУ. Међутим, до отварања приступних преговора још није дошло.

Свакако би требало имати у виду да је приступање Албаније повезано са приступањем Северне Македоније. Иако је у јуну 2018. године договорено да ће преговори почети до краја 2019. године, на одлуку је стављен вето у октобру 2019. године.¹⁰ Коначно у марту 2020. године, државе чланице ЕУ су једногласно одобриле отварање приступних преговора са Северном Македонијом и Албанијом. Холандска влада изразила је резерве према почетку преговора са Албанијом, захтевајући да пре почетка преговарачког процеса Албанија осигура функционисање Уставног суда и спровођење закона о медијима у пракси.

Дакле, приступни преговори са Албанијом још нису отпочети.

2.5. Босна и Херцеговина

Европска унија је 2003. године признала Босни и Херцеговини статус потенцијалног кандидата за чланство у ЕУ. Ипак, тек у фебруару 2016. године БиХ је предала захтев за придруживање ЕУ. Због

¹⁰ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/albania_en, 17. март 2021.

уставних реформи и обавеза у вези са Дејтонским мировним споразумом, БиХ требало је више од деценије да аплицира за чланство у ЕУ.¹¹

У децембру 2016. године, Европска комисија послала је упитник Босни и Херцеговини. Последњу верзију одговора на упитник БиХ предала је у марту 2019. године, али при том није одговорила на 22 питања у вези са политичким критеријумима. Стога је БиХ и даље само потенцијални кандидат и у том статусу ће остати све док не одговори успешно на сва питања из упитника.

У међувремену, трговински односи БиХ и ЕУ регулисани су Прелазним споразумом.

3. НОВА МЕТОДОЛОГИЈА ПРОШИРЕЊА ЕУ

У саопштењу Комисије из фебруара 2020. године којим се предлаже нова методологија проширења ЕУ наводи се да је чврста, заснована на заслугама, перспектива пуноправног чланства у ЕУ за земље Западног Балкана у политичком, безбедносном и економском интересу саме Уније. У временима растућих глобалних изазова и подела, то је више него икада геостратешка инвестиција у стабилну, јаку и уједињену Европу. Кредибилна перспектива приступања је кључни подстицај и покретач трансформација у региону и стога повећава колективну сигурност и напредак. То је кључно средство за промоцију демократије, владавине права и поштовање основних права, што су такође основни покретачи економске интеграције и основно средство за подстицање регионалног помирења и стабилности. Одржавање и унапређење ове политике је стога неопходно за кредибилитет, успех и утицај ЕУ у региону и шире – посебно у време појачане геополитичке конкуренције.¹²

Стога се мора побољшати ефикасност процеса приступања земаља Западног Балкана. Упркос сукцесивним реформама које су увођене у сам процес приступања (као што је нови приступ владавини права, фокус на основна права и побољшања на основу Стратегије Европске комисије за Западни Балкан из 2018. године), он мора бити боље опремљен да би се

¹¹ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/bosnia-herzegovina_en, 17. март 2021.

¹² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 16. март 2021.

суочио са структурним слабостима у земљама, посебно у области основних права.¹³

У саопштењу Комисије из фебруара 2020. године изложени су конкретни предлози за јачање целокупног процеса приступања. Општи циљ тих предлога је да повећају кредибилитет и поверење код обе стране (ЕУ и земаља Западног Балкана) како би се добили бољи резултати на терену. Основни циљ ангажовања ЕУ је да припреми земље Западног Балкана да испуне све захтеве за чланство у ЕУ. То укључује подршку демократији, владавини права и економским реформама и усклађивање са основним европским вредностима. Заузврат то ће подстаћи солидан и убрзан економски раст и социјалну конвергенцију.¹⁴

Да би се процес приступања оживео, нова методологија проширења ЕУ почива на четири критеријума: кредибилитет, јаче политичко усмерење, динамика и предвидљивост. Нова методологија предвиђа и инструменте за реализацију ових критеријума: за повраћај кредибилитета – фокус на основне реформе, за остварење јачег политичког јединства – одржавање међувладиних конференција, за уношење додатне динамике у процес преговара – организацију преговарачких поглавља у тематске кластере и напослетку за гаранцију предвидљивости – позитивне и негативне подстицаје. У редовима који следе критеријуми предвиђени новом методологијом биће представљени заједно са инструментима за њихову реализацију.

3.1. Кредибилитет и фокус на основне реформе

Први критеријум нове методологије проширења ЕУ је кредибилитет. Да би процес придруживања повратио кредибилитет код обе стране, потребно је да почива на узајамном поверењу и јасним обавезама обе стране. Дакле, с једне стране, лидери земаља Западног Балкана морају више да се посвете спровођењу неопходних реформи у вези са владавином права, борбом против корупције, обезбеђењем исправног функционисања демократских институција итд. Осим тога, они морају да покажу даље напоре ка јачању регионалне политике и добрим суседским односима. С друге стране, ЕУ би требало да покаже непоколебљиву посвећеност процесу заснованом на заслугама, другим речима, када нека земља Западног Балкана испуни објективне критеријуме, државе чланице ЕУ се

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

договарају о преласку на следећу фазу приступања. Узимајући у обзир чињеницу да су државе чланице ЕУ у прошлости често имале супротна мишљења у вези са напредовањем појединих земаља у процесу приступања, а што је доводило до стагнације у истом, нова методологија истиче да државе чланице и институције ЕУ морају „говорити једним гласом“, шаљући јасне сигнале подршке и охрабрења, и говорећи јасно и искрено о проблемима када се они појаве.¹⁵

На основу нове методологије кредибилитет ће се повратити и учврстити јачим фокусом на основне реформе које су кључне за успех на европском путу. Оне ће добити још значајније место у приступним преговорима. Наиме, преговори о основним правима биће отворени први, а затворени последњи. Штавише, напредак на пољу основних права одређиваће свеукупни темпо преговора.¹⁶

3.2. Јаче политичко усмерење и међувладине конференције

Приступање ЕУ је процес који захтева да земље кандидати покажу да су способне да преузму подељене одговорности као државе чланице ЕУ. Наиме, процес мора рефлектовати активни друштвени избор да се постигну и поштују највиши европски стандарди и вредности. Исто тако мора се имати на уму да је обавезивање држава чланица да деле заједничку будућност са земљама Западног Балкана као пуноправним чланицама Уније значајан политички, а не само технички подухват.¹⁷

С тим у вези, и земље Западног Балкана и ЕУ би требало да покажу више лидерства и да се придржавају својих обавеза у јавности. Дошло је време да се политичка природа процеса стави у први план и обезбеди јаче политичко усмерење и ангажман на високом нивоу.¹⁸

Што се тиче инструмента за постизање јачег политичког усмерења, нова методологија предвиђа стварање нових могућности за политички дијалог на високом нивоу за земљама Западног Балкана, кроз редовне самите ЕУ–Западни Балкан (међувладине конференције) и интензивирање министарских контаката, посебно у оним областима где усклађивање добро напредује и кључни критеријуми се испуњавају. Овакав повећани ангажман могао би да доведе до тога да земље Западног Балкана учествују

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

као посматрачи на састанцима ЕУ када су на дневном реду теме које су за њих од суштинског значаја.¹⁹

3.3. Динамичнији процес и организација преговарачких поглавља у тематске кластере

Трећи критеријум који предвиђа нова методологија проширења ЕУ је уношење додатне динамике у преговарачки процес и подстицање умрежавања напора преко граница појединачних поглавља. С тим вези предвиђено је да ће преговарачка поглавља бити организована у тематске кластере. Ови кластери прате шире теме као што су унутрашње тржиште, добра управа итд. Сва преговарачка поглавља биће груписана у шест тематских кластера: Основна права; Унутрашње тржиште; Конкуренција и инклузивни раст; Зелена агенда и одржива повезаност; Ресурси, пољопривреда и кохезија; и Спољни односи.

Да би се унела динамика у процес приступања, преговори о сваком кластеру биће отворени у целини – након испуњења услова за отварање – а не на основу појединачних поглавља. Као резултат процеса скрининга, спроведеног по кластерима, биће договорени приоритети за убрзану интеграцију и кључне реформе између ЕУ и земље кандидата. Када се ти приоритети испуне у довољној мери, кластер (који покрива сва поглавља) се отвара без додатних услова и за свако поглавље се постављају услови за затварање.²⁰

Да би се у преговоре са Србијом и Црном Гором унела динамика, рад на поглављима такође може бити организован по кластерима, поштујући постојеће преговарачке оквире и уз сагласност ових земаља. То ће омогућити већу политичку усресређеност на кључне секторе и дати политички замајац у вези са кључним питањима за усклађивање.²¹

3.4. Предвидљивост и позитивни и негативни постицаји

Процес приступања би требало да буде у потпуности предвидљив, и на томе инсистирају и земље Западног Балкана и државе чланице ЕУ.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Ј. Теранић Перишић, „Нова методологија проширења Европске уније – инструмент за превазилажење умора од проширења ЕУ”, *Унификација права и правна сигурност*, Зборник радова са 33. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић, Том III, Београд, 2020, 445.

Предвидљивост подразумева јасност у погледу тога шта Унија очекује од земаља које су у процесу приступања у различитим стадијумима самог процеса, као и то који су позитивни подстицаји у случају напретка или негативни у случају његовог изостанка.

Дакле, кључни елемент процеса приступања заснованог на заслугама је његова условљеност. Оно што је важно је да су ти услови земљама кандидатима познати и јасни од самог почетка. Земље кандидати требало би да знају референтне вредности на основу којих ће се мерити њихов учинак. Исто тако, државе чланице ЕУ требало би да имају јасан и јединствен став у вези са тим шта се тачно тражи од земаља кандидата. С тим у вези, Европска комисија ће боље дефинисати услове за напредак кандидата, посебно кроз годишње извештаје. Ови услови морају бити објективни, прецизни, детаљни, стриктни и проверљиви.²²

3.4.1. Позитивни подстицаји

Обезбеђење јасних и опипљивих подстицаја од директног интереса за грађане ЕУ може подстаћи стварну политичку вољу и наградити резултате проистекле из захтеваних реформи и процеса политичких, економских и друштвених промена.²³

У погледу позитивних подстицаја, уколико земље довољно напредују у приоритетима реформи договореним у преговорима, нова методологија предвиђа инструменте:²⁴

- Ближе интеграције земље са Европском унијом, рада на убрзаној интеграцији и „поступном (фазном) укључивању” у појединачне политике ЕУ, тржиште ЕУ и програме ЕУ, уз обезбеђење једнаких услова;
- Повећаног финансирања и инвестиција, укључујући инструмент предприступне подршке заснован на учинку и реформама и ближу сарадњу са међународним финансијским институцијама како би се искористила подршка.

²² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 16. март 2021.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

3.4.2. Негативни постицаји

Нова методологија проширења ЕУ јасно наводи да, док би напредак у реформама требало да се награђује опипљивије, постоји подједнака потреба за одлучнијим мерама које би пропорционално санкционисале сваку озбиљну или пролонгирану стагнацију или чак заостајање у спровођењу реформи и испуњењу захтева процеса приступања.²⁵

У погледу санкција, нова методологија предвиђа санкције градацијски, у зависности од озбиљности случаја. Дакле, на основу нове методологије Унија би потенцијалне проблеме могла да третира на више начина. Прво, државе чланице би могле да одлуче да се преговори могу одложити у одређеним областима, или у најозбиљнијим случајевима, обуставити у целини. Већ затворена поглавља могу се поново отворити или ресетовати уколико питања треба поново да се преиспитају. Друго, опсег и интензитет финансирања од стране ЕУ се могу снижити, са изузетком подршке цивилном друштву. И треће, предности ближе интеграције, на пример, приступ програмима ЕУ, једностране концесије за приступ тржишту, могу се паузирати или повући.²⁶

4. ИЗАЗОВИ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА ЗЕМАЉА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА

Изазове европских интеграција земаља Западног Балкана можемо анализирати на три нивоа. Прво кроз призму изазова са којима се суочава сама ЕУ, независно од политике проширења ЕУ. Друго, кроз призму изазова са којима се суочавају земље Западног Балкана. И треће, кроз призму нове методологије проширења ЕУ и ефикасности инструмената која предвиђа. Сви ови аспекти процеса европских интеграција су повезани и међусобно условљени. Наравно, пандемија изазвана вирусом Ковид 19 утиче на све ове аспекте.

4.1. Изазови са којима се суочава ЕУ

Европска унија се последњих година суочила са низом проблема који су утицали на њене унутрашње прилике, а самим тим и на њену политику проширења ЕУ. Године 2008. Унија се сусрела са највећом

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

кризом од оснивања. Криза је почела као економска врло брзо се проширила, захвативши и све остале сегменте привреде и друштва. „Још није дефинисан јасан пут не само како превазићи постојећу кризу, већ ни око њене квалификације и природе, па чак ни око назива. Тако једни ову кризу називају „изазовима“ (енг. *challenges*), а други као кризу поверења у ЕУ или неповерења у функционалност (односно дисфункционалност), или недовољну делотворност органа Уније.”²⁷ И док је покушавала да се оправи од економске кризе, ЕУ је сачекала мигрантска криза 2015/16. године која се сматра највећом светском избегличком кризом нашег времена. У сред мигрантске кризе, ЕУ се суочава са још једном непознатом ситуацијом, а то је да једна земља чланица жели да напусти ЕУ. Наиме, држављани Велике Британије су се на референдуму, одржаном у јуну 2016. године, изјаснили за излазак из ЕУ. Преговори о условима изласка Велике Британије из ЕУ веома су дуги и компликовани. Брекситу и осталим изазовима се, почетком 2020. године, придружила и глобална пандемија изазвана вирусом Ковид 19 која и даље траје.

Осим тога, од почетка новог миленијума одиграла су се три проширења ЕУ. После сваког од ових таласа проширења ЕУ, сам процес европских интеграција претрпео је измене. Осим „умора од проширења”, о коме је већ било речи, свако ново проширење пратио је тзв. процес самоучења у којем је ЕУ преиспитивала политику проширења и настојала да, на темељу минулих искустава, побољша свој приступ.²⁸

4.2. Изазови са којима се суочавају земље Западног Балкана

На динамику процеса европских интеграција утичу и унутрашње прилике у свакој од земаља Западног Балкана. Дешава се да у току једне године, нека земља не испуни предвиђене услове, тј. не оствари напретке које ЕУ од ње очекује у одређеним областима, те долази до стагнације на европском путу.

У погледу напретка земаља Западног Балкана, цела 2020. година се може окарактерисати као „тапкање у месту”. У првој половини 2020.

²⁷ Р. Вукадиновић, „Диференцирана интеграција као спасоносни метод интеграције или дезинтеграције”, *Правна ријеч*, бр. 39, Бања Лука, 2014, 543.

²⁸ L. Lutjona, Commenting on the New Enlargement Methodology: Implications to the EU Integration Process of the Western Balkans, <https://www.institutegreatereurope.com/single-post/2020/05/06/commenting-on-the-new-enlargement-methodology-implications-to-the-eu-integration-process>, 16. март 2021.

године, Хрватска је преузела председавање ЕУ у околностима пандемије изазване Ковидом 19, као и у врло изазовном политичком окружењу. Ипак, у току хрватског председавања, Западни Балкан враћен је у фокус ЕУ, о чему сведочи и Декларација из Загреба. У другој половини 2020. године, Немачка је преузела председавање ЕУ. Предвиђено је да ће, упркос ванредним околностима изазваним пандемијом, процес проширења ЕУ на земље Западног Балкана бити настављен, а да ће динамика преговора зависити пре свега од реформи у области владавине права.²⁹

Међутим, у току 2020. године није дошло до напретка ни у једној од земаља из региона. Србија није отворила ниједно преговарачко поглавље, што се није догодило од када су преговори отпочети. Ни у Црној Гори ни у Босни и Херцеговини није дошло до напретка на европском путу. Преговори са Северном Македонијом и Албанијом нису отворени, иако је то било дефинисано као један од приоритета немачког председавања ЕУ. Отварању преговора са Северном Македонијом успротивила се Бугарска, а отварању преговора са Албанијом Холандија.

Неотварање преговора са Северном Македонијом и Албанијом наишло је на негативне реакције, пре свега у овим земљама, али и шире. Оваква констелација на европској политичкој сцени и све учесталија пракса стављање вета доводе у питање читав концепт европских интеграција земаља Западног Балкана, и политике проширења ЕУ уопште. Стиче се утисак да се цео процес условљавања своди на билатералне односе појединих земаља. Дакле, процес проширења ЕУ на земље Западног Балкана заправо постаје „галац билатералних питања”.³⁰

Чињеница је да су унутрашње прилике у појединим земљама утицале на застој на европском путу, али нема сумње да је пандемија изазвана вирусом Ковид 19, немогућност путовања, као и све оно што је „донела” пандемија допринеле оваквом исходу.

4.3. Изазови нове методологије проширења ЕУ

Нова методологија проширења ЕУ донета је почетком 2020. године са циљем да допринесе превазилажењу застоја у процесу европских интеграција. Ова методологија изазвала је велику пажњу научне и стручне

²⁹ <https://www.danas.rs/politika/prosirenje-eu-bice-prioritet-nemackog-predsedavanja-uprkos-pandemiji/>, 23. март 2021.

³⁰ <https://europeanwesternbalkans.com/2020/12/21/eu-enlargement-in-the-western-balkans-hostage-of-bilateral-issues/>, 23. март 2021.

јавности. Мишљења су од самог почетка подељена. Један део сматра да ће нова методологија „оживети” процес европских интеграција захваљујући новим инструментима које предвиђа. Други, пак, тврде да се суштински ништа неће променити када је реч о процесу проширења, образлажући такав став чињеницом да нова методологија не уводи нове инструменте, већ да су то познати, постојећи инструменти права ЕУ, само у „новом руху”.³¹

Што се тиче новости инструмената предвиђених новом методологијом, чињеница је да нису у потпуности нови. Фокус на основним правима у оквиру процеса приступања не представља новину. Последњих година, у документима Савета и Комисије који се тичу Западног Балкана, више пута је истицано да би фокус у оквиру приступних преговора требало да буде на основним правима.³² У погледу редовних одржавања међувладиних конференција, поједини аспекти овог инструмента су већ познати. Ипак, могућност да представници из региона учествују као посматрачи на кључним европским састанцима на теме које су за њих од суштинског значаја јесте новина. Што се тиче груписање преговарачких поглавља у кластере, чини се да овај инструмент донекле може убрзати процес преговарања, али под условом да нека секундарна питања у мање значајним поглављима не „задржавају” цео кластер.³³

Напоследку, део нове методологије проширења ЕУ којим се прописују инструменти позитивних и негативних подстицаја изазвао је највећу пажњу научне и стручне јавности, пре свега због инструмента ближе интеграције.³⁴ Новом методологијом је први пут у историји европских интеграција државама кандидатима понуђена могућност ближе интеграције и фазно укључивање у поједине политике, тржиште и програме ЕУ. Међутим, ни овај инструмент није потпуно нов. Наиме, ближа интеграција може се посматрати као један од модалитета диференциране интеграције, феномена који је присутан у ЕУ од њеног оснивања. У самим Оснивачким уговорима, као и актима секундарног законодавства, могу се наћи бројни случајеви у којима је одобран различит положај државама чланицама ЕУ у оквиру неке политике ЕУ. Ипак, модалитети диференцираности, као што су посебни режими, дерогације, *opting-out*

³¹ Ј. Теранић Перишић (2020а), *op. cit.*, 439–440.

³² *Ibid.*, 447–448.

³³ *Ibid.*, 448–449.

³⁴ Ј. Теранић Перишић, „Ближа интеграција земаља Западног Балкана са Европском унијом на основу нове методологије проширења ЕУ”, *Српска политичка мисао*, бр. 3, Београд, 2020, 153–177.

клаузуле, били су привременог карактера, успостављени за ограничене циљеве и нису имплицирали трајно одвајање међу државама.³⁵ Концепт диференциране интеграције институционализован је први пут Уговором из Амстердама 1997. године у виду одредби о ближој, појачаној сарадњи (енг. *enhanced cooperation*). Ближа сарадња омогућава да државе чланице ЕУ успоставе сарадњу и у вези са оним питањима у погледу којих није постигнут споразум међу свим чланицама ЕУ.³⁶ На основу члана 20 Уговора о ЕУ државе које желе да међусобно успоставе ближу сарадњу у оквиру надлежности које нису резервисане искључиво за Унију, могу користити институције Уније и спроводити ту сарадњу применом одговарајућих одредби Уговора. Дакле, уколико упоредимо инструмент ближе интеграције предвиђен новом методологијом са механизмом ближе сарадње предвиђеним Оснивачким уговорима, долазимо до закључка да разлика лежи само у томе што се могућност ближе интеграције нуди без пуноправног чланства у ЕУ. И док се у новој методологији наводи да је ближа интеграција само инструмент позитивног подстицаја, постоји бојазан да се иза овог инструмента скрива озваничење правног механизма који омогућава да се државе кандидати трајније задрже изван пуноправног чланства у ЕУ, уз опцију ближе интеграције и фазно укључивање у поједине политике, тржиште и програме ЕУ. „Можда ЕУ на овај начин, „на мала врата”, уводи различите класе чланства у ЕУ, другим речима, можда ближа интеграција није само фаза, него је сама себи циљ. И овде долазимо до кључног питања, а то је: да ли је перспектива ближе интеграције да диференцираност не буде привременог, него трајног карактера? У овом тренутку нико са сигурношћу не може дати одговор на ово питање.”³⁷

Чињеница јесте да већина инструмената које предвиђа нова методологија проширења ЕУ нису у потпуности нови инструменти права ЕУ, међутим то није пресудно за њихову ефикасност. Уколико се адекватно примењују у пракси, они би могли допринети убрзању процеса приступања. Међутим, нова методологија донета је непосредно пред почетак пандемије, те се у том контексту мора сагледати и њен учинак.

³⁵A. Stubb, *Negotiating Flexibility in European Union: Amsterdam, Nice and Beyond*, Palgrave Macmillan,

Paris, 2002, 34–40.

³⁶ Ј. Теранић, *Облици повезивања држава чланица у Европској унији*, Служени гласник, Београд, 2011, 44–46.

³⁷ Ј. Теранић Перишић (2020б), *op. cit.* 173.

5. ЗАКЉУЧАК

Придруживање Европској унији у теорији је препознато као процес у коме је спољашње условљавање кључни инструмент интеграција. У овом процесу ЕУ условљава пријем у чланство испуњавањем низа услова међу којима се истиче усклађивање правног оквира и праксе са правним тековинама ЕУ. Нарочит изазов за државе које желе да се придруже ЕУ јесте чињеница да је услове потребно испунити и пре него што се добије обећена награда – чланство у ЕУ, док је истовремено ЕУ та која у највећој мери једнострано поставља услове.³⁸

У погледу политике спољног условљавања, чини се да Унија, и путем нове методологије, наставља са већ опробаном стратегијом „штапа и шаргарепе“. Шаргарепу можда јесте повећала, али је и штап продужила. Што се шаргарепе тиче, предвиђена је могућност ближе интеграције и фазно укључивање у политике, тржиште и програме ЕУ, као и повећано финансирање и инвестиције. Међутим, предвиђање ових механизма позитивних подстицаја отворило је Пандорину кутију. Начин на који је конципирана ближа интеграција отвара низ питања на која нова методологија не даје одговоре. Да ли би се фазно укључивање одвијало на основу одредби о интеграцијама предвиђеним ССП-ом? Да ли нови вишегодишњи финансијски оквир може да издвоји више средстава за приступну помоћ? У погледу штапа, тј. негативног условљавања, санкције су поштрене. Предвиђено је замрзавање преговора у одређеним областима, суспендовање целокупних преговора, поновно отварање већ затворених поглавља, смањење финансирања, паузирање или повлачење повластица ближе интеграције.³⁹

У пракси је веома важно да се успостави равнотежа између мера позитивног и негативног условљавања. Чини се да је у случају европских интеграција земаља Западног Балкана ова равнотежа увек била умерена ка негативним подстицајима, чиме је умањивана нада земаља кандидата да постоји реална могућност да се придруже ЕУ у ближој будућности.⁴⁰ С тим се може довести у везу и пад евроентузијазма и подршке становништва

³⁸ А. Кенежевић Бојовић, В. Ћорић, А. Вишекруна, „Спољашње условљавање Европске уније и регулаторни оквири Србије“, *Српска политичка мисао*, бр. 3, Београд, 2019, 234.

³⁹ М. Dabrowski, „Can the EU overcome its enlargement impasse?“, <https://www.bruegel.org/2020/02/can-the-european-union-overcome-its-enlargement-impasse/>, 28. март 2021.

⁴⁰ *Ibid.*

земаља из региона европским интеграцијама. У прилог томе сведоче реакције изазване неотварањем преговора са Северном Македонијом и Албанијом крајем 2020. године, иако је за то добијено „зелено светло” још у марту 2020. године. При чему би морали имати на уму да је реч само о отварању преговора, што је доста далеко од чланства у ЕУ.

Последњих годину дана све земље света, укључујући и ЕУ и земље Западног Балкана, функционишу у условима „нове реалности”. Упркос томе што ЕУ и даље подржава европску перспективу Западног Балкана, чињеница је да је фокус и саме Уније и земаља Западног Балкана на другим темама, пре свега оним које су у непосредној вези са пандемијом. Управо у том светлу би требало посматрати и европске интеграције земаља Западног Балкана.

ЛИТЕРАТУРА

Букадиновић Р. „Диференцирана интеграција као спасоносни метод интеграције или дезинтеграције”, *Правна ријеч*, бр. 39, Бања Лука, 2014, 541–560,

Dabrowski M., „Can the EU overcome its enlargement impasse?“, <https://www.bruegel.org/2020/02/can-the-european-union-overcome-its-enlargement-impasse/>, 28. март 2021,

Кнежевић Бојовић А., Ћорић В., Вишекруна А., „Спољашње условљавање Европске уније и регулаторни оквири Србије”, *Српска политичка мисао*, бр. 3, Београд, 2019, 233–253,

Lutjona L., Commenting on the New Enlargement Methodology: Implications to the EU Integration Process of the Western Balkans, <https://www.institutegreatereurope.com/single-post/2020/05/06/commenting-on-the-new-enlargement-methodology-implications-to-the-eu-integration-process>, 16. март 2021,

Рабреновић А., Ћеранић Ј., *Усклађивање права Републике Србије са правним тековинама ЕУ – приоритети, проблеми, перспективе*, Институт за упоредно право, Београд 2012,

Stubb A., *Negotiating Flexibility in European Union: Amsterdam, Nice and Beyond*, Palgrave Macmillan, Paris, 2002,

Ћеранић Ј., *Облици повезивања држава чланица у Европској унији*, Служени гласник, Београд, 2011,

Ћеранић Перишић Ј., „Нова методологија проширења Европске уније – инструмент за превазилажење умора од проширења ЕУ”, *Унификација права и правна сигурност*, Зборник радова са 33. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић, Том III, Београд, 2020, 437–452,

Ћеранић Перишић Ј., „Ближа интеграција земаља Западног Балкана са Европском унијом на основу нове методологије проширења ЕУ”, *Српска политичка мисао*, бр. 3, Београд, 2020, 153–177,

Thessaloniki Declaration, 21 June 2003, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/PRES_03_163, 16. март 2021,

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of

the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0065>, 16. март 2021,

Zagreb Declaration, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/05/06/zagreb-declaration-6-may-2020/>, 16. март 2021,

https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/serbia_en, 17. март 2021,

https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/montenegro_en, 17. март 2021,

https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/north-macedonia_en, 17. март 2021,

https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/albania_en, 17. март 2021,

https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/bosnia-herzegovina_en, 17. март 2021,

<https://www.danas.rs/politika/prosirenje-eu-bice-prioritet-nemackog-predsedavanja-uprkos-pandemiji/>, 23. март 2021,

<https://europeanwesternbalkans.com/2020/12/21/eu-enlargement-in-the-western-balkans-hostage-of-bilateral-issues/>, 23. март 2021.

Jelena ČERANIĆ PERIŠIĆ, Ph.D

Associate Professor, Senior research fellow, Institute of Comparative Law,
Belgrade

Mirjana GLINTIĆ, Ph.D

Research fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

EUROPEAN INTEGRATIONS OF THE WESTERN BALKANS COUNTRIES IN THE TIME OF THE NEW REALITY

Summary

The European Union and its Member States have consistently, since the Thessaloniki Summit in June 2003, expressed their support for the European perspective of the Western Balkans. However, since then, only one country from the Western Balkans region became the EU Member State. It was the Republic of Croatia that joined the EU in July 2013. Therefore, at the Council's meeting in November 2019, there was a common understanding of the usefulness of examining the effectiveness of the accession negotiation process. Consequently, on 5 February 2020, the European Commission issued Communication proposing a new enlargement methodology named "Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans". However, shortly afterwards, a global pandemic caused by the Covid 19 began. This ongoing pandemic affects all segments of the economy and society, including EU enlargement policy. This paper presents an attempt to examine European integrations in the Western Balkans countries in the time of the new reality. After short introductory notes, the paper gives an overview of the position of Western Balkans countries in the European integration process. Thereafter, the paper focuses on a new enlargement methodology, its criteria, and instruments for achievement of these criteria. Finally, the paper analysis the challenges that the Western Balkans countries have been facing on their path to the European Union, especially in the time of the new reality.

Kew words: Western Balkan countries, European integrations, European Union, new enlargement methodology, new reality.

оригинални научни рад
примљен: 01. 04. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 23. 04. 2021. г.
005.51:502.131.1(497-15)
341.24:504.07(4-672EU)

Др Наташа СТОЈАНОВИЋ*

ШТА ПРЕДВИЂА ЗЕЛЕНА АГЕНДА ЗА ЗАПАДНИ БАЛКАН?¹

Апстракт

Албанија, Северна Македонија, Србија, Црна Гора и Федерација Босна и Херцеговина – државе Западног Балкана, суочавају се са многобројним изазовима: природним катастрофама; климатским променама; великим загађењем ваздуха, воде и земљишта; енормним губитком биолошке разноврсности; прехранбеним ланцем који штети животној средини и здрављу људи; ниским економским растом, једним делом проузрокованим линеарном економијом која прекомерно троши природне ресурсе; заосталим енергетским и транспортним сектором, итд. Европска унија, свесна чињенице да Европским зеленим договором амбициозно постављен циљ – климатска неутралност европског континента, не може бити остварен независно од стања животне средине у региону Западног Балкана, али и тога да је прекопотребно економско јачање простора Западног Балкана, како би се он што безболније привредно приближио Европској унији, припремила је Зелену Агенду за Западни Балкан, Смернице за њено спровођење и Економски и инвестициони план за Западни Балкан. Ради се о стратешким документима који државама Западног Балкана треба да помогну у зеленој трансформацији привреде и друштва. У раду аутор анализира решења садржана у овим актима, са циљем да проникне у њихов смисао и утврди у којој мери она заиста могу допринети заштити животне средине и економском опоравку региона Западног Балкана.

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу, natasa@prafak.ni.ac.rs

¹ Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије према уговору, евиденциони број 451-03-9/2021-14/200120.

Кључне речи: Зелена агенда, декарбонизација, кружна економија, одрживи прехранбени систем, биодиверзитет.

1. УВОД

Планета Земља се данас суочава са многобројним изазовима: природним катастрофама, климатским променама, епидемијама заразних болести, ратовима, прекомерном експлоатацијом природних ресурса, рапидним губитком биолошке разноврсности, великим загађењем ваздуха, воде и земљишта из више извора и сл. Већина ових појава може се приписати вишедеценијском деструктивном деловању људског рода.

Европска унија, на челу са Европском комисијом, суочавајући се са свим тим опасностима, крајем прошле године (тачније 11. децембра 2019. године), путем Европског зеленог договора,² наставила је борбу за своју трансформацију у праведно и просперитетно друштво, чији „заштитни знак“ треба да буде климатска неутралност до 2050. године, и изградња конкурентне привреде у којој раст није у директној вези са потрошњом ресурса.³

Европска комисија, дубоко свесна чињенице да Европским зеленим договором амбициозно постављен циљ – еколошка транзиција на европском континенту, може бити у потпуности остварен „ако најближи суседи ЕУ предузму једнако ефикасне напоре и активности у овом циљу“,⁴ поштујући слово овог правног документа, припремила је Зелену агенду за Западни Балкан коју су лидери држава Западног Балкана усвојили, потписивањем Софијске декларације о Зеленој агенди за Западни Балкан 10. новембра 2020. године.⁵ ⁶ Овај правни извор садржи пакет мера које су Албанија, Федерација Босна и Херцеговина, Црна Гора, Северна

² European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. „The European Green Deal“, Bruxelles, 11. 12. 2019, <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1588580774040&uri=CELEX52019DC0640>, 12. новембар 2020.

³ Вид. Европски зелени договор, 2

⁴ Вид. Европски зелени договор, 20.

⁵ Интегрални текст овог правног извора, на енглеском и српском језику, доступан на интернет адреси <http://www.pregovarackagrupa27.gov.rs/dostupni-prevodi-dokumenta/>, 12. јануар 2021. године.

⁶ У исто време, потписана је и Декларација о заједничком регионалном тржишту.

Македонија и Србија, као државе региона, у обавези да реализују. Те мере односе се на: спречавање климатских промена, реформу енергетског и транспортног сектора, прелазак на кружну (циркуларну) економију, смањивање загађења, развој одрживе пољопривреде и производње хране, као и на заштиту и обнову биолошке разноврсности овог простора.

Своју решеност да подржи државе Западног Балкана у еколошкој транзицији, Европска комисија је додатно потврдила 6. октобра 2020. године, усвајањем Смерница за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан⁷ и Економског и инвестиционог плана за Западни Балкан.^{8 9} Други наведени документ предвиђа мобилизацију до 9 милијарди евра средстава ИРА III, за период 2021–2027. године, на име подршке економском приближавању држава Западног Балкана Европској унији. Овај правни извор, такође, предвиђа и креирање новог Гарантног фонда за Западни Балкан, са амбицијом да се привуку инвестиције од 20 милијарди евра.^{10 11}

⁷ European Commission, Commission staff Working Document, „Guidelines for the Implementation of the Green Agenda for the Western Balkans“ *Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions An Economic and Investment Plan for the Western Balkans*, Brussel, 06. 10. 2020. Текст овог правног документа доступан, на енглеском и српском језику, на интернет адреси <http://www.pregovarackagrupa27.gov.rs/dostupni-prevodi-dokumenta/>, 12. јануар 2021. године.

⁸ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. „An Economic and Investment Plan for the Western Balkans“, Brussels, 06. 10. 2020. Текст овог правног документа доступан, на енглеском и српском језику, на интернет адреси <http://www.pregovarackagrupa27.gov.rs/dostupni-prevodi-dokumenta/>, 12. јануар 2021. године.

⁹ Економски и инвестициони план за Западни Балкан предвиђа улагања у: одрживи транспорт, чисту енергију, животну средину, климу, дигиталну будућност, људски капитал и приватни сектор. Детаљније о томе вид. V. Spasić, „EU presents guidelines on Green Agenda for Western Balkans“, на интернет страници <https://balkangreenenergynews.com/eu-presents-guidelines-on-green-agenda-for-western-balkans>, 24. децембар 2020. године.

¹⁰ Вид. Економски и инвестициони план за Западни Балкан, 2

¹¹ Колики ће износ свежег новца државе Западног Балкана стварно добити из фондова Европске уније, то је у овом тренутку упитно. Утолико више што се и Европским зеленим договором спомињу велики износи (око 260 милијарди евра на годишњем нивоу) за постизање климатске неутралности европског континента, али по мишљењу појединих аутора, без реалног покрића. О томе вид. R. Stöllinger, M. Landesmann, „The European Green Deal – good intentions that won’t go far“, 2020, <https://wiiw.ac.at/the-european-green-deal-good-intentions-that-won-t-go-far-n-423.html>, 06. јануар 2021. године.

У раду пажњу усмеравамо управо на решења садржана у Софијској декларацији о Зеленој агенди за Западни Балкан, Смерницама за спровођење Зелене агенде и Економском и инвестиционом плану за Западни Балкан са циљем да утврдимо у којој мери она могу, наравно, ако се заиста и примене, допринети економском опоравку држава Западног Балкана и заштити животне средине.

2. ДЕКАРБОНИЗАЦИЈА

2.1. Климатске промене

Простор Западног Балкана, у односу на простор преосталог дела Европе, обележава не само привредна неразвијеност и интензивнија економска криза, већ и учестале природне катастрофе, као и промене климе, које са појачаним ефектом делују на овој територији.

План Европске комисије, утврђен Европским зеленим договором, да до 2030. године, достигне смањење емисија гасова са ефектом стаклене баште за 55%, у односу на стање из 1990. године, а да до 2050. године, постане климатско неутрални континент, простире се и на Западни Балкан,¹² што Агенда за Западни Балкан нарочито потенцира.¹³ Овде се мора нагласити да су се државе региона претходно, на основу Париског споразума (од 12. децембра 2015. године),¹⁴ већ обавезале да ће својим активностима допринети смањивању емисија гасова са ефектом стаклене баште, како би се на тај начин спречио пораст температуре.¹⁵

У циљу постизања климатске неутралности на европском континенту, државе Западног Балкана су Софијском декларацијом о Зеленој агенди за Западни Балкан преузеле више обавеза које улазе у домен строге климатске политике.

У првом реду, обавеза је држава овог региона да усагласе своје законодавство са Законом о климатским променама Европске уније (када

¹² Вид. Европски зелени договор, 4

¹³ Вид. Софијску декларацију о Зеленој агенди за Западни Балкан, 2.

¹⁴ Република Србија је овај Споразум ратификовала на основу Закона о потврђивању Споразума из Париза, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 4/2017.

¹⁵ Република Србија се, рецимо, обавезала да ће до 2030. године смањити емисију гасова са ефектом стаклене баште за 9.8%, посматрано у односу на ниво емисија из 1990. године. Детаљније о томе вид. Ј. Prešić, „Koliko smo (ne)efikasni“, 2017, <https://rs.boell.org/sr/2017/11/23/koliko-smo-neefikasni>, 08. јануар 2021. године.

се донесе, *примедба аутора*), као и да усвоје и примене стратегије прилагођавања на климатске промене. Осим тога, све државе Западног Балкана би морале да раде интензивније на решењима заснованим на природи, како би њихова примена омогућила лакше прилагођавање на климатске промене или имала за последицу њихово ублажавање. Такође, обавеза држава региона је да, у складу са правним тековинама Европске уније и оквиром Енергетске заједнице, дефинишу климатске и енергетске циљеве до 2030. године, али и да усвоје и примене интегрисане националне енергетске и климатске планове, са тачно предвиђеним мерама, које имају за циљ смањење емисија гасова са ефектом стаклене баште у економијама Западног Балкана. Софијском декларацијом о Зеленој агенди за Западни Балкан државе региона преузеле су и обавезу да ће продужити усклађивање са ЕУ шемом за трговање емисијама и усвајати друге механизме којима се, такође, може постићи декарбонизација региона.¹⁶

Како би државе Западног Балкана усагласиле своје деловање у сфери климатске политике са Европском унијом, Европска комисија у Смерницама за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан предлаже укључивање региона у Европски пакт о климатским променама.¹⁷

2.2. Прелаз на чисту енергију

Енергетски сектор држава Западног Балкана претежно почива на употреби угља и дрвета, као изворима енергије. Обновљиви извори енергије, попут хидроенергије и енергије из биомасе, употребљавају се, али у много мањем обиму, премда за то има потенцијала,¹⁸ док је енергија из сунца и ветра занемарива.¹⁹ Енергетски сектор држава Западног Балкана обележава и енергетски интензитет,²⁰ који подразумева да се произведена

¹⁶ Вид. Софијску декларацију о Зеленој агенди за Западни Балкан, 2.

¹⁷ Вид. Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 3.

¹⁸ О томе, опширније вид. J. Popov, „European Green Deal: Bring in the Western Balkans“, 2019,

https://www.ecfr.eu/article/commentary_european_green_deal_bring_in_the_western_balkans, 4. јануар 2021. године. Такође, вид. E. Muminović, „Zapadni Balkan – prljavo dvorište Evrope“, 2019, <https://europeanwesternbalkans.rs/zapadni-balkan-prljavo-dvoriste-evrope/>, 4. јануар 2021. године.

¹⁹ Вид. Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 4.

²⁰ Према подацима Међународне агенције за енергетику (International Energy Agency, IEA), рецимо, Србија троши два до три пута више енергије за производњу одређене робе, него ли у просеку државе, чланице Европске уније. Детаљније вид. J. Prešić, 2017.

енергија не користи ефикасно. Томе нарочито доприноси примена застареле опреме и технологије у преносу и дистрибуцији електричне енергије.²¹

Тежња Европске комисије да европски континент постане, закључно са 2050. годином, климатски неутралан, мора бити праћена и декарбонизацијом енергетског сектора у целој Европи,²² укључујући и Западни Балкан. То се нарочито односи на 16 термоелектрана на угаљ, на простору региона, које емитују већу количину сумпор-диоксида (што због застарелости својих постројења и технологије, што због употребе лигнита), у односу на 250 постројења истог профила у целој Европи.²³ Посебно забрињавајуће делује податак да десет термоелектрана ЕП Србије емитује шест пута више сумпор-диоксида од нивоа предвиђеног Националним планом за смањење емисија, а да термоелектране „Никола Тесла“ и „Костолац“ загађују више него ли бугарска, чешка, француска и пољска постројења заједно.²⁴

Софијском декларацијом о Зеленој агенди за Западни Балкан државе региона преузеле су обавезу о усаглашавању националних законодавстава са правним тековинама Европске уније које се односе на декарбонизацију енергетског сектора. Осим тога, обавеза држава Западног Балкана је и да раде на смањивању и постепеном укидању субвенција за угаљ, а да више користе потенцијале обновљивих извора енергије, попут

²¹ *Ibid.*

²² Ово утолико више, што, према проценама, 75% емисија гасова са ефектом стаклене баште отпада на производњу и употребу енергије. Вид. European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank. „A Clean Planet for all“. A European strategic long-term vision a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy, Brussels, 28. 11. 2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0773&from=EN>, 08. јануар 2021. године.

²³ Вид. Економски и инвестициони план за Западни Балкан, 10.

²⁴ Вид. European Environmental Bureau (ЕЕБ), „Serbia’s public electricity company faces court for breaching toxic emission limits“, <https://eeb.org/serbias-public-electricity-company-faces-court-for-breaching-emission-limits/>, 12. фебруар 2021. године.

сунца, ветра, геотермалних извора или водоника,^{25 26} за шта, према проценама надлежних европских институција има основа.^{27 28} Као прелазно решење, краткорочно или средњорочно посматрано, државама Западног Балкана чији је енергетски сектор утемељен на угљу, сугерише се прелазак на природни гас са ниским емисијама.²⁹

Државе Западног Балкана су се, такође, обавезале да уложе потребне напоре како би се побољшала енергетска ефикасност у свим секторима економије, а нарочито у грађевинском сектору,³⁰ приликом реновирања приватних и јавних зграда, ширећи на тај начин талас обнове Европске уније и на Западни Балкан.^{31 32} У преузете обавезе, такође, спада и ангажовање држава региона у иницијативи Европске уније за рударске регионе у транзицији.³³

²⁵ Европска унија нарочито потенцира употребу плавог, сивог и зеленог водоника са ниским количинама угљеника у енергетски интензивној производњи челика, цемента и хемикалија. Детаљније о томе, вид. P. Zvijerac, „Može li vodik oporaviti ekonomije EU-a i Zapadnog Balkana?“, 2020, <https://www.slobodnaevropa.org/a/moze-li-vodik-oporaviti-ekonomije-eu-a-i-zapadnog-balkana/30741409.html>, 08. јануар 2021. године.

²⁶ О негативним ефектима обновљивих извора енергије, посебно рада соларних електрана и ветротурбина по животну средину, вид. A. Šebelj, „Obnovljivi zeleni izvori – golemi biznis“, <https://www.logicno.com/politika/obnovljivi-zeleni-izvori-golemi-biznis.html>, 14. фебруар 2021. године.

²⁷ Међународна агенција за обновљиву енергију (International Renewable Energy Agency, IRENA), у студији планова за обновљиву енергију посебно указује на велики потенцијал региона Западног Балкана за развој обновљивих извора енергије. Вид. Remap 2030, A Renewable Energy Roadmap, 2014, <https://www.irena.org/publications/2014/June/REmap-2030-Full-Report>, 08. јануар 2021. године.

²⁸ Отуда, у најмању руку, делује чудно да државе Западног Балкана потписују Софијску декларацију о Зеленој агенди за Западни Балкан, а да се, у исто време, гради или планира изградња нових термоелектрана. Опширније, вид. E. Muminović, 2019.

²⁹ Вид. Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 4 и Економски и инвестициони план за Западни Балкан, 8

³⁰ Грађевински сектор сматра се једним од највећих потрошача електричне енергије у Европској унији. На изградњу, употребу и обнову зграда одлази око 40% укупне потрошње електричне енергије. Вид. Европски зелени договор, 8

³¹ Да би се обнова зграда сматрала енергетски ефикасном делатношћу, потребно је да се садашњих 0.4 до 1.2% обновљених зграда у државама, чланицама Европске уније тај број удвостручи. Вид. *Ibid*, 8

³² Европски зелени договор посебно потенцира обнову социјалних станова, а све са циљем помоћи домаћинствима, која нередовно плаћају рачуне за утрошену електричну енергију. Вид. *Ibid*, 9

³³ Вид. Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 5

Како би се олакшао и убрзао прелаз на чисту енергију на простору Западног Балкана, Европска комисија у Смерницама за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан потенцира да се за сваку националну економију, и регион у целини, изврши процена друштвено-економског утицаја декарбонизације, као и да се припреме и примене програми за решавање енергетског сиромаштва у државама Западног Балкана.³⁴

Када је реч о реформи енергетског сектора, Европска комисија Економским и инвестиционим планом за Западни Балкан од држава региона, поред инвестиција у обновљиве изворе енергије, посебно потенцира реформу регионалног енергетског тржишта и његову интеграцију са тржиштима гаса и електричне енергије из Централне и Југоисточне Европе, као и повећану дигитализацију система, модернизацију даљинског грејања, правичну транзицију, енергетску ефикасност и обезбеђивање енергетске сигурности потрошача.³⁵

2.3. Паметна и одржива мобилност

Свакодневи живот и економија држава Западног Балкана оптерећени су недовољно развијеном транспортном мрежом и логистиком, делом уништеном током бомбардовања НАТО алијансе СРЈ 1999. године.³⁶ Посебан проблем, од утицаја на квалитет живота људи и целокупну животну средину, представља и даље велика зависност саобраћаја од употребе фосилних горива, чије сагоревање доприноси значајним емисијама гасова са ефектом стаклене баште.³⁷

Потписивањем Софијске декларације о Зеленој агенди за Западни Балкан државе региона обавезале су се да ће: припремити и применити Општу стратегију за прелазак друмског транспорта на друге видове транспорта, који мање штети животној средини;³⁸ прецизирати коридоре

³⁴ Вид. *Ibid*, 5.

³⁵ Вид. Економски и инвестициони план за Западни Балкан, 8 и 9.

³⁶ О томе детаљно вид. С. Смиљанић, „Агресија НАТО на СРЈ”, *Војска Југославије у одбрани од агресије 1999. године*, књига прва, Беокуќа, Београд, 2009, 72–73.

³⁷ Суморна предвиђања показују да ће се до 2050. године емисије гасова са ефектом стаклене баште у саобраћају утростручити, уколико се транспортни сектор не трансформише. Вид. К. Danilović, V. Đorić, *Održiva urbana mobilnost. Šanse za razvoj održivih gradova u Srbiji*, Beogradski fond za političku izuzetnost (BFPI), Beograd, 2020, 4, <https://bfpe.org>, 08. јануар 2021. године.

³⁸ Процене, извршене 2017. године, говоре да 1/4 укупне емисије гасова са ефектом стаклене баште потиче из саобраћаја. Од тога, 71.7% иде на друмски саобраћај,

за железнички транспорт и унутрашње водене путеве; и спровести већ усвојени Регионални акциони план за реформу железнице, у склопу обавеза држава Западног Балкана које се односе на реформу транспортног сектора. Осим тога, обавезе држава региона су и да примењују техничке стандарде Европске уније у свим видовима транспорта, и њихову дигитализацију, као и да спроводе Регионални акциони план за олакшавање транспорта, са посебним акцентом на поједностављење процедуре прелаза, затим Плана за безбедност саобраћаја на путевима и Акционог плана за путеве. Државе Западног Балкана су овим правним документом, такође, преузеле обавезе да ће припремити и реализовати планове за климатску отпорност националних транспортних мрежа, као и планова одрживе урбане мобилности, укључујући и конкретна решења паметне и одрживе мобилности (попут, изградње станица за точење алтернативних горива, заједничког коришћења аутомобила или бицикла, појачаног коришћења градског превоза и сл.).³⁹

Европска комисија, Економским и инвестиционим планом за Западни Балкан, посебно потенцира: улагања у саобраћајно повезивање главних градова у региону и са државама, чланицама Европске уније; затим, стварање потпуно интегрисаног транспортног тржишта, утемељеног на прописима Европске уније; промовисање зелених, мултимодалних транспортних решења; као и смањење загађења, проистеклог из саобраћаја.⁴⁰

3. ЦИРКУЛАРНА ЕКОНОМИЈА

Линеарну економију на простору држава Западног Балкана обележавају: ниска продуктивност ресурса,⁴¹ велике емисије гасова са ефектом стаклене баште које настају у поступку њиховог вађења и прераде,

13.9% на цивилни ваздушни саобраћај, 13.4% на водени саобраћај, док само 0.5% одлази на железнички саобраћај и 0.5% на остале врсте саобраћаја. Вид. European Commission, Statistical pocketbook. EU Transport, 2019, стр. 135, https://ec.europa.eu/transport/facts-fundings/statistics/pocketbook-2019_en, 12. јануар 2021. године.

³⁹ Вид. Софијску декларацију о Зеленој агенди за Западни Балкан, 3 и Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 6.

⁴⁰ Вид. Економски и инвестициони план за Западни Балкан, 7–8.

⁴¹ Према проценама, вредност продуктивности ресурса држава Западног Балкана износи 0.35 евра/кг у односу на вредност од 2.07 евра/кг коју има Европска унија. Вид. Eurostat. Resource productivity, http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=env_ac_gp&lang=en, 14. јануар 2021. године.

као и повећане количине отпада,⁴² услед економског развоја и пораста потрошње, уз, у исто време, врло низак проценат његовог рециклирања.⁴³ Као значајан додатак том проблему, евидентно је одсуство било какве шеме за одвојено сакупљање отпада, затим недостатак подстицаја за смањено стварање отпада (какав је случај са програмом „плати колико бациш“) и бољи третман отпада (попут, накнада за депоније или за спаљивање отпада), као и одсуство делотворне шеме проширене одговорности произвођача. Посебан проблем представљају отпадне воде које се уопште не пречишћавају или је њихово пречишћавање лоше, као и смеће у водама, посебно пластике у Јадранском мору.⁴⁴

Европска комисија, постављајући Европским зеленим договором као главни циљ коме треба стремити – климатску неутралност европског континента, у Зеленој Агенди за Западни Балкан потенцира од држава са овог простора прелазак са линеарне на циркуларну (кружну) економију. Основа кружне економије је да ресурсе треба задржати у економији што дуже могуће, „максимизирајући њихову вредност, а минимизирајући отпад“,⁴⁵ а када се он створи, предузети све да се он трансформише у ресурс који ће ући у процес производње. Притом, „заштитни знак“ циркуларне економије јесу иновативни и ефикаснији начини производње и потрошње у односу на линеарну економију.⁴⁶

Софијском декларацијом о Зеленој агенди за Западни Балкан државе региона преузеле су обавезу о побољшању одрживости примарне производње сировина. У преузете обавезе спада и усвајање Стратегије циркуларне економије, као и даља примена Стратегије паметне специјализације, чију суштину чини развој економије на темељу одрживости иновација, уз пуно уважавање специфичности локације. Државе Западног Балкана овим правним документом обавезале су се да ће радити на припреми и примени Програма за превенцију стварања отпада и Стратегији управљања и рециклирања отпадом, као и на изградњи и одржавању потребне инфраструктуре за управљање отпадом. У обавезе држава региона, такође, спада и јачање свести потрошача о отпаду, његовом разврставању, приликом сакупљања, и одрживој потрошњи.⁴⁷

⁴² Вид. Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 7

⁴³ Док се на простору Европске уније рециклира 44% отпада, у државама Западног Балкана на рециклажу „иде“ испод 3% отпада. Вид. *Ibid*, 8.

⁴⁴ *Ibid*.

⁴⁵ *Ibid*, 7.

⁴⁶ *Ibid*.

⁴⁷ Вид. Софијску декларацију о Зеленој агенди за Западни Балкан, 3–4.

На државама Западног Балкана је да испуне и обавезу потписивања и спровођења регионалног Споразума о превенцији загађивања пластике, са посебним фокусом на морско смеће.⁴⁸

Како би државе Западног Балкана што лакше и „безболније“ започеле транзицију као кружној економији, Европска комисија у Смерницама за спровођење Зелене агенде предвиђа ангажовање Европске уније у правцу интегрисања Западног Балкана у ланце њеног индустријског снабдевања, посебно за кључне индустријске системе, попут транспортне, аутомобилске, текстилне и дигиталне индустрије.⁴⁹

У Економском и инвестиционом плану за Западни Балкан не само што се потенцира прелаз на циркуларну економију, већ се од држава са простора Западног Балкана тражи прихватање иновативних зелених и дигиталних технологија које ће омогућити бољу продуктивност и декарбонизацију целокупне привреде.⁵⁰

4. СМАЊЕЊЕ ЗАГАЂЕЊА ВАЗДУХА, ВОДЕ И ЗЕМЉИШТА

Државе Западног Балкана се деценијама уназад суочавају са загађењем ваздуха, воде и земљишта. Стопа њиховог загађења је нарочито алармантна последњих година. Као „главни кривци“ за загађење ваздуха на овом простору препознају се индустријска постројења (попут, термоелектрана на угаљ), пећи, шпорети и котлови на дрва и угаљ у домаћинствима,⁵¹ укључујући и паљење отпада, као и аутомобили, старије производње, који, сви скупа, „производе“ високе концентрације загађујућих материја: честице прашкастих материја (PM), азот-диоксид (NO₂) или сумпор-диоксид (SO₂).⁵²

Када је у питању загађење вода на простору Западног Балкана, као горући проблеми, јављају се: постојање, по правилу, само основног санитарног чвора у сеоским подручјима, испуштање отпадних вода из градске канализационе мреже, углавном без поступка пречишћавања, и

⁴⁸ *Ibid.*, 4.

⁴⁹ Вид. Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 9.

⁵⁰ Вид. Економски и инвестициони план за Западни Балкан, 11.

⁵¹ Према проценама, више од милион домаћинстава у Србији користи ове уређаје за грејање, чија је ефикасност редовно нижа од наведене у пратећој документацији и да, уз то, производе веће емисије гасова са ефектом стаклене баште од немачког стандарда. Опширније о томе вид. А. Macura, „Nevidljivi milion“, 2017, <https://rs.boell.org/sr/2017/10/26/nevidljivi-milion>, 08. јануар 2021. године.

⁵² Вид. Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 9–10.

велико присуство нитрата и пестицида у подземним водама. Посебан проблем, иако се не ради директно о загађењу, за Западни Балкан представљају: вишегодишње смањивање количине воде због суше, посебно у летњем периоду и спорадично, нагло повећање хидроенергетског потенцијала у последњих неколико година.⁵³

Земљиште у региону Западног Балкана загађено је прекомерном употребом ђубрива и пестицида. Лошем квалитету земљишта, такође, доприносе и његова ерозија, као и дезертификација, посебно у планинским областима Западног Балкана.⁵⁴

Премда је Парламентарна скупштина Савета Европе у Препоруци бр. 1495 из 2001. године,⁵⁵ а на темељу Извештаја Одбора за животну средину, пољопривреду и локалне и регионалне послове,⁵⁶ указала на несагледиве штетне последице НАТО бомбардовања СРЈ, по људе и животну средину, укључујући ту и загађење ваздуха, воде и земљишта, у Зеленој агенди за Западни Балкан, Смерницама за њено спровођење и Економском и инвенстиционом плану за Западни Балкан нема ни речи о томе.⁵⁷

⁵³ Вид. *Ibid*, 10–11.

⁵⁴ Вид. *Ibid*, 11.

⁵⁵ Вид. Parliamentary Assembly, Recommendation 1495 (2001) Environmental impact of the war in Yugoslavia on South-East Europe, на интернет страници <https://pace.coe.int/en/files/16867/html>, 05. фебруар 2021. године.

⁵⁶ Вид. Committee on the Environment, Agriculture and Local and Regional Affairs, Report: Environmental impact of the war in Yugoslavia on South-East Europe, на интернет страници <https://pace.coe.int/en/files/9143>, 05. фебруар 2021. године.

⁵⁷ Подсећања ради, током операције НАТО снага под називом „Милосрдни анђео“, на државу СРЈ бачено је 79.000 тона експлозива, уз коришћење муниције са осиромашеним уранијумом, касетним, термовизуелним и графитним бомбама. За 79 дана НАТО алијанса је остварила око 35.000 разних војних операција, укључујући ту и велики број прелета авиона који испуштају издувне гасове, посебно штетне за атмосферу (О томе опширније, вид.: С. Петковић, „Агресија НАТО на СРЈ“, *Војска Југославије у одбрани од агресије 1999. године*, књига прва, Беокига, Београд, 75–95). Готово свакодневна, вишесатна бомбардовања СРЈ проузроковала су уништавање многобројних индустријских објеката: рафинерија и резервоара нафте, термоелектрана, топлана, азотара, трафостаница и сл. То је имало за директну последицу сагоревање многобројних токсичних хемијских једињења (попут, трансформаторског уља – пиралена, амонијака, нафте, мазута, азотне киселине, минералних ђубрива итд.), или њихово изливање у водене токове, или пак, у земљиште (Детаљно о томе вид.: S. Vakrač, E. Klem, M. Milanović, „Ekološke posledice NATO bombardovanja Republike Srbije 1999. godine“, *Војно дело*, br. 7/2018, 478–488; A. Račić, „Hemijske i biološke posledice NATO bombardovanja Srbije“, *Tehnika – kvalitet imis, standardizacija i meteorologija*, br. 19 (2019) 3, 478–481). Ни до дана данашњег, не зна се тачно, што због непостојања међународно признате

Како би се афирмативно деловало на постојећи ниво загађења ваздуха, државе региона, потписивањем Софијске декларације о Зеленог агенди за Западни Балкан обавезале су се да ће уложити потребне напоре у правцу ратификације Конвенције о прекограничном загађивању ваздуха на велике удаљености, заједно са протоколима, укључујући и све њихове новеле, као и потписати регионални Споразум о прекограничном загађивању ваздуха. Осим тога, прихваћена је и обавеза да се изradi Стратегија о квалитету ваздуха која би се примењивала на простору Западног Балкана, као и да се успостави Систем за праћење ваздуха. Такође, овим правним актом државе Западног Балкана преузеле су и обавезу да акредитују мрежу за праћење квалитета ваздуха, као и да повећају применљивост најбољих доступних техника, предвиђених Директивом о индустријским емисијама.⁵⁸

Намера држава Западног Балкана о побољшању квалитета воде и спречавању њеног даљег загађења, потврђена је у овом документу, преузимањем обавезе о примени релевантних правних тековина Европске уније о заштити вода,⁵⁹ затим осавремењавању постојеће инфраструктуре за праћење вода, изградњи потребне инфраструктуре за третман отпадних вода, као и постизању регионалног споразума о прекограничном загађивању вода.⁶⁰

методологије процене еколошких штета, што због недостатка чврсте намере да се она утврди, колика је стварна вредност ове штете, када је у питању НАТО агресија на СРЈ. Барата се цифрама у распону од 3.6 милијарди до 10 милијарди долара (Вид. *Енергетика и Безопасност*, N° 32, на интернет страни <http://www.ieer.org/ensec/no-32/no32russ/uhealthrisks.html>, 12. фебруар 2021. године).

⁵⁸ Вид. Софијску декларацију о Зеленој агенди за Западни Балкан, 4.

⁵⁹ Ради се о Оквирној директиви о водама (Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the Community action in the field of water policy, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32000L0060>, 11. јануар 2021. године), Директиви о третману урбаних отпадних вода (Council Directive 91/271/EEC of 21 May 1991 concerning urban waste-water treatment, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/THT/?uri=CELEX%3A31991L0271>, 11. јануар 2021. године) и Директиви о управљању отпадом из екстрактивне индустрије (Directive 2006/21/EC of the European Parliament and of the Council of 15. March 2006 on the management of waste from extractive industries and amending Directive 2004/35/EC – Statement by the European Parliament, the Council and the Commission, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006>

L0021, 11. јануар 2021. године).

⁶⁰ Вид. Софијску декларацију о Зеленој агенди за Западни Балкан, 4

Корак ка оздрављењу земљишта држава Западног Балкана од загађења, ерозије и дезертификације представљаће реализација обавеза, преузетих Софијском декларацијом о Зеленој агенди за Западни Балкан. Ради се о: обавези успостављања партнерства за земљиште на регионалном нивоу, које би омогућило размену знања и најбољих пракси за његову заштиту од загађења и деградације; затим, обавези укључивања заштите земљишта у друге области политике; потом, обавези улагања у постројења за пречишћавање отпадних вода у пољопривред; као и обавези улагања у боље управљање отпадом и ђубривом.⁶¹

Како би се олакшало деловање држава Западног Балкана на плану смањења загађивања ваздуха, воде и земљишта, Европска комисија у Смерницама за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан препоручује њихово укључивање у свеевропске мреже које промовишу и подржавају смањивање загађења (попут, Форума о моделирању квалитета ваздуха или Европске мреже за заштиту земљишта).⁶² Европска комисија Економским и инвестиционим планом за Западни Балкан од држава региона нарочито захтева да појачају напоре за смањење загађивања воде, квалитетнију заштиту од поплава и боље очување водних ресурса.⁶³

5. ОДРЖИВА ПОЉОПРИВРЕДНА И ПРЕХРАМБЕНА ПРОИЗВОДЊА

Прехрамбени систем у државама са простора Западног Балкана негативно утиче на животну средину и квалитет живота људи, а није у сагласју ни са стандардима Европске уније за здравље и добробит животиња и биљака, као и за безбедност хране. Посебно, пољопривредна производња као нераскидиви део прехрамбеног ланца, оптерећена је технолошки неразвијеним методама рада, уситњеним пољопривредним газдинствима који доносе ниске приносе, или приходе који служе искључиво за потребе газдинства.

У Зеленој агенди за Западни Балкан садржан је читав сет мера које државе са простора Западног Балкана треба да предузму са циљем трансформације постојећег прехрамбеног система у одрживи, узимајући за полазну основу решења садржана у Стратегији од њиве до трпезе.⁶⁴

⁶¹ Вид. *Ibid*, 4–5.

⁶² Вид. Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 12.

⁶³ Вид. Економски и инвестициони план за Западни Балкан, 11.

⁶⁴ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. „A Farm to Fork Strategy. For a fair, healthy and

Како би се за становништво Западног Балкана обезбедила производња здраве хране, државе региона су Софијском декларацијом о Зеленог агенди за Западни Балкан преузеле обавезу да ће усагласити свој пољопривредно-прехранбени сектор и сектор примарне производње са стандардима Европске уније који се односе на безбедност хране, заштиту животне средине, добробит животиња, здравље биљака и животиња. „Природни“ продужетак ове обавезе јесте и преузета обавеза о појачаној санитарној контроли у целом прехранбеном ланцу, затим адекватно обележавање прехранбених производа и њихова следљивост,⁶⁵ како би се омогућила безбедна храна и боља информисаност потрошача.⁶⁶

У циљу смањења штетног утицаја пољопривредно-прехранбеног сектора на животну средину, државе Западног Балкана овим документом преузеле су и обавезу о промоцији органске пољопривредне производње, других видова пољопривредне производње који више погодују очувању животне средине (попут, прецизне пољопривреде и еколошке пољопривреде)⁶⁷ и одрживе хране, као и делотворније ангажовање на плану смањивања отпада у руралним и приобалним пределима (нарочито, поред путева и уз обале река).⁶⁸

Софијском декларацијом о Зеленој агенди за Западни Балкан државе региона су, такође, преузеле обавезу о појачаном напору за одрживи развој руралних области⁶⁹ који не треба да буде праћен смањењем становништва у овим крајевима, већом незапосленošћу, као и губитком биолошке разноврсности или нарушавањем руралних предела.⁷⁰

environmentally-friendly food system“, Bruxelles 20. 05. 2020, <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0381>, 12. новембар 2020.

⁶⁵ За ближе објашњење овог термина, вид. чл. 4, ст. 1, тач. 19 Закона о безбедности хране Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 41/2009 и 17/2019.

⁶⁶ Вид. Софијску декларацију о Зеленој агенди за Западни Балкан, 4–5.

⁶⁷ Вид. ЕУ Стратегију о биолошкој разноврсности до 2030. године (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. „EU Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives“, Bruxelles, 20. 05. 2020, <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1590574123338&uri=CELEX:52020DC0380>, 12. новембар 2020. године), 7.

⁶⁸ О бенефитима преласка на одржив прехранбени систем, вид. Економски и инвестициони план за Западни Балкан, 11.

⁶⁹ Вид. Софијску декларацију о Зеленој агенди за Западни Балкан, 5.

⁷⁰ Вид. Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 13.

6. ЗАШТИТА И ОБНОВА БИОЛОШКЕ РАЗНОВРСНОСТИ

Западни Балкан, као и простор Европске уније суочавају се са рапидним губитком биолошке разноврсности и деградацијом екосистема, чиме се директно угрожавају услуге екосистема (попут: опрашивања, регулисања болести, контроле штеточина, спречавања или ублажавања природних катастрофа и сл.).

Главним узроцима за такво стање сматрају се: недостатак политичке воље да се у потпуности спроведу, или да се изврше потребне измене и допуне прописа који се непосредно односе на очување и заштиту биодиверзитета, недостатак финансијских средстава за предузимање одређених активности које би имале за циљ очување биолошке разноврсности, укључујући и негативни утицај појединих економских активности на биодиверзитет, попут: саобраћаја, туризма, пољопривреде, рибарства, шумарства, као и изградње и функционисања енергетске инфраструктуре.⁷¹ У Зеленој агенди, а ни у осталим пратећим документима, нема помена о разарајућим: радиолошким, хемијским и физичким последицама бомбардовања СРЈ 1999. године на биолошку разноврсност региона, нарочито у заштићеним природним подручјима са простора Републике Србије.⁷²

Софијском декларацијом о Зеленој агенди за Западни Балкан државе региона су се обавезале да ће сачинити и применити Акциони план за биодиверзитет Западног Балкана до 2030. године, руководећи се решењима садржаним у ЕУ Стратегији о биолошкој разноврсности до 2030. године.⁷³

У обавезе преузете овим документом спада и усвајање, као и спровођење Плана обнове шумских предела Западног Балкана, као и националних планова заштите и обнове природе.

У циљу брже и ефикасније заштите и обнове биолошке разноврсности Западног Балкана, државе региона су Софијском

⁷¹ Вид. Смернице за спровођење Зелене агенде за Западни Балкан, 14.

⁷² На удару НАТО алијансе посебно су били: Национални парк Копаник (21 пут), Национални парк Фрушка гора (21 пут), Национални парк Шарпланина (8 пута) и Парк природе Грмија код Приштине (18 пута). О томе детаљно вид: S. Вакраћ, Е, Клем, М. Milanović, *op. cit.*, 488–489.

⁷³ Више о овом правном извору вид. Н. Стојановић, „О друштвено одговорном приступу Европске уније у очувању и заштити биолошке разноврсности“, *Зборник радова „Одговорност у правном и друштвеном контексту“*, Ниш, Правни факултет, 2021, 23–45.

декларацијом о Зеленој агенди за Западни Балкан потврдиле своју намеру о јачању механизма за регионалну сарадњу на плану очувања биодиверзитета и активнију улогу у реализацији циљева, постављених Конвенцијом о биолошкој разноврсности.⁷⁴ Истом циљу би водила и размена знања између истраживачких центара Западног Балкана и Европске уније, укључујући и питање могућности оснивања Информативног центра за биодиверзитет Западног Балкана.⁷⁵

7. ЗАКЉУЧАК

Потписивањем Софијске декларације о Зеленој агенди за Западни Балкан државе региона обавезале су се да путем еколошке и енергетске сарадње, међусобно и са Европском унијом, омогуће свој економски опоравак, у исто време, штитећи животну средину и обезбеђујући услове за постизање климатске неутралност европског континета до 2050. године.

Више је него јасно да је реализација читавог сета мера, предвиђених Софијском декларацијом у обостраном интересу, како држава Западног Балкана, тако и Европске уније у целини. Ако се прописане мере доследно спроведу, то ће допринети декарбонизацији држава Западног Балкана, али и целокупне Европе, те самим тим омогућити обнову и заштиту биолошке разноврсности и смањити степен загађења ваздуха, воде и земљишта. Такође, спровођење предложених мера имаће утицаја и на економска кретања на европском простору, будући да су државе Западног Балкана географски у непосредној близини напредних економија Европске уније, које имају велику потражњу за производима пољопривредне и прехранбене производње, енергијом и атрактивним туристичким дестинацијама.

Колико ће ове мере заиста заживети у пракси, то не зависи само од добре воље потписника Софијске декларације да се договорено спроведе, већ и од: чврсте решености власти држава региона да се побољша и примени правни оквир који треба да олакша зелену трансформацију; степена свести сваког појединца и сваке корпорације о неопходности примене решења која не штете животној средини; финансијских

⁷⁴ Детаљно о овом међународном документу вид. Н. Стојановић, „Општи међународноправни оквир заштите и очувања биолошке разноврсности“, *Зборник радова „Национално и међународно право – актуелна питања и теме“*, том I, Косовска Митровица, Правни факултет, 2017, 15–36.

⁷⁵ Вид. Софијску декларацију о Зеленој агенди за Западни Балкан, 5.

могућности да еколошка трансформација постане реалност и, наравно, од веће ангажованости медија и образовних установа у погледу едукације становништва о потреби заштите биодиверзитета, предностима обновљивих извора енергије, кружне економије и одрживе пољопривредне и прехранбене производње и утицају смањивања загађења на квалитет живота. Додатни проблем у спровођењу слова Зелене агенде за Западни Балкан за Републику Србију представља санирање хемијских и радиолошких последица НАТО бомбардовања.

ЛИТЕРАТУРА:

Bakrač S., Klem E., Milanović M., „Ekološke posledice NATO bombardovanja Republike Srbije 1999. godine“, *Vojno delo*, br. 7/2018, 475–492.

Danilović, K., Đorić, V., *Održiva urbana mobilnost. Šanse za razvoj održivih gradova u Srbiji*, Beogradski fond za političku izuzetnost (BFPI), Beograd, 2020, <https://bfpe.org>, 08. јануар 2021. године.

Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the Community action in the field of water policy, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32000L0060>, 11. јануар 2021. године.

Directive 2006/21/EC of the European Parliament and of the Council of 15. March 2006 on the management of waste from extractive industries and amending Directive 2004/35/EC – Statement by the European Parliament, the Council and the Commission, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0021>, 11. јануар 2021. године.

Энергетика и Безопасност, № 32, <http://www.ieer.org/ensec/no-32/no32russ/uhealthrisks.html>, 12. фебруар 2021. године.

European Environmental Bureau (EEB), „Serbia’s public electricity company faces court for breaching toxic emission limits, <https://eeb.org/serbias-public-electricity-company-faces-court-for-breaching-emission-limits/>, 12. фебруар 2021. године.

European Commission, Commission staff Working Document, „Guidelines for the Implementation of the Green Agenda for the Western Balkans“ *Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions An Economic and Investment Plan for the Western Balkans*, Brussel, 06. 10. 2020, <http://www.pregovarackagrupa27.gov.rs/dostupni-prevodi-dokumenta/>, 12. јануар 2021. године.

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. „A Farm to Fork Strategy. For a fair, healthy and environmentally-friendly food system“, Bruxelles, 20. 05. 2020, <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0381>, 12. новембар 2020.

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social

Committee and the Committee of the Regions. „EU Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives“, Bruxelles, 20. 05. 2020, [https://www.eur-lex.europa.eu/legal-](https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1590574123338&uri=CELEX:52020DC0380)

[content/EN/TXT/?qid=1590574123338&uri=CELEX:52020DC0380](https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1590574123338&uri=CELEX:52020DC0380), 12. новембар 2020. године.

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. „The European Green Deal“, Bruxelles, 11. 12. 2019, [https://www.eur-lex.europa.eu/legal-](https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1588580774040&uri=CELEX:52019DC0640)

[content/EN/TXT/?qid=1588580774040&uri=CELEX:52019DC0640](https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1588580774040&uri=CELEX:52019DC0640), 12. новембар 2020.

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. „An Economic and Investment Plan for the Western Balkans“, Brussels, 06. 10. 2020. <http://www.pregovarackagrupa27.gov.rs/dostupni-prevodi-dokumenta/>, 12. јануар 2021. године.

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank. „A Clean Planet for all“. A European strategic long-term vision a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy, Brussels, 28. 11. 2018, [https://eur-lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0773&from=EN)

[content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0773&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0773&from=EN), 08. јануар 2021. године.

European Commission, Statistical pocketbook. EU Transport, 2019, 135, https://ec.europa.eu/transport/facts-fundings/statistics/pocketbook-2019_en, 12. јануар 2021. године.

Eurostat. Resource productivity, http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=env_ac_gp&lang=en, 14. јануар 2021. године.

Закон о безбедности хране Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 41/2009 и 17/2019.

Закон о потврђивању Споразума из Париза, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 4/2017.

Zvijerac, P., „Može li vodik oporaviti ekonomije EU-a i Zapadnog Balkana?“, 2020, <https://www.slobodnaevropa.org/a/moze-li-vodik-oporaviti-ekonomije-eu-a-i-zapadnog-balkana/>

30741409.html, 08. јануар 2021. године.

RENA, Remap 2030, A Renewable Energy Roadmap, 2014, <https://www.irena.org/publications/2014/June/REmap-2030-Full-Report>, 08. јануар 2021. године.

Macura, A., „Nevidljivi milion“, 2017, <https://rs.boell.org/sr/2017/10/26/nevidljivi-milion>, 08. јануар 2021. године.

Muminović, E., „Zapadni Balkan – prljavo dvorište Evrope“, 2019, <https://europeanwesternbalkans.rs/zapadni-balkan-prljavo-dvoriste-evrope/>, 4. јануар 2021. године.

Parliamentary Assembly, Recommendation 1495 (2001) Environmental impact of the war in Yugoslavia on South-East Europe, <https://pace.coe.int/en/files/16867/html>, 05. фебруар 2021. године.

Петковић С., „Агресија НАТО на СРЈ“, *Војска Југославије у одбрани од агресије 1999. године*, књига прва, Беокина, Београд, 2009, 75–95.

Popov, J., „European Green Deal: Bring in the Western Balkans“, 2019, https://www.ecfr.eu/article/commentary_european_green_deal_bring_in_the_western_balkans, 4. јануар 2021. године.

Prešić, J., „Koliko smo (ne)efikasni“, 2017, <https://rs.boell.org/sr/2017/11/23/koliko-smo-neefikasni>, 08. јануар 2021. године.

Račić, A., „Hemijske i biološke posledice NATO bombardovanja Srbije, *Tehnika – kvalitet imis, standardizacija i meterologija*, br. 19 (2019) 3, 478–481.

Смиљанић С., „Агресија НАТО на СРЈ“, *Војска Југославије у одбрани од агресије 1999. године*, књига прва, Беокина, Београд, 2009, 72–73. Софијска декларација о Зеленој агенди за Западни Балкан, <http://www.pregovaraackagrupa27.gov.rs/dostupni-prevodi-dokumenta/>, 12. јануар 2021. године.

Spasić V., „EU presents guidelines on Green Agenda for Western Balkans“, <https://balkangreenenergynews.com/eu-presents-guidelines-on-green-agenda-for-western-balkans> 24. децембар 2020. године.

Стојановић, Н., „Општи међународноправни оквир заштите и очувања биолошке разноврсности“, *Зборник радова „Национално и међународно право – актуелна питања и теме“*, том I, Косовска Митровица, Правни факултет, 2017, 15–36.

Стојановић, Н., „О друштвено одговорном приступу Европске уније у очувању и заштити биолошке разноврсности“, *Зборник радова „Одговорност у правном и друштвеном контексту“*, Ниш, Правни факултет, 2021, 23–45.

Stöllinger R.,Landesmann M., „The European Green Deal – good intentions that won’t go far“, 2020, <https://wiiw.ac.at/the-european-green-deal-good-intentions-that-won-t-go-far-n-423.html>, 06. јануар 2021. године.

Committee on the Environment, Agriculture and Local and Regional Affairs, Report: Environmental impact of the war in Yugoslavia on South-East Europe, <https://pace.coe.int/en/files/9143>, 05. фебруар 2021. године.

Council Directive 91/271/EEC of 21 May 1991 concerning urban wastewater treatment, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/THT/?uri=CELEX%3A31991L0271>, 11. јануар 2021. године.

Šebelj Arna, „Obnovljivi zeleni izvori – golemi biznis“, <https://www.logicno.com/politika/obnovljivi-zeleni-izvori-golemi-biznis.html>, 14. фебруар 2021. године.

Nataša STOJANOVIĆ, Ph.D

Full-time Professor, Faculty of Law, University of Niš

WHAT IS ENVISAGED FOR THE WESTERN BALKANS BY THE GREEN AGENDA?

Summary

The five countries of the Western Balkans Albania, North-Macedonia, Serbia, Montenegro, and Bosnia and Herzegovina have been faced with numerous challenges: natural disasters; climatic changes; big air, water and soil pollution; enormous loss of biodiversity; food chain adversely affecting environment and human health; low economy growth, partially caused by linear economy excessively consuming natural resources; obsolete energy and transportation sectors, etc. The European Union, being aware of the fact that the goal ambitiously set by the European Green Deal - climate neutrality of the European continent - cannot be realized independently of the environmental state in the Western Balkans region, as well as that economic strengthening of the Western Balkans areas is all-important for their economic convergence to the European Union, prepared the Green Agenda for the Western Balkans, the Guidelines for its Implementation, and an Economic and Investment Plan for the Western Balkans. These are strategic documents supporting the Western Balkans countries in their economic and social green transformation. In the paper, the author analyses the solutions contained therein, with a goal to penetrate their sense and find out to what extent they can really contribute to environmental protection and economic recovery of the Western Balkans region.

Key words: Green agenda, decarbonisation, circular economy, depollution, sustainable food system, biodiversity.

прегледни рад
примљен: 22. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 28. 04. 2021. г.
616.98:578.834]:340.63

Др Зоран ЋИРИЋ*

СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКА ИСКУСТВА У ВРЕМЕНУ ИЗМЕЊЕЊЕ РЕАЛНОСТИ УСЛЕД ЕПИДЕМИЈЕ COVID-19¹

Апстракт

Епидемија КОВИД 19 је својим обележјима значајно утицала на измену модела индивидуалног, друштвеног, институционалног, па и глобалног функционисања, да су све чешће у употреби појмови нове или измењене реалности. Међу њима су и промене на нивоу здравља, пре свега телесног, али и менталног, посебно са аспекта потенцијалних будућих неповољних реакција у ситуацији пролонгираног стреса, стрепње и неизвесности.

Све ово утицало је и на измене у раду и организацији правосудних органа, а у склопу тога и на измену активности и одређене проблеме са којима су се срели и судски психијатри.

Рад има преваходни циљ да прикаже практична искуства судских психијатара у току трајања епидемије COVID-19, како са становишта измена које су биле објективно условљене, тако и са становишта неадекватног, па и нестручног поступања неких форензичких психијатара и психолога, али и неадекватног поступања органа поступка, чак до мере да је њиховим одлукама чињена повреда законских одређења.

Осим приказа конкретних правосудних ситуација, рад је конципиран тако да укаже на одређене пропусте и грешке учесника у поступку и створи практичну основу за даље теоријско истраживање изнетих проблема, као и за налажење начина да се исти превазиђу.

Кључне речи: судска психијатрија, експертиза, епидемија COVID-19

*Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу, cira@prafak.ni.ac.rs

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета у Нишу “Одговорност у правном и друштвеном контексту“.

1. УВОД

Околности које је донела епидемија COVID-19 на нашим просторима, као и глобално, услед пандемије (проглашена од стране СЗО 11. марта 2020. године) условиле су веома значајне промене савременог човечанства, почев од глобалног нивоа, па све до индивидуалног функционисања појединаца. Многе ствари се не одвијају као у периоду пре тога, изменили су се међународни односи, економија, проток људи, роба и капитала, али и свакодневне навике појединаца, начини остваривања интерперсоналних релација, као и индивидуално психичко функционисање.

Због овога су много склони да говоре о новој реалности, која треба означити промене настале на свим нивоима човековог функционисања у условима глобалне пандемије.

Аутор ових редова се некако не мири са појмом нове реалности, јер му се чини да то означава једно трајно стање, већ је више склон да говори о измењеној реалности и да се нада да ће она бити привременог карактера, након чега ћемо се вратити у модел функционисања који је раније постојао.

Нека од истраживања и саопштења² указују на четири основна домена нове или измењене реалности:

1. Област која се односи на глобални поредак, односно како ће COVID-19 променити структуру и динамику међународног система;
2. Сегмент који прати утицај епидемије на структуру друштва и економије и то почев од националног, преко регионалног до локалног нивоа организације друштва;
3. Домен утицаја епидемије на привреду и тржиште; и
4. Област у којој се говори о утицају епидемијске ситуације на породице и појединце, односно како ће се епидемија одразити на здравље (и телесно и ментално) појединаца и породица у целини.

Слагали се са овим или не, евидентно је да је од почетка 2020. године дошло до значајних измена у свим наведеним областима, измена у функционисању друштва и његових институција, као и индивидуалног битисања појединаца. Међу њима су и већ видљиве последице на ментално здравље и фактори који имају негативан ментално-хигијенски утицај, као што су брига особа да се не заразе, избегавање ближих интерперсоналних

² The world beyond COVID-19: the four domains. https://www.ey.com/en_gl/covid-19/will-you-define-the-new-normal-or-watch-it-unfold, EU Megatrends 2020 and beyond report, june 2020

релација, повлачење из ситуација квалитетног социјалног функционисања и многа друга осујећења или забране. Све то има и обележја пролонгираног стреса са негативним психичким последицама, од појаве негативних емоционалних доживљаја, па до структурисаних менталних поремећаја. Овакав развој неповољних психо-социјалних фактора и околности ствара основе за будуће потенцијално увећање психијатријско-психолошких симптома и феномена, што ће, као „други талас“, вероватно истаћи у први план рад оних који се баве очувањем и унапређењем менталног здравља појединаца и нације.

2. АКТИВНОСТИ СУДСКИХ ПСИХИЈАТАРА У ИЗМЕЊЕНОЈ РЕАЛНОСТИ У ЕПИДЕМИЈСКИМ УСЛОВИМА

Настала измењена реалност утицала је и на одређена нова правила, али и тешкоће у раду правосудних органа, што се последично одражавало и на учеснике у поступцима. Међутим, ово није био, нити је само наш спецификум, већ су се слични проблеми и нова правила организације рада правосудних органа јавили и у другим земљама. Тако је анализа оних суђења која су захтевала учешће пороте у Шкотској показала да се прешло на комбинацију физичких и даљинских поставки. Наиме, судије, тужиоци, адвокати, оптужени и сведоци су се налазили у „социјално дистанцираним“ судницама, док су поротници били у посебним центрима, ван зграде суда и појављивали су се у судници само преко видео „зида“.³

Све ово утицало је и на активности судских психијатара у разним правосудним поступцима, па је то и определило циљ овог рада у смислу да се прикажу одређене нове или измењене ситуације у којима су се форензички психијатри нашли од почетка марта 2020. године па до данас, било да су своју активност обављали као судски вештаци, стручни консултанци у парничним поступцима или стручни саветници у кривичним поступцима. Неке од њих су биле последица објективних околности и тешкоћа, а неке су настале услед непоштовања стручне доктрине, добре форензичко-психијатријске праксе или непоштовања законских одређења од стране разних учесника правосудних поступка.

³ Covid-19 has spurred changes to justice systems, Covid-19 impact on access to justice, <https://thecommonwealth.org/media/news/covid-19-has-spurred-changes-justice-systems>, 27. новембар 2020.

Овај рад треба превасходно схватити као део личног искуства аутора рада и његових стручних сарадника, као и непосредног запажања активности других судских психијатара у правосудној активности.

Из наведених разлога, све проблематичне, па и спорне ситуације можемо, по узроку свог настанка, разврстати у две групе:

1. Проблеми настали као последица (не)примењивања противепидемијских мера и

2. Проблеми услед нестручног и несавесног рада судских вештака и услед непоштовања законских прописа који се односе на рад судских психијатара.

2.1. Проблеми настали као последица (не) примењивања противепидемијских мера

а) Непосредно по увођењу ванредног стања, док смо сви били у једној новој, непознатој и недовољно припремљеној ситуацији, дошло је и до одређене конфузије и у раду правосудних органа и до различитих тумачења донетих противепидемијских мера.

Тако су неки судови у значајној мери смањили редовне активности, неки радили само случајеве који захтевају хитност у поступању, а неки одлагали заказана суђења. Све се ово одразило и на активности судских психијатара, без обзира у ком својству су се појављивали пред судом. Нисмо били обавештавани о одлагању суђења, па је наша припрема за исте постајала беспредметна и узалудна. Такође, одлагања суђења, без обавештења да ће се то десити, створила су нам проблеме везане за редовни посао, јер се показало да смо без потребе напуштали радно место. На сви срећу, ова конфузна ситуација је убрзо превазиђена, те се активност форензичких психијатара вратила у одређени ритам и мод како се до тада радило.

б) Већи проблем са којим смо се сусрели односи се на околности при вештачењима лица која су се налазила у притворским јединицама или на издржавању казне затвора. Наиме, у склопу уређења рада установа у којима су се ова лица налазила, контакт се обављао аудио-визуелним путем, али је између судског психијатра (и често психолога) постојала стаклена баријера. Управо ова баријера онемогућавала је обављање комплетног непосредног прегледа лица, како од стране неуропсихијатра, тако и од стране психолога.

Због чега је ово било битно? Наиме, осим интервјуа са испитаником, који се може обавити преко стаклене баријере, правила медицинске струке налажу да психијатар треба да обави и непосредни телесни и неуролошки преглед те особе. Тако се по правилима струке обављају неуропсихијатријски прегледи, па и они за које се тражи одређена судско-психијатријска евалуација⁴. На жалост, у одређеном периоду трајања епидемије то нам није било дозвољено, чиме су изостале могућности за потпуну клиничку дијагностичку процедуру⁵. С обзиром да се на основу резултата телесног и неуролошког прегледа могу утврдити органски разлози психичке измењености, изостала је и могућност потпуног етиолошког дијагностичког сагледавања и тиме је умањена вредност налаза и потпуна објективност истог.

Ове околности још више су погодиле могућност потпуне и квалитетне психолошке експлорације. Наиме, приликом испитивања интелигенције, лицу се задаје и манипулативни и вербални део скале интелигенције⁶. Вербални се састоји у одговорима на одређена питања и то се некако могло обавити. Међутим, манипулативни део скале је био потпуно неприменљив, јер у нормалним условима испитивач даје одређене предмете (коцке, моделе делова тела, одређене слике и др.), што у конкретним условима није било могуће. Имајући у виду да је израчунавање оба скорa, неопходно за одређење скупног коефицијента интелигенције, изостала је могућност за прецизно одређење интелектуалних способности. Међутим, немогућност израчунавања оба скорa, није само значајно за одређење скупног коефицијента интелигенције, већ и за утврђивање евентуалног пада интелектуалне ефикасности испитаника и могући степен менталне детериорације. На жалост, новонастали услови су у доброј мери компромитовали квалитетну дијагностику, која је најбитнији предуслов за судско психијатријску и судско психолошку процену.

Ове тешкоће појављивале су се и у ситуацијама када смо били анагажовани као вештаци, али и као стручни саветници. Пошто није било разумевања да се услови прегледа промене, једино што смо могли, а и били у обавези, је то да орган поступка обавестимо о томе и да објаснимо одређене недостатке налаза, који нису били резултат нашег нестручног поступања, већ правила која су важила у установи у којима су прегледи обављани.

⁴ Р. Ковачевић, *Форензичка психијатрија*, Бања Лука, 2000.

⁵ З. Ђирић, *Судска психијатрија*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2013.

⁶ Ј. Бергер, *Психидијагностика*, Нолит, Београд, 1979.

Са током епидемије су се ове околности мењале и кретале од ситуација да је целокупан преглед био могућ, да би дошло до враћања на претходне ограничене услове, што је све стварало тешкоће и пролонгирану забринутост да ли ћемо прегледе моћи обављати *lege artis* или не.

в) И одржавање самих суђења у условима измењене реалности је некада било упитно, чак до мере да је носило опасност од трансмисије вируса за оне који у њима учествују, па и за судске психијатре.

Наиме, Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести КОВИД 19 наметала је обавезу грађанима да „при боравку на јавним местима у затвореном простору обавезно носе заштитне маске и да одржавају међусобно растојање од најмање два метра“. У фазама епидемије јачег интензитета то је било и додатно лимитирано у смислу да у затвореном простору треба обезбедити површину од 4 квадратна метра по једној особи.

На жалост, приликом учешћа у суђењима, могли смо спознати да се ове мере не поштују и да се у судницама површине не веће од 20 квадратних метара у једном периоду налазило и десетак учесника у поступку. У највећем броју случајева, без обзира што је то дужност грађана (а самим тим и судија), није било разумевања да се обезбеди већи простор за одржавање суђења, а на упозорења о томе и наводе да у таквом суђењу нећемо учествовати добијали одговоре руководиоца поступака „Па нећете баш ви доктори да се заразите“, а на наше непристајање да кршимо прописе, од неких судија смо добијали и претње да ћемо бити новчано кажњени уколико не учествујемо у суђењу.

Овакво поступање, осим што је било противно постојећим прописима и што је повећавало ризике за трансмисију вируса, било је несхватљиво јер је потицало управо од оних који су задужени за „чување“ законитости, па је грешка у њиховом поступању тиме била већа и апсурдна.

У сваком случају, ова и нека друга мања осујећења и непријатности задржала су се и до времена када се овај рад пише, јер смо још увек у ситуацији измењене реалности, с обзиром да епидемија КОВИД 19 још увек траје. Чињеница је да се одређене грешке или тешкоће отклањају, али је и чињеница да пролонгираност овог стања ремети психичко спокојство учесника у поступку, посебно оних професионалаца-судија, тужилаца, адвоката, вештака и др. Уз могућност да је ово само субјективно запажање аутора рада, сматрам значајним да хронични стрес и стална брига о могућности заражавања постепено исцрпљује професионалне учеснике правосудних поступака, до мере да чак неки у ризичним ситуацијама

престају да спроводе мере личне заштите, као да „им је доста короне“. Тако повећавају ризик и за себе и за околину, па је стално подсећање на мере заштите неопходно, као нужни облик превенције трансмисије вируса и обољевања.

2.2. Проблеми услед нестручног и несавесног рада судских вештака и услед непоштовања законских прописа који се односе на рад судских психијатара.

Иако ови проблеми највећим делом нису непосредни резултат измењене реалности услед епидемије, околност да су непосредно опажени током епидемије, определила је њихово приказивање. Истовремено, практична искуства су увек од користи, како за друге практичаре и стручњаке из одређених области, тако и за правне и судско-психијатријске теоретичаре, како би на основу сагледавања емпирије побољшали теоријски приступ проблемима или побољшали или прецизирали правне прописе. У том смислу треба схватити и приказ одређених конкретних ситуација, које су део нашег искуства у обављању судско-психијатријске активности у правосудним поступцима. Највећи део тих искустава настао је када сам индивидуално или у склопу тима стручњака (пишем у множини) био у функцији стручног саветника⁷ или стручног консултанта странака у парничком поступку,⁸ али и као судски вештак, било својим појединачним ангажовањем или учешћем у тиму вештака.

а) Непоступање вештака по правилима струке

Развој судске психијатрије донео је правила стручног поступања⁹ у овој грани психијатрије, те је и наметнуо обавезу судским психијатрима да своју активност обављају у складу са добром судско-психијатријском

⁷ Законик о кривичном поступку Републике Србије, „Службени гласник РС“ бр.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021-одлука УС, чл. 125 - Стручни саветник и чл. 126 - Права и дужности стручног савезника

⁸ Чл. 271 Закон о парничном поступку Републике Србије, „Службени гласник РС“ бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 271.

⁹ D. Chiswick, R. Cope (eds), *Seminars in practical forensic psychiatry*, Gaskell, London, 2001.

праксом. Нажалост, повремено се срећемо са чињеницом да вештаци не обављају вештачења у потпуности у складу са правилима струке, утврђених доктринарних ставова и добре судско-психијатријске праксе. Са тим смо се сусретали и у току трајања епидемије, мада такво поступање вештака није директно са повезано са њом.

Један од примера потиче из једног вишег суда, када су вештачени и окривљени и оштећени, а међу околностима које су биле задатак за вештаке била је и процена њихове интелигенције и карактеристика личности. Вештачење је било поверено установи, а налаз су сачинили два психијатра и психолог. Оно што нас је стручно „фрапирало“ била је следећа констатација везана за оштећеног у поступку: *„Квалитет остварене комуникације са испитаником, његово сналажење у социјалним релацијама и могућности сналажења у свакодневним активностима, где спада и начин коришћења мобилног телефона, упућују на закључак да се ради о особи која функционише на нивоу лаке менталне заосталости“*. Несхватљиво је, а посебно стручно неприхватљиво да се за процену интелектуалних способности користи „начин коришћења мобилног телефона“, јер то одудара од свих стандарда и правила у психолошкој дијагностици. Уместо примене предвиђених тестова и метода, вештак психолог користи неке нове начине, за које не постоји икакво упориште у правилима струке.

У истом поступку, психолог је, као део тима, процену интелигенције обавио само на основу једног дела теста интелигенције (вербални део), иако стручна правила налажу коришћење и вербалног и манипулативног дела теста интелигенције. Тако је, добијен непрецизан резултат о интелигенцији испитаника, што је потенцијално могло утицати и на судску одлуку. Да ствар буде гора, психолог се одлучио на примену одређеног „инвентара личности“ који није стандардизован за нашу популацију, чиме је, такође, учињена стручна грешка. И на крају, иако правила кажу да се инвентари личности примењују само код оних који имају најмање просечну интелигенцију, у конкретном случају је исти примењен код особе за коју је утврђена гранична интелигенција, односно прва категорија изнад лаке душевне заосталости. Таква особа не може да схвати смисао веома сложених питања која се задају, па су и одговори углавном нетачни, а инвентар невалидан за даљу процену.

Неколико других примера односи се на ставове одређених судских психијатара о зависностима од психоактивних супстанци, односно где се та психијатријска стања сврставају у односу на биолошке претпоставке

неурачунљивости.¹⁰ Наиме, у тим вештачењима је децидирано било навођено да окривљени није у време извршења кривичног дела, нити при прегледу, боловао од душевне болести, привремене душевне поремећености, заосталог душевног развоја нити неке друге душевне поремећености, али да је у време кривичног дела постојала зависност од наркотика (у другом случају од алкохола) и да су услед наведене зависности способности окривљеног да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима биле битно смањене.

Сагледавањем оваквог налаза поставља се велико питање, посебно за правнике који треба да донесу одлуку, да ли је зависност од психоактивних супстанци нека душевна болест или не. Презентована формулација из налаза упућује да зависност од психоактивних супстанци не спада ни у један од биолошких предуслова за умањење урачунљивости, па је онда велико питање да ли се окривљени могао правно третирати као битно смањено урачунљив извршилац кривичног дела. Околности да вештаци не преводе неко психијатријско стање у категорије које предвиђају одредбе о неурачунљивости или битно смањеној урачунљивости или то не умеју, стварају код правника конфузију и несигурност како да постојеће вештачење искористе за правну одлуку. Иако су разлике између психијатријских и правних класификација менталних поремећаја јасне, вештаци треба да медицинске дијагнозе прилагоде правним и дају одговоре који су употребљиви за суд. У конкретним случајевима је више него јасно да зависности од психоактивних супстанци припадају правној категорији душевних болести, па није јасно због чега то вештаци и не презентују суду. Потврда чињенице да су ове зависности душевне болести налазимо у многим психијатријским књигама,¹¹ као и у називима неких водећих психијатријских установа за лечење ових болести, као што су Специјална болница за болести зависности, Београд, Клиника за болести зависности Института за ментално здравље Београд, Одељење за болести зависности КЦ Нови Сад и др.

Наведени налази су потенцијално отежали суду примену одредбе о битно смањеној урачунљивости, иако је то било неспорно, јер по налазу вештака није било једног биолошког основа за битно смањену

¹⁰ Кривични законик РС, „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019-чл. 23 – Неурачунљивост.

¹¹ В. Худолин, *Алкохолизам*, у Д. Кеџмановић (ур): Психијатрија, Медицинска књига, 689, 1989.

урачунљивост. Чињеница је да вештаци треба да поштују медицинску класификацију, али је и чињеница да они ту класификацију треба да знају да „преведу“ на правне категорије, јер у супротном од вештачења нема неке велике користи.

б) Непоштовање прописа или њихова погрешна примена од стране правосудних органа, као фактор за немогућност или отежану могућност судских психијатара да обаве своју активност.

Један од примера за то је ток суђења пред једним вишим судом, у коме су пре ангажовања стручних саветника одбране обављена три психијатријска или психолошка вештачења. Налази су били потпуно неподударни (при чему суд није ни покушао усаглашавање вештака), тако да се без прегледа оптуженог није могло искористити право стручних саветника да се изјасне о предмету вештачења - чл. 126 ЗКП. Наиме, један вештак није утврдио никакву психијатријску измењеност оптуженог, други је утврдио да се ради о лакој душевној заосталости, а трећи су утврдили да се ради о особи граничних интелектуалних способности. Самим тим, постојећи налази су били у тој мери неподударни да се без прегледа није могло дати изјашњење о предмету вештачења. На захтев одбране да се стручним саветницима омогући преглед оптуженог (јер је био у притвору) суд је донео следеће решење: „Одбацује се као недозвољен захтев за непосредним клиничким прегледом окривљеног од стране стручних саветника, обзиром да такав захтев није у складу за правима и овлашћењима стручних саветника прописаних одредбама члана 126 ЗКП-а“. Ко је бар једном прочитао овај члан ЗКП јасно ће закључити да наведени захтев није у супротности са наведеним у одредби, јер у том члану није написано да није дозвољено стручним саветницима да обаве клинички преглед лица које је вештачено. Друго, вештаци су за давање свог налаза имали могућност прегледа и на основу тога се изјаснили о предмету вештачења, па је најнормалније да се исти услови омогуће и стручним саветницима, како би се изјаснили о истим стварима о којима су се изјашњавали вештаци. На овај начин је, чини се, повређено право одбране на једнак положај у поступку, а и образложење суда је супротно прописима и разлог је за утврђивање битне повреде правила о поступку.

Са друге стране, у једном другом вишем суду, у поступку за тешко убиство, суд је без икаквих проблема омогућио стручним саветницима да прегледају оптуженог, а на захтев који је учињен са истим образложењем и сврхом, као у суду који је захтев одбио као недозвољен.

Осим што је одлука првог суда онемогућила квалитетно обављање активности судских психијатара и психолога, разлике у одлукама судова о истој ствари показале су неуједначену примену истих законских одредби, што ствара, између осталог и дозу правне несигурности и неједнак положај странака у поступку, што никако не сме бити судска пракса и начин поступања оних који руководе правосудним поступком.

Други пример може илустровати како се суд мишљењем вештака психијатра „покрива“ за одлуку која је искључиво правно питање. Наиме, у поступку који се водио због кривичног дела обљуба над дететом, вештаци су у свом налазу описали све психичке карактеристике малолетне оштећене и тај налаз је био већ доступан суду и другим учесницима у поступку.

Међутим, једна од странака у поступку је захтевала да се оштећеној додели статус посебно осетљивог сведока, што је искључиво правно питање, регулисаном члановима 103. и 104. ЗКП и о чему одлучује орган поступка. Такође, наведеним одредбама уопште није предвиђено претходно мишљење вештака психијатра овим околностима. Међутим, на самом суђењу је председник већа поставио директно питање вештаку: „Да ли оштећеној треба доделити статус посебно осетљивог сведока?“, на шта је вештак брже-боље одговорио „Не треба, она може да да исказ овде у судници“.

Овакво поступање суда је неправилно из више разлога: прво, вештак не зна шта подразумева правно одређење посебно осетљивог сведока, па се о томе не може ни изјашњавати и друго, у прописима о посебно осетљивом сведоку, нигде није прописано да се за додељивање овог статуса тражи мишљење вештака психијатра, већ о томе одлучују правници, на основу критеријума које прописује закон. То што је судија, наводно, добио „покриће“ у мишљењу вештака да оштећеној не додели статус посебно осетљивог сведока има бар две негативне конотација-злоупотребио је вештака и његово незнање о правним питањима за своју одлуку и повредио је поступак одлучивања по том питању. Сматрамо да овакве радње никако не доприносе законитости поступка, да стварају недоумицу код вештака шта се од њега може тражити и како се понашати у таквим ситуација, па треба инсистирати на стриктном поштовању прописа, како се ове неправилности не би понављале.

Следеће запажање из суднице односи се на околност да вештаци себи дају за право да на свој начин утврђују чињенично стање и да то презентују у својим налазима. У конкретној ситуацији, наредбом за вештачење је прецизиран предмет вештачења на следећи начин: „Да ли

мал. А. Б. (оштећена)...испољава знаке трајног или привременог душевног обољења или знаке душевне заосталости, да ли манифестује психотичне елементе и ако постоје шта их је проузроковало, као и да ли постоји склоност измишљању, сугестибилност, конфабулацији, псеудологије фантастике и фантазама“. У вештачењу, у делу МИШЉЕЊЕ вештака стоји: „А.Б. је дете које похађа 7. разред основне школе...између њене породице и породице окривљеног је настао и заснивао се добар однос, комуникација се одвијала пријатељски, са разумевањем и поверењем, што је утицало да се на однос између окривљеног и детета не посумња од почетка, што је допринело лакшем утицају окривљеног на оштећену и остваривању сексуалног чина. Такав однос је зачет од њене 11. године и траје у континуитету две године...Насилним понашањем окривљени је заплашивао оштећену, због чега је ћутала и трпела и пристајала на односе...“. Иначе у судском поступку се тек доказивала обљуба над дететом, начин њеног извршења, околности и др. и све што је вештак изнео као тврдњу (јер је на питање стручног саветника да ли наведени део износи као могућност или тврдњу, одговорио као тврдњу) је представљао опис начина извршења дела који је вештак утврдио. Ни суд ни тужилац на овакав налаз нису реаговали, иако је вештак, осим одговора на питања која су наредбом постављена, изнео тврдњу о околностима о којима уопште није имао задатак да се изјашњава нити је то смео. Наиме, вештак се упустио у оцену немедицинских доказа и утврђивање чињеничног стања, о чему је најмање морао бити упозорен од стране суда, а и тај део налаза је морао бити изузет. Тако смо дошли до ситуације да вештаци вештаче, цене доказе, утврђују чињенично стање, што је забрањено, само још остаје да доносе одлуку о постојању кривице и изрекну казну и судско веће више неће бити потребно.

На жалост, чест онипотентни доживљај своје позиције, утиче да вештаци прекорачују своје компетенције, а оно што је још горе је да правници на то не реагују и не упозоравају вештаке на међу коју не смеју да пређу.

Надам се да ће презентовање оваквих судско-психијатријских искустава, непосредно из суднице, допринети побољшању услова рада правосудних органа у овој измењеној реалности услед епидемије КОВИД 19, као и да ће изношењем примера из праксе утицати да се неки неприхватљиви поступци вештака или непоштовање прописа у односу на рад судских психијатара бити мање изражени, да ће се изједначити пракса

судова и одредити право место сваког у судском поступку, па и судских психијатара.

3. ЗАКЉУЧАК

Околности измењене реалности услед постојеће епидемије су измениле многе сфере функционисања, па и оне у домену активности правосудних органа. Судски психијатри, као чести учесници правосудних поступка, у различитим улогама, нису били поштеђени утицаја ових измена, те су се нашли пред одређеним техничким тешкоћама, али и у ситуацијама да неадекватно, недовољно стручно и неправилно обављају своје активности. Такође, проблем у раду судских психијатара настајао је и због неадекватног поступања правосудних органа, из разних разлога и намера, што је отежавало рад у конкретним ситуацијама.

Презентоване практичне ситуације показале су одређене тешкоће са којима су се судски психијатри сусретали, начињене грешке, али и грешке у поступању других учесника у судским поступцима, што је све реметило могућност квалитетне и ефикасне судско-психијатријске активности.

Наведене ситуације презентоване су са превасходним циљем да се покажу настали проблеми и тешкоће, као и да се створе бољи услови за њихово превазилажење, чиме би се омогућило да се активност судских психијатара одвија у складу са правилима струке и евентуално побољша правна регулатива за остварење што квалитетнијих и објективнијих судско-психијатријских активности.

ЛИТЕРАТУРА:

Ј. Бергер, *Психидијагностика*, Нолит, Београд, 1979.

В. Худолин, *Алкохолизам*, у Д. Кецмановић (ур): *Психијатрија*, Медицинска књига, 1989.

D. Chiswick, R. Cope (eds), *Seminars in practical forensic psychiatry*, Gaskell, London, 2001.

З. Ђирић, *Судска психијатрија*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2013.

Р. Ковачевић, *Форензичка психијатрија*, Бања Лука, 2000.

Кривични законик РС, „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Законик о кривичном поступку Републике Србије, „Сл. гласник РС“ бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021-одлука УС.

Закон о парничном поступку Републике Србије, „Сл. гласник РС“ бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

The world beyond COVID-19: the four domains.
https://www.ey.com/en_gl/covid-19/will-you-define-the-new-normal-or-watch-it-unfold, EU Megatrends 2020 and beyond report, june 2020

Covid-19 has spurred changes to justice systems, Covid-19 impact on access to justice, <https://thecommonwealth.org/media/news/covid-19-has-spurred-changes-justice-systems>, 27. новембар 2020.

Zoran ĆIRIĆ, MD

Full-time Professor, Faculty of Law, University of Niš

FORENSIC-PSYCHIATRIC EXPERIENCE IT TIME OF CHANGED REALITY DUE TO EPIDEMIC COVID-19

Summary

The epidemic of COVID 19 is, with its characteristics, a significant influence on change of model of individual, social, insitutional and even global functionig, so that all the frequencies are in the use of the terms new or changed reality. Among them are changes in the level of healt, primarily psychical, but also mental, especially from the aspect of potential future immobile reactions in situations of delayed stress, fear and uncertainty.

All this influenced the changes in the work and organization of judicial institutions, and within that, the change in activities and certain problems that forensic psychiatrists also encountered.

The main goal of this paper was to present the practical experiences of forensic psychiatrists during epidemic Covid 19, both form the standpoint of changes that were objectively conditioned, and from the standpoint of inadequate and unprofessional conduc of some forensic psychiatrists and psychologists, but also inadequate conduct of proceedings, even to the extent that their decisions violeted legal provisions.

In addition to presenting specific judicial situations, the paper is designed to point out certain omissions and mistakes of participants in the procedure and create a pracital basis for further theoretical researches of the presented problems, as well as for finding ways to overcome them.

These situations are presented with the primary aim to show the problems and difficulties, as well as to create better condtions for solving tehm, which would allow the activity of forensic psychiatrists in accordance with the rules of the profession and possibly improve the legal regulations to achieve better quality and more objective forensic psychiatric activities.

Key words: forensic psychiatry, expertises, epidemic COVID 19

прегледни рад
примљен: 30. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 27. 04. 2021. г.
614.2:343.261-052
616.98:578.834]:364.69

Др Љепосава ИЛИЈИЋ*

ЗАТВОРСКИ СИСТЕМ ТОКОМ ПАНДЕМИЈЕ COVID-19

-Осврт на права осуђеника на здравствену заштиту
и ефекте пандемије на ментално здравље осуђеника-

Апстракт

Пандемија Covid-19 представља један од највећих изазова јавног здравља у данашњем времену. Осуђеници представљају популацију са знатно већом преваленцијом физичких и психијатријских морбидитета и учесталијим негативним исходима због преурањене смрти или самоубиства, у поређењу са општом популацијом. Затворске установе широм света, суочавају се са бројним изазовима у спречавању ширења вируса међу осуђеничком популацијом. Утврђени принципи попут физичког дистанцирања, раног идентификовање случајева, заштите најугроженије популације и медицинског третмана примењеног код оних који су заражени, имају исте бенефите и код затворске популације као и код опште популације. Међутим, осигурање и примена ових мера у рестриктивној средини, као што је затворска, је изузетно тешко.

С друге стране, пренасељеност затвора, као већ одавно присутан проблем у бројним земљама, ствара додатне потешкоће у спровођењу мера које треба да осигурају спречавање ширења вируса. Мере које се спроводе у циљу контролисања ширења вируса, као што је изолација, повезана је са психолошким стресом, који је посебно наглашен код осуђеника у виду осећаја немоћи. Додатно, ограничење или потпуно укидање посета, представља додатни извор патње за све осуђенике. Осуђеници задржавају право на паритет медицинске неге и право на телесни интегритет упркос ограничењима у њиховој слободи, међутим, остваривање овог права, отежано је у условима пандемије.

*Научни сарадник, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд. lelalela_bgd@yahoo.com

Кључне речи: осуђеници, пандемија, право на здравствену заштиту, ментално здравље осуђеника.

1. ПАНДЕМИЈА И ЗАТВОРСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ -ИЗАЗОВИ ОЧУВАЊА ЈАВНОГ ЗДРАВЉА-

У току борбе против пандемије коронавирусне болести (Covid-19), службеници јавног здравља, на глобалном и локалном нивоу, препоручују читав низ мера физичког удаљавања, чији је циљ смањење ризика од преноса тешког акутног респираторног синдрома коронавируса са особе на особу. Међутим, физичко дистанцирање може бити готово немогуће у затвореним просторима попут затвора и притворских јединица.¹ Стручњаци верују да је пренасељеност затворских установа, заједно са недостатком тестирања, неадекватним мерама контроле инфекције и недостатком основних потрепштина како за особље, тако и за осуђенике, подстакла масовне епидемије у бројним затворима широм света. Посматрано у ширем контексту, стручна јавност покренула је и низ непријатних питања о томе како се затворски објекти одржавају и на који начин је пандемија погоршала остваривање основног људског права-права на здравље и здравствену заштиту.

Пандемија вирусом Covid-19 вратила је у први план запажања да су затвори потенцијални инкубатори заразних болести,² и то због веће позадинске преваленције инфекција, већег нивоа фактора ризика за инфекцију, неизбежних блиских контаката у често претрпаном, слабо проветреном и нехигијенским установама, као и због непотпуног приступа службама здравствене заштите, у поређењу са здравственим службама доступним у друштвеној заједници.³ У таквом окружењу, инфекције се могу преносити између осуђеника, особља и посетилаца, али и између затворске популације и опште популације, путем трансфера,

¹ B. Nelson, D. B. Kaminsky, A Covid-19 crisis in US Jails and Prisons. *Cancer Citopathology*, 128(8): 513-514. 2020.

² P. L. Simpson, T. G. Butler, „Covid-19, prison crowding, and release policies”. *BMJ*, 1-2. 2020.

³ K. Dolan, A. L. Wirtz, B. Moazen, et al. „Global burden of HIV, viral hepatitis, and tuberculosis in prisoners and detainees”. *Lancet*, 388:1089–1102. 2016.

вишеструког распоређивања или посета⁴. Као такви, затвори и притворске јединице, саставни су део одговора јавног здравља на коронавирус.

Смернице Светске здравствене организације о реаговању на Covid-19 у затворима препоручују да затворске јединице и здравствене службе треба заједнички да се баве управљањем ризицима, превенцијом, контролом и лечењем осуђеника, као и разменом информација.⁵ У циљу спречавања Covid-19 епидемије у затворима, али и у циљу заштите осуђеника, особља, и шире друштвене заједнице, нужно је непосредније деловање, што посебно долази до изражаја у условима озбиљне прекобројности затворске популације, са којом се суочавају скоро све земље света. Прекобројност затворске популације представља, у условима пандемије, посебно отежавајућу околност, јер је прекобројност повезана са негативним здравственим исходима и олакшаним преносом инфекција и зараза,⁶ али и отежаним остваривањем права на здравствену заштиту.

Уз обавезне мере за побољшање хигијене и повећани број прегледа у затвору, тестирање и изолацију појединаца код којих је потврђена инфекција, поједине земље разматрале су и стратегије превременог отпуштања осуђеника, који задовољавају одређене критеријуме. Смернице Уједињених нација^{7,8}, као и постојећих сазнања о Covid-19, сугеришу на озбиљније разматрање ослобађања значајног дела осуђеника, на основу њиховог ризика по заједницу и рањивости на Covid-19, као што су: старији осуђеници, они који имају хроничне болести и нарушена здравствена стања и интравенски зависници од дрога. Добро вођени програми превременог отпуштања осуђеника, подразумевају постојање здравствене, социјалне и економске подршке отпуштеним осуђеницима, као и ефикасну и благовремену сарадњу између здравствених институција, правосудних органа и организација из цивилног сектора које пружају подршку осуђеницима. Осуђеници и

⁴S. A Kinner, J. T. Young, K. Snow, L. Southalan, D. Lopez-Acuña, C. Ferreira-Borges, É. O'Moore, „Prisons and custodial settings are part of a comprehensive response to COVID-19” *Lancet Public Health*, 5:188-199. 2020.

⁵World Health Organization. *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and places of detention*. World Health Organization Regional Office for Europe, 2020.

⁶P. L. Simpson, M. Simpson, A. Adily, L. Grant, T. Butler. „Prison cell spatial density and infectious and communicable diseases: a systematic review”. *BMJ Open*, 2019, 9

⁷UNODC. *Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons*. United Nations Office on Drugs and Crime, 2010

⁸UNODC. *Handbook on prisoners with special needs*. United Nations Office on Drugs and Crime, 2009.

притвореници се морају сматрати делом ширег одговора јавног здравства на пандемију, с обзиром на њихову рањивост на инфекцију,⁹ али узимајући у обзир и чињеницу да је „здравље осуђеника - јавно здравље”.¹⁰

Међутим, у пракси, затвори су често искључени или третирани на другачији начин, за разлику од напора који се улажу у јавно здравство. Брзо ширење Covid-19, као и већина епидемија, непропорционално утиче на људе у најнеповољнијем положају. Према томе, да би се ублажили ефекти избијања затвора на терцијарни систем здравствених установа и смањио морбидитет и морталитет међу најмаргинализованијим друштвеним групама, пресудно је то затвори и притворске јединице буду уграђени у шире одговоре јавног здравственог система¹¹.

2. ПРАВО ОСУЂЕНИКА НА ЗДРАВЉЕ И ЗДРАВСТВЕНУ ЗАШТИТУ У ТОКУ ПАНДЕМИЈЕ COVID-19

Право на здравље као основно и неотуђиво људско право зајемчено је од стране Генералне скупштине Организације уједињених нација (ОУН) која је изразила своје опредељење кроз многобројне активности и кроз Универзалну декларацију о људским правима. Чланом 25 поменуте декларације поред осталог уређено је да: „свако има право на стандард живота који обезбеђује здравље и благостање(...), укључујући храну, одећу, лекарску негу и потребе социјалне службе(...)“. Преамбулом поменуте декларације о људским правима истиче се потреба да заједничке стандарде које она прописује треба да подстичу сви народи и све нације да би сваки појединац и сваки орган друштва, имајући ову декларацију стално на уму, тежио остварењу ових права и слобода.¹² Уједињене нације¹³ и Савет Европе,¹⁴ право на здравствену заштиту, истичу као

⁹ P. L. Simpson, T. G. Butler, „Covid-19, prison crowding, and release policies”. *BMJ*, 2020, 1-2

¹⁰S. A. Kinner, J. T. Young, K. Snow, et al . „Prisons and custodial settings are part of a comprehensive response to COVID-19”. *Lancet Public Health*, 2020; 5:188-199.

¹¹S. A. Kinner, J. T. Young, K. Snow, L. Southalan, D. Lopez-Acuña, C. Ferreira-Borges, É. O’Moore. Prisons and custodial settings are part of a comprehensive response to COVID-19. *Lancet Public Health*, 5(4): 188-189. 2020.

¹² С. Чиплић, М. Ђуричић, И. Булатовић, Д. Спасојевић (2010) „Људска права и медицина”, *Војносанитетски преглед*, вол. 67. бр. 9. стр. 771-773

¹³Правило 24. Стандардних минималних правила Уједињених нација за поступање са затвореницима.

¹⁴Правило 39 Европских затворских правила.

основно право осуђеника. Државе су одговорне за пружање здравствене заштите осуђеницима, и имају одговорност да осигурају здравље и добробит лица лишених слободе. Право на здравствену заштиту у затвору такође потиче из права на живот¹⁵ и забране мучења и нехуманог или понижавајућег поступања.¹⁶ Као део дужности да се одржи право на живот, државе су дужне да воде рачуна о поступању према лицима лишеним слободе и морају предузети одговарајуће кораке како би заштитили животе оних који су у њиховој надлежности.

Пружање здравствене заштите осуђеницима базирано је на поштовању четири свеобухватна принципа која су потврђена међународним правом, а то су принцип еквивалентности здравствене заштите, неопходности узимања у обзир специфичних потреба затворске популације, медицинске поверљивости и принцип недискриминације. Ови принципи морају водити сваку акцију коју државе предузимају приликом спровођења мера за заштиту здравља осуђеника, а њихово поштовање посебно добија на значају у времену глобалне борбе са вирусом Covid-19.

- Принцип еквивалентности захтева да се притвореницима и осуђеним лицима мора пружати нега у условима који су приближни или упоредиви са оним који уживају пацијенти у друштвеној заједници¹⁷. Европски суд за људска права такође је подржао принцип еквивалентности бриге, наводећи да: „медицински третман који се пружа у затворским установама мора бити одговарајући, односно на упоредивом нивоу са оним који обезбеђују државне власти становништву у целини“.

- Пружање здравствене заштите у затвору такође се мора прилагодити специфичним потребама затворске популације и условима притвора¹⁸. Резултати истраживања указују да су многи осуђеници чак и

¹⁵ Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Article 4 of the American Convention on Human Rights (ACHR). Article 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Article 4 of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

¹⁶ Article 7 ICCPR. Article 5 ACHR. Article 3 ECHR. Article 5 of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

¹⁷ The Nelson Mandela Rules, Rule 24. Third General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992, 4 June 1993, para. 38. See also Report to the Government of the United Kingdom on the visit to Gibraltar carried out by the CPT from 13 to 17 November 2014, CPT/Inf (2015) 40, para. 41. *Blokhin v. Russia*, ECtHR (Grand Chamber), Judgment of 23 March 2016, para. 137.

¹⁸ IACHR, Organization of American States, Revision of the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Submission to the Open-Ended Intergovernmental Expert Group On The Standard Minimum Rules For The Treatment

лошијег здравља него пре затварања, јер лишавање слободе често доводи до испољавања додатних здравствених проблема, услед шока због затварања, нездравих услова притвора и пренасељености¹⁹. Здравствени радници стога морају бити упознати са одређеним облицима затворске патологије, уз нужност прилагођавања метода лечења условима у затворској средини, укључујући и контекст пандемије Covid-19.

- Правила о медицинској поверљивости морају се строго поштовати приликом пружања здравствене заштите осуђеницима²⁰. Сходно томе, сви лекарски прегледи осуђеника треба да се обављају без затворских службеника (ако то дозвољавају безбедносни ризици), а осуђенике лекари треба да прегледају појединачно, а не у групама. Резултати медицинских прегледа и тестова морају се третирати с истим поштовањем поверљивости као што је то нормално у складу са медицинском етиком у општој медицинској пракси²¹. Медицинске картотеке треба чувати под искључивом одговорношћу лекара. У контексту пандемије, требало би предузети и одговарајуће мере за спречавање стигматизације или маргинализације заражених или оних који се сматрају потенцијалним преносиоцима вируса²².

- Услови у затворима и приступ здравственој заштити треба да буду загарантовани без било какве дискриминације на основу расе, боје коже, пола, језика, религије, политичког или другог мишљења, националног или социјалног порекла, имовине, рођења или било ког другог статуса²³. Начело недискриминације ствара посебну обавезу, а то је да државе морају узети у обзир индивидуалне потребе осуђеника, посебно оних који су најугроженији. С обзиром на то да пандемија продубљује већ постојеће

Of Prisoners Vienna, Austria, 25 – 28 March 2014, UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/INF/2, p 5. Third General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992, para. 75.

¹⁹Penal Reform International, Health in prisons: realizing the right to health. Penal Reform Briefing nr.2, 2007(2), 2.

²⁰ The Nelson Mandela Rules, Rule 32. IACHR, Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas, Principle X. European Prison Rules, Rule 42.3(a).

²¹ WHO, Regional Office for Europe, Prisons and health, 2014, 11.

²² Inter-Agency Standing Committee, OHCHR and WHO, *Interim Guidance COVID-19: Focus on Persons Deprived of Their Liberty*, 4.

²³ The Nelson Mandela Rules, Rule 2.1. IACHR, Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas, Principle II. European Prison Rules, Rule 13.

неједнакости и излаже осуђенике „додатној рањивости”²⁴, постоји потреба за улагањем додатних напора како би се идентификовали најризичнији осуђеници којима прети опасност од заразе вирусом, у циљу заштите и задовољавања њихових медицинских и здравствених потреба.

Према међународном праву, пружање здравствене заштите у затвору није ограничено само на лечење болесних осуђеника, већ укључује и социјалну и превентивну медицину²⁵. Да би се испунила законска одговорност у пружању социјалне и превентивне медицине у затворима током пандемије Covid-19, државе морају да покажу одговарајућу интервенцију у четири области, а то су: образовна и надзорна улога здравственог особља, лична хигијена и хигијена животне средине, организација тестирања и приступ личној заштитној опреми.

Превентивни задаци имају врло конкретне импликације када је у питању борба против ширења инфекције вирусом Covid-19. Затворска здравствена служба треба да дистрибуира одговарајуће образовне информације осуђеницима, особљу и посетиоцима, у циљу њиховог информисања о природи болести и путевима преноса, заштитним мерама које треба да предузму (укључујући физичку удаљеност, употребу личне заштитне опреме, прање руку, чишћење и дезинфекцију), могућим симптомима и третману који ће бити доступан²⁶. За осуђенике и посетиоце који не владају националним језиком, потребно је обезбеђивање превода или визуелних материјала за решавање језичких баријера приликом информисања о начинима преношења инфекције вирусом. У том циљу, предлаже се да се кратки информативни листови са информацијама, флајери, плакати и видео снимци поставе у заједничким просторијама затвора и у зонама предвиђеним за посете²⁷.

Затворска здравствена служба има обавезу да надгледа, редовно прегледа и саветује затворску управу о хигијени и чистоћи установе и осуђеника (укључујући санитарне инсталације и приступ текућој води), чистоћи одеће и постељине осуђеника и вентилационом систему установе.

²⁴ United Nations, Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women, 9 April 2020, p. 2.

²⁵ The Nelson Mandela Rules, Rule 25.1

²⁶ Third General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992, para. 54. WHO, Regional Office for Europe, Preparedness, prevention and control of Covid-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance, 15 March 2020, 14.

²⁷ Међународни комитет Црвеног крста развио је видео записе и пратећу документацију на једанаест језика како би особљу, осуђеницима и посетиоцима пружио информације о утицају пандемије Covid-19 на здравље.

У контексту пандемије Covid-19, здравствена служба би зато требала активно саветовати о нужним мерама хигијене и чистоће, потребне за заштиту здравља осуђеника, у светлу препорука међународних тела и здравствених служби у земљи.

Као одговор на пандемију Covid-19, међународне организације издале су детаљне смернице институцијама кривичног правосуђа, у којима потврђују да је одговарајућа хигијена од суштинске важности за заштиту права на здравље и живот осуђеника, као и за сузбијање ширења високо заразне болести, попут коронавируса, у затворском окружењу²⁸. С тим у вези, истиче се важност честог прања руку и препоручује сталан и бесплатан приступ сапуну, води и личним пешкирима, као и средствима за дезинфекцију руку када прање руку није могуће.

Светска здравствена организација препоручује затворским установама усвајање посебних правила чије поштовање ће спречити ширење заразе вирусом Covid-19. Ова организација наглашава нужност обезбеђивања бесплатних хигијенских производа, као што су материјали за опште чишћење, како би одећа, али и заједничке просторије били чисти. Ово је пресудно, јер је дезинфекција околине неопходна за сузбијање ширења вируса с обзиром на то да се „људи могу заразити додиривањем контаминираних површина или предмета, а затим додиривањем очију, носа или уста“. Поред тога, телефони, тушеви, судопери, тоалети, и остале површине високог додира треба дезинфиковати између употребе. Затворске службе треба да обезбеде да се места и предмети попут дворишне опреме, намештаја и возила, чисте и дезинфикују неколико пута дневно, као и да се подручја на којима је сумња да је боравио заражени осуђеник, темељно чисте и дезинфикују. СЗО такође препоручује, у контексту пандемије, да особље надзире доследно и исправно чишћење и дезинфекцију затворских објеката.

3. УТИЦАЈ ПАНДЕМИЈЕ НА МЕНТАЛНО ЗДРАВЉЕ ОСУЂЕНИКА

Осуђеници су рањива група са вишеструким, сложеним здравственим потребама и често лошијим здравственим исходима у

²⁸SPT, Advice to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic, section II.9 (10). WHO, Regional Office for Europe, Preparedness, prevention and control of Covid-19 in prisons and other places of detention: Interim guidance, 13.

односу на општу популацију широм света²⁹. До данас, мали број научника је усмеравао пажњу ка откривању ефеката који пандемија Covid-19 остварује на на ментално здравље осуђеника, што посебно забрињава, с обзиром на њихову високу стопу већ постојећих менталних поремећаја, самоубистава и самоповређивања и постојања везе између лошег менталног здравља, самоубиства и самоповређивања осуђеника³⁰.

Мере које се предузимају у циљу смањења могућности заразе вирусом, утицале су и на ограничење посета осуђеницима, које су у великом броју земаља привремено обустављене. Посете породице, пријатеља и сродника, помажу осуђеницима у одржавању контакта са спољним светом, промовишу успешну социјалну реинтеграцију и доприносе смањењу стопе рецидивизма.³¹ Губитак посета утиче на смањену употребу социјалне подршке у циљу ублажавања и суочавања са менталним тегобама и повећава ризике самоубиства и самоповређивања. Такође, оскудица социјалне подршке осуђеницима отежава прилагођавање на затворску средину, и повећава ризике за употребу неприлагођених стратегија суочавања.

Препоруке СЗО указују да контактирање осуђеника са породицом и сродницима треба одржавати где год је то могуће, посебно у току пандемије. У циљу одржавања социјалних контаката, препоручује се употреба телефона или других метода комуникације, попут писања писама, повећаном приступу осуђеника фиксним телефонима и интернету и коришћење говорне поште.

Рестриктивне мере утицале су и на смањење или потпуно укидање многих рекреативних и професионалних затворских активности. Заменске активности су ретке у затворима, а приступ спортским реквизитима и опреми, ако и интернету су ограничени. Повећано време проведено у ћелијама (до 23 сата дневно), недостатак физичких и радних активности, и мало или нимало контаката са другим осуђеницима, посебно за осуђенике који су у изолацији због вируса, имитирају услове живота у самици. Бројна истраживања указују на податак да су чак и кратки периоди боравка у самици повезани са развојем одређених психолошких

²⁹ S. Fazel, Baillargeon, J. The health of prisoners. *Lancet*, 2011; 377: 956–965.

³⁰ Z. Chang, H. Larsson, P. Lichtenstein, S. Fazel. Psychiatric disorders and violent reoffending: a national cohort study of convicted prisoners in Sweden. *Lancet Psychiatry*, 2015; 2:891–900.

³¹ K. De Claire, L. Dixon. The effects of prison visits from family members on prisoners' wellbeing, rule breaking, and recidivism: a review of research since 1991. *Trauma Violence Abuse*. 2015; 18:185–199.

последица, које укључују бес, депресију, анксиозност, параноју, психозу и погоршање већ присутних менталних болести³², и повећаном морталитету након отпуштања из затвора³³.

У контексту присутних ограничења, затвори треба да истражују и процењују стратегије које могу да подстакну промоцију менталног благостања, као што је вежбање у ћелијама, стратегије усмеравања пажње и побољшања добробити, и одржавања психолошких терапија путем телефона.

Подаци указују да се број затворског особља које је одсуствовало са посла од почетка пандемије удвостручио, чиме се смањило контакт са осуђеницима, и потенцијално ограничио доступност стручне подршке менталном и физичком здрављу осуђеника, као и пажљив надзор осуђеника који су у високом ризику од самоповређивања или самоубиства.

Треба напоменути да је пандемија произвела и одређене позитивне ефекте у међуљудским односима, који се огледају у повећаном степену пријатељства међу осуђеницима, али и осуђеника и стручног особља. Значај добротинастава у промоцији позитивног менталног благостања не би требало потцењивати, већ је треба ојачавати и подстицати.

У појединим земљама³⁴, преступници који имају низак ризик за рецидив и који испуњавају услове за превремено отпуштање су превремено и отпуштени, како би се затворске установе растеретиле, и ублажиле тешкоће у функционисању које су настале као последица смањеног броја стручних радника услед пандемије.

Међутим, условно отпуштање осуђеника представља изазов и ризик, јер се бивши осуђеници враћају у заједницу која је претрпела значајне промене због пандемије Covid-19. У циљу олакшавања социјалне реинтеграције условно отпуштених осуђеника, велику корист представља пружање тачних и релевантних информација о пандемији, ради осигурања што боље припреме осуђеника и побољшања придржавања мера физичког

³²S. Shalev, K. Edgar. Deep custody: segregation units and close supervision centres in England and Wales. London: Prison Reform Trust, 2015. https://www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/0/Documents/deep_custody_111215.pdf

³³C, Wildeman, L. Anderson. Solitary confinement placement and post-release mortality risk among formerly incarcerated individuals: a population-based study. *Lancet Public Health*. 2020; 5:107–113.

³⁴ Као што су Сједињене Америчке Државе, Уједињено Краљевство, Иран, Турска, Кипар, Словенија, Португалија и др.

удаљавања. Ова информација даље ће нагласити улогу и значај укључивања бившег осуђеника у ширу заједницу, и потенцијално може смањити анксиозност, уз неговање поверења, отпорности и оснаживања. Могућности за строго праћење физичког и менталног здравља, такође су смањене, у контексту смањеног броја запослених у заједници, и укидањем контаката лицем у лице са стручним надзорницима.

Република Србија спада у једну од европских земаља која је због пандемије привремено отпустила одређени број осуђеника (626 или 5,7%). Осим забране свих посета затворима, осуђеницима су привремено суспендована права на слободан излазак у град, посете породици за викенд и празницима, наградно одсуство до седам дана у току године, коришћење годишњег одмора изван затвора, као и радно ангажовање ван установа. Управа за извршење кривичних санкција наводи да су осуђеници са разумевањем прихватили ситуацију, баш као и њихове породице. Од почетка пандемије, васпитачи, психолози и специјални педагози спроводе појачану психосоцијалну подршку за осуђенике и њихове породице. Организује се већи број радионица на којима се разговара о свим проблемима, дилемама, променама у расположењу и важности толеранције према свима у свом окружењу. У циљу превазилажења проблема, затвори омогућавају „чешће телефонске контакте са члановима породице како би кроз разговоре умањили бригу коју имају ближњи“³⁵. Осуђеници из четири затвора (Ниш, Сремска Митровица, Забела и женски затвор у Пожаревцу) - шију заштитне маске које су намењене првенствено за запослене, осуђенике и притворенике у затворима у целој Србији. Сви осуђеници су прошли сертификовану обуку за шивење у кројачким погонима, а из дана у дан расте број осуђеника који се јављају са жељом помогну на било који начин. Дневно се у наведеним затворима произведе око 5.000 маски.

4. ЗАКЉУЧАК

Пандемија која је присутна у свету већ више од годину дана, представља велики изазов за функционисање јавног здравственог система.

Боравак у затвору негативно утиче на ментално здравље осуђеника. Пренасељеност затвора, разни облици насиља, принудна самоћа, недостатак приватности, недостатак значајних активности,

³⁵Карантински живот у затвору. Доступно на: <https://javno.rs/analiza/karantinski-zivot-u-zatvoru>. Приступ: 25.3.2021.

изолација и несигурност, уз неадекватне здравствене услуге, посебно оне из области очувања менталног здравља, штете менталном здрављу осуђеника. Преваленција лошег менталног здравља међу затвореницима је знатно већа него у општој популацији.

Мере које се предузимају у циљу спречавања ширења вируса међу осуђеницима, отежано се спроводе у рестриктивним условима као што су затворски. Привремена обустава посета, редукција времена које се проводи ван ћелија, као и смањене слободно временске, радне и образовне активности, производе додатне, негативне последице на ментално здравље. Као одговор на попуњене капацитете, поједине земље су прибегле превременом отпуштању осуђеника, који испуњавају одређене критеријуме и који имају низак ризик за рецидив. Такође, једна од препорука је потенцирање учесталијег изрицање алтернативних санкција.

Препоруке Светске здравствене организације указују на потребу улагања додатних напора у циљу очувања физичког и менталног здравља лица осуђеника, али и изналажења иновативних техничких метода које могу омогућити осуђеницима да одржавају контакте са породицом и пријатељима.

ЛИТЕРАТУРА

1. Chang, Z., Larsson, H., Lichtenstein, P., Fazel, S. Psychiatric disorders and violent reoffending: a national cohort study of convicted prisoners in Sweden. *Lancet Psychiatry*, 2:891–900. 2015.
2. De Claire, K., Dixon, L. The effects of prison visits from family members on prisoners' wellbeing, rule breaking, and recidivism: a review of research since 1991. *Trauma Violence Abuse*, 18:185–199. 2015.
3. Dolan, K., Wirtz, A. L., Moazen, B. et al. „Global burden of HIV, viral hepatitis, and tuberculosis in prisoners and detainees”. *Lancet*, 388:1089–1102. 2016.
4. Fazel, S., Baillargeon, J. The health of prisoners. *Lancet*, 377: 956–965. 2011.
5. Kinner, S. A., Young, J. T., Snow, K., Southalan, L., Lopez-Acuña, D., Ferreira-Borges, C., O'Moore, É. „Prisons and custodial settings are part of a comprehensive response to COVID-19” *Lancet Public Health*, 5:188-199. 2020.
6. Nelson, B. Kaminsky, D. B. A Covid-19 crisis in US Jails and Prisons. *Cancer Citopathology*, 128(8): 513-514. 2020.
7. Shalev, S., Edgar, K. Deep custody: segregation units and close supervision centres in England and Wales. London: Prison Reform Trust, 2015. https://www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/0/Documents/deep_custody_111215.pdf
8. Simpson, P. L. Butler, T. G. „Covid-19, prison crowding, and release policies”. *BMJ*, 1-2. 2020
9. Simpson, P. L., Simpson, M., Adily, A., Grant, L., Butler, T. „Prison cell spatial density and infectious and communicable diseases: a systematic review”. *BMJ Open*, 2019, 9
10. Wildeman, C., Anderson, L. Solitary confinement placement and post-release mortality risk among formerly incarcerated individuals: a population-based study. *Lancet Public Health*, 5:107–113. 2020.
11. Чишлић, С., Ђуричић, М., Булатовић, И., Спасојевић, Д. „Људска права и медицина”, *Војносанитетски преглед*, 67(9): 771-773. 2010.

Интернет извори:

-ECHR. European Convention on Human Rights. Доступно на: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf

-IACHR, Organization of American States, Revision of the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Submission to the

Open-Ended Intergovernmental Expert Group On The Standard Minimum Rules For The Treatment Of Prisoners Vienna, Austria, 25 – 28 March 2014, UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/INF/2, p 5.

-ICCPR. International Covenant on Civil and Political Rights. Доступно на: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

-IASC. Inter-Agency Standing Committee, *Interim Guidance COVID-19: Focus on Persons Deprived of Their Liberty*, p. 4. Developed by OHCHR and WHO. Доступно на: <https://interagencystandingcommittee.org/other/iasc-interim-guidance-covid-19-focus-persons-deprived-their-liberty>

- Penal Reform International, *Health in prisons: realizing the right to health*. Penal Reform Briefing nr. 2, 2007(2), p. 2. Доступно на: https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/brf-02-2007-health-in-prisons-en_01.pdf

-SPT, Advice to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic, section II.9 (10). Доступно на: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/OPCAT/Pages/AdvicesToNPMS.aspx>

-The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules) 2015. Доступно на: <https://www.unodc.org/documents/>

[justice-and-prisonreform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf)

- European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT).Third General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992, para. 54. Доступно на: <https://atlas-of-torture.org/en/entity/ba3077460oe?page=1>

-UN, Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women, 9 April 2020, Доступно на: <https://asiapacific.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/04/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women>

-UNODC. *Handbook on prisoners with special needs*. United Nations Office on Drugs and Crime, 2009. Доступно на: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Prisoners_with_Special_Needs.pdf

-UNODC. *Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons*. United Nations Office on Drugs and Crime, 2010 Доступно на: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Overcrowding_in_prisons_Ebook.pdf

-WHO, Prisons and health, Regional Office for Europe 2014, доступно на: https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/249188/Prisons-and-Health.pdf

-WHO. *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and places of detention*. World Health Organization Regional Office for Europe, 2020. Доступно на: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/publications/2020/preparedness,-prevention-and-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention,-15-march-2020-produced-by-who-europe>

-European Prison Rules. Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules. Council of Europe (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006). Доступно на: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/european-prison-rules>

Ljeptosava ILIJIĆ, Ph.D

Research Associate, Institute of Criminological and Sociological research,
Belgrade

PRISON SYSTEM DURING THE COVID-19 PANDEMIC

A review of convicts' rights to health care and
the effects of the pandemic on the mental health of convicts

Summary

The Covid-19 pandemic represents one of the greatest public health challenges today. Convicts represent a population with a significantly higher prevalence of physical and psychiatric morbidities and more frequent negative outcomes due to premature death or suicide, compared to the general population. Prisons around the world face a number of challenges in preventing the spread of the virus among the convicted population. Established principles such as physical distancing, early identification of cases, protection of the most vulnerable population and medical treatment applied to those infected, have the same benefits in the prison population as in the general population. However, securing and enforcing these measures in a restrictive environment, such as prison, is extremely difficult.

On the other hand, prison overcrowding, as a long-standing problem in many countries, creates additional difficulties in implementing measures to ensure that the spread of the virus is prevented. Measures taken to control the spread of the virus, such as isolation, are associated with psychological stress, which is particularly pronounced in convicts in the form of feelings of helplessness. In addition, the restriction or complete abolition of visits is an additional source of suffering for all convicts. Convicts retain the right to medical care parity and the right to bodily integrity despite restrictions on their freedom, however, exercising this right is hampered in a pandemic.

Keywords: convicts, pandemic, right to health care, mental health of convicts.

прегледни рад
примљен: 15. 04. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 18. 05. 2021. г.

342.76
343.263
616.98:578.834]:614.47

Богдана СТЈЕПАНОВИЋ*

ВАКЦИНАЦИЈА И СЛОБОДА КРЕТАЊА

Апстракт

Почетком марта 2020. године Светска здравствена организација је COVID - 19 прогласила глобалном пандемијом. У циљу спречавања ширења заразе затражили су од држава да предузму хитне и оштре акције. Владе широм света предузеле су строге мере те су поред мера као што су друштвено удаљавање и ношење маски ограничиле и слободу кретања својих грађана. Границе држава, а негде и провинција, округа па и градова биле су затворене. Уследили су карантини који трају и до данас, а који ометају или потпуно онемогућавају слободно кретање људи. Слобода кретања као људско право које је заштићено националним и међународним правом је било и даље јесте крајње доведено у питање.

Са појавом првих вакцина против COVID - 19 почело је масовно вакцинисање становништва држава широм света. Вакцинисање се до сада спроводи на добровољној бази, али постоје индиције да то неће бити тако у периоду који долази. На такав закључак наводи пример Француске у којој је крајем прошле године представљен нацрт закона према коме грађани који нису примили вакцину против COVID- 19 неће моћи да имају слободан приступ многим јавним местима као и јавном превозу, с тим да је предвиђено да ће о питањима даљих ограничења приступа одређеним местима лица која нису вакцинисана одлучивати премијер без могућности да ту одлуку ревидира парламент. Овакво решење је наишло на озбиљна противљења истичући да оно представља нарушавање не само слободе избора и одлучивања о сопственом животу и здрављу већ и основног права на слободу кретања грађана. Као пропратни моменат идеје о ограничењу приступа одређеним местима лицима која нису вакцинисана

* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право у Београду,
b.stjepanovic@iup.rs

јавља се и идеја увођења пасоша о вакцинацији као доказа да је одређено лице вакцинисано.

Кључне речи: COVID - 19, вакцинација, слобода кретања, ограничења слободе кретања, вакцинациони пасош.

1. УВОД

Светска здравствена организација (СЗО) је 11. марта 2020. прогласила COVID-19, заразну болест изазвану Корона вирусом, глобалном пандемијом.¹ Позивајући се на забринутост због „алармантног нивоа ширења и озбиљности“, СЗО је позвала владе земаља широм света да предузму хитне и агресивне мере како би зауставиле ширење овог вируса. Појава COVID- 19 условила је масовна и озбиљна ограничења слободе кретања широм Европе и света која трају до данас.² Путници који прелазе међународне границе суочени су са дугим принудним карантинским периодима, било по доласку на одредиште, било по повратку, или у оба случаја.

Поступајући према препоруци СЗО владе земаља широм света предузеле су строге мере и умањиле слободу кретања својих грађана оправдавајући такав удар на основна људска права спречавањем ширења заразе. На овај начин слобода кретања, као једно од најосновнијих и најважнијих људских права,³ доведено је у питање.

¹ WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>, 11.3.2021.

² Око 760 милиона кинеза било је затворено у своје домове. У Сједињеним Државама милионима људи је наређено да остану код куће. Најригорознија ограничења слободе кретања су била споредена у Италији (најгора у Европи од Другог светског рат) где је шездесет милиона Италијана било затворено у својим домовима (уз изузетак оних који су због посла, здравља и других оправданих хитности могли да се крећу уз издату потврду. Freedom of Movement during COVID-19, SEPTEMBER 1, 2020 BY MYRNA EL FAKHRY TUTTLE, <https://www.lawnow.org/freedom-of-movement-during-covid-19/> 20.3.2021.

³ Hannah Arendt је рекла у свом обраћању "Von der Menschlichkeit in finsternen Zeiten" при примању Lessing Prize 1959 године. <http://www.wolfgang-heuer.com/denkraum/eng/freedom.htm>, 11.3.2021. да је од свих специфичних слобода које нам могу пасти на памет кад чујемо реч „слобода“, слобода кретања историјски најстарија и уједно најелементарнија. Основно обележје слободе јесте да можемо да кренемо тамо где желимо. Са друге стране, Hannah Arendt наводи да је ограничење слободе кретања од памтивека било предуслов за поробљавање. Све друге људске слободе условљене су у свом остваривању постојањем слободе

Крајем 2020. почеле су да се појављују вакцине против COVID-19 и почела је масовна вакцинација становништва. До сада се вакцинација спроводи на добровољној бази.⁴ Упитност трајне добровољности вакцинације се појавила када је у Француској крајем прошле године донет нацрт закона према коме грађани који нису примили вакцину против COVID-19 неће моћи да приступе одређеним јавним просторима и објектима, с тим да је предвиђено да о питањима даљих ограничења приступа лицима која нису вакцинисана одређеним местима одлучује премијер без могућности контроле таквих одлука од стране Парламента. Овакво решење је наишло на озбиљна противљења у земљи која је симбол за слободу и демократију, нарочито с обзиром да грађани ове земље показују велику колебљивост по питању вакцинације против COVID-19. Противници поменутог закона истичу да би он представљао грубо нарушавање не само слободе избора и одлучивања о сопственом животу и здрављу већ и основног права на слободу кретања грађана. Уз идеју увођења ограничења приступа одређеним местима лицима која нису вакцинисана јавља се и идеја увођења пасоша о вакцинацији као доказа да је одређено лице вакцинисано. Са идејом увођења пасоша о вакцинацији јављају се даља спорна питања везана за нарушавање основних људских права и слобода.

2. ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ КРЕТАЊА ТОКОМ ПАНДЕМИЈЕ

Кина, држава у којој се према званичним подацима јавио први случај COVID-19, увела је изузетно строге карантинске мере уз

кретања. <http://www.wolfgang-heuer.com/denkraum/eng/freedom.htm>, 11.3.2021. Стога, чини се да слобода размишљања у условима неслободе даје могућност „слободног кретања по свету“, барем у сопственом уму, упркос забранама путовања и ограниченим дозволама боравка. Повлачење у, на пример, такозвану унутрашњу емиграцију, догађа се због свести да није слободан, а цена коју човек плаћа је губитак стварности. М. Chinazzi et al., The effect of travel restrictions on the spread of the 2019 novel coronavirus (COVID-19) outbreak, 29.3.2021. Research Articles, published online 6 March, p. eaba9757

⁴ Службеник за комуникације везане за имунизацију, вакцине и биолошка средства при СЗО Alison Brunier каже да Светска здравствена организација нема званичну политику о обавезној вакцинацији. Он каже да иако је пожељно да велика потражња и прихватање вакцинације у заједници чине обавезне програме вакцинације непотребним, СЗО схвата да ће неке земље можда желети да крену у том правцу када се суоче са опадањем стопе вакцинације и избијања болести. «Mandatory vaccinations: No middle ground», *Canadian Medical Association or its licensors*, 2011, 1830. (16)

многоструко нарушавање основних људских права и слобода. Средином јануара прошле године, власти у Кини су за два дана ставиле у карантин близу 60 милиона људи у покушају да ограниче пренос вируса из Вухана у провинцији Хубеи, где је вирус први пут пријављен (иако је до почетка карантина 5 милиона од 11 милиона становника напустило Вухан). Многобројни становници градова који су били у карантину имали су велике потешкоће у добијању медицинске неге и задовољавању основних животних потрепштина. У јавности су се појавиле приче о смртним случајевима и лечењу оболелих од неких других обољења (дечак са церебралном парализом је умро јер нико није бринуо о њему након што је његов отац одведен у карантин; жена са леукемијом умрла је након што ју је неколико болница одбило због забринутости због унакрсне инфекције; мајка је очајнички молила полицију да пропусти ћерку са леукемијом кроз контролни пункт на мосту ради хемотерапије; човек са бубрежном болешћу скочио је са балкона свог стана након што није могао да приступи здравственим установама за дијализу и др.). Кинеске власти су користиле и разне изузетно насилне мере (барикада металним стубовима врата породица за које је постојала сумња да су заражене; хапшења људи због одбијања ношења маски и коришћење дронова са звучницима да би изгргдили људе који су изашли напоље без маски).⁵

Одмах након навођења вероватно најдрастичнијих мера ограничења основних људских права (између осталих и права на кретање) која су спровођена и која се спроводе у Кини, нужно је поменути пример наше земље која је увелико пратила пример Кине, те се за мере које је наша Влада наметнула грађанима ради спречавања ширења COVID-19 потпуно слободно и оправдано може рећи да су биле међу најдрастичнијим у Европи.⁶ Ванредно стање, уведено у Србији 15. марта 2020., укинута је након 53 дана парламентарном одлуком усвојеном 6. маја 2020. Током трајања ванредног стања многа људска права грађана

⁵ Human Rights Dimensions of COVID-19 Response, <https://www.hrw.org/news/2020/03/19/human-rights-dimensions-covid-19-response>, 26.3.2021.

⁶ У Србији је полицијски час током ванредног стања трајао од 17:00 (а неким данима и од 15:00) до 5 сати ујутру радним данима, а од 17 сати петком до 5 ујутру понедељком викендом. Људи старији од 65 година били су закључани 34 дана и било им је дозвољено да иду у куповину намирница одређеног дана сваке недеље, од 4 до 7 сати ујутро. Restrictions of the Freedom of Movement of Serbia's Citizens during the COVID-19 Pandemic amongst the Most Drastic in Europe, Published: May 7, 2020, Belgrade Center for Human Rights, <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/eng-lat/restrictions-of-the-freedom-of-movement-of-serbias-citizens-during-the-covid-19-pandemic-amongst-the-most-drastric-in-europe/>.

Србије садржана у Уставу и ратификованим међународним уговорима била су ограничена.⁷ Право које је током трајања ванредног стања претрпело најзначајнија ограничења било је право на слободу кретања.

Слобода кретања је људско право⁸ заштићено домаћим и међународним правним актима. Право на слободу кретања, као и право свима да напусте било коју земљу као и да се врате у своју загарантовано је чл. 13 Универзалне декларације о људским правима као и чл. 12 Међународног пакта о грађанским и политичким правима гарантује.⁹ Устав Србије у члану 39. гарантује право сваком да се слободно креће и настањује у Републици Србији, да је напусти и да се у њу врати.¹⁰

Људска права нису независна једно од другог и налазе се у међусобној интеракцији, те ни једно не може бити апсолутно. Тако ни право на слободу кретања није апсолутно и може бити ограничено када је то потребно за очување „јавног здравља“. Ограничење овог права може бити оправдано само ако је сразмерно опасности која прети „јавном здрављу“ и ако се та опасност не може спречити мање агресивним мерама.

Ограничења која су у погледу љуских права и слобода вршена у нашој земљи током ванредног стања заснивана су на чл. 202. ст. 1. Устава Реп. Србије. Према овом члану одређена људска права у периоду ванредног стања могу бити дерогирана, с тим да та ограничења морају да буду у мери у којој се то сматра нужним. Поред Устава заснивање ванредног стања и поступање током његовог трајања прописано је међународним актима. Према чл. 12 (3) Међународног пакта о грађанским и политичким правима (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)) дозвољено је ограничење права на слободу кретања из разлога

⁷ Ibid.

⁸ Основни аргумент за поштовање права на слободно кретање, из либералне перспективе, јесте његова чврста веза са индивидуалном аутономијом. Н. Carens Joseph, 1992. "Migration and Morality. A Liberal Egalitarian Perspective", in Barry Brian and Robert E. Goodin, eds., Free Movement, Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money (Pennsylvania, Pennsylvania State University Press). In: Rainer Bauböck, "Global Justice, Freedom of Movement and Democratic Citizenship", Published online by Cambridge University Press: 01 April 2009, 5.

⁹ Чл. 13 Universal Declaration of Human Rights, United Nations, 2015, 28; чл. 12. International Covenant on Civil and Political Rights, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

¹⁰ Чл. 38 Устава Републике Србије, "Сл. гласник РС" бр. 98/2006.

јавног здравља и националне ванредне ситуације.¹¹ У чл. 4. ICCPR, у случају ванредног стања, државе могу предузети мере којима одступају од својих обавеза према овом међународном акт, у мери у којој то изричито захтевају ситуације. Комитет за људска права рекао је у свом Општем коментару на чл. 4. ICCPR да државе потписнице које разматрају позивање на члан 4. морају пажљиво размотрити оправданост и зашто је таква мера неопходна и легитимна у датим околностима.¹² Према *Siracusa Principles*, које је усвојио Економски и социјални савет УН-а 1984. године, и општим коментарима Комитета за људска права УН-а о ванредним стањима и слободи кретања, све мере предузете ради заштите становништва које ограничавају људска права и слободе морају бити законите, неопходне и пропорционалне.¹³ Ванредна стања морају бити ограничена трајањем, а свако умањење права мора узети у обзир несразмеран утицај на одређену популацију или маргинализоване групе. У *Siracusa Principles* посебно се наводи да ограничења треба да буду спроведена у складу са законом; усмерена ка легитимном циљу од општег интереса; строго неопходна у демократском друштву за постизање циља; најмање наметљива за постизање циља; заснована на научним доказима и није произвољан нити дискриминаторан у примени; и ограниченог трајања, поштујући људско достојанство и подложен преиспитивању.¹⁴ Наведена ограничења морају бити законита, неопходна и пропорционална. Према члану 43. ИHR здравствене мере „не смеју бити рестриктивније за међународни саобраћај нити инвазивније или

¹¹ International Covenant on Civil and Political Rights, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

¹² Restrictions of the Freedom of Movement of Serbia's Citizens during the COVID-19 Pandemic amongst the Most Drastic in Europe, Published: May 7, 2020, Belgrade Center for Human Rights, <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/eng-lat/restrictions-of-the-freedom-of-movement-of-serbias-citizens-during-the-covid-19-pandemic-amongst-the-most-drastric-in-europe/>.

¹³ “public health”, Public health may be invoked as a ground for limiting certain rights in order to allow a state to take measures dealing with a serious threat to the health of the population or individual members of the population. These measures must be specifically aimed at preventing disease or injury or providing care for the sick and injured. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, American Association for the International Commission of Jurists, p. 8.

¹⁴ *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, American Association for the International Commission of Jurists.

наметљивије за грађане од разумно доступних алтернатива.¹⁵ Како стоји у самом ИНР сврха доношења овог акта је да се спречи, заштити, контролише и пружи одговор јавног здравства на међународно ширење болести на начине који су сразмерни и ограничени на ризике по јавно здравље и који не предузимају непотребно мешање у међународни промет и трговину.¹⁶ Иако ИНР у члану 3. захтева да се здравствене мере спроводе уз пуно поштовање достојанства, људских права и основних слобода,¹⁷ ограничења слободе кретања грађана представља нарушавање низа основних људских права. Без обзира на то што је ИНР акт који је донет у оквиру СЗО, а који предвиђа употребу мера пропорционалних опасности која постоји за јавно здравље, уз поштовање основних људских права и слобода, СЗО је више пута похвалила „агресивне“ мере које су предузеле владе у циљу спречавања даљег ширења вируса.¹⁸ Забрана кретања је свестрано подржавана и подстицана без обзира на то што је током ранијих епидемија утврђено да та мера има ограничену јавноздравствену ефикасност.¹⁹

Комитет Уједињених нација за економска, социјална и културна права, који надгледа усклађеност државе са споразумима, изјавио је да је право на здравље уско повезано и зависи од остваривања других људских права, садржаних у International Bill of Rights, укључујући права на храну, становање, рад, образовање, људско достојанство, живот, недискриминацију, једнакост, забрану мучења, приватности, приступа информацијама и слободе удруживања, окупљања и кретања.²⁰

Ограничења као што су обавезан карантин или изолација лица са симптомима вируса морају бити спроведена у складу са законом. Да би се ограничења људских права вршила мора постојати неки виши циљ,

¹⁵ Светска здравствена организација је 2005. донела International Health Regulations (ИНР), акт који је обавезујући за све државе чланице Светске здравствене организације (WHO).

¹⁶ International Health Regulations, Third Edition, World Health Organization, 2005, 1.

¹⁷ WHO, "International Health Regulations, WHA 58.3" (World Health Organization, Geneva, ed. 2, 2005).

¹⁸ K. Kupferschmidt, J. Cohen, „Can China's COVID-19 strategy work elsewhere?“, *Science*, Vol. 367, Issue 6482, 2020, 1061.

¹⁹ Nicole A. Errett, Lauren M. Sauer, Lainie Rutkow, "An integrative review of the limited evidence on international travel bans as an emerging infectious disease disaster control measure", *Journal of Emergency Management* Vol. 18, No. 1, January/February 2020.

²⁰ Human Rights Dimensions of COVID-19 Response, <https://www.hrw.org/news/2020/03/19/human-rights-dimensions-covid-19-response>, 30.3.2021.

заснован на научним доказима, пропорционалан постизању тог циља, ни произвољан ни дискриминаторан у примени, ограниченог трајања, поштујући људско достојанство и подложен преиспитивању. Широко распорострањени карантини и блокаде неодређене дужине ретко испуњавају ове критеријуме и често се нагло уводе, не обезбеђујући заштиту оних у карантину - посебно популације у ризику. Будући да је такве карантине и блокаде тешко наметнути и применити једнообразно, они су често произвољни или дискриминаторни у примени. Право на слободу кретања према међународном праву штити право сваког да напусти било коју земљу, да уђе у земљу чији је држављанин и право свих који се законито налазе у земљи да се слободно крећу на целој територији земље. Ограничења ових права могу се наметнути само када су законита, у легитимне сврхе и када су ограничења сразмерна, укључујући и разматрање њиховог утицаја. Забране путовања и ограничења слободе кретања не смеју бити дискриминаторни.

Како видимо, у свим поменутиим међународним актима који говоре о поступању државе у периодима ванредног стања, говори се о пропорционалности прописаних мера опасности која по јавно здравље прети. На овом месту се поставља питање да ли је затварање и ограничење кретања било једина могућа мера? Да ли би сама примена других мера (социјално удаљавање, ношење маске, дезинфекција јавних површина и др.) била довољна да се заустави ширење пандемије?

3. ФРАНЦУСКИ ПРИМЕР

Поред ограничења слободе кретања која су до сада током трајања пандемија била вршена, догађај који је уследио у децембру прошле године најавио је даље дикриминације људи и даља и шира ограничења најосновнијих људских права. У децембру прошле године у Француској је представљен *Projet de loi n° 3714 instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires*²¹ чије усвајање би довело до ограничења слободе кретања за лица која нису вакцинисана. Као циљ доношења закона наводи се решавање новонастале ситуације везане за COVID-19 као и за све будуће здравствене кризе. По овом закону премијер има право да у случајевима здравствене кризе између осталог, ускрати право на јавни транспорт и приступ другим јавним местима за она лица која немају

²¹ *Projet de loi n° 3714 instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires*, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3714_projet-loi.

негативан тест или доказ о спроведеној вакцинацији. Предлог закона наишао је на оштру критику у нацији која показује значајну неповерљивост према вакцинама против COVID-19.²²

Везано за легитимности усвајања таквог у Француској су се јавили бројни критичари предложеног закона, а нарочито се истичу припадници крајње десне партије Le Rassemblement National (RN). Они истичу да би идеја негативно утицала на слободе људи и да би практично учинила вакцинацију у Француској обавезном. Нарочито контраверзу изазива чињеница да је Француска једна од земаља које су крајње резервисане према Covid-19 вакцинама. Sébastien Chenu, члан RN је рекао да закон према коме нисте вакцинисани бити умањене слободе веома опасан јер ће, очигледно, значити да ће вакцинација бити обавезна у овом случају. Председник RN, Marine Le Pen, је изјавила да они неће никада прихватити да Влада принудом намеће оно на шта није у стању да наведе становништво да прихвати из поверења према њој. Истакла је да не могу невакцинисани грађани представљати грађане другог реда, те да би овако нешто за невакцинисане држављане представљало грађанску смрт. Marine Le Pen види ове мере као „фаталне за слободу“.²³ Guillaume Peltier, члан Републиканске партије је изјавио да се пита шта то председник крије и да је он мислио да се у Француској поштује слобода као правило, а да су њена ограничења само изузеци. Али у овом случају би извршна власт имала моћ да ограничи слободе без провере тј. одобрења Парламента, што је незамисливо.²⁴ Loïc Hervé је изјавио да тај закон представља веома

²² Анкете показују да је Француска једна од земаља у којој је велика колебљивост у погледу примања вакцина. Према истраживању Ипсоса из октобра прошле године, само 54 одсто француске популације намерава да прими вакцину против Корона вируса. Coronavirus vaccine hesitancy could spoil the party in 2021, <https://www.politico.eu/article/coronavirus-vaccine-hesitancy-could-spoil-the-party-in-2021/>.

French bill could restrict freedom of movement over vaccination status during crises, BY JULES DARMANIN

December 22, 2020 3:43 pm, <https://www.politico.eu/article/france-vaccination-bill-freedom-of-movement/>, 20.3.2021.

²³ Marine Le Pen claims travel ban for Covid antivaxers is health dictatorship, <https://www.thetimes.co.uk/article/marine-le-pen-claims-travel-ban-for-covid-antivaxers-is-health-dictatorship-6strqfvwm>, 21.3.2021.

²⁴ France debates new bill on vaccination ‘health passports’, <https://www.connexionfrance.com/French-news/France-debates-new-bill-on-controversial-vaccination-health-passports>, 22. 3. 2021.

озбиљан ризик од кршења најосновнијих грађанских слобода.²⁵ Nicholas Hervieu, рекао је да је принцип условљавања приступа одређеним услугама или местима чињеницом да је неко лице вакцинисано законски могућ. Штавише деца су и сада условљена примањем одређених вакцина да би похађали школу, а многе државе захтевају од путника да приме вакцину против грипа да би ушли на територију њихове земље. Према Hervieu, законски је могуће да се за вакцину COVID-19 уведу правила слична онима која су већ на снази, али она би морала да имају значајне додатне здравствене гаранције. Hervieu наводи да смо сви били подвргнути масовним ограничењима наших слобода повезаних са епидемијом последњих месеци, али предвиђано ограничење слободе кретања би било прво која ће физички утицати на нас, јер би индиректно приморала људе да се вакцинишу. Из тог разлога здравствене гаранције морају бити много строже. Gabriel Attal, је изјавио да је циљ који се жели постићи усвајањем овог закона да нас припреми за крај ванредног стања и да установи дуготрајан законски оквир који би се носио са здравственим кризама. Он је навео да се овде ради о изградњи кохерентног законског оквира користећи се правним средствима која су нам била доступна пре кризе и која су ступила на снагу током трајања кризе.²⁶

Једним од најспорнијих делова закона се сматра први члан који садржи намеру да се измени члан L.3131-9, n°6 закона о јавном здравству којим ће се премијер овластити да кретање особа, њихов приступ превозним средствима или одређеним местима, као и обављање одређених активности, подлежу показивањем резултата скрининг теста којим се утврђује да особа није оболела или контаминирана и/или којим ће показати да је било изложено превентивним третманом, укључујући примену вакцине или лека. То би значило да само лица која су примила захтевану вакцину могу користити јавни превоз.

Концепт који заговара француски предлог закона намеће још једно питање, а то је која су то места за приступ којима ће се тражити доказ о вакцинацији. Да ли ће то бити службене канцеларије, простори у којима се одвија културна делатност, продавнице, бутици, и др? У погледу овог питања Hervieu сматра да би било недопустиво ограничење приступа радњама које садрже производе који су неопходни за егзистенцију, јер би

²⁵Urgences sanitaires: le gouvernement retire un projet de loi controversé <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/urgences-sanitaires-le-gouvernement-retire-un-projet-de-loi-controverse-186392>, 22.3.2021.

²⁶ Ibid.

се на тај начин људи приморали да заради опстанка и преживљавања приступе вакцинацији, која званично није обавезна у Француској.

Следеће питање које се у погледу предлога наведеног закона поставља јесте на који начин би се проверавало да је одређено лице вакцинисано. То је питање које нас доводи на поље заштите личних података. Ко би био овлашћен да нарушава и на који начин то право сваког појединца, као и да у случају да нисте вакцинисани проверава разлог из ког то није учињено? На овај начин би лица која болују од неке болести или имају неки деформитет који искључује могућност вакцинације морали то да обзнане чак и продавцима у супермаркетима.”²⁷ Као једна од могућности за легитимацију оних који су примили вакцину наводе се здравствени вакцинациони пасоши.

4. ПАСОШИ О ВАКЦИНАЦИЈИ – СРЕДСТВО ОСТВАРИВАЊА ИЛИ УСКРАЋИВАЊА ПРАВА НА СЛОБОДУ КРЕТАЊА

Имунитетски пасоши су концепт који се јавио још почетком саме пандемије као начин да се обезбеди лицима за које се зна да нису заражени слободно кретање у друштву. Појавом вакцина идеја је даље уобличена те би према садашњој концепцији обухватала лица која су вакцинисана те би самим тим они овим документом доказивали свој имунитет на COVID-19.²⁸

Од 2005. више од 200 земаља (укључујући и Француску) су потписале међународни здравствени уговор са Светском здравственом организацијом према коме признају међународни сертификат о доказу о вакцинацији против жуте грознице. Сертификат, који се званично назива International Certificate of Vaccination or Prophylaxis (ICVP), захтева се за улазак у бројне Афричке земље. Тренутно су вакцине против жуте грознице и дечије парализе једине вакцине које се могу бележити у овом сертификату, међутим предвиђено је да ће се овај исти сертификат користити и у случају када се за одређено обољење пропише или у

²⁷ Covid-19 France: Could places refuse unvaccinated people?, By Joanna York, 6 January 2021., <https://www.connexionfrance.com/French-news/Covid-19-France-Could-places-legally-refuse-unvaccinated-people>, 20.3.2021.

²⁸ Do we need coronavirus 'vaccine passports' to get Europe moving again? Euronews asks the experts, <https://www.euronews.com/travel/2020/12/11/do-we-need-coronavirus-vaccine-passports-to-get-the-world-moving-again-euronews-asks-the-e>, 22.3.2021.

случају када се за неко обољење да препорука. Овај документ би могао да послужи СЗО као теоретски оквир путем ког би се овај захтев проширио и на „сертификат“ за COVID-19.

Међународно удружење ваздушног транспорта (IATA) дало је предлог о здравственом пасошу или пасошу за вакцинацију како би се људима омогућило путовање.²⁹ Сугерисано је да би “IATA travel pass” помогао да се опорави ову индустрија која трпи огромне губитке услед новонастале ситуације. Аустралијска авиокомпанија Qantas је већ заузела став да ће захтевати од својих путника да дају доказ о извршеној вакцинацији као услов да би могли да путују изван земље.³⁰ Мера којом се ограничава приступ авиопревоза лицима која нису вакцинисана оправдава се чињеницом да таква ограничења постоје за одређене земље у Африци, а везано за доказ о вакцинацији за неке од болести.³¹

17. марта 2021. на сајту Европске комисије је објављено да Европска комисија предлаже стварање дигиталног зеленог сертификата (Digital Green Pass) како би се олакшало сигурно слободно кретање унутар ЕУ током пандемије COVID-19.³² Дигитални зелени сертификат биће доказ да је особа вакцинисана против COVID -19, да је добила негативан резултат теста или се опоравила од COVID-19. Биће доступан бесплатно, у дигиталном или папирном формату. Садржи QR код да би се осигурала сигурност и аутентичност сертификата. Комисија ће изградити приступну мрежу како би осигурала да се сви сертификати могу верификовати широм ЕУ и подржати државе чланице у техничкој примени сертификата. Државе чланице имају слободу да одлуче која ограничења јавног здравља ће увести својим грађанима.³³ Обим сертификата превазилази

²⁹ IATA Travel Pass Initiative, <https://www.iata.org/en/programs/passenger/travel-pass/>, 14. 4. 2021.

³⁰ Qantas boss: Governments 'to insist' on vaccines for flying, <https://www.bbc.com/news/business-56460329>, 15.4.2021.

³¹ Augustin de Romanet, the head of French airport group Groupe ADP.

³² Председница Комисије Ursula von der Leyen твитовала је у понедељак да би „Дигитални зелени пасош требало да олакша живот Европљанима. Циљ је да им се постепено омогући безбедно кретање у Европској унији или иностранству ради посла или туризма“. <https://twitter.com/vonderleyen/status/1366346729289904128?lang=sr>, 15.4.2021.

³³ Coronavirus: Commission proposes a Digital Green Certificate, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1181;

Државе чије се економије у великој мери ослањају на туристички сектор, стајале су иза притиска за добијање таквог сертификата јер покушавају да оживе своју туристичку индустрију (Грчка, Кипар и др.). EU to propose vaccine 'green pass', <https://medicalxpress.com/news/2021-03-eu-vaccine-green.html>

документовање вакциналног статуса и укључује ширу медицинску историју особе. Комисија наводи да ће предложени зелени сертификат о вакцинацији бити недискриминаторан. Према њима сви људи (вакцинисани и невакцинисани) требало би да имају користи од дигиталног зеленог сертификата када путују у ЕУ. Да би спречила дискриминацију појединаца који нису вакцинисани, Комисија предлаже да се створе и сертификати о тестирању и сертификат за особе које су се опоравиле од COVID -19.

Сертификат ће давати право свом имаоцу да обавести Комисију уколико држава чланица и даље захтева од њега стављање у карантин или тестирање. Везано за садржај самог сертификата наводи се да ће он садржати ограничени скуп информација као што су име, датум рођења, датум издавања, релевантне информације о вакцини / тесту / опоравку и јединствени идентификатор сертификата. Ови подаци се могу проверити само да би се потврдила и верификовала аутентичност и валидност сертификата. Дигитални зелени сертификат важиће у свим државама чланицама ЕУ и биће отворен за Исланд, Лихтенштајн, Норвешку, као и за Швајцарску. Дигитални зелени сертификат треба да се изда држављанима ЕУ и члановима њихових породица, без обзира на националност. Такође би требало да се изда држављанима који нису чланице ЕУ и који бораве у ЕУ и посетиоцима који имају право да путују у друге државе чланице. За дигиталне зелене сертификате кажу да представљају привремену меру која ће трајати док Светска здравствена организација не објави крај међународне здравствене кризе.³⁴

Melinda Mills, директор Leverhulme Center for Demographic Science at the University of Oxford сматра да пре него што се уведу сертификати о вакцинама или пасоши, велика количина становништва требала би бити вакцинисана, а већа група појединаца би требала имати приступ вакцинацији. Mills наводи да су тренутни планови за Европу да се око 70% становништва ЕУ вакцинише до краја лета, с тим да је тренутно само 6% становништва ЕУ вакцинисано.³⁵ Дигитални пасош отвара питање приватности и етичности што ће и бити главна препрека његовом озакоњењу. Mills сматра да је централна етичка брига одредити ко би могао бити изузет ако би се увели сертификати (нпр. постоје одређени

³⁴Coronavirus: Commission proposes a Digital Green Certificate https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1181.

³⁵ EU vaccine passport: An ethical and legal minefield?, <https://www.dw.com/en/eu-vaccine-passport-an-ethical-and-legal-minefield/a-56747519>, 13.4.2021.

људи који не могу да приме вакцине из медицинских разлога (нпр. алергични и труднице), као и одређене етничке скупине које не прихватају вакцинацију).

Извештај групе SET-C (Science in Emergencies Tasking: COVID-19) при Краљевском друштву (Royal Society) износи огроман број питања која треба решити пре него што се успостави одржив систем.³⁶ Chris Dye, професор епидемиологије на Оксфордском одсеку за зоологију, у извештају истиче да је, иако је постигнут напредак у погледу етичких, приватних и техничких питања, дуг пут пред нама. Dye сматра да је остварен огроман напредак у многим подручјима, али да још увек нисмо у најбољој позицији да користимо вакцинационе пасоше. Једну од спорних момената сматра чињеницу да се још на најосновнијем нивоу прикупљају подаци о томе колико је тачно вакцина ефикасна у спречавању инфекције и преноса и о колико ће трајати имунитет. Поред овог основног и кључног питања за даљу анализу основаности увођења пасоша о вакцинацији јављају се и бројна друга питања (нпр. питање свакодневног дигиталног приступа информацијама, питање обима употребе, тј. да ли ће доказ о вакцинацији тј. доказ о постојању имунитета на вирус бити потребна за међународна путовања, медицинску употребу или пак и за запошљавање, присуство на јавним догађањима и др.).

С обзиром на то да би наведени сертификати требало да садрже осетљиве личне податке нужно је поставити и јасно дефинисати параметре за његову употребу. Заштита здравствених података кључна је компонента обавезе Европског суда за људска права да заштити приватност појединаца. Потребно је размотрити и законску заштиту податаке и захтеве приватности у односу на поштовање приватног живота, што укључује заштиту личних здравствених података и биометријских података.³⁷ Постоји посебна забринутост да би сертификати о вакцинацији могли довести до социјалне стигматизације, посебно у радном окружењу.³⁸

³⁶ Краљевско друштво основало је SET-C (Science in Emergencies Tasking: COVID-19) како би се ослањало на стручност својих сарадника и других како би одговорили на захтеве за брз научни савет о темама важним за борбу против пандемије. <https://royalsociety.org/topics-policy/projects/set-c-science-in-emergencies-tasking-covid/>, 13.3.2021.

³⁷ EU vaccine passport: An ethical and legal minefield?, <https://www.dw.com/en/eu-vaccine-passport-an-ethical-and-legal-minefield/a-56747519>, 15.4.2021.

³⁸ Ibid.

5. ЗАКЉУЧАК

Ограничења слободе кретања којих смо сви сведоци последњих годину дана представљају једна од највећих ограничења овог основног људског права у познатој историји човечанства. Оправдање за небројене репресивне мере влада земаља широм света правдају се заштитом вишег интереса- „јавног здравља“. Јавно здравље свакако јесте виши интерес од интереса појединца и када је оно угрожено оправдано је ограничити поједина људска права, али у мери и на начин примерен постојећој претњи по „јавно здравље“. Угрожавање „јавног здравља“ у случају COVID-19 утемељено је на нетачним прогнозама стопе смртности што се касније и установило на примеру Енглеске, али нико није ништа учинио тим поводом и репресије се и даље настављају и даље продубљују. Недуго (гледано из аспекта времена потребног да се развије и најобичнији лек, а поготово вакцина за потпуно нови вирус) након појаве COVID-19 почеле су да се нижу фармацеутске куће са вакцинама против новог вируса. Вакцине су одобраване у брзим процедурама без претходног испитивања (са идејом да ће број спашених услед њихове апликације бити већи од броја страдалих могућим нуспојавама изазваним нетестирањем вакцина, а све правдајући недостатком времена и нужном што хитнијом акцијом). Без обзира на овако лаичко поступање надлежних органа који су дистрибуирали и одобравали постојеће вакцине, чињеница да оне нису биле обавезне остављао је могућност становништву да за себе одлуче да ли су спремни да се излажу ризику примања оваквих вакцина. Оно што представља црвено светло када је реч о људским правима јесте вест да је у Француској крајем 2020. године био представљен нацрт закона који иде даље ка ограничењима слободе кретања и предвиђа забрану приступа појединим јавним местима и јавном превозу лицима која нису извршила активну имунизацију. Усвајањем овог акта имунизација би практично постала обавезна за све (онима који би одбили практично би следила грађанска смрт). Поврх свега наведеног, а у циљу „враћања у нормалу“ представљена је идеја увођења сертификата о вакцинацији као доказа да је одређено лице активно имунизовано. Све то у ситуацији када ефикасност постојећих вакцина против COVID-19 није у целости доказана и када није познато да ли оне искључују или смањују шансе за преношење вируса. Поставља се питање да ли је смислено уводити вакцинационе пасоше који би требали да буду средство које указује на безбедност једног лица као оног ко није носилац а ни преносилац корона вируса. Ако још увек ништа

није потпуно јасно и ако имамо толико недоумица и непознаница има ли смисла привилеговати једну групу људи која врло могуће не би требала ни због чега бити привилегована.

Ако вакцинација представља само једно од средстава које ће довести до прекраћивања пандемије, ако вакцина нема снагу да заустави ширење вируса а са собом извесно носи могућност настанка озбиљних здравствених потешкоћа (тренутно познатих, а с обзиром да се ради о новој технологији која је примењена на израду вакцина за дугорочне ефекте постојећих вакцина не може ни да се говори). Које је оправдање за увођење ограничења тј. привилеговати групу људи који је примили нешто за шта се и даље не зна какви су ефекти те да ли пружа заштиту и у ком временском периоду лицу које је извршило активну имунизацију те да ли исто лице, чак и под условом да се заштитило од обољевања корона вирусом, јесте преносилац истог вируса на друге чланове друштва? Чак и када би било доказано да вакцинисано становништво има 100 процентну заштиту од заражавања вирусом и да не представљају повећану опасност као преносиоци вируса на онај део становнишва који није приступио вакцинацији метод који се данас помиње, а то је увођење вакцинационих здравствених пасоша, према нашем мишљењу не би се могло сматрати допустивим.

ЛИТЕРАТУРА

"Von der Menschlichkeit in finsternen Zeiten" <http://www.wolfgang-heuer.com/denkraum/eng/freedom.htm>;

«Mandatory vaccinations: No middle ground», Canadian Medical Association or its licensors, 2011;

Carens Joseph H., 1992. 'Migration and Morality. A Liberal Egalitarian Perspective', in Barry Brian and Robert E. Goodin, eds., Free Movement, Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money (Pennsylvania, Pennsylvania State University Press). In: Rainer Bauböck, "Global Justice, Freedom of Movement and Democratic Citizenship", Published online by Cambridge University Press: 01 April 2009;

Coronavirus vaccine hesitancy could spoil the party in 2021, <https://www.politico.eu/article/coronavirus-vaccine-hesitancy-could-spoil-the-party-in-2021/>;

Coronavirus: Commission proposes a Digital Green Certificate https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1181;

Coronavirus: Commission proposes a Digital Green Certificate, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1181;

Covid-19 France: Could places refuse unvaccinated people?, By Joanna York, 6 January 2021., <https://www.connexionfrance.com/French-news/Covid-19-France-Could-places-legally-refuse-unvaccinated-people>;

Do we need coronavirus 'vaccine passports' to get Europe moving again? Euronews asks the experts, <https://www.euronews.com/travel/2020/12/11/do-we-need-coronavirus-vaccine-passports-to-get-the-world-moving-again-euronews-asks-the-e>;

EU to propose vaccine 'green pass', <https://medicalxpress.com/news/2021-03-eu-vaccine-green.html>;

EU vaccine passport: An ethical and legal minefield?, <https://www.dw.com/en/eu-vaccine-passport-an-ethical-and-legal-minefield/a-56747519>;

France debates new bill on vaccination 'health passports', <https://www.connexionfrance.com/French-news/France-debates-new-bill-on-controversial-vaccination-health-passports>;

Freedom of Movement during COVID-19, September 1, 2020 by Myrna El Fakhry Tuttle, <https://www.lawnow.org/freedom-of-movement-during-covid-19/>;

French bill could restrict freedom of movement over vaccination status during crises, December 22, 2020 3:43 pm,
<https://www.politico.eu/article/france-vaccination-bill-freedom-of-movement/>;

<https://royalsociety.org/topics-policy/projects/set-c-science-in-emergencies-tasking-covid/>;

<https://twitter.com/vonderleyen/status/1366346729289904128?lang=sr>,
15.4.2021.

Human Rights Dimensions of COVID-19 Response,
<https://www.hrw.org/news/2020/03/19/human-rights-dimensions-covid-19-response>;

Human Rights Dimensions of COVID-19 Response,
<https://www.hrw.org/news/2020/03/19/human-rights-dimensions-covid-19-response>;

IATA Travel Pass Initiative,
<https://www.iata.org/en/programs/passenger/travel-pass/>;

International Covenant on Civil and Political Rights,
<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>;

Kupferschmidt, K., Cohen, J., „Can China's COVID-19 strategy work elsewhere?“, Science, Vol. 367, Issue 6482, 2020;

M. Chinazzi et al., The effect of travel restrictions on the spread of the 2019 novel coronavirus (COVID-19) outbreak, 29.3.2021. Research Articles, published online 6 March, p. eaba9757;

Marine Le Pen claims travel ban for Covid antivaxers is health dictatorship,
<https://www.thetimes.co.uk/article/marine-le-pen-claims-travel-ban-for-covid-antivaxers-is-health-dictatorship-6strqfvwm>;

Nicole A. Errett, Lauren M. Sauer, Lainie Rutkow, “An integrative review of the limited evidence on international travel bans as an emerging infectious disease disaster control measure”, Journal of Emergency Management, Vol. 18, No. 1, January/February 2020;

Projet de loi n° 3714 instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3714_projet-loi;

Qantas boss: Governments 'to insist' on vaccines for flying,
<https://www.bbc.com/news/business-56460329>;

Restrictions of the Freedom of Movement of Serbia's Citizens during the COVID-19 Pandemic amongst the Most Drastic in Europe, Published: May 7, 2020, Belgrade Center for Human Rights,
<http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/eng-lat/restrictions-of-the-freedom-of->

movement-of-serbias-citizens during-the-covid-19-pandemic-amongst-the-most-drastic-in-europe/;

Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, American Association for the International Commission of Jurists, Third Edition, World Health Organization, 2005;

Universal Declaration of Human Rights, United Nations, 2015;

Urgences sanitaires: le gouvernement retire un projet de loi controversé <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/urgences-sanitaires-le-gouvernement-retire-un-projet-de-loi-controverse-186392>;

WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>;

WHO, "International Health Regulations, WHA 58.3" (World Health Organization, Geneva, ed. 2, 2005).

Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС* бр. 98/2006.

Bogdana STJEPANOVIĆ

Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

VACCINATION AND FREEDOM OF MOVEMENT

Summary

At the beginning of March 2020, the World Community declared COVID-19 global pandemic. In order to prevent the spread of the infection, they asked the states to take urgent and sharp actions. Governments around the world have taken strict measures and, in addition to measures such as social distancing and wearing protecting masks, have restricted the freedom of movement of their citizens. The borders of the states, and sometimes the provinces, districts and even cities, were closed. This was followed by quarantines that continue to this day, and which hinder or completely prevent the free movement of people. Freedom of movement as a human right protected by national and international law has been and still is ultimately questioned.

With the appearance of the first vaccines against COVID-19, mass vaccination of the population of countries around the world began. Vaccination has so far been carried out on a voluntary basis, but there are indications that this will not be the case in the coming period. We make this prediction because of France, which presented a draft law at the end of last year, according to which citizens who have not received the vaccine against COVID-19 will not be able to have free access to many public places and public transport, with the provision that further restrictions on access to certain places for persons who have not been vaccinated are decided by the Prime Minister without the possibility for the decision to be revised by the Parliament. Such a solution met with serious opposition, emphasizing that it represents a violation not only of the freedom of choice and decision-making about one's own life and health, but also of the basic right to freedom of movement of citizens. As an accompanying moment of the idea of restricting access to certain places to persons who have not been vaccinated, the idea of introducing a passport on vaccination appears as proof that a certain person has been vaccinated.

Key words: COVID-19, vaccination, freedom of movement, restriction of freedom of movement, green health passports.

оригинални научни рад
примљен: 08. 04. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 25. 04. 2021. г.
342.4:330.113(497.11)
330.831.8

Др Дарко СИМОВИЋ*

УСТАВНИ ОКВИР ЕКОНОМСКОГ УРЕЂЕЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ
– КРИТИЧКИ ОСВРТ**

Апстракт

Према традиционалном схватању устава, економско уређење није елемент уставне материје. Ипак, претежнији број устава, бар елементарно, садржи норме о економском уређењу. Међутим, наша уставноправна наука углавном остаје привржена традиционалном разумевању устава, тако да изостаје детаљнија анализа уставних решења посвећених економском уређењу. У том смислу, овај чланак има за циљ да пружи критичку анализу уставног оквира економског уређења имајући у виду да се о њему пише претежно дескриптивно.

Без обзира на не мали број одредаба посвећених том сегменту уставне материје, стиче се утисак да је Устав Републике Србије поставио исувише растегљиве институционалне оквире економског уређења. С једне стране, такав начелан приступ има предност будући да се уставом постављена правила у пракси могу операционализовати на различите начине сагласно актуелним друштвеним потребама. С друге стране, еластичан и недовољно развијен уставни оквир економског уређења може да води лутању приликом организовања привредног живота, па отуда да има за последицу и нестабилност економског система. Остаје закључак да је уставотворац пропустио да одреди све битне елементе економског уређења. Уједно, уставне одредбе о економском уређењу одликује

* Редовни професор, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд, darko.simovic@kpu.edu.rs

** Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта које финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (бр. 179045).

неконзистентност и непрецизност, а ти недостаци остављају простор за различите интерпретације што може бити проблем у пракси.

Кључне речи: Устав Републике Србије, економско уређење, тржишна привреда, неолиберализам.

1. УВОД – ЕКОНОМСКО УРЕЂЕЊЕ КАО СЕГМЕНТ УСТАВНЕ МАТЕРИЈЕ

Сагласно традиционалном и првобитном разумевању устава као највишег правног акта, економско уређење није сегмент уставне материје. Ипак, претежнији број устава, бар елементарно, садржи норме о економском уређењу. Историјски посматрано, однос устава према економском уређењу значајно је еволуирао. Начелно, може се говорити о две различите политичке традиције. Либерални уставни су усмерени првенствено на ограничење државне власти и на уређивање односа између јавних власти, остављајући приватну сферу, у оквиру које се одвија привредни живот, изван свог опсега регулисања. Либерални концепт државе подразумева да се њена функција исцрпљује у улози „ноћног чувара“, односно, како је то Слободан Јовановић говорио, држава је „војничко-чиновничка установа“, која треба да брине само о безбедности својих грађана.¹ Отуда, устав је превасходно организационо-конститутивни акт државе са основном функцијом ограничења државне власти. Први писани уставни задржавају се искључиво на јемству приватне својине и слободи производње и трговине, што је пракса која је у великој мери настављена кроз читав XIX век.

Концепт слободне привреде пратиле су велике економске кризе, које су за последицу имале продубљивање економских и социјалних разлика у друштву. Сагласно социјалдемократским идејама које се развијају у другој половини XIX века, економски живот је неопходно ставити под одређени степен контроле. Доктрина социјалдемократије се заснива на две основне тезе. Прво, потребно је довести у баланс иницијалну неравнотежу моћи у односима приватног права, која се огледа у доминантној позицији послодаваца према радницима. Друго, да би демократија била доследно остварена она не сме бити лимитирана искључиво на политичку сферу, будући да у амбијенту великих социјалних разлика демократија постаје најобичнија илузија. Уместо

¹ Вид. А. Миљковић, „Демократија и држава благостања“, у: А. Миљковић и др. (ур), *О демократији – зборник радова*, Београд 1995, 47.

неприкосновености приватне својине, снаже идеје о потреби ограничења приватне својине ради општих интереса, о социјалној функцији државе и о правичном, солидарном односу рада и капитала. Држава се више не сматра само политичком организацијом, већ и социјалном и економском заједницом која треба да се стара о постизању социјалне правде и о физичкој и духовној благодети својих грађана.² Интервенцијама у привреди држава настоји да предупреди економске кризе које са собом неминовно доноси концепт либералне привреде.

Период после Првог светског рата представља прекретницу у правцу проширивања уставне материје основама економског уређења и економско-социјалним правима. Први устав у коме су социјалдемократске идеје значајније уткане у уставни текст јесте Вајмарски устав из 1919. године. Установљавајући читав корпус нових економско-социјалних права, Вајмарски устав својини приписује социјалну функцију, што је значило да она може бити ограничена у општем интересу.³ Привредни живот се заснива на начелу правде с циљем да се свима обезбеди живот у складу са људским достојанством. Због проширивања уставне материје елементима економског уређења, такви уставни су у теорији називани „економским уставима“⁴. Но, Вајмарски устав није остао усамљен пример проширивања традиционалне уставне материје, будући да су његова решења имала снажан утицај на уставотворце између два светска рата.⁵ Екстремну крајност представљају социјалистички уставни, као идеолошко-политички документи који детаљно уређују економске односе.⁶

После краха социјализма, с једне стране, и давнашњег напуштања доследног спровођења принципа економског либерализма, с друге, компаративно посматрано, преовлађују мешовите привреде. Изузев обезбеђивања економске сигурности и социјалне заштите својим грађанима, држава предузима низ мера економске политике ради подстицања привредног раста и смањења стопе незапослености. Без обзира

² Вид. С. Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд 1995, 524.

³ Вид. Д. Стојановић, *Основна права у уставима европских држава и уставу СФРЈ*, Ниш 1998, 69-72.

⁴ J. Leaman, *The Political Economy of West Germany, 1945–85*, Springer 1988, 48.

⁵ Проширивање уставне материје од стране вајмарског уставотворца донекле је копирано и у уставима Чехословачке (1920), Југославије (1921), Пољске (1923), Шпаније (1931). Устави донети непосредно после Другог светског рата у Француској (1946), Италији (1947) и Немачкој (1949) су потврдили тријумф социјалдемократског опредељења приликом одређивања опсега уставне материје.

⁶ Вид. Д. Симовић, В. Петров, *Уставно право*, Београд 2018, 144-145.

на то да ли су либералне, социјалдемократске или социјалистичке оријентације, савремени уставни неминовно предвиђају одређени ниво регулисања и контроле привреде. Отуда, уставни садрже бар основе економског уређења државе и те одредбе су углавном начелног и програмског карактера.

Премда више није новина да је опсег уставне материје значајно промењен, наша уставноправна наука углавном остаје одана традиционалном разумевању устава, тако да изостаје подробнија анализа уставног оквира економског уређења.⁷ У том смислу, писац ових редова ће настојати да пружи критичку анализу уставних норми посвећених економском уређењу имајући у виду да се о њима пише претежно дескриптивно и узгредно.

2. УСТАВНИ ОКВИР ЕКОНОМСКОГ УРЕЂЕЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Уставне одредбе посвећене економском уређењу систематизоване су у оквиру посебног одељка у трећем делу Устава Републике Србије (чл. 82–90). Поред економског уређења уставотворац је у том делу Устава посебан одељак посветио и регулисању јавних финансија (чл. 91–96), али те одредбе заслужују посебну анализу и о њима неће бити речи овом приликом.

Економско уређење у Републици Србији засновано је на следећим основним начелима: тржишној привреди, отвореном и слободном тржишту, слободи предузетништва, самосталности привредних субјеката и равноправности приватне и других облика својине.⁸ Пет изричито наведених начела економског уређења стварају изразито еластичан институционални оквир за одвијање привредног живота. Уједно, стиче се утисак да је уставотворац у исту равн поставио начела различитог степена општости. Наиме, Устав је у ранг основних навео и поједина начела нижег степена општости која су већ обухваћена прокламованим начелом о тржишној привреди. Будући да срж тржишне привреде представља самостално управљање ресурсима од стране привредних субјеката, отуда

⁷ Вид. М. Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009, 104-111; Р. Марковић, *Уставно право*, Београд 2015, 501-503; Р. Марковић, *Уставно право*, приручник за полагање правосудног испита, Београд 2009, 75-81; А. Fira, “Serbia”, in R. Blanpain (ed.), *International Encyclopedia of Laws*, Kluwer Law International 2009, 180-182; В. Петров, Д. Симовић, *Уставно право*, приручник за полагање правосудног испита, Београд 2019, 83-85.

⁸ Устав Републике Србије (члан 82 став 1).

то основно начело неминовно подразумева отворено и слободно тржиште, слободу предузетништва и самосталност привредних субјеката. Према томе, уставна норма којом се прокламују основна начела би имала истоветан домашај и када би била формулисана на следећи, унеколико једноставнији начин: „Економско уређење у Републици Србији почива на тржишној привреди и равноправности приватне и других облика својине“.

Основна начела економског уређења допуштају да закључимо да је уставотворац имао у виду неолиберално схватање тржишне привреде. Устав Републике Србије из 1990. године је, на пример, предвидео да „држава, мерама развојне, економске и социјалне политике, под једнаким условима, подстиче повећање економског и социјалног благостања грађана“⁹. Сличне одредбе нема у актуелном уставу. Дословно схваћено начело тржишне привреде подразумевало би одвијање привредног живота на начелу саморегулације. Отуда, имајући у виду да је настојао да дефинише институционални оквир економског уређења, уставотворац је неминовно требало да буде конкретнији будући да је већ увелико прошло време у коме је привредни живот препуштен приватној иницијативи и слободној тржишној утакмици. Данас преовлађују мешовите привреде у којима држава, изузев обезбеђивања економске сигурности и социјалне заштите својим грађанима, предузима низ мера економске политике ради подстицања привредног раста и смањења стопе незапослености. Дакле, држава мора да сачува одређени степен надзора и контроле над отвореним и слободним тржиштем како би се обезбедио економски и социјални развој друштва. Илустративно је поменути Лисабонски уговор који предвиђа да Европска унија почива „на уравнотеженом економском расту и стабилности цена, високо конкурентној социјалној тржишној економији, са циљем пуне запослености и друштвеног напретка, високог нивоа заштите и побољшања квалитета животне средине“.¹⁰ Према томе, уставотворац Србије је, такође, требало да буде унеколико прецизнији и да наведе циљеве привредног развоја државе. Уједно, дефинишући начела економског уређења, уставотворац је занемарио једну од основних вредности на којима је заснована Република Србија, а то је социјална правда.¹¹ У том смислу, као циљеве привредног развоја уставотворац је, на пример, могао да наведе социјалну правду, стварање услова за пуну запосленост, економско и социјално благостање грађана, одрживи развој и

⁹ Вид. Устав Републике Србије из 1990. (члан 55 став 2).

¹⁰ European Union, Consolidated version of the treaty on European Union (article 3.3).

¹¹ Вид. Устав Републике Србије (члан 1).

заштиту животне средине, стварање услова за остваривање и заштиту људских и мањинских права. Одређивањем циљева привредног развоја учврстио би се и садржински обогатио институционални оквир економског уређења, а уједно би се и поједноставило тумачење и разумевање прокламованих начела у пракси. Но, без обзира на то што је уставотворац био изразито лапидаран приликом дефинисања основних начела економског уређења, с обзиром на то да је социјална правда једна од вредности на којима је заснована Република Србија, та вредност треба да буде незаобилазан уставни основ и путоказ приликом пројектовања циљева привредног развоја.

У настојању да конкретизује институционални оквир економског уређења, Устав одређује да је Република Србија јединствено привредно подручје са јединственим тржиштем роба, рада, капитала и услуга.¹² Имајући у виду да је Устав већ прокламовао тржишну привреду као једно од начела економског уређења, јединствено привредно подручје са јединственим тржиштем роба, рада, капитала и услуга неизоставан је и подразумевајући сегмент тог начела. Отуда, ни тај елемент тржишне привреде није морао бити изричито поменут, будући да се њиме не допуњује нити учвршћује институционални оквир економског уређења. Једино рационално објашњење за изричито дефинисање Републике Србије као јединственог привредног подручја могло је бити мотивисано настојањем да то начело остане неупитно и приликом конституисања суштинске аутономије Косова и Метохије. С друге стране, прокламовањем да је Република Србија јединствено привредно подручје са јединственим тржиштем роба, рада, капитала и услуга само делимично је конституционализован један од основних економских принципа Европске уније. Наиме, поред прокламовања јединствености привредног подручја, изостало је гарантовање слободе кретања роба, рада, капитала и услуга. Но, имајући у виду основне елементе тржишне привреде несумњиво да и те слободе произлазе из целине уставних решења о економском уређењу.

Као један од елемената контролисања и кориговања непредвидивих ефеката тржишне привреде, Устав предвиђа да се социјални и економски положај запослених усклађује кроз социјални дијалог између синдиката и послодавца.¹³ Према досадашњем искуству, социјални дијалог се показао као недовољно делотворан механизам за сузбијање негативних ефеката тржишне привреде, будући да су послодавци, по природи ствари, у

¹² Устав Републике Србије (члан 82 став 2).

¹³ Устав Републике Србије (члан 82 став 3).

надмоћнијој позицији у односу на раднике и њихове синдикате. У том смислу, та уставна норма је формулисана у духу неолиберализма. Несумњиво, требало је поставити делотворнија јемства за сузбијање негативних ефеката тржишне привреде. Социјални дијалог није једини, већ је само један од елемената социјалне политике државе. Отуда, у процесу усклађивања социјалног и економског положаја запослених уставотворац је као посредника у социјалном дијалогу између синдиката и послодаваца требало да предвиди државу. Држава је тај нужни трећи учесник у социјалном дијалогу, јер се без њеног посредовања не могу ефикасно сузбити негативни ефекти тржишне привреде. Разуме се, сагласно начелу социјалне правде, држава располаже уставним основом за посредовање у социјалном дијалогу између синдиката и послодаваца, међутим, остаје утисак да је уставотворац доследно развијао изразито неолибералан карактер економског уређења.

После дефинисања основних начела, Устав је зајемчио слободу предузетништва.¹⁴ Према је наведено и као посебно начело економског уређења, слобода предузетништва је један од елемената тржишне привреде. Међутим, слобода предузетништва је једно од људских права економског карактера, па остаје дилема зашто се уставотворац определио да то право систематизује у оквиру одредаба о економском уређењу. Таква систематика уставотворца има и одређене последице. Будући да је оквалификована једним од начела економског уређења, слобода предузетништва се не остварује сагласно начелима остваривања људских и мањинских права, већ она подлеже посебном правном режиму.

Начелним прокламовањем да је предузетништво слободно, не прецизирајући при томе шта та слобода подразумева, уставотворац је садржину тог начела оставио отвореном. Наиме, о слободи предузетништва у апсолутном смислу може бити речи само у погледу обаљања изабране делатности и слободног иступања на тржишту. Дакле, предузетништво је слободно само ако се посматра као креативни чин физичких и правних лица. Међутим, ако се посматра као делатност, онда се предузетништво не може оквалификовати слободним будући да се оно у претежнијем броју аспеката ограничава законом. Држава располаже дискреционим правом да законом ограничава и одређује услове за обављање одређених делатности, па и да забрани обављање неке од њих. У том смислу, уставно јемство слободе предузетништва добија свој коначни садржај тек законским уређивањем.

¹⁴ Устав Републике Србије (члан 83 став 1).

Премда је слободу предузетништва одредио као једно од начела економског уређења, Устав предвиђа да се предузетништво може ограничити законом, ради заштите здравља људи, животне средине и природних богатстава и ради безбедности Републике Србије.¹⁵ Већ у том аспекту постаје очигледно да уставотворац није био потпуно конзистентан приликом одређивања основних начела економског уређења, будући да је, како је већ наглашено, било довољно да прокламује начело тржишне привреде, које несумњиво обухвата слободу предузетништва. Прокламовањем начела које је подложно законском ограничавању, постаје јасно да уставотворац није ваљано и промишљено дефинисао основна начела економског уређења.

Без обзира на то што је Устав поставио само три разлога за ограничење слободе предузетништва (заштита здравља људи, животне средине и природних богатстава и безбедности Републике Србије), ти основи су формулисани екстензивно, тако да се законом може знатно сузити слобода предузетништва. Несумњиво, постављени основи за ограничење слободе предузетништва су легитимни, мада је уставотворац могао да прошири њихов број имајући у виду значај и других вредности које могу бити угрожене обављањем предузетничке делатности. У том смислу, уставотворац је могао да предвиди могућност ограничења слободе предузетништва и ради заштите људских и мањинских права и слобода, безбедности људи, али такође и због заштите добара од општег интереса и културне баштине.

Поставља се питање да ли је законодавац обавезан уставним начелом о непосредној примени Уставом зајемчених права, које јемчи да закон ни у ком случају не може да утиче на суштину зајемченог права.¹⁶ Имајући у виду да је формулисана као једно од начела економског уређења, а не као економско право које је позиционирано у уставном каталогу људских и мањинских права, то уставно јемство не важи за слободу предузетништва. Отуда, то се може сматрати још једним озбиљним пропустом уставотворца. Међутим, треба имати у виду и то да је слобода предузетништва један од кључних елемената тржишне привреде, па би њеним законским девалвирањем било угрожено и то основно начело економског уређења. Према томе, уколико би закон утицао на суштину слободе предузетништва он би био неуставан, јер се њиме крши једно од уставом прокламованих начела економског уређења.

¹⁵ Устав Републике Србије (члан 83 став 2).

¹⁶ Вид. Устав Републике Србије (члан 18 став 2).

Устав јемчи, што неминовно подразумева начело тржишне привреде, да сви имају једнак правни положај на тржишту.¹⁷ Стиче се утисак да је уставотворац требало да буде прецизнији приликом формулисања те норме, будући да је субјект постављен исувише екстензивно. Да се не би јављале дилеме приликом тумачења те уставне норме, имајући у виду да се њоме регулише правни положај на тржишту, уместо израза „сви“ прецизнија формулација би подразумевала употребу синтагме „сви учесници на тржишту“. Једнакост свих учесника на тржишту, без обзира на то што је реч о економском уређењу, произлази не само из начела тржишне привреде, већ је заснована на још општијем начелу Устава, владавине права. Једнак положај на тржишту подразумева једнаке услове за обављање предузетничке делатности, равноправан приступ тржишту и најзад, једнаке механизме правне заштите.

Опште начело Устава које странцима јемчи једнак правни положај са домаћим држављанима, у контексту екстензивно постављеног јемства о једнакости свих на тржишту, подразумева да су страна лица изједначена на тржишту са домаћим. Но, без обзира на недвосмисленост значења тих уставних норми, уставотворац је у посебној норми то изричито нагласио.¹⁸ Прецизирајмо да се израз „страна лица“ подједнако односи на страна физичка и правна лица. Имајући у виду члан посвећен својинским правима странаца¹⁹, може се указати на недоследност уставописца приликом коришћена термина који се односе на странце. Дакле, поред израза „страна лица“, уставописац је користио и изразе „страна физичка и правна лица“, као и „странци“.

У циљу очувања вредности на којима почива тржишна привреда, међу којима је и једнак правни положај свих учесника на тржишту, Устав забрањује акте којима се, супротно закону, ограничава слободна конкуренција, стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја.²⁰ Дакле, и та уставна норма потврђује да тржишна привреда не може бити препуштена саморегулишућим механизмима, будући да је интервенција државе нужна да би се обезбедила слободна конкуренција и једнак правни положај свих учесника на тржишту. Устав предвиђа обавезу установљавања антимонополског законодавства, при чему је ту уставну норму требало прецизније формулисати. Прво, устав забрањује акте којима

¹⁷ Устав Републике Србије (члан 84 став 1).

¹⁸ Устав Републике Србије (члан 84 став 4).

¹⁹ Вид. Устав Републике Србије (члан 85).

²⁰ Устав Републике Србије (члан 84 став 2).

се, супротно закону, ограничава слободна конкуренција, што значи да се законодавцу оставља могућност да ограничава слободну конкуренцију стварањем претпоставки за монополски или доминантан положај неких субјеката на тржишту. Екстензивним постављањем изузетака у односу на уставну забрану ограничења слободне конкуренције, законодавац може да неутралише дејство те уставне забране. У том смислу, Уставом је требало установити ограничења законодавној власти која би обезбедила делотворност антимонополском законодавству. Друго, већу делотворност тог решења уставотворац је требало да обезбеди прецизнијим одређењем како се спроводи забрана аката којима се ограничава слободна конкуренција. Треће, премда Устав не може, нити треба да одреди све начине настанка монополског или доминантног положаја на тржишту, требало је прецизније одредити који је то степен ограничења слободног тржишта који би обавезивао законодавца приликом дефинисања забрањених аката.

Устав јемчи заштиту права стечених улагањем капитала. То уставно јемство је неопходна претпоставка за функционисање тржишне привреде. Да би права стечена улагањем капитала уживала уставну заштиту нужно је да су остварена улагањима на основу закона.²¹ Дакле, Устав не јемчи заштиту права која су стечена незаконито. Уставна заштита права стечених улагањем капитала подразумева да она не могу бити законом умањена. Према томе, Устав јемчи правну сигурност у погледу права стечених законитим улагањем капитала.

Премда је већ у начелима Устава прокламован начелно једнак положај странаца и домаћих држављана²², Уставом је изричито предвиђено да страна физичка и правна лица могу стећи својину на непокретностима, у складу са законом или међународним уговором.²³ Имајући у виду да је то право већ предвиђено у оквиру каталога људских права и слобода, остаје дилема зашто је уставотворац поновио нешто што већ произлази из начела Устава о правном положају странаца²⁴ и опште уставне норме којом се гарантује право на имовину²⁵. Дакле, изнова се може упутити примедба уставотворцу због неконзистентности, будући да је у оквиру уставних норми о економском уређењу дефинисао својинска права странаца.

²¹ Устав Републике Србије (члан 84 став 3).

²² Устав Републике Србије (члан 17).

²³ Устав Републике Србије (члан 85 став 1).

²⁴ Вид. Устав Републике Србије (члан 17).

²⁵ Вид. Устав Републике Србије (члан 58).

Мада је Устав предвидео да страна физичка и правна лица у складу са законом стичу својину на непокретностима, с обзиром на начело о непосредној примени Уставом зајемчених права закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права. Отуда, изричитим Уставним јемством о својинским правима страних физичких и правних лица, установљен је њихов повољнији правни положај, који не може бити законом девалвиран.

Странцима се јемчи право концесије на природним богатствима и добрима од општег интереса, као и друга права одређена законом.²⁶ Два се запажања могу изнети поводом тог уставног решења. Прво, уставотворац је употребио различите термине приликом дефинисања носиоца права својине на непокретностима и права концесије на природним богатствима и добрима од општег интереса. Поставља се питање како тумачити ту разлику, а могуће и недоследност, у оквиру истог члана Устава. С једне стране, ту терминолошку недоследност могуће је игнорисати и обе уставне норме тумачити истоветно у погледу субјекта зајемченог права. С друге, може се поћи од претпоставке да је терминолошка разлика последица намере уставотворца да направи разлику у правном домаћају та два права. Међутим, у том случају отвара се нова дилема. Ако се у првој норми изричито помињу страна физичка и правна лица, а у другој странци, то би могло значити да термин странци има ужи домаћај и да обухвата само једну категорију лица. Но, следеће питање које се поставља јесте да ли израз „странци“ треба тумачити тако да он обухвата само физичка или само правна лица. Сагледавајући целину уставних решења, као и природу права на концесију на природним богатствима и добрима од општег интереса, може се закључити да је та разлика највероватније последица редакторског пропуста и да субјекти тог права могу бити физичка и правна лица. Друго, компаративно посматрано, није уобичајено да право странаца на концесију има ранг уставног права. То решење је нецелисходно из више разлога. Законски ранг права странаца на концесију чини то право прилагодљивим конкретним друштвеним приликама. Његово уставно фиксирање има за последицу да се законом може предвидети начин остварења тог права, али да оно не може бити укинато. Будући да су природна богатства у државној својини²⁷, уставно право странаца на концесију јесте значајна привилегија која, у основи, није потпуно економски оправдана са становишта интереса државе. Како је то упоредно искуство указало, будући да је остваривање

²⁶ Устав Републике Србије (члан 85 став 2).

²⁷ Вид. Устав Републике Србије (члан 87 став 1).

права на концесију мотивисано максимизацијом профита, по правилу долази до поскупљивања услуга и до слабљења њиховог квалитета. Уједно, приликом преузимања концесије над природним богатствима и добрима од општег интереса умањују се државни приходи. Дакле, изнова се потврђује неолиберално опредељење уставотворца.

Посебан члан Устава посвећен својинским правима странаца очигледно је мотивисан настојањем уставотворца да укаже на отвореност тржишне привреде и на атрактивност Републике Србије за стране инвестиције. Међутим, тако екстензивно постављена својинска права странаца, зајемчена Уставом, имају и своје наличје. Држава је на тај начин остала без могућности да свој институционални оквир својинских права странаца једноставно и брзо прилагођава променљивим економским и социјалним потребама друштва. Имајући у виду да апсолутна отвореност привреде, као и уставно право странаца на концесију на природним богатствима и добрима од општег интереса, поред краткорочних економских бенефита, на дужи рок води смањивању државних прихода, својинска права странаца, и то превасходно право на концесију, требало би да буду искључиво законског ранга.

Једно од основних начела економског уређења јесте и равноправност свих облика својине. У складу са тим начелом, Устав јемчи приватну, задружну и јавну својину и гарантује њихову једнаку правну заштиту.²⁸ Дакле, Устав јемчи три облика својине, а њихова равноправност се обезбеђује и посредством једнаке правне заштите. Поред три равноправна својинска облика, Устав помиње и четврти облик својине, друштвену својину. Ипак, друштвена својина, као рецидив већ увелико окончаног социјалистичког периода, није постављена у ранг равноправних својинских облика, јер је уставотворац изричито предвидео обавезу њеног претварања у приватну својину под условима, на начин и у роковима предвиђеним законом.²⁹ Такво уставно решење може бити изложено критици. Прво, премда јемчи равноправност свих својинских облика, уставотворац је фаворизовао један тип својине, будући да је изричито предвидео да се друштвена својина претвара искључиво у приватну својину. Имајући у виду природу и карактер друштвене својине, која подразумева колективно власништво, требало је омогућити преображај друштвене својине у било који од три равноправна својинска облика. Отуда, Устав је требало да остави могућност законодавцу да предвиди

²⁸ Устав Републике Србије (члан 86 став 1).

²⁹ Устав Републике Србије (члан 86 став 2).

услове за претварање друштвене својине, не само у приватну, већ и у задружну или јавну својину. Изричита уставна обавеза да се друштвена својина претвара само у приватну, показала се и у пракси као нецелисходно решење јер је, услед деловања закона тржишне економије, долазило и до значајног потцењивања њене реалне вредности, што се несумњиво одразило на укупан приход од процеса приватизације. Друго, када се већ определио да предвиди уставно решење које подразумева укидање друштвене својине, уставотворац је требало да одреди временски оквир за окончање тог процеса. Уопштеном формулацијом да се постојећа друштвена својина претвара у приватну својину није одређена динамика тог процеса, већ је законодавцу препуштено да одређује услове и рок за спровођење приватизације. С обзиром на то да је процес приватизације текао споро, већа прецизност уставотворца је могла тај процес да учини ефикаснијим.

Имајући у виду да је значење приватне и задружне својине јасно, уставотворац је посебно дефинисао само јавну својину. У том смислу, јавна својина је државна својина, својина аутономне покрајине и својина јединице локалне самоуправе.³⁰ Поред тога, Устав одређује да се средства из јавне својине отуђују на начин и под условима утврђеним законом.³¹ С обзиром на то да јавну својину, поред државне, чини и својина аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, то значи да јединице аутономне покрајине и локалне самоуправе нису аутономне приликом отуђивања средстава која су у њиховој својини. Законом се ближе одређује начин и услови под којима аутономне покрајине и локална самоуправа могу да отуђују средства из јавне својине.

Будући да је државну својину одредио као један од облика јавне својине, уставотворац је у посебном члану дефинисао њену садржину. Међутим, и у том члану Устава дошла је до изражаја термиолошка недоследност, јер уставописац наизменично користи изразе својина и имовина, при чему садржински шири појам „имовина“ употребљава у погрешном значењу. Државну имовину чине природна богатства, добра за које је законом одређено да су од општег интереса, имовина коју користе органи Републике Србије и друге ствари и права, у складу са законом.³² Услед њиховог значаја, предвиђено је да се природна богатства користе под

³⁰ Устав Републике Србије (члан 86 став 1).

³¹ Устав Републике Србије (члан 86 став 3).

³² Устав Републике Србије (члан 87 став 1).

условима и на начин предвиђен законом.³³ У оквиру члана који уређује државну имовину, Устав предвиђа да физичка и правна лица могу стећи поједина права на одређеним добрима у општој употреби, под условима и на начин предвиђен законом.³⁴ Изнова се може уочити термилошка недоследност уставотворца јер је приликом набрајања облика државне имовине употребио израз „добра за које је законом одређено да су од општег интереса“, истовремено предвиђајући да физичка и правна лица могу стећи поједина права „на одређеним добрима у општој употреби“. Поставља се питање да ли је реч о новом облику државне имовине, односно дилема је у томе да ли постоји подударње између ове две категорије државне имовине или се одређена добра у општој употреби подводе под категорију других ствари и права у складу са законом. С обзиром на то да се законом одређују услови и начин стицања појединих права на њима, законодавац има обавезу да прецизира значење израза „одређена добра у општој употреби“. Но, та уставна норма ствара и друге дилеме. Устав није одредио која су то „поједина“ права која физичка и правна лица могу стећи над добрима у општој употреби, већ је то препустио законодавцу. Имајући у виду њихов значај, уставотворац је требало да прецизира која се права могу стећи над добрима у општој употреби. Такође, уставотворац је истовремено требало да постави и одређене оквире остваривања тих права у циљу заштите општих интереса.

Устав одређује да се имовина аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, начин њеног коришћења и располагања, уређују законом.³⁵ Како се може запазити, уставне норме о имовини аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе расуте су у више чланова Устава, при чему постоји неконзистентност установљених решења. Наиме, Устав је већ предвидео да својина аутономне покрајине и својина јединице локалне самоуправе представљају облике јавне својине, при чему се законом ближе одређује начин и услови под којима аутономне покрајине и локална самоуправа могу да отуђују средства из јавне својине³⁶, док у оквиру члана посвећеног државној имовини Устав одређује да се имовина аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, начин њеног коришћења и располагања, уређују законом. Дакле, уз непотребна понављања, уставотворац је изнова, услед термилошке недоследности и

³³ Устав Републике Србије (члан 87 став 3).

³⁴ Устав Републике Србије (члан 87 став 2).

³⁵ Устав Републике Србије (члан 87 став 4).

³⁶ Вид. Устав Републике Србије (члан 86 ст. 1 и 3).

лоше систематике уставних решења о имовини аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, створио одређене дилеме. Уз то, те уставне норме треба тумачити и у складу са уставним решењима о имовини које су систематизоване у делу о територијалном уређењу. У том смислу, предвиђено је да аутономне покрајине управљају покрајинском имовином на начин предвиђен законом³⁷, док општина самостално управља општинском имовином, у складу са законом.³⁸ Приметна је разлика у правном режиму покрајинске и општинске имовине. Премда нелогично, будући да је територијална аутономија виши степен децентрализације државне власти, Устав предвиђа да општина самостално управља општинском имовином у складу са законом, док аутономне покрајине управљају покрајинском имовином на начин предвиђен законом. Да ли је реч о редакторском пропусту или је уставотворац намерно направио разлику у управљању покрајинском и општинском имовином остаје дилема. Уколико је већ изричито предвиђено да општина самостално управља општинском имовином, то би значило да се законом може одредити и несамостално управљање покрајинском имовином. Имајући у виду да уставна решења остављају дилеме у погледу правне природе имовине аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, задатак је законодавног органа да отклони све нејасноће које је оставио уставотворац.

Премда то произлази из правног режима приватне својине, Устав изричито јемчи слободно коришћење и располагање пољопривредним земљиштем, шумским земљиштем и градским грађевинским земљиштем у приватној својини.³⁹ Ипак, то уставно јемство има ограничен домашај, јер је истовремено предвиђено да се законом могу ограничити облици коришћења и располагања, односно прописати услови за коришћење и располагање да би се отклонила опасност од наношења штете животној средини или да би се спречила повреда права и на законом заснованих интереса других лица.⁴⁰ Дакле, с обзиром на значај пољопривредног, шумског и градског грађевинског земљишта Устав предвиђа могућност ограничења њиховог коришћења и располагања. Наведена су само два разлога која могу бити основ за ограничење слободе располагања и коришћења тог типа земљишта у приватној својини: 1) да би се отклонила опасност од наношења штете животној средини; 2) да би се спречила

³⁷ Вид. Устав Републике Србије (члан 183 став 4).

³⁸ Вид. Устав Републике Србије (члан 190 став 4).

³⁹ Устав Републике Србије (члан 88 став 1).

⁴⁰ Устав Републике Србије (члан 88 став 2).

повреда права и на законом заснованих интереса других лица. Мада Устав одређује само два разлога за ограничење приватне својине над пољопривредним, шумским и градским грађевинским земљиштем они су екстензивно постављени тако да законодавни орган има солидан уставни основ за обезбеђивање заштите тог типа земљишта. Међутим, основни пропуст уставотворца јесте у томе што је ограничење коришћења и располагања тог типа земљишта предвидео само као могућност, а не као обавезу законодавног органа. У том смислу, ако то закон не учини, коришћење и располагање пољопривредним земљиштем, шумским земљиштем и градским грађевинским земљиштем у приватној својини јесте апсолутно слободно. Отуда, то се може сматрати озбиљним пропустом уставотворца. Поред тога, услед њиховог претежнијег значаја, уставна јемства о заштити пољопривредног и шумског земљишта требало је екстензивнији поставити. Уместо доста благе формулације да се ограничење слободе располагања и коришћења тог типа земљишта у приватној својине може предвидети да би се отклонила опасност од наношења штете животној средини, да би се предупредило њихово неодговорно коришћење, уставотворац је могао да установи виши степен обавезе при коришћењу пољопривредног и шумског земљишта који би подразумевао очување здраве животне средине и природних ресурса. Без обзира на то што наметање обавезе њиховог коришћења није у духу либерално-демократског конституционализма, било је могуће предвидети обавезу њиховог наменског коришћења, да би се та посебно значајна категорија земљишта сачувала.

Устав предвиђа да је свако дужан да чува природне реткости и научно, културно и историјско наслеђе, као добра од општег интереса, у складу са законом.⁴¹ Та уставна норма намеће обавезу законодавцу да предвиди институционални оквир очувања наслеђа. Законом треба предвидети не само забрањене акте којима се угрожава тај тип добара од општег интереса, већ и обавезу предузимања превентивних мера којима би се унапредило њихово очување. Управо у складу с том општом обавезом, Устав установљава посебну одговорност за очување наслеђа у односу на Републику Србију, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе.⁴² Приметна је неконзистентност уставотворца приликом уређивања тог питања. Наиме, с једне стране, Устав предвиђа општу обавезу да је свако дужан да чува природне реткости и научно, културно и историјско наслеђе,

⁴¹ Устав Републике Србије (члан 89 став 1).

⁴² Устав Републике Србије (члан 89 став 2).

као добра од општег интереса, а с друге, установљава посебну одговорност за очување, уопштено одређеног, наслеђа. Поставља се питање за коју врсту наслеђа је установљена посебна одговорност. Даље, остаје дилема зашто је уставотворац пропустио да предвиди посебну одговорност за очување природних реткости. Поред тога, установљавајући за Републику Србију, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе посебну одговорност за очување наслеђа, уставотворац није прецизирао у чему се састоји та одговорност. Отуда, законодавни орган треба да предвиди начин остваривања те уставне обавезе, а уједно и да ближе уреди одговорност аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе за очување наслеђа, јер оне без унапред дефинисаног законског оквира самостално не могу да доносе акте у тој сфери. У том смислу, иницијални корак остварује Република, будући да се законом обезбеђује правни основ за остваривање те уставне обавезе од стране аутономне покрајине и локалне самоуправе.

Устав обавезује Републику Србију да штити потрошаче.⁴³ Конституционализација заштите потрошача је новина у уставном праву Републике Србије. Заштита потрошача је релативно нова грана права која је настала из потребе да се развију и унапреде права и интереси потрошача као значајних учесника на тржишту. Будући да су они слабији партнер у односу са трговцима држава има обавезу да их заштити. Наличје уређивања заштите потрошача јесте ограничавање слободе предузетништва. Уставна одредба о заштити потрошача начелног је карактера. Њоме није дефинисана садржина права потрошача, нити је држава обавезана да у форми закона обезбеди заштиту те категорије учесника на тржишту. Устав изричито забрањује радње усмерене против здравља, безбедности и приватности потрошача, као и све нечасне радње на тржишту.⁴⁴ Отуда, приликом доношења правног прописа којим ће обезбедити заштиту потрошача, држава има обавезу да операционализује и прецизира домашај изричито наведених забрана. У том смислу, Устав је поставио релативно екстензиван оквир за заштиту потрошача, а у којој мери ће бити успостављен делотворан механизам њихове заштите зависи превасходно од доносиоца акта којим ће ова материја бити уређена. При томе, мада то није уставна обавеза, не постоји препрека да се заштита потрошача уреди законом.

⁴³ Устав Републике Србије (члан 90 став 1).

⁴⁴ Устав Републике Србије (члан 90 став 2).

3. ЗАКЉУЧАК

Без обзира на не мали број одредаба посвећених економском уређењу, стиче се утисак да је Устав Републике Србије поставио исувише растегљиве институционалне оквири економског уређења. С једне стране, такав начелан приступ има предности будући да се уставом постављена правила у пракси могу операционализовати на различите начине сагласно актуелним друштвеним потребама. Истовремено, приликом доношења тог устава Република Србија је још увек била у процесу, не само, економске транзиције, па је ригиднији уставни оквир могао бити препрека развијању и консолидовању економског система. Но, с друге стране, еластичан и недовољно развијен уставни оквир економског уређења може да има за последицу лутања приликом организовања привредног живота, па отуда и нестабилност економског система. Несумњиво, остаје закључак да је уставотворац пропустио да одреди све битне елементе економског уређења.

Упркос томе што је социјална правда једна од вредности на којима је заснована Република Србија, уставотворац је уставне одредбе о економском уређењу засновао на неолибералном концепту. Изостало је прокламовање циљева привредног развоја државе, који би требало да буду путоказ приликом операционализовања начелних уставних норми у пракси. Такође, Устав је требало да дефинише делотворнија јемства за сузбијање негативних ефеката тржишне привреде.

Попут осталих делова уставног текста и одељак посвећен економском уређењу обилује редакторским слабостима. Уставне одредбе о економском уређењу карактерише неконзистентност и непрецизност, што може да ствара проблеме приликом њиховог тумачења у пракси. Несумњиво, уставни правници би требало неупоредиво више пажње да посвећују анализи институционалног оквира економског уређења. Унапређена знања о том сегменту уставне материје могу допринети адекватнијем конституционализовању економског уређења у некој будућој уставној реформи.

ЛИТЕРАТУРА:

Fira Aleksandar, „Serbia“, in R. Blanpain (ed.), *International Encyclopedia of Laws*, Kluwer Law International 2009.

Јовановић Слободан, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд 1995.

Leaman Jeremy, *The Political Economy of West Germany, 1945–85*, Springer 1988.

Марковић Ратко, *Уставно право*, Београд 2015.

Марковић Ратко, *Уставно право*, приручник за полагање правосудног испита, Београд 2009.

Миљковић Александар, „Демократија и држава благостања“, у: Миљковић Александар и др. (ур), *О демократији – зборник радова*, Београд 1995.

Пајванчић Маријана, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009.

Петров Владан, Симовић Дарко, *Уставно право*, приручник за полагање правосудног испита, Београд 2019.

Симовић Дарко, Петров Владан, *Уставно право*, Београд 2018.

Стојановић Драган, *Основна права у уставима европских држава и уставу СФРЈ*, Ниш 1998.

Darko SIMOVIĆ, Ph.D

Full-time professor,

University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Serbia

THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR ECONOMIC SYSTEM IN THE REPUBLIC OF SERBIA – A CRITICAL ANALYSIS

Summary

According to the traditional understanding of the Constitution, economic system is not a segment of the constitutional subject matter. Despite that, a significant number of constitutions, at least elementarily, contain norms regarding economic system. However, Serbian constitutional studies for the most part remain dedicated to the traditional understanding of the constitution, hence there is a lack of detailed analysis of constitutional norms relating to economic system. In that sense, this paper is aimed at offering a critical analysis of constitutional norms dealing with economic system.

Despite the respectable number of provisions dedicated to economic system, the impression is that the Constitution of the Republic of Serbia has established very broad institutional frameworks when it comes to economic system. On the one hand, such a principled approach has as its advantage that constitutionally established rules in practice can be operationalized in various ways and in accordance with current social needs. On the other hand, a malleable and inadequately developed constitutional framework for economic system can have consequently lead to straying in the attempt to organize the economic system, which can lead to the instability of the economic system. A conclusion can be drawn, that the creators of the constitution had missed to define all of the important elements of the economic system. In addition, the constitutional provisions dealing with economic system are characterized by inconsistencies and impreciseness; weaknesses that may bring on issues with their interpretation in practice.

Key words: Constitution of the Republic of Serbia, Economic System, Market Economy, Neoliberalism.

оригинални научни рад
рад примљен: 05. 04. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 17. 04. 2021. г.

324
342.8

Др Горан МАРКОВИЋ*

ПРОБЛЕМИ ОДРЕЂИВАЊА ИЗБОРНОГ ПРАГА

Апстракт

Рад је посвећен анализи изборног прага, његове оправданости, последица које ствара и ставова судова о (против)правности нормираног изборног прага. Аутор анализира упоредноправна рјешења, образлаже теоријске ставове о потреби нормирања изборног прага и полемиче са ставовима националних и наднационалних, редовних и уставних, судова.

У раду се указује на општеприхваћен став у упоредном праву да приликом одређивања изборног прага треба водити рачуна о постизању два основна циља, а то су ефикасност парламентарног одлучивања и стабилност владе, с једне стране, и представљеност различитих дијелова бирачког тијела, с друге стране. Аутор указује на то да се редовно даје предност првом циљу, што омогућава владама и судовима да оправдају и тако висок изборни праг као што је онај који износи 10%.

Иако признаје релевантност и легитимност оба циља, аутор сматра да треба дати предност другом циљу, јер он треба да стоји у основи уставног система демократске државе. Стога, аутор предлаже нормирање нижег изборног прага, иако истиче да рјешења морају бити различита у зависности од друштвених околности.

Кључне ријечи: Изборни праг; Народна сувереност; Парламент; Уставни судови; Европски суд за људска права.

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву,
goran.markovic@pravni.ues.rs.ba

1. УВОД

Изборни праг (цензус) важно је правно и политиколошко питање у изборним системима. Одређивање изборног прага утиче на бројне елементе изборног и политичког система. Од њега дјелимично зависе фрагментираност парламента, представљеност друштвених група и идеологија, избор и стабилност владе. Због тога, у бројним државама воде се правне и политиколошке расправе и политичке борбе које имају у средишту реазличита схватања о изборном прагу. Понекад, његов значај се пренаглашава, јер није једини чинилац који утиче на фрагментираност парламента или стабилност владе. Штавише, изборни праг даје различите резултате ако се мијењају други елементи изборног система, као што је, на примјер, величина изборних јединица. Стога, његов значај не треба преувеличавати. Ипак, он је значајан, па о њему треба водити рачуна.

Различити судови, од националних до европских, као и стручна тијела, бавили су се проблемом одређивања изборног прага. Судови су доносили одлуке засноване на правним и, чешће, метаправним аргументима. Другачије нису ни могли, јер ово није само правно већ и политиколошко питање. Анализираћемо одређене одлуке, како бисмо разумијели аргументе које судови користе приликом њиховог доношења. Осим тога, анализираћемо уставна и законска рјешења у одабраним уставним системима, како бисмо видјели која рјешења преовладавају.

Проблем одређивања изборног права биће посматран како са становишта потребе да се спријечи претјерана фрагментација парламента, тако и потребе да у њему буду представљене различите друштвене групе и идеологије, те да идеја представништва не изгуби смисао, или добар дио своје вриједности. Стога, у анализи се полази од хипотезе да је боље смањити изборни праг, чиме ће парламент бити плуралнији, по цијену извјесне нестабилности, него га, повећавањем изборног прага, учинити мање репрезентативним, јер то умањује вриједност одређења парламента као народног представништва.

2. РАЗЛОЗИ ОДРЕЂИВАЊА ИЗБОРНОГ ПРАГА

Изборни праг је обиљежје пропорционалних система,¹ у којима треба спријечити да у парламент буду изабрани представници политички ирелевантних изборних листа. На тај начин, парламент ће бити

¹ Овдје имамо у виду тзв. правни или вјештачки изборни праг.

вишепартијски, али биће спријечена или барем умањена велика фрагментираност, која значи да се у њему налазе и представници великог броја мало утицајних политичких субјеката. Како се у литератури истиче, фокус пропорционалних система је на обезбјеђивању представљености мањина.²

Као што видимо из почетне дефиниције, одређивање изборног прага почива на неколико тешко помирљивих, а често и неспојивих, циљева. Први циљ је да се спријечи претјерана фрагментираност парламента, а други је да се политички плурализам гарантује у највећој могућој мјери. Прво треба примијетити да су ови циљеви непрецизно одређени. Тешко је рећи када је фрагментираност парламента довољна или прихватљива, а када постаје претјерана, односно неприхватљива. Мјерило за ово одређивање није правно, чак ни политиколошко, него је примарно политичко. Оно добрим дијелом зависи од политичких интереса, али и од друштвених и политичких прилика у конкретной земљи. Стога, ако се ове прилике промијени, промијениће се и мјерила на основу којих се одређује прихватљивост изборног прага.

Дилема се у основи своди на сљедеће. Да би парламент био легитиман и имао карактер правог представничког тијела,³ било би потребно да пропорционални систем омогућава потпуну пропорционалност. То значи да би држава морала да буде једна изборна јединица, без прописивања изборног прага. Иако је такав изборни систем познат, и то не само у теорији, њега прихвата мали број држава. Ако је уобичајено да се држава дијели на изборне јединице, уз законско одређивање изборног прага, на нивоу државе или изборних јединица, било би логично да други најбољи изборни систем (у смислу обезбјеђивања што веће пропорционалности) буде онај који омогућава парламентарну представљеност малих странака. Да би то било постигнуто, потребан је низак изборни праг, мада испуњење тог услова никако није довољно за постизање овог циља.

² P. Norris, „Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems“, *International Political Science Review* Vol. 18, 3/1997, 303.

³ Овдје морамо ставити суштинску ограду. У раду говоримо о парламенту као представничком тијелу само у том смислу што анализирамо да ли изборни систем омогућава да у њему буду сразмјерно представљене све релевантне друштвене групе и идеолошко-политичке породице. То је изборно-правна страна проблема. Суштинска, политичка и политиколошка, па и социолошка, страна проблема овдје нам остаје невидљива, а своди се на најважније питање: да ли парламент, и под којим условима, заиста представља различите друштвене групе, чак и кад су оне, у већој или мањој мјери, заиста представљене у њему.

Обично се сматра да изборни праг треба да износи између три и пет посто, што је случај у већини држава. Екстреман случај је Турска, у којој је изборни праг 10%, док постоје и државе, попут Холандије, које имају природни праг, тј. у којима изборни праг није одређен законом.⁴ Искуства држава са различитим изборним прагом различита су и не дају поуздан основ за извођење закључка о томе колики изборни праг треба да буде. Као што је могуће да изборни праг од 5% не доводи до формирања стабилне парламентарне већине и владе, тако је могуће и да изборни праг од 3% не ремети њихово формирање. Стога, поједини аутори сматрају да „нема много смисла“ ићи испод прага од 3–4%, указујући истовремено да и нешто виши праг, на примјер од 5%, може бити бескористан или ефикасан, у зависности од друштвених околности.⁵

Имајући у виду чињеницу да су национална искуства различита, начелни закључак о изборном прагу може бити изведен полазећи од упоредних рјешења и теоријских разматрања о томе какав парламент треба да буде у погледу свог састава. У том смислу, обично се сматра да изборни праг треба да износи 4 или 5%, јер тада се долази до компромисног рјешења – мање политичке странке могу освојити посланичке мандате, што значи да ће политички плурализам бити довољно изражен у парламенту, а спречава се његова велика фрагментираност.

Изборне листе које освоје мањи проценат гласова од изборног прага сматрају се ирелевантним, па и не заслужују парламентарну

⁴ У Холандији, изборни праг није одређен законом. Он, дакле, није правни или вјештачки, како се још назива. У доњи дом парламента улазе све политичке странке које пређу тзв. природни праг, који се одређује тако што се број изашлих гласача подијели бројем 150, што је укупан број посланичких мјеста у овом дому. Свака листа која освоји број гласова који је једнак овом количнику може рачунати на то да ће освојити посланички мандат.

Овакав изборни систем сматра се најпропорционалнијим и најотворенијим, јер омогућава улазак у парламент нових странака. Од укупно 17 избора одржаних у периоду од 1948. до 2003. године, на 11 избора у парламент су улазиле нове странке. – М. Gallagher, Р. Mitchell (eds.), *The Politics of Electoral Systems*, Oxford University Press, Oxford 2009, 499.

На овај начин, превазилази се недостатак и оних изборних система који имају изборни праг који је нижи од уобичајеног изборног прага од 4 или 5%, а тај недостатак је негативан утицај сваког правног изборног прага на пропорционалност.

⁵ Ђ. Сартори, *Упоредни уставни инжењеринг*, Филип Вишњић, Београд 2003, 27.

На другом мјесту у истом раду, овај аутор указује на примјер Њемачке, у којој је изборни праг од 5% могао допринијети смањивању броја политичких странака у Бундестагу, након што је Савезни уставни суд забранио дјеловање Комунистичкој партији и неонацистима. – *Ibid.*, 36.

представљеност. Критеријум релевантности такође измиче прецизном одређењу, па је ствар процјене који проценат гласова се сматра релевантним. Ова напомена је значајна кад се анализирају пресуде уставних судова о изборном прагу, јер се и уставни судови воде непрецизним мјерилима о прихватљивости одређеног изборног прага.

Оваква анализа вјероватно води закључку да није прихватљив природни изборни праг, који омогућава врло малим политичким странкама да освоје парламентарне мандате. Такав случај је у Холандији, у којој обично двије до четири изборне листе са мање од 3% освојених гласова добијају парламентарне мандате. Међутим, има аргумената и у прилог оваквом изборном прагу. Он омогућава већи плурализам парламента, што повећава значај малих странака, које би без парламентарног представљања биле потпуно или скоро потпуно невидљиве. Великим странкама може бити лакше да формирају коалициону владу тако што ће се, између осталог, ослонити на подршку неке мале политичке странке, ако им треба свега неколико руку у парламенту да обезбиједе већину.

Релативно висок изборни праг утиче не само на немогућност представљања малих политичких странака, већ и на непредстављеност знатног дијела бирачког тијела у парламенту. Чак и изборни праг који се сматра уобичајеним или пожељним може довести до ефекта знатног броја бачених гласова, односно непредстављености знатног дијела бирачког тијела.⁶ Такав случај је са изборним прагом од 5% у низу држава.⁷

⁶ Неки аутори говоре о својеврсној изборној уцјени, која постоји кад су бирачи „приморани“ да гласају за оне политичке странке које имају изгледа да освоје мандате, а не за политичке странке које не могу прећи изборни праг. – К. Chryssofonos, С. Stratilatis, „Limits of Electoral Equality and Political Representation“, *European Constitutional Law Review* 8/2012, 24.

⁷ У Хрватској, на примјер, на парламентарним изборима одржаним 2011. године, чак 25% гласова били су бачени, јер толико бирача је гласало за листе које нису освојиле ниједан мандат. – R. Podolnjak, „Abolishing All Mechanisms for Fixing Elections“: The Citizens' Initiative to Change the Electoral System of Croatia“, *Croatian Political Science Review* Vol. 52, 4–5/2015, 108.

Иако је изборни праг од 5% омогућио да се смањи фрагментираност парламента, што се може сматрати његовом позитивном посљедицом, истовремено је имао за посљедицу то да је сваки четврти гласач „узалуд гласао“, што је, без обзира на то како се проблем посматра, ипак озбиљан недостатак овако дефинисаног изборног система.

Слично је било на изборима у Словачкој, 2020. године, када су листе које нису прешле изборни праг од 5% освојиле око 20% гласова. На раније одржаним изборима, бачених гласова било је између 10 и 15%.

⁸ Ипак, мора се признати да упоредна анализа указује на то да је могуће да овај изборни праг неће увијек имати ову последицу.⁹

Не само да су различита искуства са истим изборним прагом у различитим државама, него и у истој држави, посматрано од избора до избора. То значи да се не може тврдити како изборни праг од 4 или 5% нужно води ефекту бачених гласова и непредстављености значајног дијела бирачког тијела. Али, ако се не може тврдити да он томе нужно води, може се рећи да постоји тенденција ка томе, која долази до изражаја чешће или рјеђе.

Суштинско питање је да ли одређени изборни праг доводи до нелегитимности парламента, односно до тога да његов састав не одговара идеји народног представништва. Тачно је да изборни праг, колики год да је, не спречава да у парламент буду изабрани припадници више политичких странака, које имају различите, па и супротстављене, идеологије и политичке програме. То, међутим, не отклања проблем нелегитимности парламента, већ само отклања проблем непредстављености опозиције.

Поставља се питање да ли је разлог за увођење (релативно) високог изборног прага да се спријечи претјерана фрагментираност парламента, или да се онемогући појава нових политичких странака, које би могле остварити значајнији изборни резултат и парламентарну представљеност? Ако се уочава да значајан дио бирачког тијела остаје непредстављен у парламенту, или да је ефекат бачених гласова велики (барем на појединим

У Украјини, на изборима 2019. године, листе које су заједно освојиле близу 20% гласова, али појединачно нису прешле праг од 5%, нису освојиле ниједан мандат у вишемандатним јединицама. Слично је била на изборима одржаним 2014. године. Драстичан примјер догодио се у Русији 1995. године, када је такође примјењиван изборни праг од 5%, при чему 49,5% бирача је гласало за листе које нису освојиле ниједан мандат (мада су неки од политичких субјеката који нису освојили мандате примјеном пропорционалног система ипак успјели ући у Думу освојивши мандате у једномандатним јединицама).

⁸ Међу државама чланицама Савјета Европе, трећина има изборни праг од 5%, а 13 има нижи изборни праг. У седам држава није установљен изборни праг. – Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Yumak and Sadak v. Turkey* (application No. 10226/03), para 64.

⁹ Искуство Чешке Републике је противрјечно. Док је проценат бачених гласова на изборима одржаним 2006. или 2017. године био мали, он је на изборима одржаним 2013. године био већи од 18%. Слично је у Румунији, у којој проценат бачених гласова може прелазити 10%, а понекад се креће у распону од четири до пет процената.

У Естонији, изборни праг од 5% не доводи до ефекта бачених гласова у већој мјери, што је случај и у Њемачкој.

изборима), чини се да је ваљан закључак како задржавање одређеног изборног прага не служи само спречавању фрагментације парламента.¹⁰

Схватање по коме је висок изборни праг оправдан, или није важно колики је изборни праг, преузето је, уз нужне модификације, од заговорника већинског система, који сматрају да парламент не треба да буде вјеран одраз структуре становништва (класне, етничке, полне, итд.), већ је довољно да омогући представљеност опозиције, која има право да слободно дјелује.¹¹ Ако се прихвати то схватање, с којим се не слажемо, оправдан је било какав изборни праг, јер он неће онемогућити избор опозиционих посланика у парламент. Међутим, идеја избора умногоме се обесмишљава на овај начин, а посебно губи на значају идеја парламента као народног представништва. Јер, могуће је да у парламент уђу посланици само двије или неколико политичких странака које се само незнатно разликују, а да знатан дио бирача остане непредстављен у цијелости, или да њихови представници буду представљени само симболично.

Изборни праг не утиче само на смањење фрагментације парламента, већ и на немогућност парламентарне представљености политичких странака које представљају мањине (ако нема посебних рјешења којима се мањинама јамчи парламентарна представљеност),¹² те политичким странкама чији програми се могу сматрати радикално лијевим или десним. Ако ове странке не успију прећи изборни праг, који је (релативно) висок, могуће је да њихови гласови буду „преливени“ већим политичким странкама, које ће по том основу освојити додатне парламентарне мандате,

¹⁰ У Турској, на примјер, након избора одржаних 2002. године, 45,3% бирачког тијела није било представљено у парламенту. – В. Bowring, „Negating Pluralist Democracy: The European Court Of Human Rights Forgets the Rights of the Electors“, *KHRP Legal Review* 11/2007, 95.

Ако је скоро половина бирача непредстављена у парламенту, он се не може сматрати легитимним, као што се не може тврдити да је бирачко право ефективно. Оно је признато уставом, али у пракси не ствара посљедице због којег постоји, а то је да бирачи имају своје легитимне представнике у парламенту. Стога, може се тврдити да висок изборни праг суштински негира бирачко право, иако је оно формално признато, па се можда остварује у околностима које су повољне за промоцију различитих политичких програма.

¹¹ О овим схватањима, вид. К. Chrysogonos, С. Stratilatis, 10 и даље.

¹² Претјерано висок изборни праг од 10% у Турској често се објашњава тиме што је држава жељела да онемогући или значајно умањи могућност парламентарне представљености курдских странака. – Т. Kalandrakis, М. R. Rueda, *National Electoral Threshold and Disproportionality*, <http://www.rochester.edu/college/faculty/kalandrakis/download/ETHED33f.pdf>, 4, фн. 5.

или ће бирачи одлучити да не гласају за мање него за веће, а идеолошки сродне, политичке странке.

Већи изборни праг утиче на то да се страначки састав парламента не мијења, или да се мијења споро и недовољно. То је добро за етаблиране политичке странке, које се ослобађају конкуренције у облику нових политичких странака. Међутим, то је донекле вјештачко ослобађање конкуренције, јер би нове странке можда лакше ушле у парламент ако би изборни праг био нижи. Осим тога, то што нове странке не могу да освоје парламентарне мандате није добро ни за развој демократије, јер се систем вјештачки штити тако што онемогућава или отежава појаву и парламентарну представљеност нових идеја.

Иако се изборни праг који је већи од 5% често сматра превисоким, с чим се слажемо (будући да и овај од 5% сматрамо неприхватљивим), поједине институције заузимале су супротан став. Тако је Европски суд за људска права у једној пресуди заузео став да чак ни изборни праг од 10%, предвиђен турским законом, није противправан. Само је препоручио његово смањивање или прописивање мјера које треба да олакшају парламентарну представљеност других политичких тенденција.¹³ Став о томе да овај изборни праг, иако превисок, није правно споран, у основи има неправне аргументе: изборним прагом треба да се спријечи претјерана фрагментација парламента и омогући формирање стабилне већинске владе.

Кад кажемо да изборни праг може да спријечи појаву нових парламентарних политичких субјеката, што често и јесте главни разлог његовог повећавања, треба указати и на чињеницу да он не помаже појаву и снажење не само нових политичких странака, него ни политичких субјеката који немају страначки карактер, као што су листе независних кандидата, групе грађана или различите организације које немају чврсту идеологију и организацију, али одлуче да учествују на изборима. Тиме се додатно оснажује монопол који политичке странке, и то оне етаблиране, имају у изборном процесу и у парламенту, будући да се на вјештачки начин отежава или онемогућава учешће на изборима и у раду парламента политичким субјектима који немају политичку моћ и страначку организацију, а можда ни жељу да је створе, него желе да учествују у политичком животу као независни политички субјекти.

¹³ Вид. *Yumak and Sadak v. Turkey*, para. 130, 147 и 148.

3. КОЛИКИ ТРЕБА ДА БУДЕ ИЗБОРНИ ПРАГ?

Изборним прагом бавили су се различити национални и међународни органи и друга тијела – уставни судови, Европски суд за људска права и Венецијанска комисија. Они су покушавали да нађу правне аргументе за одлуке о томе да ли је изборни праг у одређеном националном законодавству одговарајући. Притом, висина изборног прага процјењивана је с обзиром на то да ли се њоме доводи у питање слобода избора и ограничава бирачко право. Кад је у питању међународноправна заштита људских права, висина изборног прага разматрана је, између осталог, са становишта чл. 3 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима, којим се гарантује слобода избора.

Формално посматрано, изборни праг не ограничава слободу избора ако су испуњени други услови. Без обзира на то колики је изборни праг, грађани имају право да бирају и буду бирани под једнаким условима уколико свачији глас вриједи једнако. Изборни праг по себи то не онемогућава.

Надлежни органи, међутим, увијек узимају у обзир одређене принципе. Такви су, на примјер, принципи правичне представљености у парламенту и стабилности владе. Изборни праг треба да омогући остваривање оба принципа. Ако се ствар тако посматра, више није довољно тврдити како изборни систем по себи омогућава слободне изборе, јер то не значи нужно да омогућава представљеност релевантних политичких опција.¹⁴

Принципи које смо овдје навели нису правни него политички. Када их надлежни орган узме као релевантне за доношење закључка о изборном прагу, прелази са поља права на поље политике, тачније доноси закључак на основу властитих увјерења о томе који принципи су релевантни и којима од њих треба дати предност. У зависности од прихватања и вредновања

¹⁴ Разматрајући оправданост изборног прага од 10% у Турској, Уставни суд Турске пошао је од принципа правичне представљености у парламенту и стабилности владе. Правична представљеност, међутим, схваћена је врло уско, свдећи се на то да број мандата треба да одговара броју освојених гласова. То је општи принцип пропорционалности, који не узима у обзир чињеницу да знатан број бирача може бити непредстављен, па се њихови гласови не рачунају. С друге стране, ако стабилност владе захтијева да парламент не буде фрагментиран, како би могла бити бирана влада која ужива подршку стабилне парламентарне већине, лако је доћи до закључка да то оправдава висок изборни праг. – Вид. *Yumak and Sadak v. Turkey*, пара. 42.

одређених принципа, надлежни орган даје слободну процјену прихватљивости изборног прага.

Једно од питања које судови постављају јесте да ли се нормирањем одређеног изборног прага постиже легитимни циљ, те да ли се нормирањем баш таквог изборног прага остварује принцип пропорционалности (циља који се жели постићи у односу на средство за његово постизање). Такав приступ имао је, на примјер, Европски суд за људска права кад је оцјењивао основаност изборног прага у Турској.¹⁵ У основи овог проблема налази се питање да ли се нормирањем високог изборног прага омогућава дискриминација, тј. да ли се бирачи стављају у неравноправан положај у погледу могућности ефикасног остваривања бирачког права, а да за то не постоје оправдани и разумни разлози. Чини се да Европски суд за људска права, држећи се начина оцјењивања постојања дискриминација у огромном броју разноврсних предмета, не може да поступи другачије. Проблем је, међутим, у томе што он може учинити велику неправду и штету развоју демократских институција, тврдећи да је висок изборни праг оправдан, јер се тиме постиже легитиман циљ, који се на други начин не би могао постићи. У крајњој линији, код формулисања такве процјене, суд се води својим мишљењем о друштвено-политичкој ситуацији, пожељним циљевима и начинима њиховог остваривања, што може, али не мора, водити исправним закључцима. У посматраном примјеру Турске, можемо се запитати како је основан изборни праг од 10%, који може довести до тога да чак 45% бирачког тијела остане непредстављено у парламенту. Суд је оцијенио да је то оправдано зато што се заузврат добијају умјерено фрагментисан парламент и стабилна влада. Суд, међутим, није узео у обзир да се исти циљеви, можда у мањој, али ипак разумној, мјери могу постићи и са нижим изборним прагом. Осим тога, давање предности стабилној влади и слабо фрагментисаном парламенту над представљеношћу знатне већине бирачког тијела у легитимном парламенту, само је израз политичког става овог суда, који не мора да буде ваљан.

У разматрањима овог питања истиче се и аргумент да висок изборни праг по себи није проблематичан ако постоје корективни механизми, као што су посебна правила о избору представника националних мањина или одсуство високог изборног прага за независне кандидате. Међутим, то и даље не отклања основни проблем, а то је немогућност странака средње или мале величине да буду представљене у парламенту. Пошто политичке странке доминирају изборним процесом и политичким животом уопште,

¹⁵ *Ibid.*, para. 75.

бирачи немају исти став о кандидатима који су званични кандидати политичких странака и онима који јесу чланови, али не и званични кандидати, политичких странака. Самим тим, други кандидати фактички нису равноправни са оним првим у изборној борби.

Штавише, друштвено-политички разлози могу навести орган да различито вреднује исти изборни праг у зависности од прилика конкретне државе или групе држава. Тако је, на примјер, Парламентарна скупштина Савјета Европе изнијела став да је изборни праг од 3% препоручљив за установљене и стабилне демократије,¹⁶ допуштајући могућност вишег изборног прага у демократијама у развоју.¹⁷ Ова аргументација такође је заснована на разлозима политичког опортунитета. Одређивање једне државе као развијене демократије („well-established democracy“), иако се врши на основу одређених мјерила, ипак је произвољно, јер је засновано на мјерилима које установљава институција или организација која врши процјену. Чак и кад би та мјерила била објективна, опет се поставља питање није ли и за демократије у развоју корисно да имају легитимне парламенте, који би вјерно одражавали расположење бирачког тијела. Легитимност парламента већа је ако је његов састав идеолошки разноврснији, односно уколико вјерно изражава вољу бирачког тијела. Тачно је да парламент не треба да буде претјерано фрагментиран, како би могао да ефикасно врши своје функције. Међутим, чини нам се да се смањивању фрагментираниости парламента као пожељном циљу даје примат који води недопустивом занемаривању другог циља, а то је легитиман састав парламента.

¹⁶ Поједини аутори указују на то да изборни праг од 4 или 5% представља значајно ограничење малим странкама, с чим се слажемо. – А. Lijphart, *Patterns of Democracy*, Second Edition, Yale University Press, New Haven – London 2012, 140. Међутим, из примјера које наводе (Шведска, Њемачка, Норвешка, Нови Зеланд) уочава се да се изборни праг од 4 или 5% установљава на националном нивоу (у Шведској, на примјер, изборни праг на нивоу изборних јединица је 12%), па није до краја јасно да ли мисле на изборни праг на националном нивоу или нивоу изборних јединица. Иако није сигурно, чини се вјероватнијим да су имали на уму изборни праг на националном нивоу.

¹⁷ Resolution 1547 (2007) on the state of human rights and democracy in Europe, усвојена 18. априла 2007. године, para. 58.

Треба примијетити да Парламентарна скупштина није прецизирала да ли се овај изборни праг односи на државу као цјелину или на сваку изборну јединицу. Тиме је оставила могућност државама да, уколико прихвате ову сугестију, одлуче да ли им је превише да изборни праг буде одређен на нивоу изборне јединице, или се минимум компромиса огледа у томе да га смање на 3%, али да буде установљен на националном нивоу.

Важно питање је и да ли је изборни праг одређен на државном нивоу или на нивоу појединих изборних јединица. У многим државама постоје политичке странке које су по природи регионалне или су то фактички, будући да заступају интересе друштвених група које су настањене у појединим регионима. Ако територија државе није подијељена на изборне јединице, чак и кад изборни праг није нарочито висок (на примјер, износи 4 или 5%), опет може доћи до непредстављености друштвених група или бирача настањених у одређеним регионима.¹⁸

Изборни праг треба да буде такав да омогући помирење два циља – легитимног парламента, у коме ће бити представљене различите друштвене групе и релевантне политичке струје, с једне стране, и политичке стабилности, с друге стране. Сматрамо да изборни праг не треба да износи 5%, што је, према упоредним искуствима, висок изборни праг, који онемогућава или отежава избор малих политичких странака и често доводи до тога да око 20% бирачког тијела остане непредстављено у парламенту. Изборни праг од 3% сматрамо умјереним рјешењем. Он омогућава парламентарну представљеност малих странака.

Изборни праг од 3% не може се сматрати пожељним за све изборне системе и у свим околностима. Могуће је да ће прилике захтијевати да он буде нешто виши, али свакако не виши од 5%, као што ће бити могуће да и нижи изборни праг не ствара проблеме у смислу претјеране фрагментираности парламента или нестабилности владе. Не би било могуће предложити да све државе у свијету усвоје исти изборни праг, јер њихове друштвено-политичке прилике, историја и политичка култура нису истовјетни. Друштвене прилике промјењиве су и у истој држави, што утиче на повећавање или снижавање изборног прага. Међутим, сматрамо да је изборни праг од 3% начелно најприхватљивије рјешење, јер омогућава лакше остваривање циља који сматрамо примарним, а то је легитимност

¹⁸ На изборима одржаним у Хрватској 2016. године, истарске странке предвођене Истарским демократским сабором освојиле су 22% гласова у својој изборној јединици и ушле у Сабор. Да је Хрватска била једна изборна јединица, са изборним прагом од 4 или 5%, ове странке не би биле представљене, јер су на националном нивоу освојиле 2,25%.

У Турској, изборни праг од 10% рачуна се на државном нивоу. Проблем са његовим превладавањем имају не само мање странке које су организоване у цијелој држави, него нарочито курдске странке, које су, по природи ствари, регионалне, због концентрације курдског становништва у појединим регионима. На изборима 2002. године догодило се да је курдска странка ДЕНАР освојила 45% гласова у региону у коме је дјеловала, али није освојила ниједан парламентарни мандат, јер није освојила 10% гласова на државном нивоу.

парламента као представништва различитих друштвених група и политичких струја.

Кад смо већ поставили овај примарни циљ, морамо обратити пажњу и на чињеницу да његово остваривање не зависи само од изборног прага, него и од других елемената изборног система, као што су (не)подијељеност државе на изборне јединице и величина изборних јединица.¹⁹ Ако државна територија није подијељена на изборне јединице, што не подржавамо, веће је оправдање да изборни праг буде нижи, јер се може очекивати да ће мања политичка странка теже прећи изборни праг на нивоу државе него у једној или неким изборним јединицама. Ако је изборни праг на нивоу државе, на примјер, 3%, малим политичким странкама ће бити тешко или немогуће да га пређу (утолико теже ће им бити да пређу изборни праг од 4 или 5%),²⁰ док тај исти изборни праг могу прећи у једној или више изборних јединица. Могуће је да политичка странка има чак и мање од 1% на националном нивоу, али да ипак уђе у парламент, зато што је прешла изборни праг од 3% у једној или више изборних јединица.²¹

Пошто је могуће да парламентарни мандат освоји политичка странка која је на националном нивоу ирелевантна, али ужива одређену подршку у једној или више изборних јединица, може се поставити питање да ли изборни праг на нивоу изборних јединица може бити и виши, на примјер 5% или виши, јер се тиме спречава да у парламент уђу политичке странке које су на националном нивоу ирелевантне, а праг од 5% није претјерано висок. Ово питање није неосновано, јер се заиста може тврдити да је мање важно да ли је изборни праг на нивоу изборне јединице 3 или 5%, ако

¹⁹ Вид. А. Blais, „The Debate over Electoral Systems“, *International Political Science Review* Vol. 12, 3/1991, 254–257.

²⁰ На парламентарним изборима одржаним 1991. године у Бугарској, само три листе освојиле су више од 4% гласова на националном нивоу и ушле у парламент, иако је на изборима учествовало 38 изборних листа. На први поглед, изборни праг није висок, али скоро свим листама није било могуће да га пређу на националном нивоу. Осим тога, поларизација бирачког тијела на двије основне изборне листе – лијевог и десног центра, као и на листу турске националне мањине, утицала је на то да остале листе нису биле у стању да освоје барем 4% гласова на националном нивоу. – J. Simon, „Electoral Systems and Democracy in Central Europe, 1990–1994“, *International Political Science Review* Vol. 18, 4/1997, 365.

²¹ У литератури се, на примјер, наводи примјер Шпаније, у којој је нормиран изборни праг од 3% у изборним јединицама. На изборима одржаним 2000. године, у Мадриду, као изборној јединици, а то је уједно једна од највећих изборних јединица, што је важно за анализу, мандат је могла да освоји и изборна листа која је на националном нивоу освојила само 0,38% гласова. – M. Gallagher, P. Mitchell (eds.), 609.

парламентарни мандат може освојити политичка странка која је ирелевантна на националном нивоу.

Не слажемо се са овом тврдњом. Снижавање изборног прага на нивоу изборне јединице има исту сврху као и снижавање изборног прага на националном нивоу. Оно треба да омогући представљеност малих странака у парламенту. Могуће је да су неке политичке странке релевантне у једним изборним јединицама, али не и у другим. То може бити из различитих разлога. Можда је у питању регионална странка, или странка коју подржава друштвена група која је концентрисана у појединим дијеловима државе, или постоје историјски разлози због којих политичка странка ужива подршку само у појединим изборним јединицама.^{22 23}

Величина изборних јединица утиче на пропорционалност у већој мјери него изборни праг. То значи да треба бити опрезан приликом обликовања изборног система. Без обзира на то колики је изборни праг, величина изборне јединице, односно број мандата који се у њој додјељују, може утицати на ефективни, стварни изборни праг.²⁴ У малим или средњим изборним јединицама, чак и кад је изборни праг мали, па износи, на примјер, 3%, политичке странке које га пређу неће имати никакве гаранције да ће освојити мандате. Штавише, мале и средње странке скоро сигурно неће освојити мандате чим пређу овај изборни праг, јер је мали број мандата који се дијеле у таквим изборним јединицама.²⁵

Европски суд за људска права заузео је став у својим пресудама да не морају сви кандидати имати једнаке шансе за побједу, нити гласови свих

²² Можемо узети за примјер двије политичке странке у Шпанији. Баскијски националисти су на изборима одржаним 2004. године освојили 1,63% гласова и седам мандата. Да је изборни праг од 3% био установљен на националном нивоу, ова странка би остала ван парламента, иако је највећа баскијска странка, која је у то вријеме, у парламенту Баскије имала трећину мандата.

Други примјер је Уједињена левича, која је до 2015. године била трећа по снази политичка групација у Шпанији. Иако је у великом броју изборних јединица освојила знатно више од 3% гласова, колико је износио изборни праг, ни у једној од њих није освојила ниједан мандат, зато што су то биле релативно мале изборне јединице, у којима су мандати припали само највећим странкама. Једина два парламентарна мандата освојила је у Мадриду, у коме је добила повјерење 5,26% гласача. Да је изборни праг био 5%, ова формација би се нашла у опасности да не освоји мандате ни у Мадриду, јер би изборни праг прешла тек за 0,26% гласова.

²³ О овоме, вид. и *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Thresholds Which Bar Parties From Access to Parliament* (CDL-PI(2018)004), 19.

²⁴ О значају величине изборних јединица, вид. А. Lijphart, 137–141.

²⁵ Вид. М. Gallagher, Р. Mitchell, 607–608.

гласача морају имати једнаку вриједност у погледу исхода избора.²⁶ Тиме је, барем у другој анализираној пресуди, изрекао став да висина изборног прага није од одлучујег значаја, остављајући тиме могућност да се и висок изборни праг сматра легитимним. Учинио је то зато што је вредновао неколико принципа: народног суверенитета, стабилности парламента и ефикасности владе. Очигледно је да је дао предност другом и трећем принципу, чиме је, барем имплицитно, дао предност стабилности система над могућношћу његове промјене или барем учешћа у парламентарном животу политичких снага које би заговарале његову промјену. Може бити да је Европски суд за људска права заузимао такав став због садржаја чл. 3 Протокола 1, који не садржи захтјев за једнакост гласа,²⁷ али сматрамо да је погријешно, јер је могао извести тај принцип из општих принципа о слободи избора.

4. ДА ЛИ ЈЕ И КАДА ИЗБОРНИ ПРАГ ПРОТИВПРАВАН?

Највећи број институција које се баве овим питањем сматрају да изборни праг није противправан. У зависности од тога о којој институцији је ријеч, обично се поставља питање уставности законске норме којом се изборни праг прописује, или сагласности норме са Европском конвенцијом о људским правима. Најпознатије су одлуке уставних судова Њемачке, Италије и Чешке, те Европског суда за људска права.

Чешки уставни суд²⁸ посматрао је законско нормирање изборног прага са становишта принципа једнакости бирача. Сматрао је да се овај принцип угрожава нормирањем изборног прага. Зато је анализу проширио питањем да ли се може пронаћи оправдан разлог за увођење изборног прага, или, другим ријечима, за ограничавање принципа једнакости бирача. Као што видимо, овај уставни суд се прихватио тешког задатка да изврши градацију два принципа – једнакости бирача и стабилности и ефикасности парламента. Наглашавајући да избори треба да омогуће не само да парламент буде одраз воље бирача, него и да буде у стању да ефикасно врши своје функције, Суд се нашао пред проблемом. Како процијенити да ли је пронађена права мјера у помирењу ова два циља? Очигледно је да је

²⁶ Вид. пресуде Европског суда за људска права у предметима *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* (No. 9267/81) и *Yumak and Sadak v. Turkey*.

²⁷ К. Chryssogonos, С. Stratilatis, 19.

²⁸ Вид. Н. Smekal, L. Vyhnaneck, „Equal voting power under scrutiny: Czech Constitutional Court on the 5% threshold in the 2014 European Parliament Elections“, *European Constitutional Law Review* 12/2016, 148–163.

чешки уставни суд извршио градацију принципа на тај начин да је дао предност принципу ефикасности парламента над принципом једнакости бирачког права.

У поступку пред Уставним судом Чешке изнесено је још неколико аргумената у прилог ставу да изборни праг од 5% није уставан. Он не одговара легитимном циљу који се њиме наводно жели постићи (а то је функционалан парламент и стабилна влада) због тога што је природа улоге и функција Европског парламента у систему органа Европске уније другачија од улоге и функција националних парламената у националним уставним системима. Осим тога, у свакој држави бира се само дио (и то врло мали дио) посланика Европског парламента, тако да чак и одсуство изборног прага или изборни праг знатно нижи од 5% не могу утицати на фрагментираност Европског парламента.

Да би одговорио на тешко питање оправданости изборног прага од 5%, Уставни суд Чешке бавио се и питањем природе Европског парламента, односно питањем да ли се он, у погледу својих функција, може поистовијетити са националним парламентима и да ли има карактер „правог“ парламента.²⁹ Полазећи од својих паневропских увјерења, Уставни суд је истакао да изборни праг доприноси развоју солидарности међу државама чланицама Европске уније, које, водећи рачуна о изборном прагу, доприносе избору стабилног и функционалног Европског парламента, без обзира на то што се у свакој од њих бира само мали дио укупног броја посланика. На крају, Уставни суд је заузео став да је изборни праг од 5% оправдан, јер представља пропорционалну мјеру која води остваривању основног циља, а то је избор ефикасног парламента. Суд је прихватио став да се на овај начин ограничава принцип једнакости гласа, али је сматрао да је то оправдано, јер доприноси остваривању важнијег циља.³⁰

Уставни суд Италије заузео је идентичан став у предмету бр. 239/2018,³¹ одлучујући о уставности законске норме којом се прописује изборни праг од 4% за изборе за Европски парламент. Суд је оцијенио да

²⁹ Н. Smekal, L. Vyhnanek, 157.

³⁰ Детаљну аргументацију вид. у одлуци Уставног суда Чешке, у предмету Pl. ÚS 14/14 (14. мај 2015), доступној на интернет страници овог суда: www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/Pl_US_14-14.pdf, приступљено 30. марта 2021.

³¹ Вид. пресуду на сајту Уставног суда Италије, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_239_2018_EN.pdf, приступљено 1. априла 2021.

нормирање изборног прага представља дискреционо право законодавца, које он користи како би избјегао фрагментираност парламента и обезбиједио стабилну парламентарну већину и владу.

Државни савјет, који је оспоравао законску норму о изборном прагу, изнио је, по нашем мишљењу, ваљане аргументе. Прво, истакао је да се неоправдано ограничава демократски контролни механизам, који се састоји у томе што се сваком гласу даје пуна вриједност. Друго, неоправдано се ограничавају различити интереси и вриједности, а да није доказано да је то учињено у општем интересу. Треће, широки слојеви бирачког тијела нису политички представљени, што није учињено оправданим и разумним.

Уставни суд није прихватио ову аргументацију, истичући, између осталог, да изборни систем не служи томе да буде „пропорционално регистровање друштвено-политичког плурализма“, већ да треба да допринесе обезбјеђивању ефикасности процеса одлучивања.³² Уставни суд је пошао од идеје да парламент не може бити просто „огледало“ друштва, па је изборни праг стога средство рационализације, које треба да спријечи фрагментацију парламента. Чак и кад узима у обзир потребу да у парламенту буду представљени различити интереси и вриједности, Уставни суд то чини у контексту бојазни од могуће фрагментације парламента, која би могла имати за посљедицу паралисање процеса одлучивања.

Сматрамо да ова аргументација Уставног суда није без основа, али да ипак није тако неумитна, да би могла оправдати донесену одлуку. Наиме, тачно је да парламент не мора, па чак и не може, бити „огледало“ друштва или пропорционални пресјек његове друштвене структуре и идеолошког плурализма. Међутим, изборни праг може утицати на то да парламент уопште не буде „пресјек“, јер ће читаве друштвене групе и идеолошке струје остати непредстављене, и то на основу произвољне оцјене законодавца о томе колики изборни праг треба да буде. Уставни суд није посматрао проблем из овог угла, и то не због свог пропуста, већ зато што је дао примат другим циљевима које увођењем изборног прага треба постићи, а то су функционалност и ефикасност парламента.

Савезни уставни суд Њемачке заузео је супротан став у својим одлукама, сматрајући да је изборни праг од 5% (а потом и онај од 3%) у

³² Пара. 6.2. Пресуде.

закону којим се уређују избори за Европски парламент неуставан.³³ Начин аргумендовања био је исти као код Уставног суда Чешке, у смислу обраћања пажње на исте принципе, мада су закључци супротни. Савезни уставни суд Немачке начелно није против изборног прага. Он само сматра да се мора доказати да је његово постојање оправдано, а то ће бити случај уколико доприноси нормалном функционисању парламента. Јасно је да процјена те „нормалности“ није правна и да измиче прецизним мјерилима, на основу којих би евентуално могла бити учињена. Уставни суд процјењује да ли изборни праг уопште или одређени изборни праг негативно утиче на функционалност парламента и, с друге стране, да ли изборни праг отежава или онемогућава правичну представљеност у парламенту.

Пошто процјена може бити заснована само на метаправним мјерилима, јасно је да уставни суд има велику слободу одлучивања. То није спорно по себи, будући да су правна мјерила врло широка и неодређена, а неки орган мора бити надлежан да испитује уставност изборног прага. Оно што јесте спорно, по нашем мишљењу, је настојање уставних судова да предност дају принципима као што су умјерена фрагментираност парламента, стабилност и ефикасност парламента и стабилност владе, док се принцип једнакости гласа и правичне представљености различитих друштвених група и идеологија скоро увијек ставља у други план.

У предмету из 2011. године, Савезни уставни суд је заузео став који сматрамо ваљаним, да изборни систем не може да сузи круг политичких мишљења која могу да буду представљена у парламенту, како би тиме био олакшан процес одлучивања у њему, већ да треба сачувати отвореност политичког процеса.³⁴ Додајмо овоме да би такво сужавање било вјештачко, у том смислу што би одређене политичке струје остале ван парламента, и то не зато што не уживају подршку бирача, већ зато што је законодавац тако одредио. Наравно, може се истаћи противаргумент да су те политичке струје ирелевантне. Овим противаргументу могу се ставити два приговора. Први приговор је да законодавац или други орган (на примјер, уставни суд) сасвим произвољно одређује кад се одређено политичко мишљење може сматрати ирелевантним (да ли је то када га

³³ Савезни уставни суд је прво 2011. године прогласио неуставним изборни праг од 5%, а потом је 2013. године исто учинио са изборним прагом од 3%. – В. Michel, „Thresholds for the European Parliament Elections in Germany Declared Unconstitutional Twice“, *European Constitutional Law Review* 12/2016, 134 и даље.

³⁴ *Ibid.*, 137.

подржава 1, 3 или 5% бирача?). Други приговор је да изборни праг доводи до тога да је више политичких странака ирелевантно, што у крајњој линији утиче на то да је значајан број бирача непредстављен (као што смо видјели, то може бити 15 до 20% бирача).

У поступку који је вођен пред Савезним уставним судом изнесено је мишљење да би фрагментација Европског парламента утицала на његову ефикасност и остваривање функција. Суд није прихватио овај став, сматрајући да се Европски парламент прилагођава промјенивим околностима, што важи и за парламентарну процедуру.

Савезни уставни суд је сматрао да је изборни праг од 5% оправдан на изборима за Бундестаг. Заузимајући овај став, супротан ономе који је заузео у односу на изборе за Европски парламент, Суд је пошао од природе функција Бундестага. Једна од њих је контролна функција, будући да Бундестаг бира владу и изгласава јој неповјерење. Европски парламент нема аналогну функцију. Стога, изборни праг од 5% оправдан је на изборима за Бундестаг, али не и на изборима за Европски парламент.

Суд је правилно уочио разлику између два парламента. Међутим, сматрамо да није имао довољно аргумената за став да је изборни праг од 5% на изборима за Бундестаг оправдан са становишта стабилности парламентарне већине, а тиме и стабилности владе, јер није узео у разматрање да ли би исти циљ могао бити постигнут и са нижим изборним прагом. Чини се да није ни имао основа да разматра ту могућност, али ни разлога за тврдњу да би снижавање изборног прага негативно утицало на стабилност парламента и владе. Суд је разматрао и начин одлучивања приликом вршења законодавне и буџетске функције Европског парламента, истичући да начин одлучивања, који је битно другачији од оног у Бундестагу, не оправдава изборни праг од 5%.

При доношењу одлуке, Савезни уставни суд се позвао на чл. 3, ст. 1 и чл. 21 Основног закона Њемачке. Првим се признаје једнакост пред законом, док се другим уређује правни положај политичких странака. Уочљиво је да су оба члана врло уопштена и да пружају најопштији основ за одлучивање. Штавише, чак и то се тешко може рећи за чл. 21 Основног закона Њемачке, јер тешко је пронаћи иједну норму у том члану која би могла да послужи као уставни основ за доношење било какве одлуке.

Доносећи одлуку 2011. године, Савезни уставни суд није довео у питање висину изборног прага, већ уставност изборног прага као таквог. Кад се нашао пред новим изазовом, 2013. године, да одлучује о уставности закона којим је уведен изборни праг од 3%, суд се нашао пред дилемом –

да донесе истовјетну пресуду, или да закон оцијени уставним, јер измијењене околности оправдавају увођење овог изборног прага. Суд је оцијенио неуставним и овај изборни праг, из истих разлога из којих је донио прву пресуду, 2011. године. Сматрао је да се околности нису промијениле и да се у међувремену није појавио ниједан разлог који би оправдавао другачији правни третман изборног прага од 3%. Будући да су прошле само двије године између доношења двије одлуке, а имајући на уму аргументацију која је изнесена у првом предмету, било је реално очекивати да ће 2013. године бити донесена истовјетна одлука.

Овакав приступ Суда критикован је из два разлога. Први разлог је што је Суд одбио да примијени паневропски приступ, у том смислу што није водио рачуна о последицама проглашавања изборног прага неуставним по састав и функционисање Европског парламента. Други разлог је што је Суд занемарио упоредну анализу.

Сматрамо да су ове критике неосноване. Кад је у питању први разлог, он је неоснован зато што паневропски приступ није потребан. Осим разлога који је већ спомињан, а то је да свака држава бира само мали дио посланика овог парламента, који не може битно утицати на његов састав и функционисање, треба додати још један аргумент, а то је чињеница да свака држава одређује правила о изборном прагу у складу са својом традицијом, политичком културом и политичким приликама, па паневропски приступ мало врјиједи.

Кад је у питању други разлог, сматрамо да упоредни преглед нема велики значај. Он може представљати својеврсни притисак на Суд, да оцијени уставним рјешење које је прихваћено у већини држава чланица. Међутим, тај аргумент мало врјиједи, јер нема разлога да један уставни суд сматра правно ваљаним рјешење које је прихваћено у свим или већини држава чланица. Државе чланице имају различите друштвено-политичке прилике, њихови уставни судови су можда различито третирали овај проблем, ако су се уопште бавили њиме, а не постоји ниједан ваљан разлог да све државе прихвате иста рјешења или да њихови уставни судови имају исто правно мишљење.

Уставни суд Руске Федерације испитивао је уставност законске норме о изборном прагу од 5% на изборима за Државну думу, у пресуди од 1998. године.³⁵ Одлучио је да та норма није у супротности са Уставом Руске

³⁵ Вид. пресуду бр. 26-П, од 17. новембра 1998. године, *Юридическая Россия, Federal Legal*

Федерације, тачније са његовим чл. 3, 19 и 32, те чл. 13, ст. 4.³⁶ У поступку пред Уставним судом требало је испитати да ли изборни праг од 5% угрожава једнакост грађана, у том смислу што они фактички немају једнака права, јер једни могу да буду бирани, и то не само формално него и стварно, док други формално могу да буду бирани, али стварно не могу, јер припадају изборним листама које освајају мање од 5% гласова. *Mutatis mutandis*, требало је испитати да ли политичке организације које учествују на изборима имају стварна једнака права, или су им она само формално призната, будући да висок изборни праг онемогућава неке од њих да буду представљене у парламенту.

Суд није нашао да се изборним прагом ограничава бирачко право или да се нарушава начело једнакости пред законом. Његов приступ је, по нашем мишљењу, формалистички. Он полази од тога да сви грађани стичу бирачко право под једнаким условима и да је оно једнако. Суд има на уму само формалну једнакост. Свако се може кандидовати ако испуни исте услове и бити изабран ако освоји одређен број гласова, под условом да су избори слободни.

Суд је ишао тако далеко да је у својој аргументацији тврдио како депутати представљају све грађане, па се не може рећи да су грађани, или један њихов дио, онемогућени у вршењу суверене власти, јер они је врше посредством депутата, без обзира на то да ли су гласали за њих. Овај аргумент нема никакву вриједност. Не само да је чињенично нетачно да чланови представничког тијела представљају све грађане, пошто је то уставна фикција, него бисмо, идући том логиком, могли рећи да сваки састав било ког парламента испуњава услов легитимног представништва, само ако је опозицији допуштено да се слободно надмеће.

Међутим, сматрамо да висок изборни праг у суштини доводи у питање начело народног суверенитета и једнакост бирачког права, јер знатан дио бирачког тијела не може да учествује у вршењу суверенитета, нити је његово бирачко право ефективно, пошто су гласови тих бирача „бачени“. Остаје само да се процијени кад се изборни праг сматра високим, али за то не постоји поуздано мјерило које би важило за све изборне

Portal,<http://www.law.edu.ru/judicial/judicial.asp?judicialID=1161582&subID=100050463,100050486,100050488>, приступљено 2. априла 2021.

³⁶ Чланом 3 Устава утврђује се да је народ носилац суверенитета, који власт врши непосредно или путем слободних избора. Члан 19 гарантује једнакост пред законом. Члан 32 гарантује право грађана да учествују у управљању државом непосредно или посредством представника и право да бирају и да буду бирани. Чланом 13, ст. 4 гарантована је једнакост пред законом јавних удружења.

системе, па чак ни за једну државу у свим околностима. Ако се управо изнесени аргументи одбаце, дође се до закључка до кога је дошао Уставни суд Руске Федерације, и то свега неколико година након избора чији исход је био да скоро половина бирачког тијела није била представљена у парламенту, упркос томе што су сви политички субјекти имали једнаке законске услове за учешће на изборима.

То што је на изборима 1995. године за листе које нису прешле изборни праг гласала безмало половина гласача, за Уставни суд није представљало доказ да је изборни праг превисок. Аргумент за овакав став нађен је у чињеници да су изборне листе које су освојиле мандате добиле апсолутну већину гласова оних бирача који су изашли на изборе, што је минимум који, по мишљењу Уставног суда, чини легитимним састав парламента и изборни праг. Да су те листе освојиле само пола процента мање, закључак би био супротан.

Тек овај аргумент не можемо сматрати ваљаним. Изборне листе које су изабране у парламент идеолошки се прилично разликују и само неке од њих су чиниле парламентарну већину, што значи да парламентарна већина изражава вољу релативно уске мањине бирача. Осим тога, чак и кад би све парламентарне групе подржавале владу, опет би огроман дио бирача остао непредстављен у парламенту. Читаве друштвене групе и идеолошко-политички правци не би имали могућност да учествују у обликовању државних политика.

У већ споменутом случају *Yumak and Sadak v. Turkey*, Европски суд за људска права пошао је од чл. 3 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију, у коме се, што је и очекивано, избори не одређују конкретније, него се инсистира на слободним изборима, у разумним интервалима, тајним гласањем, на којима је обезбијеђено слободно изражавање мишљења. Ако се ова норма узима као основ за оцјену (против)правности изборног прага уопште, или одређеног изборног прага, може се доћи до закључка, као што је Суд и учинио у поменутом предмету, да је сваки изборни праг прихватљив, пошто висок изборни праг по себи не онемогућава слободно изражавање воље бирача. Друго питање је, међутим, да ли ће слободно изражавање воље бити ефективно ако знатан број бирача, због високог изборног прага, остане непредстављен у парламенту. Суд изричито помиње да поменути чл. 3 не изискује да сваки глас једнако вриједи, нити да сви кандидати треба да имају једнаке изгледе на побједу. Самим тим, Суд је имао широко поље процјене оправданости изборног прага, уводећи у анализу циљеве као што су одговарајућа представљеност различитих

политичких програма и фрагментираност парламента, које сматра тешко помирљивим.

5. ЗАКЉУЧАК

Иако се, упоредно посматрано, изборни праг од 4 или 5% сматра најприхватљивијим, сматрамо да је оптимално рјешење увођење изборног прага од 3% на нивоу изборне јединице, или 2% на националном нивоу. Приликом обликовања овог става, пошли смо од оцјене значаја два основна циља која треба да буду постигнута. Први циљ је да начело народне суверености буде остварено на такав начин да парламент буде представништво свих релевантних друштвених група и идеолошко-политичких оријентација. Уочавамо проблем да није могуће објективно одредити које од њих треба сматрати релевантним, због чега њихову релевантност одређује изборно законодавство, нормирањем изборног прага, и бирачко тијело, одређивањем за неке од њих. Релевантност посматраних субјеката треба посматрати на екстензиван начин – треба омогућити парламентарну представљеност сваком субјекту који ужива одређену подршку бирачког тијела, а да то не доведе до претјеране фрагментације парламента.

Тако долазимо до другог циља, а то је да треба обезбиједити умјерену фрагментацију парламента, која неће спречавати његово ефикасно функционисање. Тешко је рећи кад је фрагментација парламента умјерена а кад претјерана. Не само да не постоји објективно мјерило за оцјену фрагментираности парламента, него та оцјена мора бити различита у зависности од друштвеног контекста. Стога, и наше залагање за напријед поменути изборни праг мора бити релативизовано, у смислу да не можемо тврдити како он треба да буде нормиран у свим изборним системима и у свим друштвеним околностима, већ као начелно најбољи изборни праг, од којег су дозвољена, па чак и потребна, одступања, у зависности од прилика у свакој држави.

Иако су различити судови, на националном и наднационалном нивоу, редовни и уставни, разумјели да висину изборног прага треба посматрати са становишта постизања легитимног циља, најчешће су давали предност ефикасности умјерено фрагментираних парламента као примарном легитимном циљу. Не слажемо се са овим приступом, иако признајемо значај овог легитимног циља. Сматрамо да су судови на овај начин дали предност стабилности система над могућношћу његове промјене. Дали су

предност етаблираним политичким елитама над могућношћу појаве и етаблирања нових политичких снага. Тиме су објективно ограничили домашај начела народног суверенитета. Није суштина само у томе да народ има слободу да гласа, већ и у томе да тај глас има вриједност, а она се мјери могућношћу утицаја, који се испољава кроз парламентарну представљеност. Давање за право законодавцима који нормирају висок или релативно висок изборни праг значи давање предности ефикасности система над могућношћу народа да буде представљен у парламенту, при чему судови не наводе ваљане аргументе у прилог схватању да би ефикасност парламента била умањена уколико би изборни праг био нижи.

ЛИТЕРАТУРА

Библиографске референце

Blais, André, „The Debate over Electoral Systems“, *International Political Science Review* Vol. 12, 3/1991;

Bowring, Bill, „Negating Pluralist Democracy: The European Court Of Human Rights Forgets the Rights of the Electors“, *KHRP Legal Review* 11/2007;

Gallagher, Michael, Mitchell, Paul (eds.), *The Politics of Electoral Systems*, Oxford University Press, Oxford 2009;

Kalandrakis, Tasos, Rueda, Miguel R., *National Electoral Threshold and Disproportionality*,

<http://www.rochester.edu/college/faculty/kalandrakis/download/ETHED33f.pdf>;

Lijphart, Arend, *Patterns of Democracy*, Second Edition, Yale University Press, New Haven – London 2012;

Michel, Bastian, „Thresholds for the European Parliament Elections in Germany Declared Unconstitutional Twice“, *European Constitutional Law Review* 12/2016;

Norris, Pippa, „Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems“, *International Political Science Review* Vol. 18, 3/1997;

Podolnjak, Robert, „Abolishing All Mechanisms for Fixing Elections“: The Citizens' Initiative to Change the Electoral System of Croatia“, *Croatian Political Science Review* Vol. 52, 4–5/2015;

Сартори, Ђовани, *Упоредни уставни инжењеринг*, Филип Вишњић, Београд 2003;

Simon, Janos „Electoral Systems and Democracy in Central Europe, 1990–1994“, *International Political Science Review* Vol. 18, 4/1997;

Smekal, Hubert, Vyhnánek, Ladislav, „Equal voting power under scrutiny: Czech Constitutional Court on the 5% threshold in the 2014 European Parliament Elections“, *European Constitutional Law Review* 12/2016;

Chryssogonos, Kostas, Stratilatis, Costas, „Limits of Electoral Equality and Political Representation“, *European Constitutional Law Review* 8/2012.

Пресуде и мишљења

Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Thresholds Which Bar Parties From Access to Parliament (CDL-PI(2018)004);

Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium (No. 9267/81);

Пресуда Уставног суда Чешке Републике, Pl. ÚS 14/14 (14. мај 2015), доступна на интернет страници овог суда: www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/PI_US_14-14.pdf;

Пресуда Уставног суда Италије, у предмету бр. 239/2018, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_239_2018_EN.pdf;

Пресуда Уставног суда Руске Федерације, бр. 26-П, од 17. новембра 1998. године, Юридическая Россия, Federal Legal Portal, <http://www.law.edu.ru/judicial/judicial.asp?judicialID=1161582&subID=100050463,100050486,100050488>;

Yumak and Sadak v. Turkey (application No. 10226/03), пресуда Европског суда за људска права.

Goran MARKOVIĆ, Ph.D

Associate Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo

PROBLEMS OF DETERMINATION OF THE ELECTORAL THRESHOLD

Summary

The author analyzes the electoral threshold, its justification, the consequences which it creates, and the attitude of different courts on the legality of the prescribed electoral threshold. The author analyzes comparative legal solutions, explains theoretical views on the need to prescribe the electoral threshold, and questions the views of the national and supranational, regular and constitutional, courts.

The paper points out the generally accepted position in comparative law that when determining the election threshold, one should take into account the fulfillment of two basic goals, namely the efficiency of parliamentary decision-making process as well as the government stability, on the one hand, and the representation of different parts of the electorate, on the other.

The author points out that the first goal is regularly given priority, which allows the governments and the courts to justify even high electoral thresholds, such as the 10 % electoral threshold. Although the author acknowledges the relevance and legitimacy of both goals, he believes that the preference should be given to the second goal, because it should be the basis of the constitutional system of a democratic state. Therefore, the author proposes the standardization of a lower electoral threshold, although he admits that the solutions must be different depending on social circumstances.

Key words: Electoral threshold; People's sovereignty; Parliament; Constitutional courts; European Court of Human Rights.

прегледни рад
датум пријема: 09. 02. 2021. г.
датум прихватања за објављивање: 27. 04. 2021. г.
342.565.2(497.6)

Академик проф. др Миодраг Н. СИМОВИЋ*
Др Милена СИМОВИЋ*
Др Марина М. СИМОВИЋ*

УСТАВНИ СУД БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ: ИСКУСТВА И ПЕРСПЕКТИВЕ

Апстракт

Аутори разматрају положај Уставног суда Босне и Херцеговине у свјетлу Устава Босне и Херцеговине и међународних докумената који обавезују Босну и Херцеговину. Према Уставу Босне и Херцеговине, Уставни суд Босне и Херцеговине има посебно мјесто – он је изван система диобе власти на законодавну, извршну и судску. Он је тако посебна уставна категорија, којом се не могу бавити закони јер се он бави законима. Чува Устав Босне и Херцеговине који је жива форма која се стално развија. Постао је респектабилан субјект заштите уставног поретка у Босни и Херцеговини, али и објекат опсервација, очекивања и критика, па и оспоравања.

Уставни суд Босне и Херцеговине у својој пракси везаној уз заштиту људских права и основних слобода, која је у цијелости усаглашена са праксом Европског суда за људска права, највише се бави повредом права на правично суђење. У раду се анализирају неке од најновијих одлука из јуриспруденције овог суда кад је ријеч о различитим

* Судија Уставног суда Босне и Херцеговине и редовни професор Правног факултета у Бањој Луци, редовни члан Академије наука и умјетности Босне и Херцеговине, инострани члан Руске академије природних наука и редовни члан Европске академије наука и умјетности, vlado_s@blic.net

* Ванредни професор на Факултету за безбједност и заштиту Независног универзитета у Бањој Луци, milena.s@blic.net

* Секретар у Омбудсману за дјецу Републике Српске и ванредни професор на Факултету правних наука Паневропског универзитета „Апеирон“ у Бањој Луци, marina.simovic@gmail.com

аспектима права заштићених Уставом Босне и Херцеговине. Фокус је првенствено стављен на одлуке у којима је Уставни суд Босне и Херцеговине утврдио повреде наведених права због неприхватљивих правних становишта судова.

Кључне ријечи: Устав Босне и Херцеговине, Уставни суд Босне и Херцеговине, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права.

1. УВОД

У систему какав је босанскохерцеговачки са наглашеном асиметричном расподјелом надлежности између појединих нивоа власти и унутар саставних јединица државе, односно ентитета и без, по вертикали, заокруженог правосудног система, Уставни суд Босне и Херцеговине¹ је нужно у позицији да осигурава јединство и функционалност система у оквиру постојећих уставних рјешења. Поступно се етаблирао и као највиши арбитар у рјешавању спорова између Босне и Херцеговине и њених ентитета, итд., који су се у свој својој сложености формално артикулисали као уставноправна питања, односи и проблеми са, неријетко, веома наглашеним политичким, односно општедруштвеним конотацијама и карактеристикама. У споровима такве врсте пред ово тијело су се постављале све дилеме и изазови судског активизма, негативног или позитивног законодавца, итд. Уставни суд је ипак, динамичним тумачењем Устава Босне и Херцеговине,² историјским и/или системским приступом и методом, крећући се, уз неопходну и наглашену суздржаност и опрез, у границама својих уставних надлежности и начела самоограничења, битно допринио равноправности и конститутивности народа на цијелој територији Босне и Херцеговине (барем у формалном смислу), осигурању суверенитета, територијалног интегритета и међународног субјективитета државе, јачању правне сигурности и владавине права као основних уставних принципа. То је, поред осталог, било могуће имајући у виду и специфичности самог уставног текста.

¹ У даљем тексту: Уставни суд.

² У даљем тексту: Устав.

2. АПСТРАКТНА НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА

Уставни суд је у својој досадашњој пракси, у ситуацијама када је покретано питање усаглашености неког општег акта који није изричито наведен у одредби члана VI/3а) Устава, у сваком појединачном предмету оцјењивао околности конкретног случаја у односу на надлежност која му је додијељена на основу наведеног члана, те, сходно томе, и изражавао становиште да ли ће конкретни захтјев за испитивање тих аката оцијенити допустивим. При томе, Уставни суд наглашава да може дати сопствену правну квалификацију чињеница, те да га не обавезује квалификација коју дају стране у предмету,³ као и да је коначни ауторитет у погледу тумачења и примјене Устава.⁴

У одлуци број број У-4/17 од 28. септембра 2017. године, 11 чланова Представничког дома Парламентарне скупштине БиХ поднијело је 15. јуна 2017. године Уставном суду захтјев за оцјену уставности Закона о измјенама и допунама Закона о високом образовању Тузланског кантона⁵ са Уставом. Подносиоци захтјева траже и доношење привремене мјере којом се привремено обуставља примјена спорног закона, те се налаже поврат у пређашње стање (стање непосредно прије његовог ступања на снагу) у смислу отклањања свих посљедица насталих ступањем на снагу и примјеном спорног закона, а до доношења коначне одлуке Уставног суда о предметном захтјеву.

Подносиоци захтјева тврде да је спорни закон у супротности са „трећом и осмом алинејом“ Преамбуле Устава, чл. I/2, II/1 и II/2, II/3к), II/4, II/6, III/3а) и б), IV/4а), X/2 Устава Босне и Херцеговине, Анексом I Устава, чланом 25 Међународног пакта о грађанским и политичким правима самостално и у вези са чланом 2 ст. 1 и 3ц) наведеног пакта, чланом 7 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, чланом 21 ст. 1 и 2 Универзалне декларације о људским правима, чл. 13 и 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода⁶ и чланом 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију.

³ Види Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број У-6/06 од 29. марта 2006. године, тачка 21, „Службени гласник БиХ“ број 40/08.

⁴ Види Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број У-9/09 од 26. новембра 2010. године, став 70, објављена у „Службеном гласнику БиХ“ број 48/11.

⁵ Закон о високом образовању Тузланског кантона, „Службене новине Тузланског кантона“ број 5/17, у даљем тексту: спорни закон.

⁶ У даљем тексту: Европска конвенција.

Захтјевом се указује и да спорни закон није у складу ни са Оквирним законом о високом образовању БиХ, што има као посљедицу директно кршење Устава Босне и Херцеговине.

Суштина навода подносилаца захтјева своди се на тврдњу да је спорни закон донесен у хитној процедури која је предвиђена само за ванредне околности, а што није био конкретан случај, те да је њиме престао мандат тек изабраног руководства Универзитета у Тузли (ректор, проректор, чланови Управног одбора Универзитета) са намјером довођења на те позиције одређених лица према критеријумима политичке подобности. Сматрају да лица која су оштећена овим законом, односно лица којима је престао мандат по самом закону, немају могућност покретања редовног судског поступка поводом којег би редовни судови могли да поднесу захтјев Уставном суду према одредби члана VI/3ц) Устава. Стога, сматрају да у конкретном случају постоји надлежност Уставног суда за оцјену уставности спорног закона према члану VI/3а) Устава.

Подносиоци захтјева сматрају да је спорни закон неуставан у формалном и материјалном смислу, дакле, како према процедури доношења, тако и садржини. С тим у вези, упућују на одредбу члана 146 Пословника Скупштине Тузланског кантона којом је прописано: „Закони се, по правилу, не доносе по хитном поступку. Изузетно, по хитном поступку може да се донесе само закон којим се уређују односи и питања за чије утврђивање постоји неодложна потреба и ако би доношење закона у редовном поступку могло да изазове штетне посљедице за друштвене интересе у Кантону“.

Даље, подносиоци захтјева сматрају да је спорни закон донесен како би се њиме грубо нарушила аутономија Универзитета у погледу именовања на руководне функције на Универзитету, али и у погледу других питања која спадају у домен аутономије Универзитета. Према мишљењу подносилаца захтјева, посљедице злоупотребе хитних/ванредних процедура у обављању законодавне функције имају девастирајући ефекат на укупан демократски живот унутар државе, заштићене вриједности унутар демократског друштва, те на правну сигурност грађана (што је принцип уставног карактера од посебне важности) у чије име и за чији рачун јавна власт управља ресурсима од јавног интереса. Такође, таквом процедуром онемогућава се грађанима да буду укључени у процес доношења закона непосредно или посредством слободно изабраних представника. Стога би такав акт, према мишљењу

подносилаца захтјева, могао да се назове декретом који је својствен тоталитарном режиму који је у савременом свијету ствар прошлости.

Подносиоци захтјева посебно указују на неуставност одредаба чл. 3 и 9 спорног закона које прописују да вршиоца дужности ректора бира Скупштина Тузланског кантона, чиме се задире у аутономију Универзитета. Према мишљењу подносилаца захтјева, тиме се крше одредбе чл. 4 и 18 Оквирног закона о високом образовању БиХ, као и друге одредбе тог закона које се директно или индиректно односе на избор носилаца највиших функција у академској заједници и аутономију Универзитета. Такође, спорни закон је у супротности и са одредбом члана 63 Оквирног закона о високом образовању БиХ, која прописује да ће закони Републике Српске и кантонални закони у области високог образовања бити у складу са овим законом.

У односу на захтјев за доношење привремене мјере, подносиоци захтјева, између осталог, указују на то да је законодавна власт Тузланског кантона усвојила спорни закон уз искључивање демократске јавности, односно по хитном поступку, што може, имајући у виду његова изразито неповољна рјешења по аутономију академске заједнице и њену политичку неутралност, да утиче на стабилност цијелог поретка у условима израженог незадовољства становништва, укључујући и студентску популацију.

При испитивању допустивости захтјева Уставни суд је пошао од одредаба члана VI/3а) Устава и члана 19 тачка а) Правила Уставног суда.⁷

У својој скоријој пракси, у Одлуци број У-19/16, Уставни суд бавио веома сличним питањем поводом захтјева за оцјену уставности Закона о високом образовању Тузланског кантона.⁸ Испитујући наведени захтјев са становишта своје надлежности, након свеобухватне анализе своје праксе, у тој одлуци Уставни суд је одлучио да захтјев одбаци као недопуштен због ненадлежности Уставног суда за одлучивање.⁹ У тој одлуци Уставни суд се позвао на низ својих одлука које су покретале питање оцјене уставности неког општег акта који није изричито наведен у одредби члана VI/3а) Устава, те утврдио да Уставни суд у својој досадашњој пракси, када је рјешавао по основу надлежности из члана

⁷ Пречишћени текст („Службени гласник БиХ“ број 94/14).

⁸ Закон о високом образовању Тузланског кантона, „Службене новине Тузланског кантона“ бр. 7/16 и 10/16.

⁹ Види Уставни суд, Одлука о допустивости број У-9/16 од 30. марта 2017. године, доступна на интернетској страници Уставног суда www.ustavnisud.ba, 10-24.

VI/3a) Устава, никада није мериторно испитивао усаглашеност закона који је донијела кантонална скупштина. Према томе, Уставни суд је у цитираној одлуци закључио да Уставни суд, путем надлежности из члана VI/3a) Устава, не може да испитује да ли су закони које су донијеле кантоналне скупштине у складу са Уставом, нити да ли такви закони поштују захтјеве и стандарде закона донесених на нивоу БиХ.

Стога, пошто се и у овом предмету покреће исто питање, будући да је предмет захтјева оцјена уставности измјена и допуна истог закона на које овај суд треба дати одговор, Уставни суд у потпуности упућује на своју праксу усвојену у Одлуци број У-19/16, која се у свему може примијенити и на конкретан предмет. Према томе, пошто се предметни захтјев односи на оцјену измјена и допуна спорног закона који је донијела кантонална скупштина, те пошто је поднесен на основу надлежности из члана VI/3a), а не на основу надлежности из члана VI/3ц), Уставни суд не може засновати надлежност у конкретном случају.

Имајући у виду одредбе члана 19 став (1) тачка а) и члана 57 став (2) тачка а) Правила Уставног суда, према којој ће се захтјев одбацити као недопуштен уколико се утврди да Уставни суд није надлежан за одлучивање, Уставни суд је одлучио као у диспозитиву ове одлуке.

3. ПРАВО НА ЛИЧНУ СЛОБОДУ И СИГУРНОСТ

У одлуци број АП-7201/18 од 14. октобра 2020. године Уставни суд наглашава да је у одлуци број АП-2345/13 од 22. октобра 2013. године одлучивао о апелацији истог апеланта и утврдио повреде права из члана 5 став 1e) и став 4 Европске конвенције и наложио Центру за социјални рад да предузме активности ради осигуравања апелантових права која произлазе из члана II/3д) Устава и члана 5 став 1e) и став 4 Европске конвенције.

У одлуци број АП-2345/13 Уставни суд је навео да је Европски суд за људска права¹⁰ у својој пракси утврдио критерије који морају бити испуњени да би се притвор ментално обољелог лица сматрао као притвор који није „произвољан“, тј. да би био испуњен захтјев „законитости“ у смислу члана 5 став 1e) Европске конвенције. Такође, Уставни суд се у наведеној одлуци позвао на Одлуку број АП-2472/11 од 31. јануара 2013. године,¹¹ посебно указујући на дио одлуке у којем је истакнуто да постоји

¹⁰ У даљем тексту: Европски суд.

¹¹ Објављена на www.ustavnisud.ba.

разлика између лишавања слободе, које налаже заштиту у складу са чланом 5 Европске конвенције и самог ограничења кретања које то не чини. Уставни суд је, даље, у наведеној одлуци истакао да је апелантка прво била принудно смјештена у психијатријску болницу, затим је принудно премјештена из психијатријске болнице у Завод за збрињавање ментално инвалидних лица „Дрин“¹² и да, иако има могућност да се креће изван круга Завода, она га не може самовољно напустити. Стога је Уставни суд у тачки 43 наведене одлуке закључио да је у конкретном случају дошло до апелантициног лишавања слободе.

У наведеној одлуци Уставни суд је утврдио да се апелант у Заводу налази од 4. августа 2003. године на основу рјешења Центра за социјални рад, да му је Рјешењем Општинског суда у Завидовићима од 25. маја 2005. године у потпуности одузета пословна способност, те да му је за старатеља именован брат. Уставни суд, уз то, запажа да је Центар за социјални рад, поступајући по инструкцији надлежног министарства, донио ново рјешење 12. марта 2008. године по којем се апеланту, имајући у виду околности његовог случаја, и даље признаје право на смјештај у Завод. Међутим, Уставни суд констатује да се у наведеном рјешењу Центра за социјални рад углавном расправљало о питању финансирања апелантовог смјештаја у Заводу, без било каквих детаљнијих разматрања апелантовог здравственог стања и евентуалној могућности његовог пуштања из Завода. Управо наведени сегмент, односно околност да је о смјештају и продужавању смјештаја апеланта у Завод одлучивао и одлучује искључиво и континуирано само један орган, и то Центар за социјални рад, сам по себи врло је упитан посматра ли се то с аспекта права гарантованих чланом 5 став 1е) и став 4 Европске конвенције.

Осим тога, Уставни суд запажа да апелантов боравак у Заводу, у смислу наведених ставова, није био у складу са суштинским процедуралним прописима и правилима примјењивог домаћег закона, конкретно Закона о заштити лица са душевним сметњама,¹³ будући да одлуку о апелантовом смјештају у Завод није донио суд иако према одредбама наведеног закона искључиво суд одлучује о принудном смјештају душевно поремећеног лица. Уставни суд запажа и да из рјешења којима је одређен и продужаван апелантов смјештај у Завод произлази да је он „потенцијално неограничен“, будући да је у

¹² У даљем тексту: Завод.

¹³ Закон о заштити лица са душевним сметњама, „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 37/01, 40/02, 52/11 и 14/13.

конкретном случају апелантов даљњи боравак у Заводу разматран искључиво у смислу аспекта финансирања трошкова апелантовог смјештаја.

Европски суд је разматрао три апликације које су покретале слична чињенична и правна питања у контексту смјештаја у Завод на основу рјешења које је донијела Служба социјалне заштите у смислу одредаба федералног Закона о основама социјалне заштите¹⁴ и кантоналног Закона о социјалној заштити.¹⁵ Наиме, Европски суд је у наведеној пресуди презентирао конкретне околности смјештаја апликаната у Завод, те констатовао да је у односу на апликантицу З. Х. и апликанта М. Ц. Уставни суд претходно разматрао њихове апелације и да је у својим одлукама констатовао да су ови апликанти смјештени у Завод на основу рјешења Службе социјалне заштите донесених у смислу одредаба федералног Закона о основама социјалне заштите и кантоналног Закона о социјалној заштити, као и да није било судске одлуке ни приликом принудне хоспитализације, ни приликом смјештаја апликаната у Завод. Такође, Европски суд је указао да је Уставни суд закључио да постоји кршење права из члана 5 став 1е) Европске конвенције будући да апликанти нису лишени слободе примјеном одредаба Закона о заштити лица с душевним сметњама који прописује могућност, услове, начин и поступак задржавања, односно притварања лица с менталним поремећајима, те да њиховим лишавањем слободе није испуњен захтјев „законитости“ у смислу Европске конвенције.

Поред тога, Европски суд је указао да је Уставни суд закључио да постоји и кршење члана 5 став 4 Европске конвенције јер није било судског преиспитивања законитости лишавања слободе апликаната, те да је Уставни суд, сходно наведеном, наредио надлежним центрима за социјални рад да предузму мјере како би се осигурало поштовање права апликаната из члана 5 ст. 1 и 4 Европске конвенције. Европски суд је надаље констатовао да је након одлука Уставног суда утврђено да здравствено стање апликаната није такво да оправдава наставак њиховог принудног смјештаја. Међутим, Европски суд је закључио да „упркос овим одлукама Уставног суда, ситуација се није промијенила будући да се апликанти још увијек налазе у Заводу на основу административних

¹⁴ Закон о основама социјалне заштите, „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 36/99, 54/04, 39/06, 14/09, 45/16 и 40/18.

¹⁵ Види Европски суд, пресуда од 3. новембра 2015. године, *Хаџимејлић и други против Босне и Херцеговине*, апликације бр. 3427/13, 74569/13 и 7157/14.

одлука“. Европски суд је надаље, имајући у виду сличност чињеничног стања апликације апликанта Е. Б. са прве двије апликације, закључио да је и апликант Е. Б. од 8. децембра 1999. године смјештен у Завод на основу рјешења Службе социјалне заштите, те да није било судске одлуке ни приликом принудне хоспитализације, ни приликом смјештаја апликанта у Завод, који траје више од 15 година.

Европски суд је у вези с наведеним указао да је тужена тврдила да је циљ наставка задржавања апликаната у Заводу био заштита њиховог интереса да буду социјално збринуте. У вези с тим, Европски суд је констатовао: „Уставни суд је већ испитао те аргументе и утврдио да домаћи органи нису поступили у складу са захтјевима релевантног домаћег закона који се односе на принудан смјештај у установу: сваки такав смјештај мора наредити надлежни суд“, те у вези с тим закључио да Европски суд не види разлога да одступи од утврђења Уставног суда (став 56 пресуде).

У погледу наведених разматрања, Европски суд је закључио да смјештај апликаната у Завод није наређен у складу „са законом прописаним поступком“ у смислу члана 5 став 1 Европске конвенције, те је утврдио повреду њихових права из члана 5 став 1 Европске конвенције. С обзиром на његов закључак у вези са чланом 5 став 1 Европске конвенције, Европски суд је истакао да није неопходно посебно испитивати да ли је у овом случају дошло и до повреде члана 5 тачка 4 Европске конвенције.

Европски суд је прихватио да су апликанти због утврђене повреде претрпјели знатну душевну бол, што оправдава досуђивање нематеријалне штете. Имајући у виду трајање незаконитог лишења слободе сваког апликанта, суд је досудио апликантици З. Х. 21.250. EUR, апликанту М. Ц. 27.500 EUR и апликанту Е. Б. 32.500 EUR на име нематеријалне штете, као и сваки порез који апликантима може бити зарачунат. Такође, Европски суд је утврдио да ће се наведени износи исплатити старатељима апликаната и да ће се користити у консултацији са апликантима, за њихове потребе (став 70 пресуде).

У конкретном случају (АП-7201/18) Уставни суд запажа да предметна апелација покреће готово идентична правна питања као и предмет Европског суда *Хаџимељић и други против Босне и Херцеговине*. Уставни суд истиче да је апелант, такође, лишен слободе и смјештен у Завод на основу рјешења Центра за социјални рад. Наиме, Уставни суд примјећује да је апеланту одлуком суда одузета пословна способност,

одређен старатељ и да је након тога рјешењем Центра од 1. августа 2003. године смјештен у Завод, гдје се још увијек налази (17 година), а да при томе суд није одлучио о његовом задржавању у Заводу. Након што је Уставни суд донио одлуку од 22. октобра 2013. године Општински суд у Кисељаку је рјешењем од 12. септембра 2014. године утврдио да не постоје разлози за принудно задржавање апеланта у здравственој установи. Међутим, како је закључио и Европски суд, упркос наведеним одлукама, ситуација се није промијенила будући да се апелант још увијек налази у Заводу на основу административних одлука. Дакле, апелант се налази у Заводу на основу „административне одлуке“, а не одлуке суда.

Чињеница да је надлежни суд одлучивао о одузимању пословне способности апеланту - не утиче на закључак да је апелант смјештен у Завод и да се у њему и даље налази искључиво на основу „административних одлука“. У конкретном случају видљиво је да је одлука о апелантовом смјештају у Завод заснована на стручном налазу и мишљењу Центра за социјални рад. Из доступних докумената не произлази да постоји одлука суда о периодичној контроли оправданости апелантовог принудног смјештаја у Завод. Оно што је видљиво из приложене документације јесте да се питање оправданости апелантовог задржавања у Заводу заснива на стручном мишљењу Центра за социјални рад, што је, имајући у виду релевантне одредбе Закона о заштити лица с душевним сметњама, неприхватљиво.

У вези с наведеним, будући да је и у конкретном случају апелант смјештен у Завод на основу рјешења Центра за социјални рад, а на основу одредби федералног Закона о основама социјалне заштите, заштите цивилних жртава рата и заштите породице с дјецом и Закона о социјалној заштити, заштити цивилних жртава рата и заштити породице с дјецом Зеничко-добојског кантона и да притом нису узете у обзир релевантне одредбе Закона о заштити лица с душевним сметњама којим је регулисано да искључиво суд одлучује о принудном смјештају душевно поремећеног лица у установу, затим да искључиво суд одлучује о продужењу принудног смјештаја, као и о отпусту из здравствене установе - Уставни суд сматра да из наведеног произлази да је апелантов положај идентичан положају апеланата из предмета на које је Уставни суд претходно указао. Стога, Уставни суд сматра да су ставови који су изнесени у наведеним одлукама Европског суда примјениви и на предметни случај, па у овој одлуци није посебно образлагао кршење права из члана II/3д) Устава и члана 5 став 1е) Европске конвенције, него се позива на образложење и

разлоге дате у наведеној одлуци Европског суда, будући да се разлози наведени у тој одлуци могу примијенити и на ову одлуку.

С обзиром на наведено, Уставни суд сматра да у конкретном предмету постоји кршење апелантовог права из члана II/3д) Устава и члана 5 став 1е) Европске конвенције.

Уставни суд подсјећа да, према члану 74 став (1) Правила Уставног суда, у одлуци којом усваја апелацију Уставни суд може одредити накнаду на име нематеријалне штете. Према члану 74 став (2) Правила Уставног суда, ако Уставни суд одреди да је потребно додијелити новчану накнаду, одредиће је на основу праведности, узимајући у обзир стандарде који произлазе из праксе Уставног суда. С обзиром на одлуку у овом предмету, а имајући у виду наведену пресуду Европског суда *Хаџимејлић и други против Босне и Херцеговине*, досадашњу праксу, економске услове у Босни и Херцеговини¹⁶ и посебне околности конкретног случаја, према члану 74 Правила, односно члану 41 Европске конвенције, Уставни суд сматра да у конкретном случају на име накнаде нематеријалне штете због утврђеног кршења уставног права апеланту треба исплатити износ од 5.000,00 КМ. Наведени износ апеланту је дужна исплатити Општина Маглај, с обзиром на сједиште Центра за социјални рад, у року од три мјесеца од дана достављања ове одлуке. Ова одлука Уставног суда у дијелу који се односи на накнаду нематеријалне штете представља извршну исправу.

4. ПРАВО НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ КАО ЕЛЕМЕНТ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Према конзистентној пракси Европског суда и Уставног суда, разумност дужине трајања поступка мора се оцјењивати у оквиру околности појединог предмета, водећи рачуна о критеријима успостављеним праксом Европског суда, а нарочито о сложености предмета, понашању страна у поступку и надлежног суда или других јавних власти, те о значају који конкретна правна ствар има за апеланта.¹⁷ Европски суд је даље указао на то да је потребна нарочита марљивост надлежних власти у свим предметима који се тичу личног статуса и

¹⁶ Подаци доступни на www.bhas.ba.

¹⁷ Види Европски суд, *Микулић против Хрватске*, апликација број 53176/99 од 7. фебруара 2002. године, Извјештај број 2002-I, став 38.

својства, а да је овај захтјев нарочито важан у државама у којима домаћи закон прописује да одређени судски поступци имају хитан карактер.¹⁸

Уставни суд је у односу на доношење одлуке у разумном року у предмету број АП-502/19 од 28. октобра 2020. године разматрао период од 30. новембра 2009., као дана подношења тужбе апеланткице ради остваривања потраживања из радног односа до 14. новембра 2018. године, када је Врховни суд одлучујући о посљедњем дјелотворном правном лијеку који је апеланткица користила, донио пресуду којом је предметни парнични поступак окончан. Дакле, релевантни период који је Уставни суд требао узети у обзир приликом оцјене дужине предметног поступка је осам година и 11 мјесеци.

У конкретном случају ради се парничном поступку у којем се одлучивало о остваривању права апеланткице из радног односа, а који је, у складу са одредбом члана 420 Закона о парничном поступку,¹⁹ хитне природе. С обзиром на чињенична и правна питања која је у конкретном случају требало ријешити, Уставни суд сматра да се у конкретном случају није радило о сложеном предмету.

Оцјењујући понашање апеланткице, Уставни суд запажа да из расположиве документације не произилази да је апеланткица својим поступцима утицала на дужину трајања предметног поступка. Оцјењујући понашање редовних судова, Уставни суд запажа да су у току предметног поступка, Врховни, Кантонални и Општински суд донијели већи број одлука. Наиме, Општински суд донио је двије пресуде, а Кантонални суд донио је једно рјешење, којим је укинуо пресуду првостепеног суда и предмет вратио том суду на поновни поступак, те три пресуде. Уставни суд даље запажа да је Врховни суд донио два рјешења, којима је уважио ревизију апеланткице и другостепену пресуду укинуо у одбијајућем дијелу и предмет вратио другостепеном суду на поновни поступак и једну пресуду. Уставни суд подсећа на став Европског суда и Уставног суда да стално враћање предмета од вишег ка нижем суду или органу - не представља увијек најбољи начин да појединци реализују своја права. За правни систем је од фундаменталне важности вођење поступка у оквиру разумног времена, јер свако непотребно одуговлачење, као и враћање предмета од вишег ка нижем суду, често доводи до, *de facto*, лишавања

¹⁸ Види Европски суд, *Боргесе против Италије*, пресуда од 26. фебруара 1992. године, Серија А, број 228-Б, став 18.

¹⁹ Закон о парничном поступку, „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 53/03, 73/05, 19/06 и 98/15.

појединаца његових права, губитка дјелотворности и повјерења у правни систем.

Имајући у виду наведено и узевши у обзир све чињенице, посебно да је предмет у више наврата враћен на поновни поступак, да се ради о спору из радног односа који је по закону хитан, Уставни суд закључује да, цијенећи поступак у цјелини, укупна дужина предметног поступка од осам година и 11 мјесеци није сразмјерна околностима конкретног случаја и да не задовољава стандард из члана 6 став 1 Европске конвенције. Стога, Уставни суд закључује да постоји кршење права на суђење у “разумном року”, као једног од елемената права на правично суђење из члана II/3е) Устава и члана 6 став 1. Европске конвенције.

Уставни суд подсјећа да, према члану 74 став (1) Правила Уставног суда, у одлуци којом усваја апелацију, Уставни суд може одредити накнаду на име нематеријалне штете. Према члану 74 став (2) Правила Уставног суда, ако Уставни суд одреди да је потребно додијелити новчану накнаду, одредиће је на темељу праведности, узимајући у обзир стандарде који произилазе из праксе Уставног суда.

С обзиром на одлуку у овом предмету, а имајући у виду пресуде Европског суда против Босне и Херцеговине,²⁰ досадашњу праксу, економске услове у Босни и Херцеговини²¹ и околности конкретног случаја, према члану 74 Правила Уставног суда, односно члану 41 Европске конвенције, Уставни суд сматра да у конкретном случају на име накнаде нематеријалне штете због неразумне дужине трајања предметног поступка апелантици треба исплатити износ од 1.000,00 КМ. Ову накнаду је дужна платити Влада Кантона Сарајево у року од три мјесеца од дана достављања ове одлуке, уз обавезу да након истека овог рока плати апелантици законску затезну камату на евентуално неисплаћени износ или дио износа накнаде одређене овом одлуком. Ова одлука Уставног суда у дијелу који се односи на накнаду нематеријалне штете представља извршну исправу.

²⁰ Види Европски суд, *Спахих и остали против БиХ*, апликација број 20514/15 и др. од 14. новембра 2017. године; *Кунић и остали против БиХ*, апликација број 68955/12 и др. од 14. новембра 2017. године; *Елчић и остали против БиХ*, апликација број 34524/15 и др. од 17. јануара 2019. године; *Голић и остали против БиХ*, апликација број 51441/16 и др. од 16. маја 2019. године и *Угарак и остали против БиХ*, апликација број 25941/18 и др. од 19. септембра 2019. године.

²¹ Подаци доступни на www.bhas.ba.

5. ПРАВО НА ПРИВАТНИ И ПОРОДИЧНИ ЖИВОТ, ДОМ И ПРЕПИСКУ

Повреду права на „приватност“ апелант у одлуци Уставног суда АП-7367/18 од 9. септембра 2020. године образлаже чињеницом да предметну тужбу није поднио због изјаве првотужене „у програму вијести РТРС-а“ од 4. септембра 2012. године, нити због тога што је друготужена против њега поднијела кривичну пријаву Тужилаштву БиХ и СИПА-и, чиме је као починилац тешког кривичног дјела, идентификован од стране тужених трећим лицима, већ из разлога што је садржај кривичне пријаве посредством медија презентирао цјелокупној јавности „изношењем“ и „преношењем“ неистинитих чињеничних тврдњи у „писаном“ облику.

Према пракси Европског суда, право појединца на углед представља елемент његовог „приватног живота“ заштићеног чланом 8 Европске конвенције²². Основна сврха члана 8 Европске конвенције је заштита појединаца од арбитрарних мијешања власти у њихова права гарантована чланом 8 Европске конвенције²³. Члан 8 Европске конвенције штити право појединца на поштовање његовог „приватног живота“ и предвиђа да се јавна власт неће мијешати у вршење овог права, осим у случајевима из става 2 тог члана.

Имајући у виду наведено, Уставни суд запажа да је апелант у конкретном случају тражио заштиту због наводне клевете, што значи да је у суштини тражио да се ради заштите његовог угледа ограничи право тужених на слободу изражавања које је гарантовано чланом 10 Европске конвенције. Из наведеног произлази да се ради о „конфлику“ два права која су једнако заштићена Европском конвенцијом - апелантовом праву на углед које је кроз право на приватан живот заштићено чланом 8 Европске конвенције и праву тужених на слободу изражавања које је заштићено чланом 10 Европске конвенције.

Уставни суд, прије свега, треба дати одговор да ли предметни поступак улази у сферу апелантовог „приватног живота“, односно апелантовог права на углед из члана 8 Европске конвенције. Уставни суд, сматра будући да се предметни поступак односио на повреду апелантовог

²² Види Европски суд, *Шуви (Chauvy) и други против Француске*, број 64915/01, став 70, ЕCHR 2004-VI; *Фајфер (Pfeifer) против Аустрије*, број 12556/03, став 38, ЕCHR 2007-XII и *Петрина против Румуније*, пресуда од 14. октобра 2008. године, представка број 78060/01, став 28

²³ Види Европски суд, *Крон (Kroon) против Холандије*, пресуда од 27. октобра 1994. године, серија А, број 297-Ц, став 31.

права на углед што улази у сферу апелантовог права из члана 8 Европске конвенције.

Сљедеће питање на које Уставни суд требао одговорити јесте да ли оспорена пресуда Кантоналног суда представља „мијешање“ у апелантово право на углед из члана 8 Европске конвенције. У вези с тим, Уставни суд запажа да је оспореним пресудама апелант одбијен са захтјевом да се тужене обавезу да му солидарно накнаде нематеријалне штете, коју је, према наводима из тужбе, претрпио због клевете. Стога Уставни суд сматра да оспорене одлуке редовних судова несумњиво представљају “мијешање” у апелантово право на углед из члана 8 Европске конвенције.

Због тога је било неопходно испитати да ли је мијешање у апелантово право на углед било оправдано. Да би мијешање у право на углед из члана 8 Европске конвенције било оправдано, оно мора: (а) бити предвиђено законом, (б) имати легитиман циљ од јавног или општег интереса и (ц) бити у складу са принципом пропорционалности.

Дакле, прво питање на које треба одговорити јесте да ли је у конкретном случају мијешање у апелантово право на поштовање угледа у складу са законом. У вези с тим, Уставни суд, прије свега, запажа да је апелант, а како то произилази и почетног дијела образложења пресуде првостепеног суда, тужбу поднио управо у вези са прилогом емитованим 4. септембра 2012. године у централним вијестима Радио-телевизије Републике Српске, те да су се редовни судови управо бавили тим питањем и у том контексту оцјеном доказа које су предложиле парничне странке, оцијенили је неоснован апелантов тужбени захтјев којим је тражио солидарну одговорност тужених за клевету. Уставни суд примјећује да је од стране редовних судова утврђено да спорно изражавање првотужене не представља чињенице, већ мишљење, односно вриједносни суд изнесено на темељу чињеница које су јој биле доступне, чија се истинитост не може доказивати за разлику од чињеница чије се постојање може доказивати, а да се, везано за кривичну пријаву и наводе из кривичне пријаве коју је друготужени поднио против апеланта због спорних објава, ради о изражавању изнесеном у законодавном, судском или управном поступку. С тим у вези, Уставни суд примјећује да су релевантне одредбе наведених закона биле доступне и предвидиве, односно да су формулисане са довољно прецизности²⁴. С обзиром на наведено неспорно је да је у

²⁴ Види Европски суд, *Милисављевић против Србије*, пресуда од 4. априла 2017. године, став 28.

околностима конкретног случаја мијешање у право апеланта било законито будући да је утемељено на одредбама Закона о заштити од клевете.²⁵

Будући да апелант то питање додатно проблематизира, Уставни суд указује да подношење кривичне пријаве, само по себи, не може представљати клевету.²⁶ Ово из разлога што су се и друготужена која је поднијела кривичну пријаву против апеланта и апелант који је, како произилази из чињеница предмета, поднио кривичну пријаву против првотужене - само користили правима која произилазе из позитивног законодавства (одредби Закона о кривичном поступку) којим је регулисано да сваки грађанин има право и обавезу пријавити извршење кривичног дјела - уколико има сазнања о њему. Осим тога, Уставни суд сматра, да су се судови у околностима конкретног предмета искључиво бавили питањем да ли спорно изражавање првотужене представља чињенице или вриједносни суд, а у погледу кривичне пријаве друготужене су искључиво указали да је она против апеланта поднијела кривичну пријаву због кривичног дјела „подстрекавања на убиство представника највиших институција БиХ“ што представља чињеницу коју не спори ни сам апелант.

Такође, Уставни суд сматра да у околностима предметног случаја није спорно да је мијешање у конкретном случају имало легитиман циљ, односно да је тежило једном од циљева наведених у члану 8 став 2 Европске конвенције, тј. мијешање је имало за циљ „заштити права и слободе других“, у конкретном случају тужених. Такође, у вези са питањем да ли спорно изражавање првотужене представља чињенице или вриједносни суд, односно мишљење првотужене које се не може доказати, Уставни суд подсјећа на то да су Европски суд и Уставни суд у својим одлукама у вези с тим питањем већ истакли да постоји јасна дистинкција између информације (чињенице) и мишљења (вриједносне оцјене) јер се постојање чињенице може доказати, а за истину на основу вриједносне оцјене не може се дати доказ²⁷. Европски суд је досљедно наглашавао потребу да домаћи правни систем јасно направи разлику између чињеница

²⁵ Закон о заштити од клевете, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 59/02, 19/03 и 73/05.

²⁶ Види АП-4825/18 од 22 јуна 2020. године, доступна на www.ustavnisud.ba, став 35.

²⁷ Види Европски суд, *Лингенс против Аустрије*, пресуда од 8. јула 1986. године, серија А, број 103, став 46 и Уставни суд, Одлука број АП-1004/04 од 2. децембра 2005. године.

и мишљења, као и да не захтијева доказивање истинитости за мишљење. При томе, Европски суд је указао на то да и вриједносни судови морају имати чињенични основ који их може поткријепити јер, у супротном, могу бити претјерани²⁸.

Уставни суд указује да разлика између чињеница и вриједносних судова лежи у количини чињеничних доказа које је потребно утврдити. Другим ријечима, док је захтјев за доказивање истинитости вриједносне просудбе готово немогуће испунити, те тиме долази до кршења члана 10 Европске конвенције, захтјев да се у складу с разумним стандардом доказивања докаже да је изјава о чињеницама супстанцијално истинита - није у супротности с чланом 10 Европске конвенције.²⁹

Разматрајући правну природу спорног изражавања Уставни суд, имајући у виду садржај изјаве првотужене, не види произвољност у закључку редовних судова да спорно изражавање првотужене не представља чињенице у смислу Закона о заштити од клевете, већ вриједносни суд заснован на чињеничним основама а како су то у суштини утврдили редовни судови, односно да је неспорна чињеница да је друготужени поднио кривичну пријаву против апеланта. Стога, Уставни суд запажа да су судови, у смислу стандарда Европског суда, испитали објављени спорни прилог, те закључили да спорно изражавање првотужене нема елементе клеветничког изражавања, односно клевете како је дефинише одредба члана 7 став 1 Закона о заштити од клевете, која би узроковала штету угледу и достојанству апеланта.

Коначно, Уставни суд сматра да су редовни судови при доношењу оспорених одлука обавили одговарајућу анализу релевантних критерија на начин како то захтијевају стандарди Европског суда у погледу постизања правичне равнотеже између апелантовог права на углед као дијела права на приватност заштићеног чланом 8 Европске конвенције и права тужених на слободу изражавања гарантовану чланом 10 Европске конвенције, те да је у околностима конкретног случаја одбијањем апелантовог тужбеног захтјева задовољен принцип пропорционалности постизањем правичне равнотеже између ова два права – права на углед и права на слободу изражавања.

²⁸ Види Европски суд, *Фелдек против Словачке*, пресуда од 12. јула 2001. године, представка број 29032/95, став 76.

²⁹ Види Уставни суд Одлука о допустивости и меритуму број АП-3764/14 од 18. јула 2017. године, доступна на www.ustavisud.ba, став 52.

На основу наведеног, Уставни суд закључује да је у околностима конкретног случаја није дошло до кршења апелантовог права на углед из члана II/3ф) Устава и члана 8 Европске конвенције.

6. СЛОБОДА ИЗРАЖАВАЊА

Право на слободу изражавања из члана 10 Европске конвенције спада у групу тзв. квалификованих права за која је карактеристично да првим ставом дефинишу само право, а другим ставом допуштена мијешања и ограничења тих права, под условима прописаним тим ставом. Према пракси Европског суда и Уставног суда, слобода изражавања представља суштински основ демократског друштва, један од основних услова његовог напретка и развоја сваког човјека. Ова слобода се, уз ограничења из члана 10 став 2 Европске конвенције, не односи само на „информације“ или „идеје“ које су примљене позитивно или се сматрају неувредљивим или према њима нема става, већ и на оне које вријеђају, шокирају и узнемиравају.³⁰ Осим тога, Европски суд је осигурао снажну заштиту изјава које се односе на питања од јавног интереса, укључујући и оне које подразумевају критику на рачун политичара, владе, службеника, дакле јавних личности, али и других чланова друштва. С друге стране, ко год користи слободу изражавања, преузима „дужности и обавезе“ у обиму који зависи од његове ситуације и техничких средстава која користи.

Дакле, слобода изражавања, ипак, није апсолутна и може бити ограничена због околности и под условима наведеним у члану 10 став 2 Европске конвенције под којима се јавна власт може мијешати у уживање слободе изражавања, дакле границе критике су широке, али нису апсолутне. Стога су кључна улога и задатак независног судства да у сваком појединачном случају јасно утврди границу између оправданих и потребних, те неоправданих и непотребних ограничења која неки принцип потврђују као правило или га негирају као пуку декларацију. Европски суд је стога утврдио низ принципа и чињеница које при томе треба узети у обзир, прије свега успостављање јасне разлике између чињеница и вриједносних судова јер се постојање чињенице може

³⁰ Види Европски суд, *Селисто (Selistö) против Финске*, пресуда од 16. новембра 2004. године, апликација број 56767/00, став 46 и Уставни суд, одлука број АП-1203/05 од 27. јуна 2006. године, тачка 42.

доказати, док истинитост вриједносних судова није могуће доказати.³¹ Европски суд је осигурао снажну заштиту изражавања која се односе на питања од јавног интереса и подразумевају критику јавних личности, а при вршењу важне улоге „чувара јавног интереса“ слобода процјене је ограничена управо интересом демократског друштва.

Када се ради о ограничењима из члана 10 став 2 Европске конвенције, Европски суд је у бројним одлукама указао да се код одлучивања у случајевима клевете треба водити рачуна о сљедећем: да ли постоји мијешање у право на слободу изражавања, да ли је мијешање прописано законом, тежи ли остварењу легитимног циља и на крају, да ли је мијешање „неопходно у демократском друштву“.³²

У вези са питањем да ли је дошло до мијешања у право апеланата на слободу изражавања, у предмету број АП-807/19 од 10. новембра 2020. године Уставни суд сматра да је одговор на ово питање потврдан, будући да су оспореним пресудама апеланти обавезани на накнаду штете тужиоцу због текстова које су објавили, што представља мијешање у слободу изражавања зајемчену чланом 10 став 1 Европске конвенције. Уставни суд такође истиче да је наведено мијешање „прописано законом“ јер се темељило на релевантним одредбама Закона о заштити од клевете,³³ Закона о облигационим односима³⁴ и Закона о парничном поступку који су објављени и јавности доступни и да је мијешање имало легитиман циљ, јер је било намијењено заштити угледа или права других, конкретно тужиоца.

С обзиром на то да је, дакле, уплитање у слободу изражавања апеланата било законито и слиједило је легитиман циљ, Уставни суд је, у смислу наведеног, требао испитати да ли је то мијешање било „неопходно у демократском друштву“, односно да ли су редовни судови, у смислу ставова Европског суда,³⁵ успоставили правичну равнотежу између права

³¹ Види, Европски суд, *Лингенс против Аустрије*, пресуда од 8. јула 1986. године, Серија А, број 103, став 46 и Уставни суд, Одлука број АП-1005/04 од 2. децембра 2005. године, www.ustavnisud.ba, тачка 31.

³² Види, између осталих, Европски суд, *Меџлис Исламске заједнице Брчко и други против Босне и Херцеговине*, пресуда од 27. јуна 2017. године, ст. 66 и 67.

³³ Закон о заштити од клевете, „Службени гласник Брчко дистрикта“ број 14/03.

³⁴ Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04.

³⁵ Пресуда *Меџлис Исламске заједнице Брчко и други против Босне и Херцеговине*, став 74.

апеланата на слободу изражавања и интереса тужиоца за заштиту његовог угледа.

Уставни суд запажа да предметна апелација покреће питање заштите права апеланата на слободу изражавања, у смислу члана 10 Европске конвенције у вези са заштитом права тужиоца на његов углед, као политичара, у смислу члана 8 Европске конвенције. Сходно наведеном, Уставни суд је испитао да ли су судови у поступку који је окончан оспореном одлуком постигли правичан баланс између та два права исте важности, односно права апеланата на слободу изражавања из члана 10 Европске конвенције и права тужиоца на заштиту његовог угледа, у смислу члана 8 Европске конвенције. У вези с тим, Уставни суд указује да је Европски суд утврдио одређене критерије, између осталог: допринос објављених изражавања дебати од општег интереса, начин на који су прибављене информације (да ли се контактирало с особом која је у питању ради информација, да ли јој је дата могућност да одговори на изнесене наводе ради утврђења и да ли је новинар поступао *bona fide* у настојању да пружи јавности тачне и поуздане информације у складу с новинарском етиком), улога и функција особе која је у питању, као и период активности, претходно понашање особа о којима се пише, садржај, облик и последице објављивања и, најзад, тежина наметнуте санкције.

Примјењујући конкретне критерије на предметни случај, Уставни суд запажа да су спорни текстови о тужиоцу објављени у листу „Народне новине“ чији су уредник и издавач апеланти а који текстови су се у суштини бавили питањем политичке дјелатности тужиоца. С тим у вези, Уставни суд запажа да из чињеница конкретног предмета произлази да је тужилац у вријеме објављивања спорних текстова био предсједник једне странке. Уставни суд прихвата да је питање понашања тужиоца везано за његову позицију предсједника странке и послова које обавља у склопу свог позива, представљало „тему“ од општег интереса, те да су спорни текстови који су се бавили питањем наводне умијешаности у радње везано за изборне и сличне процесе, као такви, представљали допринос „теми“, односно дебати од општег интереса.

У погледу навода изнесених у спорним текстовима, Уставни суд запажа да из образложења оспорених пресуда произлази да су редовни судови испитали спорна изражавања апеланата у тим текстовима и утврдили на основу проведених доказа, да наведени текстови садрже неистините тврдње и да апеланти током трајања предметног поступка нису доказали тачност тих спорних тврдњи које представљају клевету.

Уставни суд указује да вриједносни суд представља мишљење, односно лични став лица о неком питању чија се истинитост не може доказивати за разлику од чињеница чије се постојање може доказивати. Уставни суд запажа да су редовни судови наведена изражавања, односно тврдње, супротно наводима апеланата, окарактерисали као чињенице за које апеланти нису доказали да су истините нити су исте провјерили на било који начин због чега она имају карактер клевете. С тим у вези, Уставни суд сматра да се овакав закључак редовних судова не може сматрати произвољним јер се, неспорно, истинитост одређених тврдњи (разговори у амбасадама, давање ријечи политичком лидеру, договори везано за предизборне и изборне калкулације са политичким лидером) могла доказивати и провјерити за разлику од дијела изражавања изнесеног у тексту од 13. јануара 2014. године, како је и образложено у оспореним пресудама, у којем се тужилац пореди са животињом које изражавање представља мишљење које је довело до увреде тужитеља. Према мишљењу Уставног суда, наведене тврдње за које су редовни судови закључили да представљају клевету, немају карактер изношења мишљења, односно вриједносних судова већ провјерљивих чињеница. Уставни суд, у вези с тим, указује да се општи интерес који допушта покретање питања о, евентуалним, проблематичним понашањима јавних личности - не може се бранити изношењем информација за које није утврђена истинитост, а које представљају напад на њихов углед и које се, због тога, не могу сматрати критиком коју су они дужни толерисати с обзиром на послове и функцију коју врше.

Уставни суд запажа да из образложења оспорених пресуда произлази да су редовни судови имали у виду функцију коју је тужилац обављао у вријеме објављивања спорних текстова, као и функцију коју има штампа у демократском друштву, али, исто тако, и чињеницу да члан 10 Европске конвенције прихвата ограничења слободе изражавања. Уставни суд запажа да из образложења оспорених пресуда произлази да су редовни судови утврдили да апеланти нису поступали у доброј вјери јер је утврђено да нису контактирали надлежне органе или релевантне особе ради провјере истинитости својих чињеничних навода. Све наведено указује да апеланти, у смислу стандарда који произлазе из праксе Европског суда, нису поступили *bona fide* у настојању да пруже јавности тачне и поуздане информације.

Уставни суд запажа да су редовни судови у конкретном случају, у смислу стандарда који произлазе из праксе Европског суда, на основу

анализе и оцјене свих изведених доказа, утврдили да је објављивањем спорних текстова тужилац претрпио нематеријалну штету у виду душевних болова због повреде угледа и части, те да постоји „хитна друштвена потреба“ дјеловања да се на апеланте примијени санкција у виду новчане накнаде нематеријалне штете и објављивања пресуде у дневном листу „Народне новине“ како је то у пресудама наложено. Уставни суд, запажа да су редовни судови, а поготово Апелациони суд, извршили јасну анализу текстова и проведених доказа и то све у складу са стандардима слободе изражавања утврђеним Европском конвенцијом, те да су, с тим у вези, и дошли до наведених закључака из којих јасно произлази да се радило о изношењу чињеница а не вриједносних судова.

У погледу начина утврђивања висине штете као санкције која представља мијешање у слободу изражавања, Уставни суд указује на властити став³⁶ према којем је одмјеравање новчане накнаде нематеријалне штете врло деликатан и сложен поступак, с обзиром на веома различиту морално-психичку конституцију сваког појединца и све остале околности под којима се догодила штета која је као посљедицу имала повреду нематеријалних добара оштећених. Уставни суд наглашава да не постоји „листа доказа“ на основу којих би домаћи судови процјењивали која би санкција представљала мијешање које је пропорционално циљу који се жели постићи, нити се може очекивати извођење доказа којим би се на егзактан начин утврдио „интензитет и трајање“ настале нематеријалне штете. Стога, судови нису ограничени посебним формалним доказним средствима, нарочито не извођењем доказа вјештачењем у смислу утврђивања „јачине и трајања душевних болова“. Међутим, Уставни суд запажа да је у конкретном случају ипак изведен и доказ вјештачењем од стране вјештака неуропсихијатра у смислу утврђивања „јачине и трајања душевних болова“.

Дакле, приликом одмјеравања висине штете редовни судови узимају у обзир низ фактора значајних за конкретни предмет и на основу слободне процјене утврђују релевантне околности сваког конкретног случаја, при чему не смије изостати прихватљива анализа релевантних начела. У контексту наведеног, у конкретном случају, према оцјени Уставног суда, таква анализа није изостала. Стога, Уставни суд сматра да је мјера која је предузета ради заштите угледа и части тужиоца донесена у складу с чланом 10 Европске конвенције.

³⁶ Види, Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број АП-3222/12 од 12. јануара 2016. године, став 47.

На основу изложеног, Уставни суд сматра да је мијешање у право апеланата на слободу изражавања било „неопходно у демократском друштву“, да „мијешање“ кореспондира „хитној друштвеној потреби“, да је пропорционално легитимном циљу који се жели постићи, као и да су разлози и оправдања које су дали редовни у оспореним пресудама за такво мијешање релевантни и довољни, због није прекршено право апеланата на слободу изражавања.

На основу свега наведеног, Уставни суд закључује да у околностима конкретног случаја нема кршења права апеланата на слободу изражавања из члана II/3х) Устава и члана 10 Европске конвенције.

7. ПРАВО НА ИМОВИНУ

Према пракси Европског суда, концепт „имовине“ у смислу члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију има аутономно значење које засигурно није ограничено на појам својине или посједовања физичких ствари. У вези с тим, Уставни суд указује на конзистентну праксу Европског суда и сопствену јуриспруденцију према којој „имовина“ у смислу члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију може бити или „постојећа имовина“ или „добра“, укључујући и потраживања у односу на која лице има бар „легитимно очекивање“ да ће их реализовати.³⁷ Такође, и нека друга права и интереси који представљају одређена добра могу се сматрати „имовинским правима“ и представљати „имовину“ у смислу наведене одредбе.³⁸ Уставни суд, такође, подсјећа да право на имовину из члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију не гарантује право на стицање имовине.³⁹

Уставни суд најприје указује на пресуду Европског суда *Маго и др. против Босне и Херцеговине*⁴⁰ у којој се Европски суд у предметима са сличним чињеничним стањем као у апелантовом случају бавио захтјевима апликаната да врате у посјед своје пријератне, тзв. војне станове на којима

³⁷ Види Европски суд, *Јантнер (Jantner) против Словачке*, пресуда од 4. марта 2003. године, апликација број 39050/97, став 27.

³⁸ Види Европски суд, *Гасус Досие - унд Фордертехник ГмбХ (Gasus Dossier - und Fördertechnik GmbH)* против Холандије, пресуда од 23. фебруара 1995. године, серија А, број 306-Б, страница 46, став 53.

³⁹ Види Европски суд, *Ван дер Мусел (Van der Musselle) против Белгије*, пресуда од 23. новембра 1983. године, серија А, број 70, став 48.

⁴⁰ Апликације бр. 12959/05, 19724/05, 47860/06, 8367/08, 9872/09 и 11706/09, пресуда од 3. маја 2012. године, објављена на www.mhhr.gov.ba.

су имали станарска права, али нису имали закључен правно обавезујући уговор, за које је утврђивао да ли су учествовали у склопу снага Војске Југославије у било каквим ратним злочинима који су почињени на територији Босне и Херцеговине, те да ли су у међувремену, од напуштања предметних станова, из истог стамбеног фонда или утемељених стамбених фондова оружаних снага држава насталих из бивше СФРЈ стекли ново станарско право или право које одговара том праву. У том предмету Европски суд је закључио да станарска права апликаната на војним становима представљају њихову имовину, да је мијешање у имовину било законито, али да се како апликантима (Љепосави Маго, те Јовану Радовићу и Васи Крстевском) који нису закључили правно обавезујући уговор о откупу, те нису у другој земљи из истог стамбеног фонда или утемељених стамбених фондова оружаних снага држава насталих из бивше СФРЈ стекли ново станарско право - није пружена никаква надокнада, Европски суд је закључио да је дошло до кршења њиховог права на имовину из члана 1 Протокола број 1 Европске конвенције.

Уставни суд, такође, подсјећа да је у предметима бр. АП-1011/08 и АП-1250/08⁴¹ у којима је слиједио праксу Европског суда из предмета Маго, закључио да постоји кршење права на имовину из члана II/3к) Устава и члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију када су јавне власти, мијешањем у имовину апеланата, које је било законито и имало легитиман циљ, недопуштањем враћања у станове на којима су они или њихови брачни другови или правни предници имали станарско право, апелантима, у ствари, одузеле имовину, а да нису утврђене релевантне чињенице да ли су испуњени услови да им њихова предратна станарска права буду компензована кроз одговарајућу накнаду. Тиме је на апеланте стављен превелики терет, односно није постигнута правична равнотежа између заштите имовине апеланата и захтјева јавног интереса.

Уставни суд запажа да се апелациони наводи у одлуци број АП-4993/18 од 24. септембра 2020. године, у суштини, односе на оспоравање одлуке редовних судова о одбијању тужбеног захтјева за исплату накнаде због апелантове немогућности да врати спорни стан.

Према томе, прво питање које се поставља Уставном суду је да ли апелант има „имовину“ која ужива заштиту члана II/3к) Устава, односно

⁴¹ Види Уставни суд, одлуке о допустивости и меритуму број АП-1011/08 од 23. новембра 2012. године, тачка 87, те број АП-1250/08 од 23. новембра 2012. године, тачка 33, доступне на www.ustavnisud.ba.

члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију. Уставни суд запажа да из чињеничног стања конкретног предмета произлази да је апелант био носилац станарског права на спорном стану и да је закључио уговор о откупу, за који је утврђено да није правно ваљан, као и да је усљед ратних дејстава напустио БиХ и након 6. априла 1993. године наставио службу у ЈНА, због чега је одбијен његов захтјев за враћање стана и накнаду у смислу члана 39е Закона о продаји станова на којима постоји станарско право.⁴² Из чињеничног стања предмета, такође, произлази да апелант није у међувремену, од напуштања спорног стана, из истог стамбеног фонда или утемељених стамбених фондова оружаних снага држава насталих из бивше СФРЈ стекао ново станарско право или право које одговара том праву, те такође не произлази да је апелант у својству припадника снага Војске Југославије учествовао у било каквим ратним злочинима који су почињени на територији Босне и Херцеговине.

С обзиром на то, Уставни суд сматра да чињеница да је апелант био носилац станарског права на спорном стану указује да је апелант имао имовину, те да из судске праксе Европског суда и Уставног суда јасно слиједи да лицима која се налазе у сличној ситуацији као апелант - припада право на накнаду због немогућности поврата имовине. Стога, Уставни суд сматра да је апелант имао легитимно очекивање да ће реализовати то своје потраживање, што ужива заштиту из члана II/3к) Устава и члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију.

Будући да апелант посједује имовину која ужива заштиту у смислу члана II/3к) Устава и члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију, сљедеће питање на које се мора одговорити јесте да ли је у поступцима пред редовним судовима дошло до мијешања у апелантово имовину. Уставни суд сматра да је одбијањем тужбеног захтјева за исплату накнаде због немогућности поврата спорног стана - несумњиво дошло до мијешања у апелантово право на имовину у смислу члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију.⁴³

Сљедећа питања на која Уставни суд морао да одговори јесте да ли је мијешање у апелантово неометано уживање имовине било предвиђено законом, па уколико јесте, да ли је било у јавном или општем

⁴² Закон о продаји станова на којима постоји станарско право, „Службене новине Федерације БиХ” бр. 27/97, 11/98, 22/99, 27/99, 7/00, 32/01, 61/01, 15/02, 54/04, 36/06, 45/07 - одлука УСФБиХ, 51/07, 72/08, 23/09 исправка и 5/10 - одлука УСФБиХ.

⁴³ Види, *mutatis mutandis*, Одлука о допустивости и меритуму број АП 2916/16 од 31. јануара 2019. године, тачка 29, доступна на www.ustavnisud.ba.

интересу и да ли је било сразмјерно (пропорционално), тј. да ли успоставља правичну равнотежу између апелантовог права и општег јавног интереса или му је тим мијешањем наметнут несразмјеран појединачни терет.

Приликом оцјене законитости мијешања у имовину, Уставни суд подсјећа на то да је, према пракси Европског суда, први и најважнији захтјев из члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију онај који тражи да мијешање јавних власти у право на имовину буде „законито“. Наиме, друга реченица првог става члана 1 Протокола број 1 допушта лишавање права на имовину само „под условима предвиђеним законом“, а други став члана 1 признаје државама право контролисања коришћења имовине „доношењем закона“. Принцип правне сигурности је присутан у цијелој Европској конвенцији и мора бити поштован без обзира на то које се од три правила из члана 1 Протокола број 1 примјењује. Овај принцип подразумијева постојање и поштовање адекватно доступних и довољно прецизних домаћих закона који задовољавају основне захтјеве појма „закон“.⁴⁴ Тек када је овај захтјев испуњен, може се разматрати да ли постоји правична равнотежа између захтјева од општег или јавног интереса и захтјева за заштиту појединачног права на имовину.

Међутим, Уставни суд, такође, указује да је Европски суд, разматрајући питање „законитости“ мијешања у право на имовину, у предмету *Вијатовић против Хрватске* истакао да се недостатак довољно прецизне и предвидиве законске одредбе може исправити на начин да домаћи судови дају јасно и прецизно тумачење.⁴⁵ Слично томе, Европски суд је, разматрајући „законитост“ мијешања у друга квалификована права из Европске конвенције (нпр. права на поштовање приватног живота), такође заузео став да у недостатку одредби које прописују услове под којима може доћи до мијешања у права и слободе заштићене Европском конвенцијом и њеним протоколима, да та права могу бити примјерено заштићена конзистентном судском праксом домаћих судова, чак и без обавезе државе да успостави законодавни оквир како би испунила своје позитивне обавезе да дјелотворно заштити права из Европске конвенције.⁴⁶

⁴⁴ Види Европски суд, *Иатридис против Грчке*, пресуда од 25. марта 1999. године, Извјештаји о пресудама и одлукама 1999-II, тачка 58.

⁴⁵ Види Европски суд, *Вијатовић против Хрватске*, пресуда од 16. фебруара 2016. године, захтјев број 50200/13, тачка 54.

⁴⁶ Види, *mutatis mutandis*, Европски суд, *Кенке (Көрке) против Њемачке*, одлука о допуствости од 5. октобра 2010. године.

Враћајући се на конкретан предмет, Уставни суд запажа да је у Одлуци у предмету број АП-1011/08 од 23. новембра 2012. године, у којој је разматрао слична чињенична питања као у апелантовом случају, закључено да је на апеланте стављен превелик терет јер им је имовина одузета, а да нису утврђене чињенице да ли су испуњени услови да им њихова станарска права буду компензована одговарајућом накнадом. Та одлука је достављена Влади Федерације БиХ која је била дужна да обезбиједи права и тих апеланата у складу са стандардима из Одлуке Уставног суда број У-15/11 од 30. марта 2012. године⁴⁷ у року од три мјесеца од подношења захтјева сваког апеланта појединачно.

Уставни суд, такође, подсјећа да је Рјешењем о неизвршењу број У-15/11 од 16. јануара 2013. године⁴⁸ утврђено да Парламент Федерације БиХ није извршио наведену Одлуку број У-15/11. Према томе, Уставни суд запажа да до тренутка доношења ове одлуке Уставног суда надлежна власт није извршила своју обавезу из Одлуке Уставног суда број У-15/11, а тиме и из предмета број АП-1011/08, односно није усвојила законске одредбе којима би се прописао начин одређивања накнаде у складу са одлуком Уставног суда, а у коначници ни са одлукама Европског суда о овом питању.

Имајући ово у виду, Уставни суд закључује да у правном систему у Федерацији БиХ не постоји законска одредба којом се утврђује начин додјеливања адекватне накнаде за мијешање у право на имовину у случајевима као што је овај. Међутим, очигледно је да о том питању постоје усаглашени ставови Европског суда и Уставног суда. Наиме, Уставни суд указује да је у пресуди *Ђокић против Босне и Херцеговине*⁴⁹ Европски суд истакао како члан 1 Протокола број 1 не гарантује право на пуну накнаду у свим околностима, али је утврдио да ниједан од износа који су понуђени апликанту не одговара тржишној вриједности спорног стана. Европски суд је у предмету Маго такође истакао да ометање мирног уживања посједа мора да успостави правичну равнотежу између заштите имовине и захтјева јавног интереса. У погледу накнаде Европски суд је закључио да одузимање имовине, без исплате износа који је у разумној вези с вриједношћу те имовине - обично представља

⁴⁷ Види Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму, број У-15/11 од 30. марта 2012. године, објављена у „Службеном гласнику БиХ“ број 37/12, доступна на интернет страници www.ustavnisud.ba.

⁴⁸ Рјешење о неизвршењу број У-15/11, „Службени гласник БиХ“ број 11/13.

⁴⁹ Пресуда од 27. маја 2010. године, апликација број 6518/04, објављена на www.mhrr.gov.ba.

непропорционално ометање, а потпуно одсуство накнаде се може сматрати оправданим, према овом члану, само у изузетним околностима.⁵⁰

Уставни суд, такође, запажа да је Европски суд у предмету Ђокић приликом утврђивања висине одштете као релевантну узео садашњу вриједност стана. Даље, Уставни суд запажа да је Европски суд и у предмету Маго и др.⁵¹ реафирмисао став из предмета Ђокић, те је истакао да „у складу с утврђеном правном теоријом и праксом суда, пресуда у којој је утврђено кршење - намеће туженој држави правну обавезу да престане с кршењем и да исправи настале посљедице на такав начин да успостави, колико год је то могуће, ситуацију која је постојала прије кршења.⁵² Како су се предметни апликанти изричито сложили да прихвате накнаду умјесто поврата стана, тужена влада им треба исплатити садашњу вриједност предметних станова...“.

Осим тога, Уставни суд указује да је *mutatis mutandis* слично правно питање разматрао и у Одлуци у предмету број АП-2916/16⁵³ у којој је одлучивао о апелацији против одлука редовних судова којима је тужбени захтјев апеланткиње из тог предмета, која је имала правно обавезујући уговор, одбијен због тога што је утврђено да одредбама члана 39е Закона о продаји станова није био прописан начин одређивања накнаде. У вези с тим, Уставни суд је закључио да је оспореним пресудама повријеђено апеланткињино право на имовину из члана II/3к) Устава и члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију зато што су редовни судови, приликом доношења одлука, потпуно занемарили уставну обавезу директне примјене Европске конвенције и обавезујућих одлука Европског суда и Уставног суда, па се такво мијешање у апеланткињино право на мирно уживање имовине не може сматрати „законитим“.⁵⁴

Код таквог стања ствари, посебно имајући у виду да, на основу члана II/2 Устава, одредбе Европске конвенције имају предност над „свим осталим законима“, те да су на основу члана II/6 Устава судови дужни да

⁵⁰ *Јан (Jahn) и остали против Њемачке*, бр. 46720/99, 72203/01 и 72552/01, параграф 94, ECHR 2005-VI.

⁵¹ Види Европски суд, *Маго и др. против Босне и Херцеговине*, захтјев бр. 12959/05, 19724/05, 47860/06, 8367/08, 9872/09 и 11706/09 од 3. маја 2015. године, став 121.

⁵² Види *Иатридис против Грчке* (правична накнада) [GC] број 31107/96, тачка 32, ECHR 2000-XI.

⁵³ *Ibid*, тачка 35.

⁵⁴ *Ibid*, тачка 40.

примјењују права из Европске конвенције, Уставни суд сматра да се не могу сматрати прихватљивим закључци редовних судова који су, тумачећи искључиво одредбе члана 39е Закона о продаји станова на којима постоји станарско право, утврдили да апеланту не припада право на накнаду, заснивајући своју одлуку искључиво на чињеници да је у поступку пред редовним судовима утврђено да уговор о откупу стана није правно обавезујући. Међутим, Уставни суд запажа да су, при томе, редовни судови занемарили да је апелант на спорном стану био носилац станарског права, да му није додијељен други стан или еквивалентно право у Републици Србији у којој је настањен, нити је учествовао у ратним злочинима на територији Босне и Херцеговине, па је у смислу одлуке Европског суда у предмету Маго и праксе Уставног суда из предмета бр. АП-1011/08 и АП-1250/08 постојала обавеза јавне власти на накнаду вриједности спорног стана. Када је у питању висина те накнаде, Уставни суд указује да из садржаја наведених одлука Европског суда произлази да је полазни основ за одређивање накнаде у предметима војних станова управо била тржишна вриједност стана унаточ чињеници што домаће законодавство није прописивало одредбе којима би било регулисано право на накнаду за стан и висину износа те накнаде.

Због тога, Уставни суд сматра да су у недостатку одредби којима би била прописана накнада и њена висина у складу с одлукама Европског суда и Уставног суда - редовни судови требали узети у обзир судску праксу Европског суда и Уставног суда у оваквим случајевима која, према мишљењу Уставног суда, даје довољно података да накнада може бити одређена у поступку пред редовним судовима. Поступајући на супротан начин, редовни судови су, без обзира на то што надлежна власт није извршила обавезујуће одлуке Европског суда и Уставног суда и успоставила одговарајући законодавни оквир, пропустили да примјерено заштите апелантово право на имовину. Таквим тумачењем редовних судова, али и непоступањем надлежне законодавне и извршне власти у складу с обавезујућим одлукама Европског суда и Уставног суда, на апеланта је стављен прекомјеран терет јер сноси штетне посљедице због неспровођења обавезујућих судских одлука како Уставног суда тако и Европског суда. Таква правна ситуација траје већ дуже, иако из одлука Европског суда и Уставног суда слиједе принципи који се требају слиједити при рјешавању питања накнаде због немогућности лица која су у овој ситуацији да неометано уживају у својој имовини.

Поред тога, Уставни суд запажа да се не може претпоставити до када ће такво стање трајати, због чега би тумачење какво су дали редовни судови значило да се апеланту, али и другим лицима у истој ситуацији и даље ускраћује право на имовину закључцима да њихово право на накнаду није прописано законом, чиме се директно поступа против одлука Европског суда и Уставног суда, што је противно принципу владавине права из члана II/1 Устава.⁵⁵ У таквим околностима, Уставни суд сматра да мијешање у апелантово право на мирно уживање имовине није било „предвиђено законом“ у смислу аутономног значења тог појма из члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију.

Према томе, Уставни суд сматра да је дошло до повреде члана II/3к) Устава и члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију. Због тога, Уставни суд сматра да је потребно укинути оспорену пресуду Врховног суда и предмет вратити том суду на поновно суђење.

8. ПРАВО НА ДЈЕЛОТВОРАН ПРАВНИ ЛИЈЕК У ВЕЗИ СА ПРАВОМ НА СЛОБОДУ КРЕТАЊА И ПРЕБИВАЛИШТА

Члан 2 Протокола број 4 уз Европску конвенцију гарантује свакоме право на слободу кретања у оквиру одређене територије и право да напусти ту територију, што значи право да путује у земљу по свом избору у коју може бити примљен.⁵⁶ Када постоји основан приговор да мјере које је предузела јавна власт могу нарушити слободу кретања појединца, члан 13 Европске конвенције захтијева да национални правни систем омогући лицу које је у питању да у адверсарном поступку пред судом оспори изречене мјере.⁵⁷

Члан 13 Европске конвенције гарантује доступност на државном нивоу правног лијека којим се подноси жалба због повреде слобода и права из Европске конвенције. Због тога, мада је државама дозвољена одређена дискреција у погледу начина на који ће испоштовати своје обавезе, мора постојати домаћи правни лијек који ће надлежном домаћем органу власти дозволити да се бави и суштином релевантне жалбе (о повреди слобода и права) из Конвенције, те да пружи одговарајућу помоћ.

⁵⁵ Види, *mutatis mutandis*, АП 2916/16, тачка 35.

⁵⁶ Види Европски суд, *Хљустов (Khlyustov) против Русије*, апликација број 28975/05, став 64, 11. јул 2013. године и *Бауман (Baumann) против Француске*, апликација број 33592/96, став 61, ЕCHR 2001-V.

⁵⁷ Види *mutatis mutandis*, *Де Томасо (De Tomasso) против Италије*, пресуда од 27. фебруара 2017. године.

Обим обавезе из члана 13 разликује се зависно од природе притужбе подносиоца представке из Конвенције, али, у сваком случају, правни лијек мора бити “дјелотворан” у пракси, као и у закону, посебно у смислу да његово остваривање не смије бити неоправдано ометано радњама или пропустима органа власти државе.⁵⁸

У конкретном случају (број АП-1719/20 од 2. јула 2020. године) рјешењем Кантоналног суда апеланту је умјесто мјере притвора одређена (и) мјера забране напуштање боравишта и забрана путовања. Апеланту је такође одузет пасош. Сходно наведеном, произлази да изречена мјера забране напуштања боравишта и путовања представља ограничење апелантовог права на слободу кретања у смислу наведеног става Европског суда.

Из апелантових навода произлази да он не оспорава да су мјере забране изречене рјешењем Кантоналног суда од 16. јула 2019. године утемељене на релевантним одредбама Закона о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине,⁵⁹ нити доводи на било који начин у питање законитост наведеног рјешења, али тврди да, након њиховог изрицања, Кантонални суд није поштовао процедуру прописану законом према којој је обавезан да преиспита основаност изречених мјера забране свака два мјесеца и, с тим у вези, да донесе одлуку против које се може изјавити жалба.

У конкретном случају мјере забране су одређене рјешењем Кантоналног суда од 16. јула 2019. године, па је, у складу са чланом 140б став 6 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ, предсједник вијећа био дужан да протеком два мјесеца, испита да ли је примјена мјера још потребна, те да у складу са ставом 7 истог члана донесе рјешење којим се мјере забране укидају или продужавају, а против којег се може изјавити жалба. Како је Уставни суд у својој пракси већ утврдио, из одредби овог закона јасно произлази обавеза функционално надлежног судије/вијећа да свака два мјесеца испита да ли је примијењена мјера још потребна. Сходно наведеном, произлази да се ради о евидентном пропусту Кантоналног суда у тумачењу јасне и недвосмислене законске одредбе којом је одређена обавеза двомјесечног преиспитивања даљње примјене изречених мјера забране.

⁵⁸ Види, Европски суд, *Нада против Швајцарске*, ст. 208-209 и *Бујукда (Büyükdag) против Турске*, број 28340/95, став 64, 21. децембар 2000. године, са даљним референцама на релевантну праксу Европског суда.

⁵⁹ „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 35/03, 37/03 - исправка, 56/03 - исправка, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 и 59/14.

У конкретном случају изречене мјере забране неспорно имају учинак ограничења апелантовог права на слободу кретања, па му је јасним и недвосмисленим одредбама Закона о кривичном поступку Федерације БиХ осигуран и адверсарни поступак пред судом у којем изречене мјере може и преиспитати. Стога, пропуст Кантоналног суда да преиспита даљу оправданост изречених мјера забране након два мјесеца и донесе рјешење којим изречене мјере укида или продужава, представља неоправдано ометање које је законом дозвољени ефективни правни лијек у апелантовом случају у пракси учинило неефективним.

9. ЗАКЉУЧАК

Уставни суд је у оквиру своје надлежности дао значајан допринос јачању демократије, владавине права и заштити људских права у Босни и Херцеговини, настојећи, при томе, активно усвојити високе стандарде Европског суда. У својој пракси везаној за заштиту људских права и основних слобода Уставни суд, као и страсбуршки суд, највише се бави правом на правично суђење. Не само наведене, већ и друге одлуке Уставног суда показале су да је овај суд ефикасан механизам заштите људских права грађана на домаћем нивоу, тј. тамо гдје је заштита људских права и слобода најефикаснија.

ЛИТЕРАТУРА (коришћена у припремању рада)

Симовић, М. (2010). „Дисциплински поступак против судије у Босни и Херцеговини и члан 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, те захтјев за оцјену компатибилности (члан VI/3Ц) Устава Босне и Херцеговине”, Ревија за криминологију и кривично право, Београд, вол. 48, бр. 3.

Симовић, М. (2012). „Дејтонски мировни споразум и пракса Уставног суда Босне и Херцеговине“, Округли сто Дејтонски мировни споразум као правни и политички основ развоја Републике Српске, одржан у организацији Академије наука и умјетности Републике Српске, 23. марта 2012. године у Бањој Луци, објављен у истоименом зборнику радова Академије наука и умјетности Републике Српске, Одјељење друштвених наука, Књига 28, Бања Лука.

Симовић, М., Симовић, М. (2012). „Надлежност Уставног суда БиХ да оцјењује да ли је нека одредба устава или закона једног ентитета сагласна Уставу БиХ“, реферат поднесен на Научном скупу Република Српска 20 година развоја – достигнућа, изазови и перспективе, у организацији Академије наука и умјетности Републике Српске, одржаном у Бањој Луци, 17. и 18. септембра 2012. године, објављен у Зборнику радова Академије наука и умјетности Републике Српске, књига 27, Бања Лука.

Симовић, М. (2012). „О јемствима независности уставних судова“, реферат поднесен на Научном скупу - регионалној коференцији Ко бира судије уставног суда? у организацији Фондације Центра за јавно право из Сарајева, одржаној у Сарајеву 2. новембра 2012. године, објављен у Зборнику радова, Центар за јавно право, Сарајево.

Симовић, М. (2013). „Коруптивна кривична дјела: нова пракса Уставног суда Босне и Херцеговине и њен утицај на бх. право о праксу“, реферат поднесен Међународној коференцији Борба против корупције – искуства и поређења, одржаној у Београду, 30. и 31. маја 2013. године у организацији Института за упоредно право и Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, објављен у Зборнику радова Института за упоредно право, Београд.

Симовић, М., Симовић, М. (2013). “Најновија пракса Уставног суда Босне и Херцеговине у кривичним предметима и њен утицај на савремени развој кривичног материјалног и процесног права“, реферат поднесен на Међународном научном скупу Нова рјешења у казненом законодавству

Србије и њихова практична примјена, одржаном на Златибору, од 12. до 14. септембра 2013. године, објављен у истоименом зборнику, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2013.

Симовић, М., Симовић, М. (2013). „Право на слободу изражавања из члана II/3х) Устава Босне и Херцеговине и члана 10 Европске конвенције и новија пракса Уставног суда Босне и Херцеговине“, реферат поднесен на Међународном научном скупу Како превазићи говор мржње?, у организацији Европског дефендологија центра из Бања Луке, 19. октобра 2013. године у Бањој Луци, Зборник радова.

Симовић, М., Симовић, М. (2013). „Заштита права на имовину у поступцима пред Уставним судом Босне и Херцеговине“, Правни живот, Београд, број 26 (реферат поднесен на XXVI сусретима Копаоничке школе природног права, одржаном у оквиру пете катедре “Право на правду“, од 13. до 17. децембра 2013. године на Копаонику).

Симовић, М., Симовић, М. (2014). “Улога и значај Уставног суда Босне и Херцеговине у очувању владавине права“, реферат у Зборнику радова Казнено право, казнено поступовно право и криминалистика, у поводу 70. године живота Берислава Павишића, Правни факултет Универзитета у Ријеци, Ријека.

Simovic, M. (2015). „Cezai kovuşturmaların başarılı bir şekilde yürütülmesinin sağlanması için bir şüpheli veya bir sanığın hazır bulunmasını sağlamaya yönelik tedbirler sisteminde tutuklamanın yeri“, 25 Years at the Constitutional Court for Human Dignity – Naşim Kiliç'a Armağan, Ankara.

Правни извори и судска пракса

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.

Европски суд, пресуда од 3. новембра 2015. године, Хаџимејлић и други против Босне и Херцеговине, апликације бр. 3427/13, 74569/13 и 7157/14.

Европски суд, *Микулић против Хрватске*, апликација број 53176/99 од 7. фебруара 2002. године, Извјештај број 2002-I.

Европски суд, *Спахић и остали против БиХ*, апликација број 20514/15 и др. од 14. новембра 2017. године.

Европски суд, *Кунић и остали против БиХ*, апликација број 68955/12 и др. од 14. новембра 2017. године Европски суд.

Европски суд, *Елчић и остали против БиХ*, апликација број 34524/15 и др. од 17. јануара 2019. године.

Европски суд, *Голић и остали против БиХ*, апликација број 51441/16 и др. од 16. маја 2019. године.

Европски суд, *Угарак и остали против БиХ*, апликација број 25941/18 и др. од 19. септембра 2019. године.

Европски суд, *Шуви (Chaivu) и други против Француске*, број 64915/01.

Европски суд, *Фајфер (Pfeifer) против Аустрије*, број 12556/03, ЕCHR 2007-ХИИ.

Европски суд, *Петрина против Румуније*, пресуда од 14. октобра 2008. године.

Европски суд, *Крон (Kroon) против Холандије*, пресуда од 27. октобра 1994. године.

Европски суд, *Боргесе против Италије*, пресуда од 26. фебруара 1992. године.

Европски суд, *Миљисављевић против Србије*, пресуда од 4. априла 2017. године.

Европски суд, *Лингенс против Аустрије*, пресуда од 8. јула 1986. године.

Европски суд, *Фелдек против Словачке*, пресуда од 12. јула 2001. године, представка број 29032/95.

Европски суд, *Селисто (Selistö) против Финске*, пресуда од 16. новембра 2004. године, апликација број 56767/00.

Европски суд, *Лингенс против Аустрије*, пресуда од 8. јула 1986. године.

Европски суд, *Меџлис Исламске заједнице Брчко и други против Босне и Херцеговине*, пресуда од 27. јуна 2017. године.

Европски суд, *Јантнер (Jantner) против Словачке*, пресуда од 4. марта 2003. године, апликација број 39050/97.

Европски суд, *Гасус Досие - унд Фордертехник ГмбХ (Gasus Dossier - und Fördertechnik GmbH) против Холандије*, пресуда од 23. фебруара 1995. године.

Европски суд, *Ван дер Мусел (Van der Musselle) против Белгије*, пресуда од 23. новембра 1983. године.

Европски суд, *Иатридис против Грчке*, пресуда од 25. марта 1999. године.

Европски суд, *Вијатовић против Хрватске*, пресуда од 16. фебруара 2016. године, захтјев број 50200/13.

Европски суд, *Маго и др. против Босне и Херцеговине*, захтјев бр. 12959/05, 19724/05, 47860/06, 8367/08, 9872/09 и 11706/09 од 3. маја 2015. године.

Европски суд, *Хљустов (Khlyustov) против Русије*, апликација број 28975/05, став 64, 11. јул 2013. године.

Европски суд, *Бауман (Baumann) против Француске*, апликација број 33592/96, став 61, ЕСНР 2001-V.

Закон о високом образовању Тузланског кантона, „Службене новине Тузланског кантона“ број 5/17.

Закон о високом образовању Тузланског кантона, „Службене новине Тузланског кантона“ бр. 7/16 и 10/16.

Закон о заштити лица са душевним сметњама, „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 37/01, 40/02, 52/11 и 14/13.

Закон о заштити од клевете, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 59/02, 19/03 и 73/05.

Закон о заштити од клевете, „Службени гласник Брчко дистрикта“ број 14/03.

Закон о парничном поступку, „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 53/03, 73/05, 19/06 и 98/15.

Закон о продаји станова на којима постоји станарско право, „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 27/97, 11/98, 22/99, 27/99, 7/00, 32/01, 61/01, 15/02, 54/04, 36/06, 45/07 - одлука УСФБиХ, 51/07, 72/08, 23/09 исправка и 5/10 - одлука УСФБиХ.

Закон о основама социјалне заштите, „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 36/99, 54/04, 39/06, 14/09, 45/16 и 40/18.

Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04.

Правила Уставног суда „Службени гласник БиХ“ број 94/14.

Пресуда *Меџлис Исламске заједнице Брчко и други против Босне и Херцеговине*.

Рјешење о неизвршењу број У-15/11, „Службени гласник БиХ“ број 11/13.

Одлука о допустивости и меритуму број АП 2916/16 од 31. јануара 2019. године.

Уставни суд, Одлука број АП-1004/04 од 2. децембра 2005. године.

Уставни суд, Одлука о допуствости и меритуму број У-6/06 од 29. марта 2006. године, тачка 21, „Службени гласник БиХ“ број 40/08.

Уставни суд, Одлука о допуствости и меритуму број АП-3222/12 од 12. јануара 2016. године.

Уставни суд Одлука о допуствости и меритуму број АП-3764/14 од 18. јула 2017. године.

Уставни суд, одлуке о допуствости и меритуму број АП-1011/08 од 23. новембра 2012. године.

Уставни суд, Одлука о допуствости и меритуму, број У-15/11 од 30. марта 2012. године.

Уставни суд, Одлука о допуствости и меритуму број У-9/09 од 26. новембра 2010. године, став 70, објављена у „Службеном гласнику БиХ“ број 48/11.

Уставни суд, Одлука о допуствости број У-9/16 од 30. марта 2017. године, доступна на интернетској страници Уставног суда.

Academician Miodrag N. SIMOVIĆ, Ph.D

Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Active Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Active Member of the European Academy of Sciences and Arts

Milena SIMOVIĆ, Ph.D

Associate Professor at the Faculty of Security and Protection of Independent University in Banja Luka

Marina M. SIMOVIĆ, Ph.D

Secretary of the Ombudsman for Children of the Republika Srpska and Associate Professor at the Faculty of Law of University „Apeiron“ in Banja Luka

CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA: EXPERIENCES AND PERSPECTIVES

Summary

The authors discuss the position of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in the light of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and international documents that oblige Bosnia and Herzegovina. According to the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina has a special place - it is outside the system of division of power into legislative, executive and judicial power. It is such a special constitutional category, which cannot be dealt with by laws because it deals with laws. It preserves the Constitution of Bosnia and Herzegovina, which is a living form that is constantly evolving. It has become a respectable subject of protection of the constitutional order in Bosnia and Herzegovina, but also an object of observations, expectations and criticism, and even impugment.

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, in its practice related to the protection of human rights and fundamental freedoms, which is fully harmonized with the practice of the European Court of Human Rights, mostly deals with the violation of the right to a fair trial. The paper analyzes some of the latest decisions from the jurisprudence of this court when it comes to various aspects of rights protected by the Constitution of Bosnia and Herzegovina. The focus is primarily on decisions in which the Constitutional

Court of Bosnia and Herzegovina has found violations of these rights due to unacceptable legal positions of the courts.

Key words: the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights.

прегледни рад
примљен: 30. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 07. 05. 2021. г.

347.447.63
336.7:004

Др Станка СТЈЕПАНОВИЋ*

МОЖЕ ЛИ СЕ ЈЕДНОСТРАНО РАСКИНУТИ УГОВОР ИЗ РАЗЛОГА ШТО ДРУГИ УГОВАРАЧ ПОСЛУЈЕ У КРИПТОВАЛУТАМА?

Апстракт

Француски Грађански законик је на снази више од два вијека захваљујући еластичности судске праксе која је сваку новонасталу појаву у имовинским односима уговорних страна успела да истумачи тако да је подведе под једну одредбу *Code Civil-a*. Наш Закон о облигационим односима је тек ушао у пету деценију своје примене. Пред њим је озбиљан изазов како да се примени у судској пракси у случајевима када се појаве спорови у вези пословања са криптовалутама. Осим што државе покушавају да опорезују такве врсте трансакција и у складу са тим доносе прописе, других механизма државне заштите учесника у овој врсти трансакција још увијек нема.

Предмет истраживања у овом раду су могућности једностраног раскида уговора из разлога што је једној уговорној страни отежано да контролише све уплате у криптовалутама друге уговорне стране. Разматра се могућност да се на такве односе примјене одредбе ЗОО-а које регулишу могућност једностраног раскида уговора, као и одредбе о проузроковању штете. Даје се одговор на питање коју би штету, ако је евентуално претрпи уговорна страна која послује у криптовалутама, требало да надокнади њен сауговарач. Да ли је одговоран што није прије закључивања таквог уговора испитивао да ли се на територији где је регистрован уговарач, који послује у криптовалутама, примењују неки специјални прописи који би важили за „паметне уговоре“. Ауторка анализира и законске могућности регистрације код надлежних државних органа таквог правног лица које се бави

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, stanka.stjepanovic@pravni.ues.rs.ba

делатношћу која није законски регулисана. На ова и друга спорна питања ауторка у овом раду предлаже одговоре.

Кључне ријечи: биткоин, уговор, једнострани раскид уговора, штета, Закон о облигационим односима.

1. УВОД

Плаћање својих обавеза новцем или робом било је вјековима основ за доношење свих прописа из области облигационог права. У вријеме доношења Закона о облигационим односима био је домаћи новац динар као основно платежно средство. Како односе између уговарача треба регулисати данас када су у питању трансакције криптовалутама? Може ли се и на то примјенити Закон о облигационим односима? Сам однос према криптовалутама се мијењао у последње двије деценије двадесет и првог вијека. Од непризнатог средства плаћања вредног непуну долар биткоин је достигао данас вредност од 37 000 долара. Велике компаније, попут компаније „Тесла“, ушле су на тржиште криптовалута и подигле вредност биткоина. Много банака је упозоравало клијенте на неизвјесност и ризике у плаћању криптовалутама и могућности хаковања цијеле платформе за трансакцију криптовалутама, као и могућност да вриједност криптовалуте падне.¹ Државе су се бавиле више питањем како опорезовати те трансакције, а Европска унија је својом Директивом из маја 2018. године, у сврху забране прања новца, упутила државе чланице како да преко специјалне службе могу да провјеравају и ове трансакције.² У овом раду

¹Више види: С. Стјепановић, "Заштита имовине дјетета у биткоин и сличним трансакцијама", *Зборник радова Право у функцији развоја друштва*, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2019, 267-278.

² Према Директиви ЕУ 2018/843/ЕС од дана 30.5.2018. године, којом су допуњене директиве 2015/849, 2009/138 и 2013/36 виртуелна валута је: дигитални приказ вредности који није издала и за који не јемчи централна банка ни јавно тело, који није нужно повезан са законски успостављеном валутом те нема правни статус валуте или новца, али га физичке или правне особе прихватају као средство размене и може се преносити, чувати те се њиме може трговати електронским путем. Из ове Директиве се види да, ради опште безбедности и могућности да трансакције виртуелним валутама буду у одређеним случајевима финансирање терористичких организација, оне требају доћи под општу контролу не само држава чланица ЕУ. Тако се каже да се анонимношћу виртуалних валута омогућује њихова потенцијална злоупотреба у криминалне сврхе. Укључивањем даваоца услуга размене виртуалних валута и фидуцијарних валута и пружатеља скрбничке услуге новчаника неће се у потпуности ријешити питање анонимности повезане с

анализираће се случајеви пословања једне уговорне стране са криптовалутама и њихов утицај на могућност једностраног раскида уговора, уколико другој уговорној страни не одговара такво пословање њеног сауговорача. Да ли се могу у таквим случајевима примјенити одредбе Закона о облигационим односима о престанку налога отказом из члана 766. ЗОО-а и члана 1058. ЗОО-а о трајању текућег рачуна? Одговор на ово питање добиће се кроз анализу постављеног случаја, оцјењујући како утиче на сам уговор о отварању текућег рачуна врста уговора које једна уговорна страна закључује са другим субјектима кроз тзв. паметне уговоре?

2. УТИЦАЈ ИЗМЈЕНЕ ОПШТИХ УСЛОВА ПОСЛОВАЊА БАНКЕ НА РАНИЈЕ ЗАКЉУЧЕНЕ УГОВОРЕ

Пословање криптовалутама и куповина токенизованих уговора о рударењу је нешто ново на нашим просторима, које се одвија у стварности, иако га позитивни прописи не регулишу. Банке, у складу са законом доносе и Опште услове свога пословања. Оне могу те услове мијењати у оквирима које им дозвољава закон. Предмет разматрања ће бити како се измјена тих општих услова пословања може одразити на постојеће уговоре о отварању текућих рачуна које је та банка отворила на основу уговора са клијентом, по ранијим општим условима свога пословања. Приликом измјене општих услова пословања банка не би могла да поступа ретроактивно, да они важе за раније закључене уговоре с клијентима. Да ли је поступање противно некој одредби о пословању отварање текућег рачуна са клијентима који су регистровани за дјелатност која није у потпуности регулисана као што су то нпр. уговори о рударењу криптовалута?

трансакцијама у виртуалним валутама јер ће велик дио окружења виртуалних валута остати анониман због тога што корисници могу обављати трансакције и без таквих пружатеља. Ради сузбијања ризика повезаних с анонимношћу, националне финансијско-обавјештајне јединице (ФОЈ-еви) требале би бити у стању прибавити информације на темељу којих ће моћи повезати адресе виртуалне валуте с идентитетом власника виртуалне валуте. Осим тога, требало би додатно проценити могућност да се корисницима допусти да се сами пријаве именованим телима на добровољној основи.

Можемо разматрати тај случај кроз одредбе Закона о облигационим односима (ЗОО). Анализираће се најприје одредбе уговору о налогу и упоредно уговор о отварању текућег рачуна.

Уговором о налогу се једна страна обавезује да ће извршити једну или више правних радњи за рачун друге стране. Банка која иначе отвара текуће рачуне својих клијената је у обавези да отвори текући рачун, те да претходно утврди да ли налогодавац има правну и пословну способност која се тражи за правна лица ако је у питању правно лице. Према одредби чл. 751. ЗОО, она је обавезна да као налогопримац изврши налогодавчев налог, а према одредби чл. 1057. ЗОО банка одговара за извршење налога депонента према правилима уговора о налогу. По правилу о трајању текућег рачуна он траје дуго, али га свака страна може раскинути уз отказни рок од 15 дана. С обзиром на природу диспозитивности ових норми облигационог права, уговорне стране се могу споразумјети и да отказни рок буде дужи. Из одредаба ЗОО, како из уговора о налогу, тако и уговора о банкарском текућем рачуну, произилази да банка може изузетно одступити од налога и упута, ако је према процјени свих околности могла основано сматрати да то захтјевају интереси депонента. Давање отказа уговора, значи једностраним раскидом, банка би могла нанијети штету клијенту. Таквом радњом банке не би се баш могло сматрати да је заштићен интерес депонента.

2.1. Поступање суда у случају спора банке и клијента због отказивања уговора о текућем рачуну због врсте пословања клијента

У БиХ није регулисано питање тзв. паметних уговора као ни фабрика криптовалута и њихово рударење. То што није регулисано могло би се сматрати да није забрањено такво пословање. Окружни привредни судови, као надлежни за регистрацију привредних друштава дозвољавају регистрацију и таквог друштва као фабрике криптовалута. Дозвољено им је и да користећи тзв. паметне уговоре прикупљају улоге од домаћих и страних инвеститора како би финансирали изградњу мини хидроцентрала од којих би улагачи имали користи тако што би на основу тога имали одређено право за рударење криптовалута.³

³ Суд на основу Закона о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској (“Сл. гласник РС” 67/2013 и 15/2016) утврђује да ли су испуњени законски услови за регистрацију.

Уколико агенција за посредничке, информатичке и финансијске услуге донесе обавјештење о разврставању пословног субјекта по дјелатности и региструје га као фабрику криптовалута, онда се подразумјева да је овлаштено тијело разврстало дјелатност привредног друштва и да та дјелатност није забрањена. Ако само привредно друштво у опису свог дјеловања наглашава да ће продавати токенизоване уговоре о рударењу, а токенима који су понуђени у продаји управља паметни уговор на blockchain-у, значи да јавно обавјештава све заинтересоване, па и банку о својој дјелатности. Када обавјести да ставља на продају одређену количину токена, с тим да сваки токен вреди један долар, те је објавио да ће тај токен омогућити купцу коришћење рударских операција и постројења и електричне енергије, а уз то је назначено да постоје ризици, значи да није ништа сакрио о својој дјелатности. Сви купци њихових токена упозорени су на ризике који могу довести до обуставе рударских операција и да прије куповине купац сам мора пажљиво да анализира могуће ризике на које продавац нема утицаја, као што су промјена у законској регулативи дјелатности и промјена вредности криптовалута на тржишту. Кад са таквим информацијама о свом пословању и рјешењем о регистрацији клијента банка буде упозната, може се сматрати да је она упозната и са природом пословања свог клијента прије потписивања уговора о отварању текућег рачуна. Кад је на рачун свог клијента примала приливе средстава које су слали купци токена клијента, она је почела извршавати своју обавезу из уговора. Након извјесног времена банка је почела враћати поједина новчана средства која су уплаћена и једнострано раскинула уговор о отварању рачуна, јер је нашла да су њени интерни акти измјењени и да у тим измјењеним актима нема мјеста за пословање са клијентима који се баве дјелатношћу рударења криптовалута. Поставља се питање да ли је у овом случају примјењив ЗОО и да ли интерни акт банке може да утиче на могућност једностраног раскида уговора?

2.2. Дужност банке да писмено обавјештава клијенте о промјенама везаним за њихов рачун

Узмимо случај да је банка промијенила своје опште услове пословања, а није обавјестила свог клијента. На основу измјењених општих услова једнострано је почела та средства која су пристизала на рачун клијента враћати свим уплатиоцима, тј. онима који су наручили токене њезина клијента. У овом случају, по нашем мишљењу, банка је

поступила противно ЗОО и Закону о банкама. ЗОО тражи од уговорних страна да се понашају у складу са правилима струке, добрим пословним обичајима, али би нарочито свјетло ставили на начело савјесности и поштења које је доминантно начело у нашем облигационом праву, мада га нека права не помињу (нпр. енглеско). Иако нема у позитивном законодавству ентитета БиХ и Реп. Србије регулисаног питања рударења криптовалута, јер чак и најновији Закон о дигиталној имовини који је донесен у Реп. Србији каже да се његове одредбе не односе на рударење. За регулисање сваког уговорног односа кровна одредба је начело савјесности и поштења.⁴

Спорно је да ли банка може својим општим условима „исправљати“ одлуку суда о регистрацији тог друштва и доношењу рјешења о регистрацији. Суд је надлежан да цјени допуштеност дјелатности друштва, а све у складу са позитивним прописима. Како суд може донети рјешење о регистрацији и цјенити да ли је у складу са позитивним прописима ако то није регулисано у позитивним прописима? Ово је двоструки ланац нејасноћа који може довести до оваквог несклада у раду државног органа – суда са једне стране и банке с друге стране. Да ли банка има могућност да поништи одлуку о регистрацији свог клијента као правног лица, послјере закљученог уговора о отварању текућег рачуна са њим? Поставља се и питање како онда може измјенити Опште услове свог пословања који су противни интересу депонента. Овдје се може говорити и о стеченим правима депонента, које је он стекао на основу општих услова пословања банке прије измјене тих услова. У ком моменту банка може дати отказ уговора? Банка је у овом случају поступила као да је она аутор уговора о отварању текућег рачуна, па да на основу ауторског права покајања повлачи своју сагласност на такав уговор.

Пословање криптовалутама вршено је и без позитивних законских прописа који би регулисали такво пословање. Чињеница да није забрањено изричито ни једним законским прописом пословање криптовалутама, омогућавало је да се те трансакције обављају, на свим мјестима, а како је то сликовито речено у интервјуу за ВВС прошле године уговарачи су могли

⁴ Закон о дигиталној имовини Републике Србије, ”Сл. гласник РС”, 153/2020. Једна од битних новина јесте чињеница да је Законом дозвољено рударење дигиталне имовине (тзв. mining), али да се на стицаоце дигиталне имовине настале приликом рударења не примјењују одредбе Закона. Рудари слободно располажу дигиталном имовином, осим у случају коришћења услуга пружалаца услуга повезаних са дигиталном имовином, у ком случају се на те имаоце примјењују одредбе Закона које се односе на кориснике дигиталне имовине.

мјењати криптовалуте за динаре и обрнуто и у кафанама.⁵ При регистрацији правног лица суд је дужан провјерити да ли је најављена дјелатност забрањена неким законом, а ако није обично се подводи под неку од прописаних дјелатности чији је оквир доста широк. Ако се правно лице региструје као нпр. фабрика криптовалута онда би то судско рјешење могло бити оборено само у редовном поступку. Банка која је закључила уговор о отварању текућег рачуна са својим клијентом не би била овлаштена да тражи поништај рјешења о регистрацији. С тим више што је она прихватила то рјешење као тачно и на закону основано. Уколико је банка сматрала да се таквом дјелатношћу, која није изричито регулисана прописима у БиХ, њен клијент не може бавити, онда није требала ни закључивати уговор о отварању текућег рачуна. Колики утицај може имати накнадно сазнање да је клијентово пословање угрожавање околине и умањење еколошких ресурса? Да ли би се оно могло сматрати као противно принудним прописима о заштити природе? У том случају би се требао тражити најприје поништај уговора о отварању текућег рачуна, а не једнострано га раскидати.

2.3. Утицај рударења на глобално загревање планете

Рударење криптовалуте као опасност за околину, због велике количине потрошње електричне енергије

Раније је тим истраживача на челу са Камилом Мором, утврдио да би кроз десетак година испуштањем толике количине угљендиоксида у ваздух приликом рударских операција дошло до опасног загревања од 2% цијеле планете, што би било погубно.⁶ Недавно је и научни тим са Кембрица на челу са Мајклом Рауч процјенио да Биткоин годишње троши више електричне енергије него Холандија, Аргентина и Уједињени Арапски Емирати.⁷

⁵ Kriptoalute i Srbija: Mali oglasi i velike rupe u zakonu - kako funkcionise domaće tržište kriptoaluta, <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-54471673>, 10.4.2021.

⁶ Више види: С. Стјепановић, *op. cit.*, 267-278.

⁷ Технологија и криптовалуте: Рударење Биткоина троши више струје него цела Аргентина, Кристина Кридл, <https://www.bbc.com/serbian/cyr/svet-56015711> 15.03.2021.

„Рударење“ за криптовалуту захтева енергију и тешке рачунарске прорачуне за верификацију трансакција. Истраживачи са Кембрица кажу да троши око 121,36 терават-сати (TWh) годишње - и вероватно ће тако остати осим ако вредност валуте не падне.

Компанија за електрична возила Тесла улаже средства од милијарду и по долара, која је добила као субвенцију за производњу еколошки чистијих аутомобила у куповину Биткоина, а и прихватила ту криптовалуту као могућност плаћања.⁸

⁸ Компанија Тесла је добила управо овај износ као подстицај јер ће производити еколошки чист електрични аутомобил који неће испуштати угљендиоксид у ваздух кроз ауспух. Према рекламама тај аутомобил не производи никакво загађење. Ово је дјелимична истина, а не износе се стварни подаци колико је уништење животне средине и испуштање тона штетних издувних гасова потребно да би се тај електрични аутомобил произвео. Када електрични аутомобил (компаније Тесла) изађе из производње на њему лежи „наслеђе“ 11 161 тона штетних издувних гасова, дакле, преко 11 000 тона угљендиоксида, а уобичајени „неколошки“ аутомобили за своју израду произведу 4 000 тона угљендиоксида мање. Електрични аутомобили за време свог трајања не производе издувне гасове, али им је потребно пуњење батеријама. За њихову производњу и врло често неуспјешну рециклажу троши се, односно избацује у ваздух отприлике 41 метричка тона угљендиоксида, а класични аутомобили на фосилна горива ће за свој вјек трајања произвести 49 метричких тона угљендиоксида. Према Систему трговине емисионим јединицама ЕУ, да би се смањило загађење животне средине угљендиоксида потребно је седам долара, што би се могло закључити да електрични аутомобил може бити еколошки исплативији за 21 долар по аутомобилу, па је нејасно зашто Америчка влада субвенционира куповину електричног аутомобила износом од 7.500 долара. Интересантно је напоменути да је истраживање које је спровела Национална академија САД 2015. године да ће електрични аутомобили за дуго повећати број умрлих особа у односу на аутомобиле на бензин. Да ли је електрични аутомобил један од зелених производа за које се може примјенити квалификација из савремене економије *greenwashing*? Ово би можда могла бити тема за заштиту потрошача када оглашавање заваравача потрошача. Управо због претакања новца компаније Тесла Биткоин је постао виртуелна златна плуга у којој се чува имовина.

Why Lithium Could Be a New Risk for Tesla and Other Electric-Vehicle Makers
<https://www.barrons.com/articles/new-risk-tesla-other-electric-vehicle-makers-lithium-supply-batteries-51601498472>;

Explainer: the opportunities and challenges of the lithium industry,
<https://dialogochino.net/en/extractive-industries/38662-explainer-the-opportunities-and-challenges-of-the-lithium-industry/>;

<https://www.tesla.com/model3>;

[bbc.com/serbian/cyr/svet-56015711](https://www.bbc.com/serbian/cyr/svet-56015711) Рударење Биткоина 7.4.2021

Да би „ископали“ Биткоин, рачунари - често специјализовани - повезани су на мрежу криптовалута. Њихов задатак је верификација трансакција између оних који тргују Биткоином. Овај процес укључује решавање једначина, које, иако нису саставни део верификације кретања валуте, представљају сигурносну препреку да нико лажно не уређује глобални запис свих трансакција. Као награду, рудари повремено добијају мале количине Биткоина у нечему што се често упоређује са лутријом. Да би повећали профит, људи често повезују на мрежу велики број рудара - чак и читава складишта пуна њих. То троши огромну количину

Иако се наводи да се електрична енергија може добити од обновљивих извора, па се приказује да су тзв. мини хидроцентралне на ријекама те које дају електричну енергију са обновљивих извора. Не бисмо могли прихватити ту тврдњу, јер се тиме уништава сама ријека и мјења се постојећа флора и фауна око и у ријеци. Производити електричну енергију да би се вршило рударење криптовалуте је исто што и држати фабричке димњаке без филтера. Да би се оцјенило да ли у датој средини, нпр. БиХ, ова лутрисјка дјелатност - рударење криптовалута доноси корист или је већа еколошка штета коју изазива, треба процјенити не само суд који региструје дјелатност појединог правог лица, већ требају ентитети, зависно у коме се врши регистрација имати на нивоу Владе комисију састављену од тима економиста, правника, инжењера екологије и инжењера машинске и електро струке. Да се одреди лимит ове врсте игара на срећу које су се

електричне енергије јер рачунари, мање-више, непрестано раде на решавању једначина. Алат Универзитета у Кембриџу процењује економски животни век светских рудара биткоина и претпоставља да све машине за рударење биткоина широм света раде са различитим ефикасностима.

Узимајући просечну цену електричне енергије по киловатсату (0,05 долара) и енергетске потребе мреже Биткоин, тада је могуће проценити колико се електричне енергије троши у било ком тренутку.

[bbc.com/serbian/cyr/svet-56015711/](https://www.bbc.com/serbian/cyr/svet-56015711/) 7.4.2021 Еколошка загонетка „Биткоин је буквално антиефикасан“, објаснио је Дејвид Церард, аутор књиге *Attack of the 50 Foot Blockchain*.

„Дакле, ефикаснији рударски хардвер неће помоћи - само ће се такмичити са другим ефикасним рударским хардвером. „То значи да се употреба енергије Биткоина, а самим тим и производња угљен-диоксида, само спирално окреће. „Веома је лоше што се сва ова енергија буквално троши на лутрији.“ Цена Биткоина у понедељак је нагло порасла пошто је компанија Тесла најавила улагање. Али коментатори кажу да се улагање коси са претходним еколошким ставом компаније за производњу електричних аутомобила. „Илон Маск је поништио много тога доброг што је урадио на промоцији енергетске транзиције“, рекао је Церард.

„Ово је врло лоше... Не знам како може да се извуче из овога. „Тесла је 2020. године добио 1,5 милијарди долара субвенција за заштиту животне средине, од пара пореских обвезника.

„А сада је променио став и и потрошио 1,5 милијарди долара на Биткоин, који се углавном копа електричном енергијом која се добија из угља.

„Треба испитати субвенцију коју је добио.“

Церард предлаже и увођење пореза на угљеник на криптовалуте како би се уравнотежио део негативне потрошње.

доказале да превише троше природне ресурсе и умјесто зеленијих ријека, ливада и шума, доводе до „стаклене баште“.⁹

3. ПАМЕТНИ УГОВОРИ

Уговори закључени посредством софтвера не могу се мјењати и може се говорити не о слободи уговарања које је било основно начело до сада у уговорном праву, већ о утамниченој и непромјењивој форми „уговора“ кроз вјештачку интелигенцију. Управо кад се закључе такви уговори најчешће су удаљени уговарачи и један према другом анонимни. Уколико поједине државе, као што је то учинила Реп. Србија у свом новодонесеном Закону о дигиталној имовини, дозвољавају принудно извршење на дигиталној имовини извршног дужника предајом криптографских кључева, онда не можемо рећи да је анонимност уговарача загарантована, јер трансакције могу пратити финансијске обавјештајне јединице. Начело о непромјењивости тзв. паметних уговора је у супротности са начелом савјесности и поштења, као и клаузули *rebus sic stantibus*. Многи истичу предност ове врсте уговора, јер не постоји могућност да се уговор не изврши, јер алгоритми блокирају било какав покушај изигравања уговора. Тако нпр. ако је закључен паметни уговор о закупу пословног простора, а купац није у електронски новчаник куподавца у уговорени дан у мјесецу спустио одређену количину платежног средства аутоматски ће му бити закључане браве и неће моћи ући у пословни простор. Мишљења смо да би за ове врсте уговора требало да се да другачији назив. Као што смо је у уводном дјелу рада речено обично је подјела уговора и њихов назив одраз шта тај уговор регулише. Граматичким тумачењем могло би се закључити да ти уговори регулишу памет, па се поставља питање значи ли то да сви остали уговори који не функционишу преко blockchain или друге технологије требају имати назив „непаметни уговори“? Ипак због могућности хаковања цјеле платформе не

⁹ Инжењери су рекли владиним званичницима да у региону постоји око 150 "криптофарми", односно зграда или складишта у којима се налазе редови и редови рачунарске опреме која гута струју. Заједно, они месечно троше око 40 милиона киловат-сати електричне енергије, мада неки инжењери процењују да би то могло бити чак 120 милиона киловат-сати, што је позамашан део укупне потражње у том региону. <https://www.slobodnaevropa.org/a/abhazija-bez-struje-zbog-ruskih-rudara-kriptoaluta/30970415.html> 14.04.2021.

може се тврдити да су ови уговори апсолутно безбједни. Расправљати о њима као много бржим уговорима који не доносе трошкове уговорним странама би се могло проматрати и са становишта потрошње електричне енергије, па би се испоставило да ти уговори не наносе само трошкове уговорним странама, него читавом друштву јер троше природне ресурсе за ту електричну енергију. Кина је често забрањивала трансакцију криптовалутама тврдећи да је то штетно за економију Кине, али није укидала забрану рударења криптовалута. Гледајући да тржиште криптовалута и трансакције њима, а нарочито рударење, оставља читаве области често без електричне енергије. Криптофарме се оснивају обично у сиромашним земљама гдје је електрична енергија јефтинија. Наравно, државе су заинтересоване да опорезују трансакције криптовалутама, али се чак и законски ограђују од било какве одговорности за међусобне трансакције уговарача.¹⁰

Ова врста уговора трпи критике, али више похвала у нашој и страниј правој литератури.¹¹ Постоје и аутори попут Дејвида Церарда који

¹⁰ Члан 15, Искључење одговорности, Република Србија, Народна банка Србије, Комисија и други надлежни органи и органи јавне власти не гарантују за вредност дигиталне имовине и не сnose одговорност за било коју евентуалну штету и губитке које корисници и други имаоци дигиталне имовине и/или пружаоци услуга повезаних с дигиталном имовином и/или трећа лица претрпе у вези са обављањем трансакција с дигиталном имовином. Пружаоци услуга повезаних с дигиталном имовином дужни су да пре успостављања пословног односа с корисником дигиталне имовине или вршења трансакције с дигиталном имовином корисника дигиталне имовине обавесте о ризицима обављања трансакција с дигиталном имовином, укључујући ризик од делимичног или потпуног губитка новчаних средстава, односно друге имовине, као и о томе да се на трансакције с дигиталном имовином не примењују прописи којима се уређује осигурање депозита или заштита инвеститора, као ни прописи којима се уређује заштита корисника финансијских услуга. Закон о дигиталној имовини, *Сл. гласник РС*, бр. 153/2020.

¹¹ Више види: М. Цветковић, „Smart уговори: револуција или компликација?“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Број 85, Година LVIII, 2019, 225-242. Међутим, управо је потпуна аутоматизација препрека сложеним уговорним односима и постојећој пословној пракси. Незауостављивост smart уговора је проблематична када развој догађаја одступи од планираног или дође до сукоба између уговарача. Уговорни однос је више од простог збира записаних клаузула. Споразумни раскид код smart уговора није могућ. Мада доприноси правној сигурности, њихова неизмењивост истовремено представља и недостатак. Погодни су за краткотрајне односе, али ригидни за дугорочне., М., Durović, Lech F., „The enforceability of smart contracts“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, vol. 1, br. 1, 2019, 73-94.

тврди да су блокчејн и паметни уговори психолошки, а не технолошки изум.¹²

Сам назив „паметни уговор“ и стручњаци који се баве овом врстом технологије сматрају погрешним. Осим аргумената које смо навели у критици назива овог уговора, додајемо и размишљања и предлоге Управног одбора Удруге за blockchain i kriptovalute (УБИК) да, будући да уговор нема основа у закону, нити захтјева потпис обеју страна, нити обе стране морају бити у међусобној комуникацији, јер они могу комуницирати и са другим „паметним уговорима“, а не само људима, сам термин „уговор“ није адекватан, те предлажу да се ова врста технологије назове „вјечни логички окидачи“ или „вјечне скрипте“.¹³ Ово је прихватљивији назив за ову технолошку вјештину, јер су уговори везани за право и људску интелигенцију, а не за вјештачку.

4. ЗАКЉУЧАК

Пословање криптовалутама је у ово прве двије деценије двадесет и првог вијека, постало једна грана пословања, која се развијала далеко брже него што су могли прописи да га прате. Поједине државе су понекад и забрањивале трансакције криптовалутама, а нарочито се указивало на опасност од превеликог трошења електричне енергије када се до криптовалута долазило оригинарним путем, тзв. рударењем. Предмет истраживања у овом раду је била анализа случаја из кога се закључило да у држави у којој није посебним прописима регулисано пословање једне уговорне стране у криптовалутама, тј. њена регистрована дјелатност, као фабрике криптовалута и из тога финансирање других пројеката, може бити подведено под одредбе важећег Закона о облигационим односима. Ако је једној уговорној страни државни орган, суд дозволио да се региструје као фабрика криптовалута која се бави рударењем криптовалута, онда друга уговорна страна тј. банка после отварања текућег рачуна у корист тог клијента не би могла једнострано раскинути уговор, када је већ на том рачуну био прилив средстава. Измјена општих услова пословања банке не може утицати на погоршање положаја клијента који је већ имао раније отворен рачун. Овдје би се могла примјенити правила о стеченим правима.

¹²<https://sites.google.com/site/29april20rhambree2/6nbdgklhgfh1659rk1623>
{Download/Read Book PDF} Attack of the 50 Foot Blockchain: Bitcoin, Blockchain, Ethereum & Smart Contracts by David Gerard.

¹³ ubik.hr/blog/odgovor-na-kritiku-pametnih-ugovora/.

Уколико би за клијента настала штета банка би ју била дужна накнадити, без обзира што према члану 1058. ЗОО банка може отказати уговор о текућем рачуну уз отказни рок од 15 дана, уколико се уговорне стране нису сагласиле да тај рок буде у другачијем трајању. С обзиром да се понуда и нарудба оформљују као склапање тзв. паметних уговора, дато је мишљење да клијент може тражити ону штету која му је стварно настала, а не и измаклу добит, базирану на чињеници да је у тзв. паметним уговорима њихова највећа мана и истовремено и предност, а то је непромјењивост. Изложен је критици и сам појам „паметни уговори“, јер ако постоје „паметни уговори“, онда би сви други уговори који нису закључени овом технологијом blockchain-а, а нарочито класични уговори консензуални по нашем ЗОО, значило да су „непаметни“. Због тога се предлаже да се из назива овог уговора избаци ријеч „паметни“, те стави „трансакције вјештачком интелигенцијом „. Кроз анализу случаја, може се закључити да судија, који би био доведен у положај да рјешава спор, може примјенити ЗОО, с тим да, када оцјењује накнаду штете треба широко тумачити и одредбе ЗОО о начелу савјесности и поштења. Мишљења смо да мора цијенити да ли би даљње пословање клијента банке узроковало штету општим друштвеним интересима за заштиту животне средине. Мишљења смо да би о евентуалном постојању спора суд требао обавјестити и јавног правобраниоца, као заштитника државног органа Министарства за заштиту животне средине, јер се из анализе у раду види колико дјелатности рударења криптовалута и уопште трансакције криптовалута загађују животну средину и уништавају планету. Рудари су у положају трагача златног праха које се у свијету криптовалута данас зове Биткоин. И да додамо да у анализираном случају у овом раду еколошке интересе једне државе не може штити банка, већ надлежна законодавна тијела.

ЛИТЕРАТУРА

- Abhazija bez struje zbog ruskih rudara kriptovaluta,
<https://www.slobodnaevropa.org/a/abhazija-bez-struje-zbog-ruskih-rudara-kriptovaluta/30970415.html> 14.04.2021.
- Gerard, D., *Attack of the 50 Foot Blockchain: Bitcoin, Blockchain, Ethereum & Smart Contracts*,
<https://sites.google.com/site/29april20rhambree2/6nbdgklhgf1659rk1623>;
- Директива ЕУ 2018/843/ЕС од дана 30.5.2018. године;
- Durović M., Lech F., „The enforceability of smart contracts“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, vol. 1, br. 1, 2019, 73-94.;
- Explainer: the opportunities and challenges of the lithium industry,
<https://dialogochino.net/en/extractive-industries/38662-explainer-the-opportunities-and-challenges-of-the-lithium-industry/>;
- Закон о дигиталној имовини Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 153/2020.;
- Закон о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској (Сл. Гласник РС 67/2013 и 15/2016);
<https://www.tesla.com/model3>;
- Kriptovalute i Srbija: Mali oglasi i velike rupe u zakonu - kako funkcioniše domaće tržište kriptovaluta, <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-54471673>, 10.4.2021.;
- Стјепановић, С., "Заштита имовине дјетета у биткоин и сличним трансакцијама", Зборник радова Право у функцији развоја друштва, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2019, 267-278.;
- Технологија и криптоивалуте: Рударење Биткоина троши више струје него цела Аргентина, Кристина Кридл,
<https://www.bbc.com/serbian/cyr/svet-56015711> 15.03.2021.
ubik.hr/blog/odgovor-na-kritiku-pametnih-ugovora/.
- Цветковић, Ц., „Smart уговори: револуција или компликација?“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 85, Година LVIII, 2019, 225-242.;
- Why Lithium Could Be a New Risk for Tesla and Other Electric-Vehicle Makers <https://www.barrons.com/articles/new-risk-tesla-other-electric-vehicle-makers-lithium-supply-batteries-51601498472>;

Stanka STJEPANOVIĆ, Ph.D

Full-time Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo

CAN THE CONTRACT BE UNILATERALLY TERMINATED FOR THE REASON THAT THE OTHER CONTRACTOR IS BUSINESSING IN CRYPTOCURRENCIES?

Summary

The French Civil Code has been in force for more than two centuries, thanks to the elasticity of court practice, which has managed to interpret every new phenomenon in the property relations of the contracting parties by bringing it under provisions of the Code of Civilization. Our Law on Obligations has just entered the fifth decade of its application. He faces a serious challenge of how to apply it in court practice in cases when disputes arise regarding transactions with cryptocurrencies. Apart from the fact that the states try to tax such types of transactions and pass regulations accordingly, there are still no other mechanisms of state protection of participants in this type of transactions.

The subject of research in this paper are the possibilities of unilateral termination of the contract due to the fact that it is difficult for one contracting party to control all payments in cryptocurrencies of the other contracting party. The possibility of applying to such relations the provisions of the ZOO that regulate the possibility of unilateral termination of the contract, as well as the provisions on causing damage, is being considered. The answer is given to the question of what damage, if it is possibly suffered by the contracting party operating in cryptocurrencies, should be compensated by its interlocutor. Is he responsible for not examining before concluding such a contract whether in the territory where the contractor is registered, who operates in cryptocurrencies, some special regulations that would apply to "smart contracts" apply. The author also analyzes the legal possibilities of registration with the competent state bodies of such a legal entity that is engaged in activities that are not legally regulated. The author proposes answers to these and other controversial questions in this paper.

Key words: bitcoin, contract, unilateral termination of contract, damage, Law of Obligations.

прегледни рад
примљен: 25. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 27. 04. 2021. г.
343.156
343.211.3

Др Саша КНЕЖЕВИЋ*

ПРОЦЕСНЕ ПОВЛАСТИЦЕ ОКРИВЉЕНОГ У ПОСТУПКУ ПО ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА¹

Апстракт

Кривични поступак јесте институционални оквир за решавање основаности казненоправног захтева усмереног против окривљеног, чиме се остварује кривичноправна заштита друштвених вредности. Легалитет и легитимитет одлука донетих у кривичном поступку биће неупитан уколико процесна позиција сучељених странака буде уравнотежена. Уравнотежење процесног положаја кривичноправне странке, како би се неутралисала фактичка предност јавног тужиоца као супротстављене странке, али и експонента моћи државе. Систем процесних повластица окривљеног егзистира и у поступку који се иницира изјављивањем правних лекова. Окривљени треба да буде мотивисан да слободно изјављује жалбе против првостепених пресуда којима су ограничена његова људска права, без бојазни да би тим чином могао погоршати свој процесни положај. Нормативни оквир одлучивања по редовним и ванредним правним лековима требало би да учврсти конзистентни систем процесних преференцијала слабије кривичнопроцесне странке.

Кључне речи: окривљени; процесне повластице; правни лекови; забрана *reformatio in peius*.

1. УВОД

Доношење првостепене осуђујуће пресуде не мора да значи и завршетак активности окривљеног на супротстављању оптужби.

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу, knez@pgrafak.ni.ac.rs

¹ Чланак је израђен у оквиру Пројекта „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ Правног факултета Универзитета у Нишу.

Процесном легитимацијом за изјављивање правних лекова окривљени стиче могућност да иницира преиспитивање чињеничне и правне заснованости донете пресуде. Епилог испитивања чињеничне и правне утемељености донете пресуде може бити доношење одлуке повољније по окривљеног у поступку покренутом изјављеним правним леком. Због тога је потребно законским одредбама стимулирати окривљеног на изјављивање правних лекова, како би се оснажењем процесне позиције окривљеног створио повољан амбијент за остваривање процесне равноправности кривичнопроцесних странака. Процесна равноправност окривљеног мора да опстане и у поступку иницираном правним лековима. На тај начин стварају се оптимални услови за заштиту елементарних људских права окривљеног, а, с друге стране, доприноси се доношењу законите и правилне одлуке о основаности казненоправног захтева овлашћеног тужиоца у кривичном поступку.

Стога, законодавац предвиђа нека преимућства окривљеног у односу на противну кривичнопроцесну странку. Та преимућства окривљеног се у теорији кривичног процесног права означавају термином "*favor defensionis*" ("предност одбране"). Реч је о правилима којима се ублажава оштрица кривичне репресије. *Ratio legis* правила која спадају у "*favor defensionis*" је да се уравнотежи процесни положај окривљеног у односу на почетну правну и фактичку неједнакост међу кривичнопроцесним странкама. Фаворизовањем окривљеног оснажује се страначки карактер кривичног поступка.²

2. ЗАБРАНА REFORMATIO IN REIUS КАО ПОВЛАСТИЦА ОКРИВЉЕНОГ

2.1. Појам забране *reformatio in reius*

Установа забрана *reformatio in reius* (забрана преиначења на горе) представља процесну концесију окривљеног, којом се остварује процесна равноправност ове кривичнопроцесне странке у поступку по правним лековима. У погледу оправдања (*ratio legis*) ове установе у теорији углавном постоји сагласност. Без бојазни да ће се правни лек који је изјавио "окренути" против њега, окривљени може слободно побијати судске одлуке. Дакле, забраном *reformatio in reius* стимулише се слободно

² Н. Огорелица, *Казнено поступовно право*, Загреб, 1899, 237; Б. Марковић; *О доказима у кривичном поступку*, Београд, 1908, 148.

изјављивање правних лекова окривљеног. Тако обезбеђена процесна сигурност доприноси побољшању процесне позиције окривљеног у поступку по правним лековима.

Важећим Закоником о кривичном поступку је прецизирано да "ако је изјављена жалба само у корист оптуженог, не сме се пресуда изменити на његову штету у односу на правну квалификацију и на кривичну санкцију" (чл. 453). Наизглед јасна одредба, ствара проблеме у тумачењу њеног смисла. Наиме, како протумачити израз "само у корист оптуженог (окривљеног). Да ли то значи да жалба изјављена и на штету окривљеног *eo ipso* анулира забрану *reformatio in peius*. По овом питању се у науци кривичног процесног права не дају идентични одговори.

Став појединих теоретичара је да самим изјављивањем жалбе (или неког другог правног лека) и на штету окривљеног (поред жалбе изјављене у његову корист) не постоје услови за забрану *reformatio in peius*, независно од судбине изјављене жалбе на штету окривљеног.

Супротно становиште је раширеније и чини се ближе процесној улози ове установе. Заштита права окривљеног налаже рестриктиван приступ сужавању примене забране преиначења на горе. Протагонисти овог става иду даље од језичког тумачења одредбе чл. 453. ЗКП-а. Ако би се прихватило да самим изјављивањем правног лека и на штету окривљеног нема услова за забрану *reformatio in peius*, онда би се једноставно могла опструирати ова забрана. Тужилац би без много напора, не трудећи се да довољно чињенично утемељи изјављени правни лек, правним леком изјављеним на штету окривљеног (наравно уз поштовање рока за изјављивање и законом предвиђеног садржаја да би дошло до одлучивања *in meritum*) могао блокирати примену забране *reformatio in peius*. Због тога примена забране преиначења на горе не треба да зависи од самог акта изјављивања жалбе и на штету окривљеног, већ од њеног епилога пред судом правног лека. Само успешно реализована жалба на штету окривљеног (или други правни лек; израз-"жалба" употребљавамо због основног поља деловања ове установе-поступка по жалби на пресуду првостепеног суда) може спречити дејство забране преиначења на горе. Зато ако је жалба изјављена на штету окривљеног одбачена као неблагоприятна или недозвољена или пак одбијена као неоснована, "онда се мора сматрати да постоји само жалба у корист окривљеног", чиме је отворен пут примени забране *reformatio in peius*. Овакав приступ овом питању имају Огорелица, Грубиша, немачки теоретичари *Birkmayer, Kries*,

Binding, Bennecke-Beling (према Грубиши), Васиљевић, Стефановић-Златић.³

Забрана *reformatio in peius* представља повластицу окривљеног која спада у "*favor defensionis*". Остваривање процесне улоге ове установе могуће је ако се ограничења у њеној примени сведу на минимум. Стога, анулирање забране *reformatio in peius* може бити резултат успеха жалбе изјављене на штету окривљеног, а не самог изјављивања жалбе противне странке.

Имајући у виду трендове повећања стандарда заштите људских права у кривичном поступку, пледирамо за предвиђање могућности доношења одлуке у корист окривљеног и у случају изјављивања правног лека само на штету окривљеног, као што је предвиђено немачким позитивним правом (чл. 301. Законика о кривичном поступку), као и Закоником о судском кривичном поступку Краљевине Југославије донетом 1929. године. На тај начин би се повећала одговорност тужиоца при изјављивању правних лекова, а интереси окривљеног били би додатно осигурани.

2.2. Обим примене забране *reformatio in peius*

Једно од најспорнијих питања у вези са забраном *reformatio in peius* је обим њене примене. Контрoверзе око овог питања наступају и због недовољно јасне формулације ове установе у одредби чл. 453. ЗКП-а. Коришћена формулација изазива недоумицу да ли је законодавац ограничио забрану преиначења на горе само у односу на правну квалификацију кривичног дела и на одлуку о казни. Размимоилажење у теорији настаје у приступу питању да ли забрана преиначења на горе омогућава утврђивање неповољнијег чињеничног стања по окривљеног, наравно ако је изјављена жакба само у корист окривљеног. Око одговора на ово питање у теорији су искристалисана три становишта.

По једном од становишта, забрана *reformatio in peius* се исцрпљује у односу на правну квалификацију и одлуку о казни. Забрана преиначења на горе важи само уколико чињенично стање на претресу пред судом правног лека (или на поновном претресу пред првостепеним судом по

³ М. Грубиша, „Два правна схватања-два напада на један важан принцип нашег кривичног поступка (принцип забране *reformatio in peius*)“, Наша законитост, 1958, бр. 1-2; Исто: М. Стефановић, „Повластице окривљеног у кривичном поступку“, Београд, 1978, 126.

одлуци суда правног лека) не буде измењено на штету окривљеног. Измењено чињенично стање на штету окривљеног потиरे забрану *reformatio in peius* у односу на правну квалификацију и одлуку о казни. Овакав приступ се образлаже и могућношћу неутралисања резултата забране преиначења на горе у поступку по ванредним правним лековима.⁴

Дијаметрално супротно изложеном је гледиште да суд правног лека обавезан забраном *reformatio in peius*, не сме ни приступити утврђивању чињеничног стања које би за окривљеног било неповољније од оног утврђеног у пресуди која се побија. По заступницима овог става, забрана *reformatio in peius* има смисла једино ако се њеном применом у потпуности отклања бојазан окривљеног да би изјављивањем правног лека могао погоршати свој положај. Граница до које суд правног лека може ићи у утврђивању чињеничног стања је чињенично стање утврђено у првостепеној пресуди (ако је изјављена жалба само у корист окривљеног), као што у првостепеном поступку оптужница представља оквир у коме се може кретати утврђивање чињеничног стања.⁵

Треће гледиште о обиму примене забране *reformatio in peius* је у основи еклектичко. По поборницима овог схватања забрана преиначења на горе се не односи на утврђивање чињеничног стања у поступку по правним лековима. Суд правног лека може неограничено утврђивати чињенично стање, независно од тога у чију би корист била евентуална промена чињеничног стања. Заступници овог става примећују да суд правног лека при утврђивању чињеничног стања и не зна унапред да ли ће из одређених чињеница проистећи одлука у корист или на штету окривљеног. Неограничено утврђујући чињенично стање, суд правног лека не може, међутим, консеквентно тако утврђеном чињеничном стању донети неповољнију одлуку по окривљеног, ако би она произлазила из утврђеног чињеничног стања. То би био резултат деловања забране *reformatio in peius*, наравно ако су испуњени услови за њену примену. У том случају ће утврђено чињенично стање бити презентирано у образложењу пресуде суда правног лека, с тим, да се диспозитив пресуде не може изменити на штету окривљеног због забране *reformatio in peius*. Оваквим поступањем

⁴ М. Перовић, „Проблем тумачења и примена начела забране *reformatio in peius*“, Архив за правне и друштвене науке, 1955, 252.

⁵ М. Грубиша, „Забрана *reformatio in peius* и чињенично стање у кривичном поступку“, Наша законитост, 1961, бр. 9-10, 428.

окривљени се штити од поновног оптуживања за исто дело, али са различитом правном квалификацијом.⁶

Судска пракса стала на становиште да је и чињенично стање обухваћено забраном преиначења на штету окривљеног. Сматра се да је“ доња граница промене кривичноправног положаја побијана пресуда“. ⁷ Из образложења пресуде проистиче да се чињенично стање односи и на чињенично стање дато у побијаној пресуди. Уколико би се, осим жалбе изјављене у корист окривљеног, изјавила и жалба овлашћеног тужиоца у супротном смеру али само у односу на ослобађајући део и конкретно прецизиран осуђујући део (без указивања на мањкавости утврђеног чињеничног стања)-важила би забрана преиначења на горе. У супротном, самим изјављивањем жалбе и на штету окривљеног-дезавуисао би се смисао ове процесне концесије окривљеног. Из ове пресуде прозилази да за изостанак важења ове забране није довољно само постојање паралелне жалбе изјављене на штету окривљеног, јер се окривљени ни у ком случају не може довести у неповољнији положај у поступку иницираном жалбом против првостепене пресуде.

Из изложеног се могу извући одређени закључци. Прво, може се констатовати да је становиште о важењу забране преиначења на горе само под условом да се у поступку по жалби изјављеној само у корист окривљеног чињенично стање не измени на штету окривљеног, неприхватљиво. То би значило да изјављујући правни лек којим би побијао чињенично стање окривљени не би био сигуран да против њега не би могла бити донета неповољнија одлука. Напротив, та могућност је реална. Прихватањем овог становишта радикално би се сузио домашјај забране преиначења на горе, чиме би се дезавуисао *ratio legis* ове установе.

Компромисно становиште изложено у овом раду, на први поглед изгледа убедљиво. Међутим, аргументовано побијање овог гледишта нас усмерава на прихватање става о максималном обиму примене забране *reformatio in peius*.⁸ Забрана *reformatio in peius* се мора односити и на могућност утврђивања друкчијег чињеничног стања у поступку по жалби изјављеној само у корист окривљеног. Чињенично стање представља основ пресуде. Следствено томе, свака промена чињеничног стања одражава се и

⁶ Б. Петрић, „Идентитет оптужбе и пресуде у кривичном поступку“у, Правни живот, 1980, бр. 6-7, стр. 349; Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, 1981, стр. 582-586.

⁷ Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж 1 По 25/15 од 25. 02. 2015. године

⁸ М. Грубиша, „Забрана *reformatio in peius* и чињенично стање у кривичном поступку“, *Наша законитост*, 1961, бр. 9-10, 430.

на судбину донете пресуде. Забрана *reformatio in peius* има смисла једино ако се односи и на чињенично стање утврђено у првостепеној пресуди. Она мора да отклони сваку бојазан од неповољног исхода правног лека изјављеног само у корист окривљеног. Због тога *de lege ferenda* треба приступити доградњи ове установе. Наиме, формулација законске одредбе (чл. 453. ЗКП) мора бити измењена, како не би стварала простор за рестриктивно тумачење обима примене забране *reformatio in peius*. Из формулације законске одредбе мора бити јасно видљиво да се забрана *reformatio in peius* не односи само на правну квалификацију и одлуку о казни.

2.3. Дејство забране *reformatio in peius*

Забраном *reformatio in peius* окривљени добија сигурност да неће трпети штетне последице због изјављивања правног лека само у његову корист. Око тога у теорији кривичног процесног права нема спора. Независно од гледишта о обиму примене ове установе, питање дејства забране *reformatio in peius* добија на значају. Наиме, питање је да ли забрана преиначења на горе представља трајну благодет окривљеног, или се она може накнадно анулирати. Већински је став доктрине да забрана *reformatio in peius* има апсолутно дејство. То значи да ова забрана важи до правноснажности пресуде, дакле до окончања кривичног поступка иницираног изјављивањем правног лека у корист окривљеног. Доследна примена забране преиначења на горе резултира њеним важењем и по изјављивању правног лека против пресуде донете на поновном претресу, по укидању првостепене пресуде.

Поборници изложеног гледишта да ова забрана важи до правноснажности пресуде, уједно и дају одговор на питање, до ког момента траје забрана преиначења на горе.⁹ Међутим, опстајање на позицијама конзистентности регулативе установе забране *reformatio in peius* укључује и проширење њеног дејства и на поступак инициран ванредним правним лековима. У том би случају ова забрана заиста представљала трајну гаранцију окривљеном да сопственом делатношћу не може погоршати свој положај у кривичном поступку. То значи да се подношењем захтева за понављање кривичног поступка нове чињенице и докази не би могли користити, ако би из њих могла проистећи одлука неповољнија по

⁹ М. Перовић, *op. cit.*, 266.

окривљеног. У противном би тужилац у поступку по жалби изјављеној само у корист окривљеног могао прећутати неке чињенице, које би касније искористио као "нове" ради тражења понављања кривичног поступка, чиме би се изиграла забрана *reformatio in peius*.

Слична је ситуација и у погледу захтева за заштиту законитости. Ако се повреда закона није могла отклонити у поступку по жалби (због деловања забране преиначења на горе), то се неће моћи постићи ни у поступку по захтеву за заштиту законитости поднетом на штету окривљеног (осуђеног), јер се у тој ситуацији може донети само декларативна пресуда (чл. 423. ст. 3. ЗКП-а).

Оживотворењем залагања за промену физиономије захтева за понављање кривичног поступка, забрана *reformatio in peius de facto* представља трајну гаранцију окривљеном. Наиме, према одредбама Законика о кривичном поступку, захтев за понављање кривичног поступка може бити поднет само у корист окривљеног (осуђеног). Тиме је отпала могућност да се одлуком у поступку поводом захтева за понављање кривичног поступка анулира дејство забране *reformatio in peius*, која је важила у поступку по жалби.

Забрана *reformatio in peius* се због декларативног карактера пресуде донете по захтеву за заштиту законитости поднетог на штету окривљеног не може ануларати ни у поступку иницираном овим правним леком.

3. ПРОЦЕСНЕ ПОВЛАСТИЦЕ ОКРИВЉЕНОГ У ПОСТУПКУ ПО ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА

Правноснажност судске одлуке не значи да је та одлука трајно непроменљива. Под законом предвиђеним условима окривљени може подношењем ванредних правних лекова побијати и правоснажне пресуде. Систем ванредних правних лекова пружа довољно могућности окривљеном за обеснаживање правоснажних пресуда. Измењени нормативни миље кривичне процедуре очитује се у редукцији броја ванредних правних лекова, али и у измењеној физиономији правног лека упереног на побијање правне основице правоснажне пресуде. Позитивноправни режим ванредних правних лекова, успостављен Закоником о кривичном поступку Србије, укинуо је захтев за испитивање законитости правоснажне пресуде и захтев за ублажавање казне. Осим тога, захтев за заштиту законитости више није ексклузивни правни лек јавног тужиоца највишег ранга, већ га под одређеним условима могу

поднети окривљени (осуђени) и бранилац. Међутим, опстао је став законодавца да се окривљени у поступку иницираном захтевом за заштиту законитости је у повлашћеном положају, који се не може погоршати ни подношењем овог правног лека. Имајући у виду и чињеницу да се захтев за понављање кривичног поступка може поднети искључиво у корист окривљеног, тиме је *de facto* отпала свака могућност да се у поступку иницираном ванредним правним лековима погорша положај окривљеног, што представља вид фаворизовања процесне позиције ове кривичнопроцесне странке.

3.1. Повлашћени положај окривљеног у поступку поводом захтева за понављање кривичног поступка

Захтев за понављање кривичног поступка је ванредни правни лек који је усмерен на побијање чињеничне основице правноснажне пресуде. Овај ванредни правни лек овлашћена лица могу поднети уколико нове чињенице и нови докази указују да је чињенично стање у правноснажној пресуди погрешно утврђено. У супротном, понављање кривичног поступка није могуће ако се захтев за понављање кривичног поступка темељи на доказном материјалу који представља основ правноснажне пресуде. Наиме, понављање кривичног поступка је могуће само на основу новог доказног материјала.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима искључује могућност поновног *суђења* и *кажњавања* истог лица због дела за које је већ био *ослобођен* или *осуђен* правноснажном пресудом, у складу са законом и кривичним поступком сваке земље (чл. 14. ст. 79). Из формулације ове одредбе произлази да се поступак може поновити, али само у *корист окривљеног* (*argumentum a contrario*, ако неко не може бити осуђен и кажњен, може бити ослобођен). Међутим, *Међународни пакт о грађанским и политичким правима* не предвиђа разлоге за понављање кривичног поступка у корист окривљеног.

Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (Протокол бр. 7) онемогућава се поновно суђење и кажњавање у кривичном поступку у надлежности исте државе за дело за које је неко лице већ правноснажно *осуђено* или *ослобођено*, у складу са законом и поступком те државе (чл. 4. ст. 1. Протокола бр. 7). Међутим, могуће је "поновно отварање случаја", ако постоје докази о новим и новооткривеним чињеницама, или ако је у ранијем поступку учињена битна повреда

одредаба, која је могла да утиче на исход поступка (чл. 4. ст. 2. Протокола бр. 7).

Из одредаба Европске конвенције произлази забрана поновног суђења и кажњавања, а не поновног вођења кривичног поступка, што је суштина процесних гаранција, обухваћених начелом *ne bis in idem*. Осим тога, примена овога начела могућа је само ако је окривљени правноснажно ослобођен или осуђен, али не и у случају мериторног окончања поступка пре пресуђења (нпр. непостојање доказа за наставак поступка, застарелост). Реч је о неотклоњивим сметњама, које могу наступити пре судеће фазе поступка, без обзира на форму одлуке (решење о обустави истаге, пресуда којом се оптужба одбија и слично). Европска конвенција сужава домашај начела *ne bis in idem* и допуштањем могућности понављања кривичног поступка и *на штету* окривљеног (за разлику од Међународног пакта и Америчке конвенције-чл. 8. ст. 4). Тиме се не доприноси правној сигурности грађана и остварењу принципа правичности суђења. Примена начела *ne bis in idem* релативизује се и неважењем ове забране за *некривичне поступке* (прекршајни, дисциплински), као и њеним важењем искључиво у *границама јурисдикције једне државе* (тако је Европски суд за људска права, у случају италијанског држављанина коме је суђено у Италији, иако је био коначно осуђен у Швајцарској одлучио да је забрањена двострука угроженост само у односу на дело пресуђено у датој држави).

Могућност понављања кривичног поступка само у корист окривљеног представља капиталну концесију коју је законодавац пружио овој кривичнопроцесној странци. То практично значи да само интереси окривљеног могу представљати повод за релативизацију начелане *bis in idem* подношењем захтева за понављање кривичног поступка. Иначе, према одредби чл. 6. Законика о кривичном поступку забрана понављања кривичног поступка наступа не само по правноснажности пресуда којима је мериторно решено питање основаности кривице окривљеног, већ и по правноснажности решења о обустави кривичног поступка и пресуде којом се оптужба одбија. Овом одредбом наш законодавац проширује опсег примене начела *ne bis in idem* преко обима важења овог института предвиђеног чл. 14. т. 7. Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

Погодност по остваривање одбране окривљеног представља и чињеница да се подношење захтева за понављање кривичног поступка не условљава претходним коришћењем права на жалбу. Право на подношење овог ванредног правног лека има лице које је правноснажном пресудом

оглашено кривим, без обзира да ли је осуђен на казну и независно од тога да ли је казну издржао или се она по неком основу угасила (чл. 471. ЗКП-а). Из ове одредбе произлази да право на подношење захтева за понављање кривичног поступка није везано роком. Ако се има у виду да и брисање осуде или изречени престанак правних последица осуде могу штетно утицати на осуђеног, у том случају се стиче право на подношење захтева за понављање кривичног поступка.¹⁰ Повластицу по окривљеног (осуђеног) представља и законом предвиђена могућност да суд при одлучивању о дозволи понављања кривичног поступка може одложити или прекинути извршење правноснажне пресуде ако, с обзиром на поднете доказе, процени да осуђујућа пресуда може бити анулирана у поновљеном поступку или ако би се урачунавањем већ издржане казне имао пустити на слободу (чл. 477. ст. 5. ЗКП-а).

"Предност одбране" у поступку по захтеву за понављање кривичног поступка остварује се и применом установе *beneficium cohaesionis*, која је предвиђена одредбом чл. 477. ст. 3. Законика о кривичном поступку Србије. Поступајући по овој одредби, суд може донети одлуку о понављању кривичног поступка и против оног саоптуженог који није поднео захтев за понављање кривичног поступка. Поступак се у односу на саоптужене који нису поднели захтев за понављање кривичног поступка *de facto* покреће по службеној дужности, чиме се одступа од факултативног карактера поступка по правним лековима.¹¹

Законом прописани основи за понављање кривичног поступка омогућавају да се отклоне сви кључни чињенични недостаци правноснажне пресуде. Измењеним нормативним миљеом кривичног поступка створене су претпоставке да се понављањем кривичног поступка неутралише и неправилност одлуке о казни. Није реч о незаконитој пресуди, која се иначе може отклонити захтевом за заштиту законитости. Исто тако, понављање кривичног поступка не мора бити мотивисано ни мањкавостима доказног поступка и чињеничног стања заснованог на изведеним и оцењеним доказима. Наиме, основ за понављање кривичног поступка могу бити нове чињенице и докази (које нису постојале у време доношења пресуде или се за њих није знало), који би довели до блаже кривичне санкције. Реч је једном од основа за понављање кривичног поступка (члан 473. став 1. тачка 6. ЗКП-а).

¹⁰ С. Бејатовић, Д. Радуловић, „Законик о кривичном поступку, са објашњењима, упутствима за практичну примену и регистром појмова“, Београд, 2002, 272.

¹¹ М. Стефановић, *op.cit.*, 162.

За отклањање неправилности судске одлуке засноване на законито и правилно утврђеном чињеничном стању према вишедеценијском приступу законодавца користио се захтев за ванредно ублажавање казне. Циљ поднетог правног лека био је да се постигне блажа осуда у границама одређеним кривичним законом, и то због околности које су настале после изрицања пресуде или за које суд није знао приликом одмеравања казне. На крају, околности на које се овлашћено лице позива морају бити такве да очигледно могу довести до блаже осуде. У компаративном законодавству захтев за ванредно ублажавање казне и даље егзистира као ванредни правни лек који се подноси због неправилности казне изречене правноснажном пресудом (на пример, ЗКП Црне Горе-чл. 433).

У прилог постојања захтева за ванредно ублажавање казне истиче се да се неправилна одлука о казни не уклапа у природу захтева за понављање кривичног поступка. Стога се не може основ за подношење самосталног ванредног правног лека једноставно припојити основима за понављање кривичног поступка.¹² Осим тога, неправилност одлуке о казни могла се отклањати ванредним правним леком о којем је одлучивао Врховни суд, а постојећим законским решењем та мањкавост правноснажне пресуде отклања се пред судом који је донео правноснажну пресуду. То може довести до неуједначене примене права.

Привилеговани положај осуђеног (окривљеног) у поступку иницираном захтевом за понављање кривичног поступка се огледа и у могућности понављања кривичног поступка лицу осуђеном у одсуству (чл. 479. ЗКП-а). Лице осуђено у одсуству стиче право на понављање кривичног поступка, ако у року од шест месеци од наступања могућности за суђење у његовом присуству поднесе захтев за понављање кривичног поступка. Реч је о тзв. посебном случају понављања кривичног поступка, за чије одобрење није потребно испуњење општих услова за понављање кривичног поступка. Преимућство овог вида понављања кривичног поступка огледа се у томе што изношење нових чињеница и доказа није услов за одобрење понављања кривичног поступка. Осим тога, овај вид понављања је могућ и ако пресуда донета у одсуству окривљеног није постала правноснажна.

¹² М. Грубач, „Ванредно ублажавање казне-укинути или реформисати“, Зборник радова са научног скупа са међународним учешћем „Право и друштвена стварност“, Косовска Митровица, 2014, 196.

3.2. Процесне повластице окривљеног у поступку по захтеву за заштиту законитости

Захтев за заштиту законитости је ванредни правни лек усмерен на побијање *правне основице* правноснажне пресуде. Овим ванредним правним леком побијају се повреде закона и поступка који је претходно доношењу правноснажне пресуде. Реч је, дакле, о кључном правном инструменту за неутралисање правних недостатака правноснажне пресуде.

Иницирање преиспитивања правне утемељености правноснажне пресуде, као уосталом и могућност преиспитивања чињеничне заснованости правноснажне пресуде, представља релативизацију принципа пресуђене ствари. Дакле, дозвољава се могућност „поновног отварања случаја“ окончаног правноснажном пресудом због правних мањкавости на којима је судска одлука заснована. Упориште за ову могућност представља и јуриспруденција Европског суда за људска права.¹³

Захтев за заштиту законитости може се поднети против свих правноснажних пресуда, осим пресуде Врховног касационог суда донете у претходно вођеном поступку по захтеву за заштиту законитости. Међутим, став судске праксе највише инстанце, али и Републичког јавног тужилаштва Србије јесте да се овај ванредни правни лек не може изјавити против процесних одлука. Сходно томе, предмет побијања овим ванредним правним леком не може бити одлука суда правног лека о укидању првостепене пресуде и враћање предмета првостепеном суду на поновно одлучивање.¹⁴ Ово становиште, консеквентно тумачено, искључује могућност подношења захтева за заштиту законитости против свих наредби (првенствено оних донетих од јавног тужиоца у предсудећем стадијуму поступка). То одступа од законске формулације која дозвољава могућност подношења захтева за заштиту законитости против свих одлука (не искључиво пресуда).

Одредбом чл. 486. ст. 2. Законика о кривичном поступку прецизира се да ће Врховни Касациони суд имати обавезу одлучивања по захтеву за заштиту законитости поднетом због повреде закона само ако је реч о питању „од значаја за правилну и уједначену примену права“. Дакле, будући да одлуке донете поводом овог ванредног правног лека имају конститутивно дејство само ако је лек поднет у корист осуђеног, Врховни касациони суд може, позивајући се на одсуство значаја за правилну и

¹³ Пресуда у случају Сејдовић против Италије, Апликација бр. 56581, пар. 126.

¹⁴ Пресуда Врховног касационог суда Србије, Кзз бр. 9/11, Од 28. 12. 2011. године

уједначену примену права, опструирати доношење одлуке у корист осуђеног! Ова могућност, осим тога, директно противречи уставној одредби о обавези заснивања судских одлука на закону (чл. 145. ст. 2).¹⁵

Позитивноправни режим захтева за заштиту законитости, за разлику од ранијих законских решења, револуционарно мења физиономију овог правног лека. Наиме, јавни тужилац највишег ранга губи ексклузивитет на подношење захтева за заштиту законитости. Осим Републичког јавног тужиоца, овај правни лек може поднети и осуђени (окривљени) и његов бранилац. Очигледно је да је законодавац на ова начин надоместио повреду начела једнакости оружја, насталу укидањем ванредног правног лека захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде. Не види се оправдани разлог за елиминисање овог ванредног правног лека из нашег законодавства, са последицом у виду драстичне промене физиономије захтева за заштиту законитости.

Условљавање могућности подношења захтева за заштиту законитости осуђеног искључиво преко браниоца у знатној мери потиरे преферинцијални статус овог субјекта у поступку преиспитивања правне основице правноснажне пресуде. Немогућност самосталног подношења захтева за заштиту законитости од осуђеног ограничава право на приступ суду овог субјекта, као конституенса права на правично суђење. Право на приступ суду, саобразно чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, не ограничава се само на првостепени поступак. То јасно произилази из одговарајућих одлука Европског суда за људска права. Осим тога, ово условљавање конституише још један случај обавезне одбране, иако законска одредба о обавезности одбране не предвиђа ову околност као услов који твори обавезност одбране.¹⁶

Процесни положај окривљеног у поступку по захтеву за заштиту законитости зависи и од основа за подношење овог ванредног правног лека. Основи за подношење овог правног лека (чл. 485. ЗКП-а) јесу: а) ако је правноснажном одлуком или у поступку који је претходио њеном доношењу повређена одредба кривичног поступка или ако је на чињенично стање утврђено у правноснажној одлуци погрешно примењен закон; б) уколико је примењен закон који је одлуком Уставног суда утврђено да није

¹⁵ С. Бркић, „Неусклађеност Законика о кривичном поступку из 2011. године са другим прописима“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3 из 2014, 177.

¹⁶ Т. Бугарски, „Захтев за заштиту законитости“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2016, бр. 1, 94.

у сагласности са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима; в) ако је повређено или ускраћено људско право и слобода окривљеног или другог учесника у кривичном поступку које је зајемчено Уставом или Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и додатним протоколима, а то је утврђено одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права.

Условљеност подношења захтева за заштиту законитости искључиво преко браниоца, али и таксативно набројане повреде закона и поступка које могу бити побијане овим правним леком, ограничавају пун опсег права окривљеног у овом поступку. С друге стране, остали, по први пут прописани основи, проширују хоризонте основних слобода и права окривљеног. Релевантност одлука Уставног суда и Европског суда за људска права за законитост правноснажне пресуде подразумева да су ови судови констатују кршење законских норми материјалноправне или процесноправне природе и укидају правноснажне пресуде. Поставља се питање, да ли повреда права на правично суђење, али без утврђене повреде закона, може исходавати анулирање правноснажне пресуде. Уставни суд би могао констатовати повреду права на правично суђење, а да притом не констатује повреду закона. Потребно је имати у виду да повреда закона не мора нужно подразумевати повреду права на правично суђење и обрнуто.¹⁷

Кључна процесна повластица окривљеног (осуђеног) у поступку по захтеву за заштиту законитости огледа се у изостанку доношења конститутивне одлуке у поступку иницираном правним леком поднетим на штету осуђеног. Наиме преимућство окривљеног у поступку иницираном захтевом за заштиту законитости огледа се у томе да се овај поступак кад је покренут на штету окривљеног може окончати само декларативном пресудом. Практично, у случају да је захтев за заштиту законитости поднет на штету окривљеног, надлежни суд може само констатовати повреду закона. Декларативна пресуда се може донети и ако је захтев за заштиту законитости поднет у корист окривљеног, али је повреда није произвела штетне последице по окривљеног.

¹⁷¹⁷ Пресуда Европског суда у поступку Гефген против Немачке, Представка бр. 22978/05, Људска права у Европи, Правни билтен, бр. 103/2008, 11.

4. ЗАКЉУЧАК

Систем правних лекова предвиђен Законом о кривичном поступку пружа оптималне услове за оживотворење правила којима се остварује повлашћено положај окривљеног у поступку преиспитивања чињеничне и правне утемељености пресуда. Преимућства окривљеног у поступку по жалби, предвиђена Законом о кривичном поступку, представљају основ за остварење прокламованог фаворизовања окривљеног.

У поступку поводом ванредних правних лекова створене су институционалне претпоставке за остваривање одређених процесних повластица окривљеног (осуђеног). Иако међународноправни документи из области заштите људских права не прописују могућност понављања кривичног поступка искључиво у корист осуђеног (окривљеног), позитивно право омогућава иницирање преиспитивање чињеничне основице правноснажне пресуде само у корист осуђеног (окривљеног). Исто тако, побијање правне основице правноснажне пресуде могуће је искључиво у смеру повољном по осуђеног.

ЛИТЕРАТУРА:

Бејатовић С., Радловић Д., Законик о кривичном поступку, са објашњењима, упутствима за практичну примену и регистром појмова, Београд, 2002;

Бркић С., Неусклађеност Законика о кривичном поступку из 2011. године са другим прописима, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2014, бр. 3;

Васиљевић Т., Систем кривичног процесног права СФР, 1981;

Грубач М., Ванредно ублажавање казне-укинути или реформисати, Зборник радова са научног скупа са међународним учешћем „Право и друштвена стварност“, Косовска Митровица, 2014;

Грубиша М., Забрана *reformatio in reus* и чињенично стање у кривичном поступку, Наша законитост, 1961, бр. 9-10;

Marty M. D. and Spencer J. R., *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2002;

Законик о кривичном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 72/2011 и 101/2011);

Петрухин Л. И, Михаййщловская Б. И, Уголовно-процессуальное право Российской федерации, Институт государства и права Российской академии наук, Москва, 2011;

Стефановић М., Повластице окривљеног у кривичном поступку, Београд, 1978;

Thaman C. Stephen, *Comparative Criminal Procedure-a casebook approach*, Carolina Akademic Press, Durhan, Nort Carolina, 2008.

Saša KNEŽEVIĆ, Ph.D

Full-time Professor, Law Faculty, University in Niš

PROCEDURAL PRIVILEGES OF THE DEFENDANT IN THE LEGAL REMEDIES PROCEDURE

Summary

By lodging an appeal, the defendant is given the opportunity to initiate a review of the factual and legal grounds of the trial court judgment. The legality and regularity of court decisions depends on the equal position of parties in criminal proceedings, both in the first-instance criminal procedure and in the procedure on appeal. The prohibition of *reformatio in peius* (the prohibition of increasing the punishment at the detriment of the defendant) is one of the procedural concessions that the legislator has afforded to the defendant. It ensures the procedural equality of the defendant in the procedure for legal remedies. It prevents the deterioration of the defendant's procedural position in the procedure which is initiated in case a legal remedy is declared only in favor of the defendant. The possibility of repeating the criminal proceedings in case the legal remedy is lodged only in favor of the defendant is a major concession granted to the defendant by the legislator. The key procedural privilege of the defendant (convicted person) in the procedure on the request for protection of legality is reflected in the absence of a constitutive decision in the procedure initiated by a legal remedy filed at the detriment of the convicted person.

Key words: defendant, procedural privileges; legal remedies; prohibition of increasing the punishment at the detriment of the defendant.

прегледни рад
примљен: 26. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 28. 04. 2021. г.
343.85.:343.575(497.11)

Др Жељко НИКАЧ*
Др Божидар ФОРЦА*

КРИВИЧНО-ПРАВНИ И КРИМИНАЛИСТИЧКИ АСПЕКТИ БОРБЕ ПРОТИВ ИЛЕГАЛНЕ ПРОИЗВОДЊЕ И ПРОДАЈЕ ОПОЈНИХ ДРОГА У СРБИЈИ¹

Апстракт

У реферату се разматра проблематика борбе против илегалне производње и продаје опојних дрога у Републици Србији, која данас представља један од најопаснијих облика организованог криминала. У првом делу је изложен легислативни оквир и дат је осврт на важније међународне правне изворе, те изложени национални правни извори и посебно норме актуелног кривичног законодавства. Криминалистички оперативни аспект борбе против илегалне производње и продаје опојних дрога полази од мултиагенцијског приступа и сарадње правосудних органа и агенција за примену закона у Србији. Међу овим субјектима по значају се истичу МУП – Дирекција полиције УКП - специјализована одељења за сузбијање наркоманије, НКТЦ, УГП и БИА, као и посебна одељења судова и тужилаштва за борбу против организованог криминала. На међународном плану најважнији су полицијска и кривично-правна сарадња у овој и другим областима борбе против организованог криминала. У завршном делу је указано на потребу хармонизације норми нашег националног законодавства са легислативом, судском праксом и

* Редовни професор, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд, zeljko.nikac@kpu.edu.rs

* Редовни професор, Факултет за пословне студије и право, Универзитет „Унион-Никола Тесла“, Београд, bozidar.forca@fpp.edu.rs

¹ Реферат је резултат рада на пројектима Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција бр.179045 и Иновирање форензичких метода и њихова примена бр. 34019, које подржава МПНТР РС.

стандардима ЕУ, као и на потребу продубљивања сарадње са специјализованим агенцијама ОУН и ЕУ.

Кључне речи: опојне дроге, илегална производња и трговина, сарадња, Србија и ЕУ.

1. УВОД

Нелегална производња и продаја опојних дрога је неспорно прворазредни проблем савременог света и данас представља један од најопаснијих облика организованог криминала, као и генератор тешких облика криминала и главни извор финансирања терористичких група и њихових акција. Последице илегалне производње и трговине опојних дрога су посебно трагичне у случају младих људи који су нажалост главни конзументи, док је велики број њих зависан од опојних дрога. Као домино ефекат злоупотребе наркотика долази до тешких последица по породице зависника, људе у њиховом ширем окружењу и заједницу.

Друштвена реакција на овај свакако најштетнији облик организованог криминала је почела најпре у најразвијенијим државама света, које су се прве сусреле са овим проблемом у масовном облику. На националном плану државе су најпре поштриле кривично законодавство, док су на међународном плану покренуле сарадњу преко ех Друштва народа, затим ОУН и специјализованих организација. У том смислу усвојено је више значајних међународних докумената, декларација и конвенција којима су се државе потписнице обавезале да ће исте ратификовати, затим хармонизовати национално законодавство и афирмисати међународну сарадњу у борби против илегалне производње и трговине опојних дрога.

На основу новела националног законодавства државе су основале специјализоване органе и организације за сузбијање свих видова злоупотреба дрога, те почеле са применом специјалних истражних техника и метода за откривање кривичних дела и извршилаца организованог криминала. Поред ових активности, већина држава је усвојила мере социјалне и медицинске помоћи зависника, подршке жртвама и њиховим породицама.

Република Србија је потписала и ратификовала бројне међународне конвенције које третирају проблеме злоупотребе дрога, хармонизовала национално кривично законодавство и развила добру судску праксу у овој

области. У оквиру актуелног КЗ РС предвиђено је више кривичних дела којима се третира проблематика илегалне производње и трговине опојних дрога, као и усвојене су новеле процесног законодавства (ЗКП) од значаја за примену специјалних истражних техника и мера, а донет је посебан закон познат по колоквијалном интернационалном називу Анти мафија акт (ЗОНДОСОКТК – Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције). На основу овог закона формиране су специјализоване линије рада у полицији (УКП - СБПОК), тужилаштву (ТОК-Тужилаштво за организовани криминал), у суду (посебна судска одељења за организовани криминал), као и служба за извршење кривичних санкција (специјална притворска јединица – „Алкатраз“).

У сузбијању илегалне производње и трговине опојних дрога на националном плану је примењен мултиагенцијски приступ који обухвата сарадњу агенција из обавештајно-безбедносне заједнице, судова, тужилаштва и других комплементарних субјеката. На међународном плану је појачана међународна кривично-правна и полицијска сарадња на мултилатералном, регионалном и билатералном нивоу. Свест о тешким последицама илегалне производње и трговине опојних наркотика и антикриминална солидарност држава су данас изнад свих политичких разлика, правног система и других потенцијалних препрека. Наша земља је истакла и апликацију за пријем у ЕУ те сходно томе има и допунске обавезе у погледу хармонизације норми, оснажења националних субјеката и развијања добре праксе у овој области.

2. ПОЈАМ И КЛАСИФИКАЦИЈА ОПОЈНИХ ДРОГА

Опојне дроге су познате у историји људске цивилизације од најранијих дана и коришћене су ради лечења, исхране, обављања религиозних обреда и личних побуда. Данас се опојне дроге користе пре свега из медицинских разлога ради лечења и личног задовољства конзументата, међу којима предњаче опијум, канабис и кокаин.

Појам опојних дрога је различито одређен у криминолошкој и медицинској доктрини, као и криминалистичкој пракси. Дуго је постојала термилошка збрка коришћењем различитих термина као што је израз наркоманија који је данас у литератури запостављен. У фармакологији је познат термин наркотици који означава супстанце које имају опојна својства. У употреби је доста присутан и појам анестетици као средства

која доводе до наркозе, док наркотици обухватају различите опијате као што су опијум, хероин, морфијум, метадон и др.²

За потребе овог рада прихваћен је традиционални појам опојних дрога сходно Конвенцији УН о психотропним супстанцама према којој су у питању супстанце или материје које имају психоактивни ефект и утичу на промену стања свести, мишљење, запажање, расположење и понашање, а које при продуженом узимању могу довести до стања зависности и због тога стварају здравствене и социјалне проблеме.³

У нашем законодавству је прихваћена наведена дефиниција одредница, па се у чл. 3. Закона о психотропним контролисаним супстанцама под опојним дрогама подразумева „свака супстанца биолошког, односно синтетичког порекла која се налази на Списку у складу са Јединственом конвенцијом о опојним дрогама.“⁴

Класификација опојних дрога је такође различита у доктрини и пракси, а пре свега зависно од критеријума поделе и других параметара. Проблем класификације је посебно отежан ако се има у виду да наркотици обухватају супстанце природног или синтетичког порекла, које пак имају различита својства и изазивају различите ефекте на људско тело. Једну од првих класификација је дао немачки фармацеут Левин чија је подела опојних дрога била заснована пре свега на природним лековима.⁵ Критеријуми за класификацију опојних дрога су различити: порекло, употреба у медицини, статус, доступност, хемијска структура, биохемијски и физиолошки ефекти, врста утицаја на понашање људи, начин употребе.

Према пореклу опојне дроге су природне и вештачке (синтетичке, полусинтетичке). У природне спадају опијум и његови деривати (морфијум и хероин), канабис (марихуана, хашиш, хашишово уље), биљка кока и деривати (кокаин) док у вештачке спадају депресанти (барбитурати), стимуланти (амфетамини) и халуциногене дроге (ЛСД).⁶ У погледу употребљивости у медицини наводи се да наркотици поседују велику, средњу, малу и без терапијску вредност. Кад се као критеријум узме

² Више: L. A. Goodman & A. Gilman, *The Pharmacologic Basis of Therapeutics*. New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 1975.

³ Закон о ратификацији Конвенције УН о психотропним супстанцама, ”Службени лист СФРЈ” бр. 40/73.

⁴ Закон о ратификацији Јединствене конвенције о опојним дрогама, ”Службени лист СФРЈ” бр. 02/64.

⁵ Више: L. Lewin, *Phantastica - Narcotic and Stimulating Drugs: Their Use and Abuse*, New York: E. P. Dutton & Co., reprint 1964.

⁶ Више: R. Lingeman *Drugs from A to Z: Dictionary*, McGraw-Hill, Jan 1, 1974.

правни статус наркотика, подела је на легалне (дозвољене) и илегалне (забрањене) дроге. Са становишта доступности опојне дроге се могу поделити на оне које се могу набавити у апотекама, затим под посебним режимом рецепата и набављене на илегалном тржишту. Према степену зависности опојне дроге могу бити тешке и лаке. Тешке дроге обухватају супстанце које производе јаку физичку и психичку зависност, док лаке дроге изазивају благу психичку зависност или је не изазивају. Према фармаколошким елементима дроге се деле на: 1) наркотице, 2) психостимулаторе, 3) психодепресоре 4) халуциногене.⁷

У пракси је најприсутнија традиционална подела дрога на стимулативне, депресорне и халуциногене. У стимулативне дроге спадају кокаин, кафеин, никотин и синтетичке дроге и они повећавајући будност, енергију и узбуђење. Депресоре чине опијати (наркотици) и седативи (барбитурати, транкилизери) који доводе до смирења, ублажавања болова и поспаности. Синтетичке дроге обухватају канабис, ЛСД и мескалин који доводе до дезорганизовања мисли, поремећаје опажања и дају снажне комбиноване ефекте (стимулативи и депресори).⁸

Према чл. 2. Закона о психоактивним контролисаним супстанцама у питању су супстанце које се налазе на официјелном Списку психоактивних контролисаних супстанци: а) опојне дроге, односно наркотици, б) психотропне супстанце, в) производи биолошког порекла који имају психоактивно дејство и г) друге психоактивне контролисане супстанце.⁹

3. НОРМАТИВНО-ПРАВНИ ОКВИР ЗА СУЗБИЈАЊЕ ИЛЕГАЛНЕ ПРОИЗВОДЊЕ И ТРГОВИНЕ ОПОЈНИХ ДРОГА

Нормативно-правни оквир за сузбијање илегалне производње и трговине опојних дрога обухвата правне норме које су део међународног права и националне легислативе. У питању су пре свега норме међународног права које су усвојене у оквиру појединих међународних конвенција, резолуција, декларација и других докумената у овој области, а на националном плану се углавном ради о нормама казненог законодавства.

⁷ Д. Радуловић Питања дефинисања и класификације зависности и злоупотреба дрога, Социологија бр. 03/03, Београд, 2003, 8-12.

⁸ Више: Y. Pélicier, G. Thuillier, La drogue, PUF, Paris 1972, reprint.

⁹ Закон о психоактивним контролисаним супстанцама, "Службени гласник РС" бр. 99/10 и 57/18.

3.1. Међународни правни извори

Међународна заједница је још пре два века указала на реалну опасност од опојних дрога, њихове илегалне производње и трговине. Према расположивим историјско-правним изворима још на почетку XIX века је формирана позната Шангајска опијумска комисија која се бавила проблематиком производње, промета и конзумирања опијума. Према тадашњим подацима, укупна производња опијума у свету за 1906-1907 је била 40.600 тона. У циљу контроле производње и промета опијума усвојено је више конвенција и декларација, што се односило на медицинске и научно-истраживачке потребе.¹⁰ Потом је донета позната Женевска конвенција о опијуму (1925) у којој су дате прве систематичне класификације опојних дрога, затим предвиђена интерна контрола сировог опијума, усвојена решења која се односе на индијску конопљу, забрану извоза смоле и др.¹¹

У периоду између два светска рата усвојена је и Конвенција о ограничењу производње и регулисању дистрибуције опојних дрога (1931) која је третирала питања сузбијања злоупотребе опојних дрога, њихове класификације у две групе и више подгрупа, а урађене су процене дрога у научне и медицинске сврхе и ограничења производње на годишњем нивоу. Државе потписнице су се обавезале да решења из конвенције уграде у национално законодавство, затим на праћење и контролу производње и трговине опојним дрогама, као и да организују борбу против наркоманије.¹²

¹⁰ The Shanghai Opium Commission, 1909, <http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/this-day-in-history-the-shanghai-opium-commission-1909.html>, (09.04.2021)

¹¹ International Convention, Adopted by the Second Opium Conference (League of Nations), and Protocol relating thereto. Signed at Geneva, February 19, 1925 [1928]. UN Treaty Collection Chapter VI. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-6-a&chapter=6&clang=en (09.04.2021)

Краљевина СХС је ратификовала конвенцију, Закон о Конвенцији о опијуму, "Службене новине Краљевине СХС" бр. 225/1929.

¹² Convention for Limiting the Manufacture and Regulating the Distribution of Narcotic Drugs, and Protocol of Signature (*Geneva, 13 July 1931*). Entry into force generally: 9 July 1933. Конвенцију је ратификовала ФНРЈ као и каснији Протокол из САД, Закон о ратификацији, "Службени лист ФНРЈ" бр. 41/1949. Protocol Bringing under International Control Drugs Outside the Scope of the Convention of 13.07.1931. for Limiting the Manufacture and Regulating the Distribution of Narcotic Drugs, as amended by the Protocol signed at Lake Success, New York, on 11.12.1946. (Paris, 19.11.1948).

Даље је усвојена Конвенција о сузбијању нелегалног промета опасним дрогама (1936)¹³ којим се прописује обавеза увођења казни за незакониту трговину, производњу, припрему, поседовање, куповину, испоруку, посредовање, нуђење, транспорт, увоз и извоз опојних дрога супротно одредбама међународних конвенција.¹⁴ Државе потписнице су се обвезале да у националном законодавству санкционишу гајење, скупљање и обраду биљака ради производње опојних дрога, конфискацију опојних дрога, других супстанци и предмета за извршење кривичних дела. Државе су посебно нагласиле прихватање начела екстериторијалности за извршиоце кривичних дела злоупотреба опојних дрога.

Након II светског рата уследио је нагли индустријски развој и техничко-технолошки напредак држава, али је нажалост дошло до пораста криминала и посебно илегалне производње и трговине опојних дрога. На међународном плану је настављена легислативна активност и под окриљем ОУН и специјализованих организација усвојени следећи важнији међународни документи: а) Протокол УН из Њујорка (1946, пренос надлежности са Друштва народа),¹⁵ б) Протокол УН из Париза (1948, новеле у инкриминацији злоупотреба опојних дрога),¹⁶ в) Протокол о ограничавању и регулисању узгоја мака, производње, међународне и велетрговине и употребе опијума (1953, дозвола за производњу, употребу и трговину опијумом у државама производње, у медицинске и научне сврхе),¹⁷ г) Јединствена конвенција о опојним дрогама (1961)¹⁸ са

¹³ Convention of 1936 for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs Geneva, 26. June 1936. 2–5.

¹⁴ М. Ковачевић, *Сузбијање злоупотребе опојних дрога*, Правни живот бр. 10/09, Удружење правника Србије, Београд, 2009, 710.

¹⁵ Protocol amending the Agreements, Conventions and Protocols on Narcotic Drugs, concluded at The Hague on 23.01.1912, at Geneva on 11.02.1925 and 19.02.1925, and 13.07.1931, at Bangkok on 27.11.1931. and at Geneva on 26.06.1936. Lake Success, New York, 11.12.1946. Шире: Грађа међународног јавног права (група аутора).

¹⁶ Protocol Bringing under International Control Drugs Outside the Scope of the Convention of 13.07.1931. for Limiting the Manufacture and Regulating the Distribution of Narcotic Drugs, as amended by the Protocol signed at Lake Success, New York, on 11.12.1946. Paris, 19.11.1948.

¹⁷ Protocol for Limiting and Regulating the Cultivation of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and use of Opium, New York, 23.06.1953.

¹⁸ Single Convention on Narcotic Drugs, 1961. New York, 30. 03.1961.

Конвенција такође предвиђа више табеле опојних дрога и препарата, мере надзора и инспекције лиценцираних произвођача и трговаца, усклађивање мера превенције и репресије, развој међусобне сарадње, прописивање посебних кривичних дела и едукацију кадрова.

Протоколом о изменама и допунама конвенције (1972, смањење броја међународних органа за контролу опојних дрога, међународна сарадња и координација мера),¹⁹ д) УН Конвенција о психотропним супстанцама (1971, уведене табеле психотропних супстанци, предвиђене строже мере у циљу сузбијања злоупотреба, борбе против недозвољене трговине и спровођење контроле, међународна сарадња држава и одузимање имовине стечене криминалом).²⁰

Посебно значајна је Конвенција УН против илегалног промета опојним дрогама и психотропним супстанцама (1988),²¹ која је донета у условима енормног раста илегалне производње и промета опојних дрога, деловања организованих криминалних група, угрожавања националне и међународне безбедности, финансирања тероризма. Конвенцију је такође потписала и ратификовала некадашња СФРЈ.²² Конвенција, поред осталог, предвиђа значајну међународну сарадња држава и специјализованих организација у борби против илегалне производње и трговине опојних дрога.²³ Државе потписнице су се обавезале да у национално кривично законодавство уграде инкриминације радњи које се односе на злоупотребу дрога и психотропних супстанци (производња, прерада, екстракција, припрема, понуда, дистрибуција, продаја, испорука, посредовање, слање, транзит, увоз или извоз).²⁴ Истичемо и увођење дужег рока застарелости ових дела, обавезну заплену и конфискацију, коришћење података из банкарских, финансијских и комерцијалних евиденција, олакшање екстрадиције и развијања свих облика међународне сарадње (пр. заједнички истражни тимови, контролисане испоруке).

¹⁹ Protocol amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961. Geneva, 25.03.1972.

СФРЈ је ратификовала Конвенцију 1964. г. и преузела обавезу имплементације у национално законодавство. Уредба о ратификацији Јединствене конвенције о опојним дрогама 1961, "Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми" бр. 02/64.

²⁰ UN Convention on psychotropic substances, Vienna, 21. 02.1971. (including Final Act and Resolutions, as agreed by the 1971 UN Conference for the Adoption of a Protocol on Psychotropic Substances, and the Schedules annexed to the Convention).

²¹ UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. Vienna, 20.12.1988.

²² Закон о ратификацији Конвенције УН против незаконитог промета опојним дрогама и психотропних супстанци, "Службени лист СФРЈ – Међународни уговори" бр. 14/90.

²³ Ж. Никач, Међународна полицијска сарадња, КПА, Београд, 2015, 100-102.

²⁴ Ibid.

3.2. Национални правни извори

Национални правни извори од значаја за борбу против илегалне производње и трговине опојних дрога су пре свега норме кривичног законодавства – материјалног и процесноправног карактера.

Кривични законик (КЗ) је један од најважнијих правних извора који у XXIII глави - Кривична дела против здравља људи, предвиђа три конкретне инкриминације из ове области: неовлашћену производњу и стављање у промет опојних дрога, неовлашћено држање опојних дрога и омогућавање уживања опојних дрога.²⁵ Систематизација ових кривичних дела је извршена по узору на кривично законодавство држава ЕУ, у циљу хармонизације националног законодавства.

Неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (чл. 246) обухвата више инкриминисаних радњи као што су: неовлашћена производња, прерада, продаја, понуда или куповина ради даље продаје, држање, пренос или посредовање, куповина или на други начин неовлашћено стављање у промет супстанци или препарата који су проглашени за дроге. За основни облик овог кривичног дела предвиђена је казна затвора од 3 до 12 година. Затвором од 6 месеци до 5 година казниће се лице које неовлашћено узгаја мак, психоактивну конопљу или друге биљке из којих се добија опојна дрога или које садрже опојну дрогу (ст. 2).²⁶

Први квалификовани облик односи се на извршење дела од стране групе кад извршилац организује мрежу препродаваца или посредника, а предвиђа се казна затвора од 5 до 15 година. Други облик обухвата извршење дела од стране организоване криминалне групе, за који је прописана казна затвора од минимум 10 година. Предвиђена је као факултативна могућност ослобођења од казне (ст. 5) у случају да извршилац дела открије добављача опојне дроге. Затвором од 6 месеци до 5 година казниће се лице које неовлашћено прави, набавља, поседује или даје на употребу опрему, материјал или супстанце за које зна да су намењене за производњу опојних дрога, док ће се наркотици и средства за производњу и прераду обавезно одузети.²⁷

²⁵ Кривични законик (КЗ), "Службени гласник РС" бр. 85/05, 88/05-успр., 107/05-испр, 72/09, 111/09, 121/12, 104/14, 108/14, 94/16 и 35/19.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

Неовлашћено држање опојних дрога (чл. 246а) је кривично дело чији основни облик предвиђа неовлашћено држање мање количине за сопствену употребу супстанци или препарата који су проглашени за опојне дроге, за који је предвиђена новчана казна или затвор до 3 године а може се и ослободити од казне. И у овом случају је предвиђена факултативна могућност да суд ослободи извршиоца од казне уколико открије добављача опојне дроге. Такође је прописано обавезно одузимање опојне дроге као предмета кривичног дела (ст. 3).²⁸

Поменуто кривично дело је правно дискутабилно због процеса декриминализације поседовања наркотика за личне потребе, као и чињенице да је у неколико држава ЕУ поседовање дрога за личне потребе дозвољено и не представља кривично дело или је прекршај (пр. Хрватска). Посебно је проблематична двострука инкриминација (прекршајна и кривична) која је супротна познатом начелу *ne bis in idem*²⁹ и Протоколу бр. 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.³⁰

Спорно је и питање неовлашћеног држања мање количине опојних дрога, супстанци или препарата намењених за личне потребе. У доктрини и судској пракси је изражена бојазан да лице може да поседује већу количину опојних дрога за личне потребе а не ради продаје, у којем случају нема кривичног дела према КЗ. У вези мање количине наркотика актуелна судска пракса заузима релативно екстензиван став.³¹ У циљу блажег кажњавања целисходно је применити правни институт дела малог значаја³² и размотрити измештање инкриминације у прекршајну сферу (пр. Црна Гора), што је сагласно Оквирној одлуци Савета ЕУ која утврђује елементе кривичних дела и прописаних казни за недозвољену трговину опојним дрогама.³³

²⁸ Више у нап. 25.

²⁹ Више: С. Никшић, Прекршајна дјела злоупотребе дрога и учинци након декриминализације казненог дјела посједовања дроге без намјере њезина стављања у промет те остврт на неке аспекте прекршајног закона, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Vol. 21, бр. 2/14, Загреб, 2014, 619-641.

³⁰ https://www.usud.hr/sites/default/files/doc/Protokol_br_7.pdf (10.04.2021)

³¹ Више: Пресуде Апелационог суда у Београду Кж 294/2010 (04.03.2010), Кж 5477/10 (13.09.2011), Кж 6956/10 (22.02.2011), Кж 4719/10 (18.02.2011).

³² В. Делибашић, Поједина спорна питања у вези са опојним дрогама у Кривичном закону, Crimen, бр. 01/14 (V), Београд, 2014, 75–88.

³³ Procedure 2013/0304/COD COM (2013) 618: Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Framework Decision 2004/757/JHA of 25 October 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking,

Омогућавање уживања опојних дрога (чл. 247) је кривично дело којим је предвиђена казну затвора од 6 месеци до 5 година за онога који наводи друго лице на уживање опојне дроге или му даје опојну дрогу да је ужива он или друго лице, или пак стави на располагање просторије ради уживања опојне дроге или на други начин омогући другом лицу да ужива опојну дрогу (ст.1).³⁴

Квалификовани облик постоји у случају ако је дело учињено према малолетном лицу или према више лица, или је изазвало нарочито тешке последице. За овај облик је прописана казна затвора од 2 до 10 година (ст. 2). Предвиђен је и посебно тежак квалификовани облик који постоји ако је услед извршења дела наступила смрт неког лица, где ће се извршилац казнити затвором од 3 до 15 година (ст. 3).³⁵

Као и код претходних кривичних дела, предвиђено је обавезно одузимање опојних дрога.

У пракси постоји дилема око тумачења ситуације када се на пример неком лицу даје стан у најам, а то лице у стану ужива опојне дроге. Мишљења смо да поменути и сличне ситуације треба тумачити рестриктивно и станодавца процесуирати само ако се на несумњив начин може утврдити да је стан (простор) стављен на располагање ради уживања опојних дрога. Слична ситуација постоји у случају злоупотребе коришћења јавних локала јер власник не може знати шта раде гости, као и када здравствени радници омогућавају зависницима претерано уживање опојних дрога који, као вид „лечења“, није познат у медицинској пракси.³⁶

Законик о кривичном поступку (ЗКП) је следећи по важности правни извор у области борбе против криминалитета, јер су њиме предвиђени значајни процесно-правни механизми. Пре свега ЗКП је усвојио нови модел тужилачке истраге према којем је државни тужилац *dominus litus* кривичног поступка, посебно предистражног поступка који је у функцији откривања кривичних дела, прикупљања доказа и процесуирања извршилаца. Јавном тужиоцу су подређени пре свега полиција и сви остали органи у овој фази поступка, који морају да одмах обавештавају тужиоца о свим предузетим активностима, мерама и радњама. ЗКП предвиђа опште радње доказивања (чл.85-159) које

as regards the definition of drug.https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2013_304 (10.04.2021)

³⁴ Видети нап. 25.

³⁵ Видети нап. 25..

³⁶ Ђ. Игњатовић, М. Шкулић, Организовани криминалитет, Правни факултет, Београд, 2010, 212.

обухватају стандардне криминалистичке мере и радње: саслушање окривљеног, испитивање сведока (заштита сведока), вештачење, увиђај, реконструкцију догађаја, доказивање исправом, узимање узорака, проверу рачуна и сумњивих трансакција, привремено одузимање предмета, претресање (просторија, лица). Закон предвиђа и посебне радње доказивања (чл. 160-187) које представљају специјалне истражне технике и методе,³⁷ све сходно Палермо конвенцији.³⁸ Специјалне истражне технике су предвиђене за прикупљање доказа код најтежих кривичних дела организованог криминала, тероризма и корупције где су забрањене највеће казне затвора (по правилу преко 4 године), који докази се нису могли прибавити коришћењем стандардних метода. Каталог кривичних дела је дат у чл. 162 ЗКП док су другим одредбама предвиђени услови за њихово коришћење.³⁹ У ову категорију спадају следеће методе и технике: тајни надзор комуникација, тајно праћење и снимање, симуловани послови, рачунарско претраживање података, контролисане испоруке и прикривени иследник.⁴⁰

Остали кривично-правни прописи су такође веома важни за сузбијање свих појавних облика криминала, посебно најтежих и међу њима илегалне производње и продаје опојних дрога. Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела⁴¹ је донет према концепту Палермо конвенције и анекса, са циљем да се организоване криминалне групе (ОКГ) лише имовинске базе и да им се одузме незаконито стечена имовина. На тај начин би се спречило финансирање активности ОКГ и њихових шефова, чланова и повезаних лица. Главни механизми закона су финансијске истраге и одузимање имовине (привремено и трајно).⁴²

³⁷ Законик о кривичном поступку (ЗКП), ”Службени гласник РС” бр. 72/11,101/11,121/12,32/13,45/13, 55/14, 35/19 и 27/21 – одлука УС.

³⁸ Ж. Никач, Палермо конвенција и Допунски Протоколи у функцији сузбијања организованог криминала, Зборник КПА, Пројекат МПНТР, КПА, Београд, 2015, 265-290.

³⁹ Из нап. 37, чл.161-165.

⁴⁰ Из нап. 37, чл.161-165.

⁴¹ Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, ”Службени гласник РС” бр. 32/13, 94/16 и 35/19.

⁴² V. Božić, Ž. Nikač, Criminal Law and Criminological aspects of combating organized crime, International scientific conference “Problems of combating crime and training the personnel for law enforcement agencies”, Conference Proceedings, Minsk, Belarus, 2017, 239-241.

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције (ЗОНДОСОКТК)⁴³ је донет управо у контексту Палермо конвенције и предвиђа поменуте специјалне истражне технике и методе. Закон даље предвиђа хармонизацију националног (кривичног) права са одредбама Палермо конвенције и увођење специјалних органа (суд, ТОК, полиција – СБПОК, притворска јединица).

Закон о полицији предвиђа поред осталог полицијске мере и радње (чл. 47-63) и полицијска овлашћења (чл. 64-128)⁴⁴ као механизме обављања полицијских послова, међу којима је сузбијање криминала прворазредни задатак.

У функцији примене закона и веће ефикасности у сузбијању илегалне производње и трговине опојним дрогама усвојени су значајни стратегијски документи - Стратегија превенције дрога 2014-2021⁴⁵ и Акциони план за спровођење Стратегије о спречавању злоупотребе дрога за период 2018-2021.⁴⁶ Значајно место има и недавно усвојена нова Стратегија националне безбедности Републике Србије од 2019 у којој је илегална производња и трговина опојних дрога истакнута као један од прворазредних безбедносних ризика, изазова и претњи.⁴⁷ У документима се поред осталог истичу мултиагенцијски приступ и међународна сарадња (кривично-правна, полицијска, др.) са другим земљама и специјализованим међународним организацијама.

4. КРИМИНАЛИСТИЧКИ АСПЕКТ СУЗБИЈАЊА ИЛЕГАЛНЕ ПРОИЗВОДЊЕ И ТРГОВИНЕ ОПОЈНИХ ДРОГА

У криминолошкој доктрини и криминалистичкој оперативној пракси органи за борбу против криминалитета су класификовани по различитим критеријумима. Једна од најзаступљенијих и најстаријих класификација је подела органа према карактеру субјеката на: приватне,

⁴³ Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције (ЗОНДОСОКТК), "Службени гласник РС" бр. 94/16 и 87/18-др.закон.

⁴⁴ Закон о полицији, "Службени гласник РС" бр. 06/16, 24/18 и 87/18.

⁴⁵ Стратегија о спречавању злоупотребе дрога за период 2014-2021, ОГ РС No.01/2015

⁴⁶ Министарство здравља РС, Београд, <https://www.srbija.gov.rs/dokument/45678/strategije-programi-planovi-.php> (приступљено 12.04.2021)

⁴⁷ Б. Форца, Ж. Никач, Компаративна анализа стратегија националне безбедности Републике Србије, МУП РС, Безбедност бр. 03/20, 22-42.

специјализоване, међународне и државне органе (организације).⁴⁸ Имајући у виду предмет овог рада даћемо осврт на најважније државне органе на националном плану који учествују у борби против криминалитета. У првом реду то су судови, јавна тужилаштва и полиција који имају инхерентну надлежност у области сузбијања криминалитета.

Полиција је неспорно најважнији оперативни субјект борбе против илегалне производње и трговине опојним дрогама. Правни статус, организација, послови и задаци полиције су регулисани Законом о министарствима (чл. 13)⁴⁹ и подробније Законом о полицији.⁵⁰ Инхерентну надлежност у области борбе против криминала има Дирекција полиције у чијем саставу се налази Управа криминалистичке полиције (УКП), у оквиру које пак делује више служби. Посебан значај има Служба за борбу против организованог криминала (СБПОК)⁵¹ у оквиру које је и специјализовано Одељење за сузбијање злоупотреба опојних дрога. Служба је подређена Тужилаштву за организовани криминал (ТОК) којем одговара за свој рад, док се старешина поставља на основу претходног мишљења РЈТ. У оквиру Службе делују посебне ударне групе за сузбијање појединих појавних облика организованог криминала.

Јавно тужилаштво (РЈТ) је специјализовани државни орган који руководи кривичним гоњењем учинилаца кривичних дела која се процесуирају по службеној дужности. У вези са тим државни (јавни) тужилац је овлашћен да предузима следеће: а) руководи предистражним поступком, б) одлучује о непредузимају или одлагању гоњења, в) спроводи истрагу, г) закључује споразум о признању кривичног дела и споразум о сведочењу, д) подиже и заступа оптужбу, ђ) може да одустане од оптужбе, ж) подноси редовне и ванредне правне лекове и з) предузима друге радње.⁵² Суд је орган суђења и пресуђења у систему правосудних органа РС. Његова организација, статус, надлежност и друга питања регулисани су одредбама Закона о уређењу судова.⁵³ Случајеви организованог криминала, дакле и у области илегалне производње и трговине опојних дрога, налазе се у

⁴⁸ М. Милутиновић, Криминологија, Савремена администрација, Београд, 1981, 474-478.

⁴⁹ Закон о министарствима, "Службени гласник РС" бр. 128/20, чл. 13.

⁵⁰ Видети нап. 44.

⁵¹ Видети нап. 43.

⁵² Видети нап. 37, чл. 43-49.

⁵³ Закон о уређењу судова, "Службени гласник РС" бр. 16/08, 104/09, 101/10, 31/11-др.закон, 78/11-др.закон, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15 др.закон, 13/16, 108/16, 113/17, 65/18-одлука УС, 87/18 и 88/18-одлука УС.

надлежности Посебног одељења Вишег суда у Београду (први степен) и Апелационог суда у Београду (други степен) за сузбијање организованог криминала, тероризма и корупције.⁵⁴

Поред органа кривичне репресије при Влади РС и министарствима постоје поједина тела и агенције који су значајни за сузбијање илегалне производње и трговине опојних дрога. У првом реду то је Агенција за лекове и медицинска средства (АЛИМС) која је основана посебним законом (2004), као специјализовано тело.⁵⁵ Мисија Агенције је да помогне у остваривању људског права на приступ квалитетним, безбедним и ефикасним лековима и медицинским средствима, да промовише и унапреди здравље људи и животиња. То се чини кроз а) издавање дозвола за стављање у промет искључиво квалитетних, безбедних и ефикасних лекова и медицинских средстава, б) пружање адекватних информација у сврху безбедне употребе лекова и в) контрола квалитета лекова и медицинских средстава према националним и међународним законима и стандардима.⁵⁶

Канцеларија за борбу против дрога је формирана посебним актом Владе РС 2014. године као служба Владе задужена за координацију политике дрога и надзор над спровођењем Стратегија о спречавању злоупотребе дрога (2014-2021).⁵⁷ Канцеларија је основана у сарадњи са Европским центром за праћење дрога и зависности од дрога (EMCDDA) из Лисабона са циљем спровођења политике дрога у РС, Стратегије и других докумената. Канцеларија координира рад органа државне управе, комисија и радних тела на подручју борбе против дрога. Канцеларија такође прати појаве, разматра питања, припрема и иницира доношење одговарајућих аката и обавља друге послове у вези са применом прописа у борби против опојних дрога. Део активности Канцеларије односи се и на међународну сарадњу са телима и органима ЕУ и ОУН који су ангажовани на подручју борбе против опојних дрога.⁵⁸

⁵⁴ Видети нап. 43.

⁵⁵ Закон о лековима и медицинским средствима, "Службени гласник РС" бр. 84/04, 85/05 и 36/09-др. закон. Актуелни Закон о лековима и медицинским средствима, "Службени гласник РС" бр.30/10,107/12,113/17-др.закони 105/17-др.закони.

⁵⁶ <https://www.alims.gov.rs/latin/lekovi/> (12.04.2021).

⁵⁷ Уредба о оснивању Канцеларије за борбу против дрога, "Службени гласник РС" бр. 79/14.

⁵⁸ Исто (чл.2).

Значајно место има и Специјална болница за болести зависности у Београду као једна од најреферентнијих медицинских установа у РС за лечење зависника од опојних дрога и других облика зависности.⁵⁹

Борба против илегалне производње и трговине опојних дрога је данас важно питање и у функцији је апликације РС за пријем у ЕУ. Од наше земље се очекује хармонизација националног права и прихватање правних тековина, начела и стандарда ЕУ као и прописа у овој области (Европска стратегија сузбијања дрога).⁶⁰ У примени Стратегије ЕУ важно место има специјализовани Европски центар за праћење дрога и зависности од дрога (EMCCDA),⁶¹ који остварује међународну сарадњу са другим специјализованим међународним организацијама (Pompidou group, UNODC, WHO, EUROSTAT, ESPAD).⁶²

5. ЗАКЉУЧАК

Злоупотреба опојних дрога је данас прворазредно питање због огромне друштвене опасности по човека као појединца, затим породице, сваке државе посебно и међународне заједнице у целини. Проблем још више добија на значају ако се има у виду енормна финансијска добит које остварују ОКГ као носиоци илегалне производње и трговине опојним дрогама. Профит остварен овим активностима најчешће се користи за финансирање тероризма, док је илегална производња и трговина наркотицима и генератор других кривичних дела.

Друштвена реакција на илегалну производњу и трговину опојних дрога има своју међународну димензију. Кроз механизме УН, СЕ и ЕУ усвојено је неколико значајних међународних докумената у овој области и покренута је међународна кривично-правна и полицијска сарадња ради сузбијању злоупотреба опојних дрога. На националном плану Република Србија је извршила измене и допуне КЗ и уградила три важне инкриминације у оквиру главе о заштити здравља људи. Сагласно Палермо конвенцији усвојен је ЗОНДОСОКТК према којем су формиран специјализовани органи за борбу против организованог криминала,

⁵⁹ <https://www.drajzerova.org.rs/content/vizija-misija-i-vrednosti> (13.04.2021).

⁶⁰ EU drugs strategy, 2013 – 2020.

<https://www.consilium.europa.eu/hr/documents-publications/publications/european-union-drugs-strategy-2013-2020/>
(12.04.2021)

⁶¹ www.emcdda.europa.eu (13.04.2021)

⁶² Шире: видети у нап.23.

колоквијално познати као специјални суд, тужилаштво (ТОК) и полиција (СБПОК).

Мишљења смо да сузбијање илегалне производње и трговине опојних дрога у наредном периоду треба унапредити најпре кроз новеле кривичног законодавства. У првом реду треба извршити измештање лакших инкриминација из КЗ у прекршајни закон, пре свега оних које се односе на „мање“ количине опојних дрога и психотропних супстанци. Даље, треба уједначити судску праксу посебно у погледу примене института „дела мањег значаја“, што би било у функцији хармонизације националног законодавства РС са правом ЕУ и у контексту наше апликације за пријем у ЕУ.

На унутрашњем плану треба ојачати мултиагенцијски приступ у сузбијању илегалне производње и трговине опојним дрогама посебно кроз координацију рада служби безбедности под окриљем Савета за националну безбедност (СНБ) РС. На међународном плану треба даље олакшати процедуру, размену информација, друге облике и видове међународне полицијске и кривичноправне сарадње. Посебан значај за криминалистички оперативни рад имају специјалне истражне технике и методе, попут контролисаних испорука и заједнички истражни тимови наших и страних органа, јер се Србија налази на Балканском путу дроге који пролази кроз земље некадашње Југославије.

Резултати остварени у сузбијању илегалне производње и трговине опојним дрогама су добра препорука за отварање Поглавља бр. 24 у вези апликације РС за пријем у ЕУ.

ЛИТЕРАТУРА

Božić V, Nikač Ž, Criminal Law and Criminological aspects of combating organized crime, International scientific conference “Problems of combating crime and training the personnel for law enforcement agencies”, Conference Proceedings, Minsk, Belarus, 2017.

Грађа међународног јавног права, Група аутора, Н. Сад, 1998, 1. том

Goodman L. A. & Gilman A. 1975. The Pharmacologic Basis of Therapeutics. New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 1975.

Делибашић В, Поједина спорна питања у вези са опојним дрогама у Кривичном закону, Кримен бр.01/14 (V), Београд, 2014.

Игњатовић Ђ, Шкулић М, Организовани криминалитет, Правни факултет, Београд, 2010.

Ковачевић М, Сузбијање злоупотребе опојних дрога, Правни живот бр.10/09, Удружење правника Србије, Београд, 2009.

Lewin L, Phantastica - Narcotic and Stimulating Drugs: Their Use and Abuse. New York: E. P. Dutton & Co, reprint 1964.

Lingeman R, Drugs from A to Z: Dictionary, McGraw-Hill, Jan 1, 1974.

Милутиновић М, Криминологија, Савремена администрација, Београд, 1981.

Никач Ж, Међународна полицијска сарадња, КПА, Београд, 2015.

Никач Ж, Палермо конвенција и Допунски Протоколи у функцији сузбијања организованог криминала, Зборник КПА, Пројекат МПНТР, КПА, Београд, 2015.

Никшић С, Прекршајна дјела злоупотребе дрога и учинци након декриминализације казненог дјела посједовања дроге без намјере њезина стављања у промет те остврт на неке аспекте прекршајног закона, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Vol. 21, бр.2/14, Загреб, 2014.

Pélicier Y, Thuillier G, La drogue, PUF, Paris 1972, reprint.

Радуловић Д, Питања дефинисања и класификације зависности и злоупотреба дрога, Социологија бр.03/03, Београд, 2003.

Форца Б, Никач Ж, Компаративна анализа стратегија националне безбедности Републике Србије, МУП РС, Безбедност бр. 03/20.

Међународни и национални извори, судска пракса

Закон о ратификацији Конвенције УН о психотропним супстанцама, ”Службени лист СФРЈ” бр.40/73.

Закон о ратификацији Јединствене конвенције о опојним дрогама, "Службени лист СФРЈ" бр.02/64.

Закон о психоактивним контролисаним супстанцама, "Службени гласник РС" бр. 99/10 и 57/18.

Закон о Конвенцији о опијуму, "Службени новине Краљевине СХС" бр. 225/1929.

Закон о ратификацији Конвенције УН против незаконитог промета опојним дрогама и психотропних супстанци, "Службени лист СФРЈ – Међународни уговори" бр. 14/90.

Законик о кривичном поступку (ЗКП), "Службени гласник РС" бр.72/11,101/11,121/12,32/13,45/13, 55/14 и 35/19.

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, "Службени гласник РС" бр.32/13, 94/16 и 35/19.

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције (ЗОНДОСОКТК), "Службени гласник РС" бр.94/16 и 87/18-др.закон.

Закон о полицији, "Службени гласник РС" бр.06/16,24/18 и 87/18.

Закон о министарствима, "Службени гласник РС" бр.128/20.

Закон о уређењу судова, "Службени гласник РС" бр.16/08,104/09,101/10,31/11-др.закон,78/11 др.закон,101/11,101/13,106/15,40/15-др.закон,13/16,108/16,113/17,65/18-одлука УС,87/18 и 88/18-одлука УС.

Закон о лековима и медицинским средствима, "Службени гласник РС" бр. 84/04, 85/05 и 36/09-др. закон.

Закон о лековима и медицинским средствима, "Службени гласник РС" бр.30/10,107/12,113/17-др.закони 105/17-др.закони.

Кривични законик (КЗ), "Службени гласник РС" бр.85/05,88/05-успр.,107/05-испр,72/09,111/09,121/12,104/14,108/14, 94/16 и 35/19.

The Shanghai Opium Commission, 1909, <http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/this-day-in-history-the-shanghai-opium-commission-1909.html>

International Convention, Adopted by the Second Opium Conference (League of Nations), and Protocol relating thereto. Signed at Geneva, February 19, 1925 [1928]. UN Treaty Collection Chapter VI.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-6-a&chapter=6&clang=_en

Convention for Limiting the Manufacture and Regulating the Distribution of Narcotic Drugs, and Protocol of Signature (Geneva, 13 July 1931). Entry into force generally: 9 July 1933.

Конвенцију је ратификовала ФНРЈ као и каснији Протокол из САД, - Protocol Bringing under International Control Drugs Outside the Scope of the Convention of 13.07.1931. for Limiting the Manufacture and Regulating the Distribution of Narcotic Drugs, as amended by the Protocol signed at Lake Success, New York, on 11.12.1946. (Paris, 19.11.1948).

Convention of 1936 for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs Geneva, 26. June 1936.

Protocol amending the Agreements, Conventions and Protocols on Narcotic Drugs, concluded at The Hague on 23.01.1912, at Geneva on 11.02.1925 and 19.02.1925, and 13.07.1931, at Bangkok on 27.11.1931. and at Geneva on 26.06.1936. Lake Success, New York, 11.12.1946.

Protocol Bringing under International Control Drugs Outside the Scope of the Convention of 13.07.1931. for Limiting the Manufacture and Regulating the Distribution of Narcotic Drugs, as amended by the Protocol signed at Lake Success, New York, on 11.12.1946. Paris, 19.11.1948.

Protocol for Limiting and Regulating the Cultivation of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and use of Opium, New York, 23.06.1953..

Single Convention on Narcotic Drugs, 1961. New York, 30. 03.1961.

Конвенција такође предвиђа више табеле опојних дрога и препарата, мере надзора и инспекције лиценцираних произвођача и трговаца, усклађивање мера превенције и репресије, развој међусобне сарадње, прописивање посебних кривичних дела и едукацију кадрова.

Protocol amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961. Geneva, 25.03.1972.

Уредба о ратификацији Јединствене конвенција о опојним дрогама 1961, ”Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми” бр. 02/64.

UN Convention on psychotropic substances, Vienna, 21. 02.1971. (including Final Act and Resolutions, as agreed by the 1971 UN Conference for the Adoption of a Protocol on Psychotropic Substances, and the Schedules annexed to the Convention).

UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. Vienna, 20.12.1988.

Procedure 2013/0304/COD COM (2013) 618: Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Framework Decision 2004/757/JHA of 25 October 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking, as regards the definition of drug. https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2013_304

Пресуде Апелационог суда у Београду Кж 294/2010 (04.03.2010), Кж 5477/10 (13.09.2011), Кж 6956/10 (22.02.2011), Кж 4719/10 (18.02.2011).

Стратегија о спречавању злоупотреба дрога за период 2014-2021

Уредба о оснивању Канцеларије за борбу против дрога, "Службени гласник РС" бр.79/14.

EU drugs strategy, 2013 – 2020.

Интернет извори

- https://www.usud.hr/sites/default/files/doc/Protokol_br._7.pdf
- Министарство здравља РС, Београд,
<https://www.srbija.gov.rs/dokument/45678/strategije-programi-planovi-.php>
- <https://www.drajzerova.org.rs/content/vizija-misija-i-vrednosti>
- <https://www.consilium.europa.eu/hr/documents-publications/publications/european-union-drugs-strategy-2013-2020/>
- www.emcdda.europa.eu

Željko NIKAČ, Ph.D

Full-time Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies,
Belgrade

Božidar FORCA, Ph.D

Full-time Professor, Faculty of Business Studies and Law, „Union-Nikola Tesla“
University, Belgrade

CRIMINAL LEGAL AND CRIMINAL ASPECTS OF THE FIGHT AGAINST THE PRODUCTION AND SALE OF NARCOTIC DRUGS IN SERBIA

Summary

The paper discusses the issue of the fight against illegal production and sale of narcotics in the Republic of Serbia, which today is one of the most dangerous forms of organized crime. The first part presents the legislative framework and provides an overview of important international legal sources, as well as national legal sources and especially the norms of current criminal legislation. The criminal operational aspect of the fight against the illegal production and sale of narcotics starts from the multi-agency approach and cooperation of judicial bodies and law enforcement agencies in Serbia. Among these entities, the Ministry of the Interior - Police Directorate, Criminal Police Directorate - specialized departments for the suppression of drug addiction, NCTC, Border Police Directorate and SIA, as well as special departments of courts and prosecutor's offices for the fight against organized crime stand out in importance. At the international level, the most important are police and criminal-legal cooperation in this and other areas of the fight against organized crime. The final part points to the need to harmonize the norms of our national legislation with EU legislation, case law and standards, as well as the need to deepen cooperation with specialized UN and EU agencies.

Key words: narcotics, illegal production and trade, cooperation, Serbia and the EU.

прегледни рад
примљен: 29. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 25. 04. 2021. г.

343.221-056.34(497.11)
343.852(497.11)

Др Иван Д. МИЛИЋ*
Жарко М. КЕШАНСКИ*

ПРИНУДНО ЗАДРЖАВАЊЕ ЛИЦА СА МЕНТАЛНИМ СМЕТЊАМА

Апстракт

Под одређеним законом прописаним условима лица са менталним сметњама могу бити принудно задржана у психијатријској установи иако нису учинила никакво казнено дело. Једна од психијатријских установа у којој се лица са менталним сметњама принудно задржавају је Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац. Аутори су спровели истраживање у поменутој специјалној болници у погледу принудног задржавања лица са менталним сметњама.

Кључне речи: менталне сметње, принудно задржавање, специјална болница, казнено дело.

УВОД

Да би се било које лице осудило-казнило потребно је да учини одређено казнено дело (кривично дело, прекршај или привредни преступ). У поступку који се води против лица за казнено дело потребно је да се утврди да је дело учињено, да се утврди да је то лице предузело радњу која је забрањена. Уколико се утврди да је дело учињено, том лицу се изричу оне санкције које су законом прописане.¹ Казнене санкције које се могу изрећи учиниоцу кривичног дела и прекршаја су, између осталих, и

* Асистент са докторатом, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, i.milic@pf.uns.ac.rs

* Руководилац за правне, кадровске и административне послове – начелник одељења, Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац, zarko.kesanski@gmail.com

¹ Под условом да су испуњени и остали законом прописани услови.

санкције које се састоје у лишењу слободе. Никоме се не може изрећи казнена санкција уколико није учинио казнено дело. Не постоји могућност кажњавања оних лица за која постоји опасност да ће учинити казнено дело.

Међутим, за поједина лица са одређеним менталним сметњама може се утврдити да су опасна за себе или друга лица, тј. да су опасна за свој живот, здравље или безбедност, односно живот, здравље или безбедност другог лица. У том случају такво лице се може *принудно задржати* у психијатријској установи без своје воље. Дакле, реч је о лицу које није учинило никакво казнено дело, а које се без своје воље задржава у психијатријској установи. Услови под којима се једно лице може без своје воље задржати у психијатријској установи и у којој процедури, уређени су законом.

У овом раду ће се указати на основне законске аспекте који се односе на принудно задржавање лица са менталним сметњама без свог пристанка. Као што се из наслова може закључити, овај рад се пре свега односи на истраживање које је спроведено у медицинским одељењима „Л“ и „П“ Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац (у даљем тексту и Болница или Специјална болница). Реч је о одељењима у којима се принудно задржавају лица са менталним сметњама.

1. ОСНОВНЕ НАПОМЕНЕ О ПРИНУДНОМ ЗАДРЖАВАЊУ ЛИЦА СА МЕНТАЛНИМ СМЕТЊАМА

Године 2013. Народна скупштина Републике Србије донела је Закон о заштити лица са менталним сметњама.² Њиме се ближе уређују основна начела, организовање и спровођење заштите менталног здравља, начин и поступак, организација и услови лечења и смештај без пристанка лица са менталним сметњама у стационарне и друге здравствене установе.³

Ово је први закон код нас који на једном месту, системски регулише једну веома деликатну и осетљиву материју на коју се односи.⁴ Разлози за доношење Закона о заштити лица са менталним сметњама су потреба да се област менталног здравља, уреди на потпунији начин, са

² Закон о заштити лица са менталним сметњама, *Службени гласник РС*, број 45 од 22. маја 2013.

³ Чл. 1 Закона о заштити лица са менталним сметњама.

⁴ Д. Дракић, Принудно задржавање лица са душевним поремећајима у казненем праву Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015. стр. 664.

основним циљем да се успостави виши ниво квалитета заштите менталног здравља, у складу са савременим достигнућима у овој области, као и промовисање доступности и једнакости, заштите људских права и дестигматизације.⁵

Даном ступања на снагу овог закона престале су да важе одредбе Главе друге (задржавање у здравственој организацији која обавља делатност у области неуропсихијатрије) Закона о ванпарничном поступку.⁶

Имајући у виду да свако лице има право на слободу кретања, која се само у одређеним случајевима може ограничити, законом се морају јасно прецизирати услови под којима се једно лице са менталним сметњама може принудно задржати без свог пристанка. Осим тога, потребно је да постоји уређен поступак⁷ у којем се одлучује о томе да ли ће се лице принудно задржати или неће. Међутим, пре свега треба видети ко се сматра лицем са менталним сметњама. Лице са менталним сметњама је недовољно ментално развијено лице, лице са поремећајима менталног здравља, односно лице оболело од болести зависности.⁸

Лице са менталним сметњама за које *доктор медицине или психијатар* процени да, услед менталних сметњи, озбиљно и директно угрожава сопствени живот, здравље или безбедност, односно живот, здравље или безбедност другог лица, може се хоспитализовати у психијатријску установу без свог пристанка⁹, само уколико нису на

⁵ Вид. (Образложење предлога Закона о заштити лица са менталним сметњама усвојеног на Трећој седници Првог редовног заседања у 2013. години, одржаној дана 22. маја 2013. године, извор: вебсајт Народне скупштине). Преузето са: <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/mml/viewAct/144> (10. 9. 2020.)

⁶ Вид. чл. 67 Закона о заштити лица са менталним сметњама.

⁷ Детаљно о поступку вид. N. Petrušić, Postupak za prinudnu hospitalizaciju osoba sa mentalnim poremećajem u svetlu standarda zaštite ljudskih prava, *Temida*, septembar 2007. str. 25-39.

⁸ Чл. 2 ст. 1 тач. 1 Закона о заштити лица са менталним сметњама. Вид. M. Janković, Položaj osoba sa mentalnim smetnjama lišenih slobode, *Sociologija*, Vol. LX (2018), N° 4, str. 859-861.

⁹ *Из судске праксе*: Када је лице са менталним болестима – шизофренија, примљено у Одељење неуропсихијатрије уз асистенцију полиције, има места доношењу решења о задржавању истог сходно чл. 19. и 27. до 33. Закона о заштити лица са менталним сметњама. Из образложења: Решењем првостепеног суда одређено је задржавање противника предлагача у Болници – Одељење неуропсихијатрије за период Из побитаног решења произилази да је болница доставила првостепеном суду обавештење о задржавању без пристанка учесника А.А., са образложењем да је услед менталних сметњи овог пацијента које могу озбиљно да угрозе његов живот или здравље других лица, а нису на располагању мање

располагању мање рестриктивни начини за пружање здравствене заштите.¹⁰ Поступак за задржавање без пристанка и смештај без пристанка лица са менталним сметњама *могу покренути* чланови његове уже породице, орган старатељства, послодавац и здравствени радници, обавештавањем министарства надлежног за унутрашње послове и хитне медицинске помоћи о угрожавајућем понашању тог лица.¹¹ Принудно задржавање је крајња мера која ће се одредити само када је то једини начин да му се обезбеди неопходна медицинска мера.¹²

У поступку принудног задржавања одлуке доноси психијатар, конзилијум психијатријске установе и суд. Укратко, лице са менталним сметњама се може принудно задржати само одређено време одлуком вештака (лекара специјалисте-психијатрије), а након тога и одлуком конзилијума психијатријске установе. Међутим, о задржавању лица са менталним сметњама у психијатријској установи без његовог пристанка одлучује суд на чијем се подручју налази седиште психијатријске установе у којој је лице са менталним сметњама задржано без свог пристанка.¹³

2. ПРАКСА ЈЕДНЕ СПЕЦИЈАЛНЕ БОЛНИЦЕ

2.1. Укратко о Специјалној болници за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац

Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац је основана Решењем Извршног већа Народне Републике Србије од 29. децембра 1953. године, када постаје самостална

рестриктивни начини за пружање здравствене заштите, уз асистенцију МУП-а и Службе хитне помоћи, исти задржан без пристанка у наведеној установи због лечења. Одредбом чл. 19. ст. 1. тач. 3. Закона о заштити лица са менталним сметњама прописано је да ако лице са менталним сметњама није способно да да свој пристанак на предложени начин лечења, а нема законског заступника, може бити подвргнуто медицинској мери без пристанка, изузетно ако је предузимање медицинске мере без пристанка лица са менталним сметњама неопходно да би се спречило угрожавање живота и безбедности тога лица, као и других лица. (Решење Основног суда у Чачку Ос. 60/15 од 17. јула 2015. године и решење Вишег суда у Чачку Гж-539/15 од 28. јула 2015. године) - Из Билтена Вишег суда у Чачку, број 1/2017, Интермех, Београд, Аутор сентенце: Светлана Крунић – Тасевски. Преузето са: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51805> (10. 11. 2020.)

¹⁰ Вид. чл. 21 ст. 1 Закона о заштити лица са менталним сметњама.

¹¹ Вид. чл. 22 ст. 1 Закона о заштити лица са менталним сметњама.

¹² Вид. чл. 21 ст. 3 Закона о заштити лица са менталним сметњама.

¹³ Поступак је уређен, наравно, Законом о заштити лица са менталним сметњама (чл. 21-37).

установа. Постојање Болнице за душевно оболеле датира од 1952. године, у адаптираним објектима бивше касарне – пастувске станице, када је ова Болница била депаданс београдске психијатријске болнице. Временом је Болница проширивала своје капацитете и 1970. године отворено је Неуролошко одељење, тако да Болница добија назив Неуропсихијатријска болница. Од 1979. године Болница носи назив Неуропсихијатријска болница „Др Славољуб Бакаловић” Вршац, чиме је одато признање лекару који је био један од најзначајнијих твораца ове институције, др Славољуб Бакаловић (1927-1976). У том периоду у бившој Југославији (СФРЈ) било је 20 специјалних психијатријских болница. Ова Болница, са капацитетом од 1.040 постеља, била је једна од највећих у то време. Болница је примала на лечење пацијенте из читаве Југославије и тада је имала 450 запослених свих профила за рад у оваквој институцији. Током 1981. године урађена је реконструкција и адаптација постојећих павиљона и изграђени су савремени објекти амбулантно-поликлиничког тракта, кухиње и топлане. Болница је у претходном периоду била организатор многих стручних скупова, семинара, едукација, од којих су неки постали и традиционални.

Болница је била домаћин спортских игара душевних болесника са територије СФРЈ 1970. и 1983. године и четири стручна скупа под називом „Психијатрија и религија“, од којих је последњи одржан 2006. године. Дневна болница са капацитетом за лечење од 30 болесника основана је 1999. године. Од 2007. године, изменом Статута Болнице, Болница носи назив Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић” Вршац. Данас је Болница, са капацитетом од 900 постеља, једна од највећих психијатријских институција у Србији.¹⁴

¹⁴ Извор: Извештај о ревизији правилности пословања Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић”, Вршац у 2018. години у делу који се односи на: - увођење скраћеног радног времена за послове на радним местима са повећаним ризиком - набавку оброка и намирница намењених за исхрану болесника у стационарним здравственим установама - обрачун и исплату накнаде за рад члановима управног и надзорног одбора. Број: 400-114/2019-05/8 Београд, 24. октобар 2019. године. Доступан на: <https://www.dri.rs/revizije/izvestaji-o-reviziji/arhiva-2019.457.html> (21 .02. 2020.). Аутори су о самој Специјалној болници писали и у раду: И. Милић, Ж. Кешански, Извршење мере безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи – пракса једне специјалне болнице, *Зборник радова - Правна традиција и интегративни процеси*, Косовска Митровица, 2020. стр. 175-195. Имајући у виду значај теме, аутори су о самој Болници и у овом раду указали. Такође, аутори су по узору на наведени рад (у погледу критеријума за истраживање) конципирали и овај рад из разлога што се чини да је такво решење оптимално.

2.1.1. Принудно задржавање лица са менталним сметњама у Специјалној болници за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац

Принудно задржавање лица са менталним сметњама у Специјалној болници за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац спроводи се у *два медицинска одељења*, и то на медицинским одељењима „Л“ и „П“. Медицинско одељење Л је затворено *женско* одељење, док је медицинско одељење П затворено *мушко* одељење. Истраживање је извршено на основу увида у *расположиву документацију* која постоји у Болници о лицима која су принудно задржана у наведеним одељењима.

Када је реч о самом задржавању у овој Специјалној болници важно је напоменути да је њен директор на основу својих овлашћења донео одлуку о конзилијуму лекара. У одлуци је наведено 5 конзилијума психијатријске установе по три члана. Такође је дато овлашћење начелнику правне службе да именује конзилијум за сваки случај посебно. Делегирање овлашћења начелнику правне службе довело је до тога да сви *доктори* буду подједнако заступљени у конзилијуму, да доктори са одељења на којем је пацијент принудно задржан не могу бити именовани у конзилијум нити могу бити присутни када конзилијум обавља преглед лица, зато што он (начелник правне службе) има могућност провере да ли је комисији обезбеђен простор где ће самостално да ради.

Нико сем начелника правне службе не зна који ће конзилијум бити ангажован у одређеном случају, чак ни чланови конзилијума не знају са ким су одређени да обаве преглед лица док се не виде лично у просторији где се принудно задржано лице прегледа. Када су у питању евентуална продужења *недобровољних хоспитализација*, директор установе неретко инсистира да сам одабере конзилијум који ће прегледати пацијента. У оваквим случајевима директор на основу својих овлашћења, која „црпи“ из члана 18 Статута Болнице, именује конзилијум ван конзилијума који је већ именован, те на описан начин контролише њихов рад.¹⁵

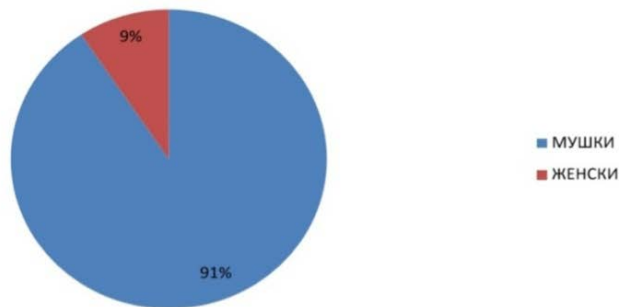
¹⁵ Овај део рада је наведен према речима коаутора који је запослен у Специјалној болници за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“, Вршац. Релевантни акти за овај део су: 1. Одлука о формирању конзилијума за недобровољне хоспитализације број 01-718/4 од 15. 7. 2019.; 2. Решење о постављењу координатора за рад конзилијума за недобровољне хоспитализације, број 01-1174/1 од 1. 10. 2019. 3. Пуномоћје за потписивање комплетне документације дато начелнику правне службе, број 01-7/14 од 27.2.2019. Статут Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац, број 01-12/44 од 9.

Имајући у виду чињеницу да је број лица која су принудно задржана променљив, истраживање је спроведено у односу на лица са менталним сметњама која су принудно задржана без свог пристанка у временском периоду од 01. 10. 2019. до 01. 07. 2020.¹⁶ Истраживање у Одељењима је спроведено како би се дошло до података о полу, разлогу принудног задржавања, години рођења, пребивалишту, месту рођења, социјалном прихвату, ранијим хоспитализацијама, образовању, занимању, брачном статусу и броју деце принудно задржаних лица.¹⁷ Како би истраживање било прегледно, у раду ће се подаци приказати кроз одговарајуће табеле и графиконе.

2.1.2. Пол принудно задржаних лица

Пол	
Мушки	Женски
31	7

Посматрано у процентима:



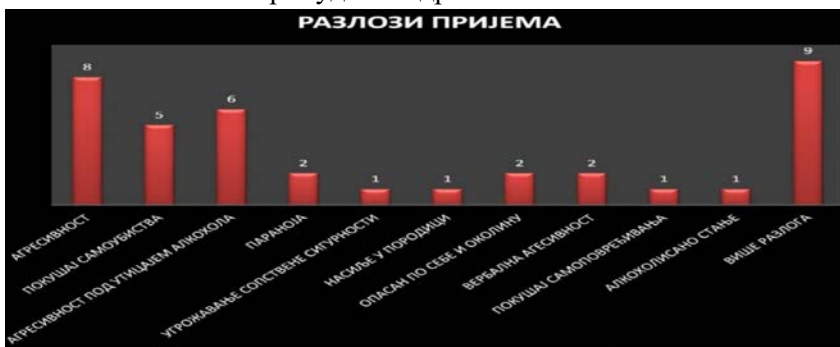
10. 2007. 4. Правилник о организацији и систематизацији послова у Специјалној болници за психијатријске болести "Др Славољуб Бакаловић" Вршац, број 01-463/1 од 27. 2. 2020.

¹⁶ Истраживање је спроведено на основу Одлуке Стручног савета Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац, број Одлуке 01-37/25, од 01. 07. 2020.

¹⁷ Аутори су имали одређене проблеме у вези са истраживањем који се односе на доступност свих података о лицима која су принудно задржана, јер се за поједина лица није могло доћи до свих података који су важни за истраживање. Такође, поједина терминологија која се користи у документацији за принудно задржана лица није најјаснија, што је вероватно последица недоступности података о тим лицима.

Основни принцип у поступку примене мере принудне хоспитализације је принцип да лица *различног пола* не могу бити у истом одељењу. Евидентан је већи број лица мушког пола који је принудно задржан без свог пристанка – укупно 31 (што чини 91%).

1.1.1. Разлози принудног задржавања



Да би се једно лице принудно задржало без свог пристанка потребно је да за то постоје разлози. Разлози за принудно задржавање¹⁸ могу бити различите врсте. Ми смо у овом раду навели оне разлоге који су били основ за принудно задржавање. Највећи број лица принудно је задржан, јер је утврђено да постоји више разлога за задржавање, затим, следи агресивност и агресивност под утицајем алкохола.

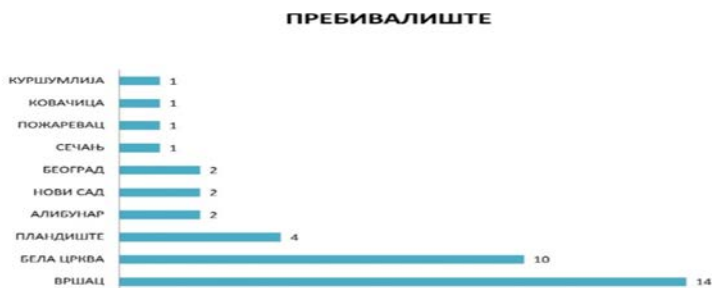
2.1.3. Година рођења принудно задржаних лица



¹⁸ Иако се у самој табели наводи „разлози пријема“ то је учињено из разлога што се тако наводи у документацији о лицима која су принудно задржана без своје сагласности.

Најстарије лице које је принудно задржано рођено је 1928. године, док је најмлађе лице рођено 2000. године. Интересантно је приметити да је највећи број лица (укупно 3) рођено 1978. године.

2.1.4. Пребивалиште принудно задржаних лица



Евидентно је да највећи број принудно задржаних лица има пребивалиште у Вршцу, затим следе лица са пребивалиштем у Белој Цркви и Пландишту.

2.1.5. Место рођења принудно задржаних лица

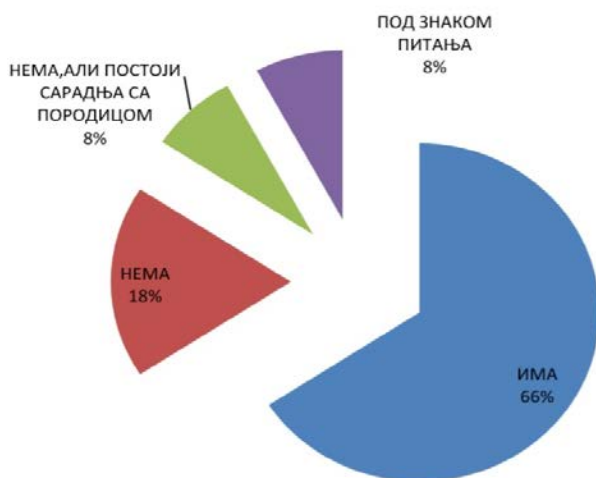


Када је реч о месту рођења принудно задржаних лица очигледно је да је највећи број рођен у Вршцу (15), а затим следи Бела Црква (7). Ова два места, као што се види из претходне табеле, су места у којима највећи број принудно задржаних лица има и место пребивалишта.¹⁹

2.1.6. Социјални прихват принудно задржаних лица

Социјални прихват			
Има	Нема	Нема, али постоји сарадња са породицом	Под знаком питања
26	8	3	3

Посматрано у процентима:



Социјални прихват принудно задржаних лица има немерљив значај за њих. То је важан показатељ који ће утицати и на само њихово „отпуштање“ из психијатријске болнице. Највећи број лица имао би социјални прихват у случају отпуштања из психијатријске болнице (укупно 26, што чини 66%). Осам лица не би имала прихват од стране породице,

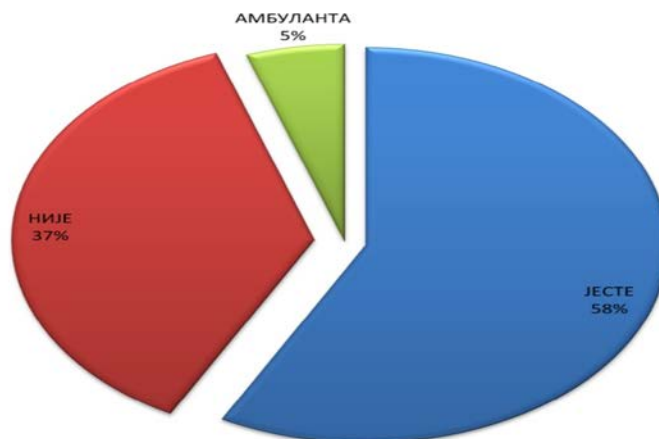
¹⁹ С тим да се место рођења и место пребивалишта не „поклапа“ код свих принудно задржаних лица.

што свакако на одређен начин утиче на њихово принудно задржавање. Као што се из табеле види код осам лица постоји сарадња са породицом, али, у случају отпуштања, ни та лица не би имала социјални прихват. За три лица се не може прецизно одредити да ли би имали или не би имали социјални прихват у случају отпуштања.

2.1.7. Раније хоспитализације принудно задржаних лица

Ранија хоспитализација		
Јесте	Није	Амбуланта
22	14	2

Посматрано у процентима:



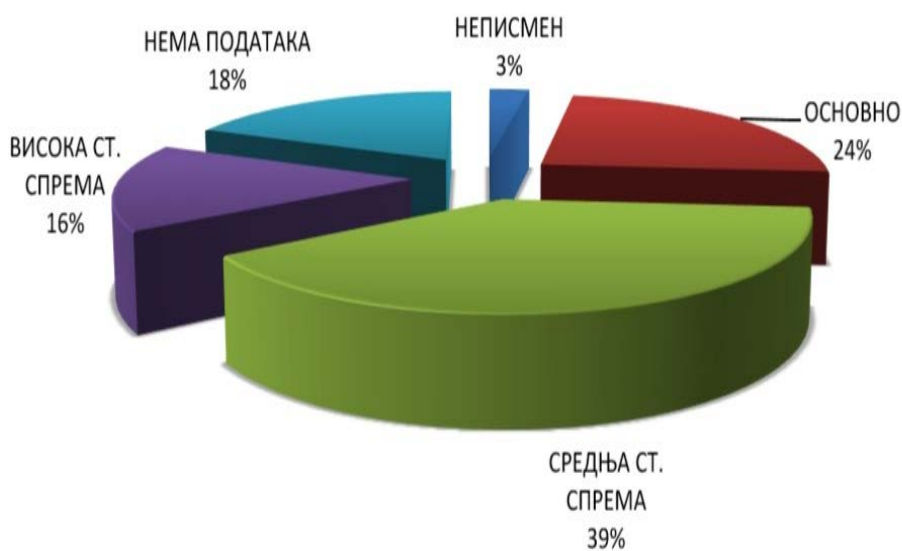
Када се за једно лице утврди да је раније хоспитализовано (принудно или добровољно), то је на неки начин показатељ (да је лице у тренутку отпуста било у *добром здравственом-менталном стању*, али да се исто није придржавало дате терапије, није долазило на редовне контроле, није искористило могућност доласка у случају потребе у било које време – ван заказаног термина) да та ранија хоспитализација није била успешна. Такође, раније хоспитализације имају одређену улогу и приликом доношења одлуке о новој принудној хоспитализацији. Када је реч о лицима која су принудно задржана у Одељењу Л и Одељењу П види се да је највећи

број њих раније хоспитализован (укупно 22 лица), а да њих 14 није раније био хоспитализован. На крају, два лица су била хоспитализована у амбуланти.

2.1.8. Образовање принудно задржаних лица

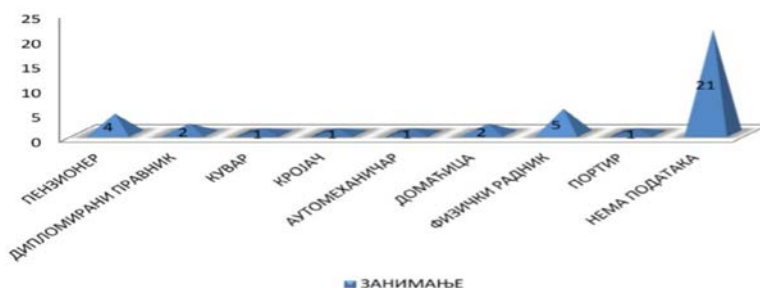
Образовање				
Неписмен	Основно	Средња ст. спрема	Висока ст. спрема	Нема података
1	9	15	6	7

Посматрано у процентима:



Када је реч о образовању лица у Одељењу I и Одељењу II евидентно је да највећи број њих има завршену средњу школу (15 лица, што чини 39%). У наведеним одељењима се налазе и лица која су завршила факултет (6 лица, што чини 16%). Такође, налазе се и лица која имају завршену основну школу (9 лица, што чини 24%). За седам лица не постоје подаци о образовању, док је једно лице неписмено.

2.1.9. Занимање принудно задржаних лица



Када је реч о подацима који се односе на занимање принудно задржаних лица они су непотпуни, јер за највећи број лица не постоје подаци о томе. Од лица за које постоје подаци о занимању највише има оних који су евидентирани као физички радници (укупно 5 лица).

2.1.10. Брачни статус принудно задржаних лица

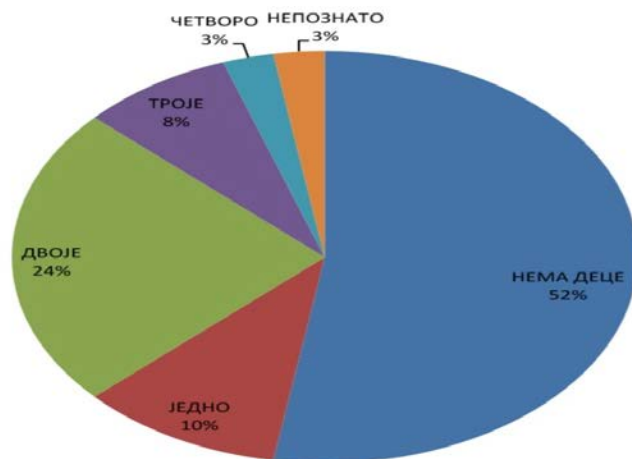
Брачни статус				
Ожењен/Удата	Удовац/Удовица	Ванбрачна заједница	Неожењен/Неудата	Разведен(а)
14	2	1	17	4

Највећи број принудно задржаних лица није у браку (укупно 17), док је једно лице у ванбрачној заједници.

2.1.11. Да ли принудно задржана лица имају децу?

Број деце					
Непознато	Нема деце	Једно	Двоје	Троје	Четворо
1	20	4	9	3	1

Посматрано у процентима:



Највећи број принудно задржаних лица нема деце, и то њих 20 (што чини 52%). Интересантно је приметити да једно лице има четворо деце.

3. ЗАКЉУЧАК

Лица за која постоји одређени *степен сумње* да могу угрозити свој или живот другог лица могу се „сместити“ у психијатријску установу и могуће их је принудно задржати без свог пристанка. Дакле, реч је о лицима који нису учинила казнено дело. Постоји неколико установа у Републици Србији у којима се спроводи принудно задржавање лица без њиховог пристанка, а Специјална болница за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац је једна од њих. У вези са спроведеним истраживањем долази се до следећих закључака:

1. Највећи проценат принудно задржаних лица је мушког пола;
2. Лица се принудно задржавају зато што за то постоји више разлога;
3. Најстарије принудно задржано лице рођено је 1928. године;
4. Највећи број принудно задржаних лица има пребивалиште у Вршцу;
5. Највећи број принудно задржаних лица је рођено у Вршцу;
6. Највећи број принудно задржаних лица имао би социјални прихват од стране породице у случају отпуштања;

7. Највећи број принудно задржаних лица је раније био хоспитализован;
8. Највећи број принудно задржаних лица има завршену средњу школу;
9. За највећи број принудно задржаних лица не постоје подаци о занимању;
10. Највећи број принудно задржаних лица није у браку;
11. Највећи број принудно задржаних лица је без деце.

ЛИТЕРАТУРА:

Дракић Драгиша, Принудно задржавање лица са душевним поремећајима у казненом праву Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015.

Janković Miloš, Položaj osoba sa mentalnim smetnjama lišenih slobode, *Sociologija*, Vol. LX (2018), N° 4.

Милић Иван, Кешански Жарко, Извршење мере безбедности обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи – пракса једне специјалне болнице, *Зборник радова - Правна традиција и интегративни процеси*, Косовска Митровица, 2020.

Petrušić Nevena, Postupak za prinudnu hospitalizaciju osoba sa mentalnim poremećajem u svetlu standarda zaštite ljudskih prava, *Temida*, septembar 2007.

Закон о заштити лица са менталним сметњама, *Службени гласник РС*, број 45 од 22. маја 2013.

Образложење предлога Закона о заштити лица са менталним сметњама - усвојеног на Трећој седници Првог редовног заседања у 2013. години, одржаној дана 22. маја 2013. године, извор: вебсајт Народне скупштине. Преузето са: <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/mml/viewAct/144> (10. 9. 2020.)

Извештај о ревизији правилности пословања Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић”, Вршац у 2018. години у делу који се односи на: - увођење скраћеног радног времена за послове на радним местима са повећаним ризиком - набавку obroka и намирница намењених за исхрану болесника у стационарним здравственим установама - обрачун и исплату накнаде за рад члановима управног и надзорног одбора. Број: 400-114/2019-05/8 Београд, 24. октобар 2019. године. Доступан на: <https://www.dri.rs/revizije/izvestaji-o-reviziji/anhiva-2019.457.html> (21 .02. 2020.)

Решење Основног суда у Чачку Ос. 60/15 од 17. јула 2015. године и решење Вишег суда у Чачку Гж-539/15 од 28. јула 2015. године) - Из Билтена Вишег суда у Чачку, број 1/2017, Интермех, Београд, Аутор сентенце: Светлана Крунић – Тасевски. Преузето са: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/51805> (10. 11. 2020.)

Одлука о формирању конзилијума за недобровољне хоспитализације, број 01-718/4 од 15. 7. 2019.

Одлука Стручног савета Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац, број Одлуке 01-37/25, од 01. 07. 2020.

Правилник о организацији и систематизацији послова у Специјалној болници за психијатријске болести "Др Славољуб Бакаловић" Вршац, број 01-463/1 од 27. 2. 2020.

Пуномоћје за потписивање комплетне документације дато начелнику правне службе, број 01-7/14 од 27. 2. 2019.

Решење о постављењу координатора за рад конзилијума за недобровољне хоспитализације, број 01-1174/1 од 1. 10. 2019.

Статут Специјалне болнице за психијатријске болести „Др Славољуб Бакаловић“ Вршац, број 01-12/44 од 9. 10. 2007.

Ivan D. MILIĆ, Assistant with Ph.D

Faculty of Law, University of Novi Sad

Žarko M. KEŠANSKI

Special Hospital for Psychiatric Diseases „Dr Slavoljub Bakalović“ Vršac

FORCED DETENTION OF PERSONS WITH MENTAL DISORDERS

Summary

Under certain conditions, prescribed by law, persons with mental disorders may be forcibly detained in a psychiatric institution even though they have not committed any criminal offense. One of the psychiatric institutions in which persons with mental disorders are forcibly detained is the Special Hospital for Psychiatric Diseases "Dr Slavoljub Bakalović" Vršac. The authors conducted research in the mentioned special hospital regarding the forced detention of persons with mental disorders.

Key words: mental disorders, forced detention, special hospital, criminal offense

прегледни рад
примљен: 26. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 13. 05. 2021. г.

343.54/.55-053.9
343.851:343.54/.55

Др Душица ПАЛАЧКОВИЋ*
Др Санда ЋОРАЦ**
Јелена ЧАНОВИЋ***

ПОРОДИЧНО НАСИЉЕ НАД СТАРИЈИМ ЛИЦИМА

Апстракт

У раду је анализиран феномен породичног насиља над старијим лицима, односно дефиниције, типови и узроци ове појаве са циљем да се укаже на овај вид насиља и тиме допринесе његовом истраживању као почетној тачки настојања на његовом елиминисању или барем смањењу. На актуелност теме упућује околност да становништво на светском (а онда и регионалном и националном) нивоу све убрзаније стари, а процес је незаустављив. Старија лица су једна од вулнерабилних друштвених група што условљава повећану угроженост од насиља уопште, па и у породици. Како би се овај вид насиља препознао неопходно је, пре свега, дефинисати га и указати на његове најважније карактеристике. У раду је анализирана општеприхваћена типологија насиља у породици и указано на специфичне околности повезане уз старија лица за сваки од типова насиља. Поред референтне литературе коришћени су и резултати неких од спроведених истраживања. Посебности ове друштвене групе, индивидуалне, али и оне које настају у контексту друштвених и породичних прилика, од којих су неке: године живота, здравствено стање, често сиромаштво, зависност од других, стигматизација, изолација и самоизолација, у узрочно-последичној су вези са повећаним ризиком од насиља уопште, па и оног у породици.

Кључне речи: старија лица, насиље у породици, типови и узроци породичног насиља над старијим лицима

*Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу у пензији, dudapalackovic@gmail.com

** Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, scorac@jura.kg.ac.rs

*** Асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, icanovic@jura.kg.ac.rs

1. УВОД

Популација на светском нивоу стари, односно повећава се непрестано удео старих лица,¹ под којима се подразумевају лица старија од 60 година, у укупном становништву планете. Наведена граница година није међутим општеусвојена, па се тако у демографским истраживањима најчешће помера на 65 година,² али се користе и уважавају оба критеријума, а избор зависи од њихове погодности и функционалности за одређене потребе. Померање на 65 година могло би се схватити и као промишљени одговор на убрзане трендове старења становништва и нови начин димензионарања процеса старења и укупности старе популације (усвајање ниже животне доби, наиме, знатно увећава удео старих у укупној популацији).³ Уједињене нације, али и Светска здравствена организација (даље у тексту "СЗО") и даље примарно користе критеријум 60 година и више.⁴ У развијеном земљама, у којима је процес старења популације и најизраженији, праг се, при проучавању различитих димензија старења, подиже на 65 или чак 70 година, а све чешће је у примени деоба ове групе на три подгрупе: "младо старо" становништво (young old) - од 65 до 74 године, старо становништво - од 75 до 84 године и "најстарије старо" (oldest old) - преко 85 година.⁵ Као један од чешће помињаних узрочника

¹ Старост је друштвено-историјска и културолошка категорија јер се свуда не вреднује на исти начин. Демографија, међутим, старост посматра на глобалном нивоу и има врло прецизне нумеричке критеријуме у дефинисању старости становништва. М. Девеџић, Ј. Стојилковић Ђњатовић, *Демографски профил старог становништва Србије*, Београд, 2015, 12.

² Према последњем попису из 2011. године укупан удео старијих од 65 година у популацији био 17,3%, односно скоро петина, а још више брину пројекције за период 2011-2041. године према којима ће се удео старијих од 65 година увећати између 23,6% и 25,2% у зависности од коришћене тзв. варијанте пројекције (висока или ниска), доступно на: [https://www.mdpp.gov.rs/ latinica/demografija-projekcije-stanovnistva.php](https://www.mdpp.gov.rs/latinica/demografija-projekcije-stanovnistva.php), 05.03.2021.

³ М. Девеџић, Ј. Стојилковић Ђњатовић, *op. cit.*, 12. Према подацима које наводе исти аутори Европу насељава најстарије становништво које почетком 21. века чини 14,8%, а тенденција демографског старења повећаће њихово учешће у 2050. години на 20,8%. Са изузетком Јапана, све остале демографски најстарије земље света су, иначе, европске.

⁴ Тако, нпр., Општи коментар бр. 6 Комисије Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons: General Comment 6, UN ESCOR, Economic, Social, & Cultural Rights Committee, 13th Session, E/12/1995/16/Rev.1, 1995. <https://www.refworld.org/pdfid/4538838f11.pdf>, 05.02.2021.

⁵ М. Девеџић, Ј. Стојиловић Ђњатовић, *op. cit.*, 13.

наведених разлика у одређивању границе старосних различитости наводи се законски праг животног доба за одлазак у пензију који је на националним нивоима различит.⁶

Разлози за повећање удела старијих у укупној популацији у свету као и у државама појединачно су бројни. Свакако је један од најважнијих смањење стопе фертилитета, посебно нпр., у Европи, где је нижи од просте репродукције становништва и, са тим у вези, добна структура становништва (све старије) што указује на даље смањење стопе рађања, односно наталитета, као и на својеврстан "зачарани круг" узрока и последице.⁷ Просечан животно век становника на светском нивоу расте, па је услед тога и заступљеност старих у укупној популацији у порасту. У теорији се као битан препознаје и пораст животног стандарда, односно задовољење најразличитијих животних потреба људи, па и старих, који је на све вишем нивоу. Разлог је и унапређење здравствене заштите, и то како развој савремених наука и технологија, тако и посвећивање све веће пажње овом виду заштите у организационом и финансијском смислу.⁸ Следећи разлог за повећање удела старих лица у укупној популацији је и резултат напора на обезбеђењу редовног снабдевања водом и струјом, што омогућава виши ниво хигијене (у мање развијеним државама света), као и чињеница да се на националном, регионалном и светском нивоу улажу се знатна средства за контролу и спречавање инфективних болести што умањује ризик смрти.⁹

2. СТАРИЈА ЛИЦА – ВУЛНЕРАБИЛНА ГРУПА ИЗЛОЖЕНА НАСИЉУ

Старија лица, без обзира на то да ли је реч о онима преко 60, 65 или више година сасвим су сигурно високо вулнерабилна друштвена група (уз децу, особе са менталним сметњама, инвалиде, итд.) према различитим критеријумима. У великој мери су маргинализовани у погледу могућег друштвеног утицаја, економски су слабији од млађих лица, а здравствено

⁶ Т. Вујовић, "Насиље над старим особама", *Социолошка луча*, XI/2, 2017, 62.

⁷ N. Žganec, S. Rusac, M. Lakić, "Trendovi u skrbi za osobe starije životne dobi u Republici Hrvatskoj i u zemljama Europske unije", *Revija socijalne politike*, br. 2, Zagreb, 2008., 174. наводе ове узроке, а према V. Puljiz, "Europska konferencija o stanovništvu 2005: Socijalna kohezija pred demografskim izazovima", *Revija za socijalnu politiku*, br. 2, 255-261.

⁸ Т. Вујовић, *op. cit.*, 62.

⁹ *Ibid*, 63.

су угроженији и подложнији дискриминацији.¹⁰ Посебно се, чини се, наведено односи на жене старије животне доби чији је положај најчешће и најтежи.¹¹

Као посебно рањива категорија стари су изложени и разним облицима злостављања, занемаривања и насиља које је, опет, најчешће породично, али се може односити и на понашања у домовима за старе или другим институцијама за бригу или смештај старих лица.¹² Истраживања насиља над старим лицима врше се тек у последњих двадесетак година интензивније. У Србији је прво квантитативно истраживање насиља у породици спроведено 2001. године,¹³ а системских истраживања насиља у породици, па, дакле, и над старијим особама и даље нема, нема ни редовног прикупљања, евидентирања и документовања оваквих података.¹⁴

Процент процесуираних кривичних дела насиља у породици према старијим особама је несразмерно мали у односу на фактичко стање што је претпостављамо последица околности да се овај вид насиља "теже открива и мање пријављује" у односу на друга дела насиља у породици (посебно насиље над особама које су због болести или изнемоглости везане

¹⁰ S. Rusac, A. Štambuk, J. Verić, "Dobna diskriminacija: iskustva starijih osoba", *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja*, 2013, 96.

¹¹ N. Žganec, S. Rusac, M. Laklija, *op. cit.*, 176.

Када су у питању жене старије животне доби, а према истраживањима Аутономног женског центра, а у 2020. години, највећи број убијених жена (у просеку свака трећа) био је старости преко 65 година. Готово свака четврта била је старости између 46 и 55 година, а свака седма старости од 36 до 45 година. Свака десета убијена жена била је старости између 18 и 25 година, и исто толико старости између 56 и 65 година. Најмањи проценат убијених жена био је старости између 26 и 35 година (7,7%). Најмлађа жртва имала је 19, а најстарија 85 година. Просечна старост жртве за овај извештајни период је 53,6 година. Аутономни женски центар, *Фемцид – убиства жена у Србији*, Квантитативно-наративни извештај 1. јануар - 31. децембар 2020. године, Београд, 2021.

¹² R.W. Summers, A. M. Hoffman, *Elder Abuse: A Public Health Perspective*, Washington, DC, 2006, 1.

¹³ Наведено према Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима, "Службени гласник РС", бр. 27/2011, 11.

¹⁴ Н. Петрушић, "Насиље према старијим особама у породичном контексту - карактеристике, облици испољавања и институционална заштита", у Н.Петрушић, Н.Тодоровић, М.Врачевић (ур), *Насиље над старијим особама, Студија о насиљу у породици*, Црвени крст Србија, Београд, 2012, 44, <https://www.redcross.org.rs/sr/resursi/%C5%A1tampane-publikacije/nasilje-nad-starijim-osobama/>, 08.02.2021.

за постељу и не остварују контакте са људима у ширем социјалном окружењу).¹⁵

Подаци говоре да је однос жртава и извршилаца породичног насиља над старијим особама када је у питању њихова животна доб и пол скоро обрнуто пропорционалан - преовлађују извршиоци млађе животне доби, уз то и мушког пола, а најчешће су то њихова деца и унуци или је реч о партнерском насиљу.¹⁶

3. ПОЈАМ НАСИЉА НАД СТАРИЈИМ ЛИЦИМА

Насиље је, на жалост, универзална појава у људском друштву кроз његов укупан развој. Присутно је у свим државама и заједницама, на улици, у школи, у породици, на радном месту, а оставља последице на живот, здравље и срећу пре свега жртве, али, у зависности од врсте, и на особе из окружења (чланови породице) и друштво у целини.¹⁷ Најопштија дефиниција насиља коју даје СЗО је да је реч о намерној употреби психичке силе или физичке снаге, која се догодила, или се још увек догађа, против себе, друге особе или групе или заједнице, а која изазива или има знатне изгледе да изазове повреду, смрт, психолошку штету, последице по развој особе или сиромаштво.¹⁸ У оквиру теме овог рада од значаја је тзв. интерперсонално насиље¹⁹ и то оно које се дешава у породици, односно између чланова породице или у породичној заједници, или између

¹⁵ М. Бабовић et al., "Социјална укљученост старијих особа (65+) у Србији", Црвени крст Србије, 2018, 44.

¹⁶ На територији полицијских управа Новог Сада и Ниша где је истраживање спроведено 91,70% извршилаца су мушкарци, вид. Н.Петрушић, *op. cit.*, 51, 53, 58, 59. И истраживање спроведено у Федерацији БиХ о случајевима насиља у породици који су кривично процесуирани током 2016. године показује да је у узорку у 16,30% случајева била реч о насиљу деце над родитељима, дакле старијим лицима, вид. М. Сегајић-Џампара, Н. Вељан, *Analiza sudske prakse u predmetima nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini*, Atlantska inicijativa, Sarajevo, 2018, https://atlantskainicijativa.org/wp-content/uploads/Analiza_SudskePrakseUpredmetimaNasiljaUporodici.pdf, 10.02.2021.

¹⁷ *World Report on violence and health, Summary*, World Health Organization, Geneva, 2002, 4, (у даљем тексту "Извештај СЗО"), https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/summary_en.pdf, 10.02.2021.

¹⁸ *Ibid*, 1.

¹⁹ Иницијална типологизација насиља према СЗО обухвата: насиље према себи (*self-directed violence*), насиље једне индивидуе према другој индивидуи (*interpersonal violence*) и насиље у колективима (*community violence*). *Ibid*, 4.

интимних партнера, а које се по правилу и извршава у "дому", дакле месту где чланови породице живе.²⁰ Породично насиље је глобална и пандемична патолошка појава, која узрокује практично несагледиве последице и угрожава саму институцију породице.²¹ Оно није омеђено ни географским, ни етичким, ни статусним ни другим факторима, размере му је немогуће утврдити. По правилу, остаје скривено, а овај феномен угрожава или уништава породицу која због насиља престаје бити сигурно уточиште њених чланова.²² Промене у друштву и породици, пре свих економска криза и криза морала која је увек прати, али и тзв. структурне промене у самој породици условљавају да сваки члан може постати жртва, али и насилник, односно да више насиље супруга над супругом или родитеља над дететом није једини вид, па се тако све више препознаје и говори и о насиљу над старијим члановима породице.²³

Насиље над старијим особама СЗО одређује као озбиљан социолошки проблем, али не користи појам насиље (*violence*) већ злостављање (*abuse*) које одређује као сваки појединачан или понављајући чин или недостатак поступања које се догађа у било којем односу очекивања и поверења, а које узрокује штету, бол или неприлике старијој особи.²⁴ Треба рећи да се и у нашој, посебно виктимолошкој литератури, поред насиља говори и о злостављању које означава образац насилних или претећих радњи чији је циљ намерно контролисање или доминирање над другом особом, и које је често управо у партнерским односима и у односима чланова породице неједнаке физичке или психичке снаге или моћи.²⁵ Оваква терминологија и дефинисање указују да је нагласак на

²⁰ Интерперсонално насиље, према Извештају СЗО обухвата: 1. породично насиље и насиље између интимних партнера и 2. насиље између особа које нису у сродству, које се не познају и које се одвија генерално ван дома - насиље у заједници (*collective violence*).

²¹ Н.Петрушић, С.Константиновић Вилић, "Нормативни оквир породичноправне заштите од насиља у породици у Србији и резултати истраживања правне праксе судова у Београду", у Н.Петрушић (ур.) *Приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда правни систем Републике Србије*, Књ. 4, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2008, 186.

²² I. Radić, A. Radina, "Zaštita od nasilja u obitelji: obiteljskopравни, прекршajноправни и казненоправни аспект", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, бр. 3, 2014, 727.

²³ *Ibid.*

²⁴ Н. Љ. Сатарих, "Насиље над старијим особама", Социјална политика, бр.1/2016, 55, према Извештај СЗО, *op. cit.*

²⁵ Domestic Abuse Intervention Programs, Home of the Duluth Model, нав. према Приручник - *Sudska razmatranja slučajeва nasilja u porodici u BiH*, ur. N.Galić, H.Nuhtanen, 2013, 10, (у даљем тексту "Приручник БиХ"),

злоупотреби моћи и контроле у односима који би требало да се заснивају на поштовању и поверењу, па се насиље над старијим лицима коначно ставља у исти контекст односа и злоупотребе моћи као што је и породично насиље над децом или женама.²⁶

Међутим, у нашој правној литератури често се оба појма користе паралелно, као истозначни,²⁷ а има и примера да се један појам дефинише, заправо, преко другог, па се нпр., насиље над децом, дефинише као физичко, емоционално и сексуално злостављање и занемаривање. Емоционално злостављање деце се одређује као трајно пропуштање родитеља да исказују љубав или пажњу својој деци или када детету прете, подругују му се или вичу на њега, али се одређење свакако може пројектовати и на понашање према старим лицима.²⁸ Исти закључак односио би се и на занемаривање под којим се уобичајено подразумева ускраћивање основних потреба као што су храна, одећа, грејање и медицинска заштита лица о којима се стара (и образовање када су деца у питању),²⁹ као и небрига, односно ускраћивање неопходне неге.³⁰ Сматрамо, такође, да занемаривање може да представља и психичку форму насиља - необраћање пажње, избегавање, игнорисање, изолација, а и у дефиницијама насиља над старијим лицима наилазимо на форме занемаривања као посебне категорије.³¹

Конвенција о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици из 2011. године³² (Истанбулска конвенција) не помиње

https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/Nasilja_u_porodici_prirucnik_Final_Bos.pdf, 14.02.2021.

²⁶ М. Ајдуковић, Г. Павлековић, *Nasilje nad ženom u obitelji*, Друштво за психолошку помоћ, Загреб, 1994., нав. према М. Ајдуковић, С. Русац, Ј. Огresta, "Izloženost starijih osoba nasilju u obitelji", *Revija socijalne politike*, Загреб, бр.1, 2008, 4.

²⁷ Нпр., наведена Студија Црвеног крста Србије, вид. фусноту бр. 14, као и Т. Вујовић, *op. cit.*

²⁸ G. Buljan Flander, I. Ćosić, "Prepoznavanje i simptomatologija zlostavljanja i zanemarivanja djece", *MEDIX*, бр. 51, 2003, 122, https://www.researchgate.net/publication/27204352_Prepoznavanje_i_simptomatologija_zlostavljanja_i_zanemarivanja_djece, 12.02.2021.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Т. Вујовић, *op. cit.*, 71.

³¹ Тако, S. Prel-Levin, *Discussing Screening for Elder Abuse at Primary Health Care level*, WHO, Geneva, 2008, 6, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/43523>, 13.02.2021.

³² Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, CETS No.210., Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, "Службени гласник РС - Међународни уговори", бр. 012/13.

посебно насиље над старим лицима, а ни у Европској унији нема обавезујућих аката који регулишу ову материју.³³ Ипак, значајно је напоменути да је у својој пракси у низу случајева Европски суд за људска права утврдио повреду конвенцијских права, посебно чланова 2, 6 и 8 у вези са насиљем у породици,³⁴ што потврђује савремено схватање да је насиље у породици питање поштовања људских права, а не искључиво породична или приватна ствар.

Породични закони, као и закони о заштити од насиља у породици у државама у окружењу, али и Кривични законик, дефинишу породично насиље, али се насиље над старијим особама изузетно помиње експлиците. Закон о спречавању насиља у породици Републике Србије³⁵ одредбом чл.3 ст.3 насиље у породици дефинише као: "акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља учиниоца према лицу са којим се учинилац налази у садашњем или ранијем брачном или ванбрачном или партнерском односу или према лицу са којим је крвни сродник у правој линији, а у побочној линији до другог степена или са којим је сродник по тазбини до другог степена или коме је усвојитељ, усвојеник, храњеник или хранитељ или према другом лицу са којим живи или је живео у заједничком домаћинству". Породични закон Републике Србије,³⁶ одредбом чл.197 ст.1 уже дефинише насиље као: "понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице". Одредба чл.197 ст. 2, којом се ближе одређује шта се нарочито, дакле без таксативног набрајања, сматра актом насиља у породици, не помиње изричито насиље над старијим особама изузев индиректно у случају сексуалног насиља, односно навођења на сексуални однос или извршења сексуалног чина над "немоћним лицем".³⁷ При томе

³³ За акте ЕУ који се односе на насиље у породици видети I. Radić, A. Radina, *op. cit.*, 728-729.

³⁴ Више о пракси Европског суда за људска права у овој области Б. Тубић, "Насиље у породици у пракси Европског суда за људска права", *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр.1, 2018, 211-226.

³⁵ Закон о спречавању насиља у породици - ЗСНП, "Службени гласник РС", бр. 18/2005, 72/2011- др. закон и 672015.

³⁶ Породични закон - ПЗ РС, "Службени гласник РС", бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015.

³⁷ Интегрални текст чл. 197 ст.2 ПЗ РС гласи: "Насиљем у породици, у смислу става 1 овог члана, сматра се: 1. наношење или покушај наношења телесних повреда; 2. изазивање страха претњом убиства или наношењем телесне повреде члану породице или њему блиском лицу; 3. присиљавање на сексуални однос; 4. навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. годину живота или немоћним лицем; 5. ограничавање слободе кретања или

"немоћно лице" је најчешће и старије, али то могу бити и млађи који су оболели од тежих болести, непокретни и сл. Осим породичноправне заштите од насиља у породици, националним законодавством предвиђена је и кривичноправна заштита, као секундарни и репресивни вид заштите у односу на породичноправну. Кривично дело насиље у породици прописано је одредбом чл.194 Кривичног законика³⁸ и има пет различитих облика, а основни облик прописан ст.1 гласи: "ко применом насиља, претњом да ће напасти на живот или тело, дрским или безобзирним понашањем угрожава спокојство, телесни интегритет или душевно стање члана своје породице, казниће се затвором од три месеца до три године".³⁹

Закон о заштити од насиља у обитељи Републике Хрватске⁴⁰ наводи (чл.10) као посебан облик породичног насиља и "занемаривање потреба особе са инвалидитетом или особе старије животне доби које доводи до њене узнемирености или вређа њено достојанство и тиме јој наноси телесне или душевне патње", дакле помиње овај специфични облик испољавања насиља над старијим лицима.⁴¹ И Закон о заштити од насиља у породици Федерације БиХ,⁴² одредбом чл.7 ст.2 т. 11, као вид породичног насиља одређује "физичко и психичко насиље према старим, изнемоглим особама и занемаривање у њиховом неговању и лечењу". Закон о заштити од насиља

комуницирања са трећим лицима; 6. вређање, као и свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање". Ни Закон о заштити од насиља у породици Републике Српске, "Службени гласник Републике Српске", бр. 102/2012, 108/2013, 82/2015 и 84/2019, којим је, за разлику од регулативе у Србији у целини регулисана ова материја и који, одредбом чл.6. ст.2 много подробније набраја акте вршења насиља у породици такође не помиње изричито насиље над старијим лицима, али се у неким од употребљених формулација препознаје неопходни образац понашања што алудира на појам злостављања.

³⁸ Кривични законик – КЗ, "Службени гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

³⁹ Осим кривичног дела "насиље у породици" из чл.194 КЗ из групе кривичних дела против брака и породице примењива на старија лица је и одредба чл.196 КЗ ("Кршење породичних обавеза"), али под условом да је таква обавеза установљена (Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1 4446/2013 од 4.2.2014. године).

⁴⁰ Закон о заштити од насиља у обитељи - ЗЗНО, "Народне новине", бр. 70/17, 126/19.

⁴¹ ЗЗНО у чл. 10 говори, поред тога, и о психичком насиљу које је проузроковало повреду достојанства или узнемиреност, сексуалном узнемиравању, телесном кажњавању и другом понижавајућем понашању према деци и економском насиљу које шире објашњава.

⁴² Закон о заштити од насиља у породици, "Службене новине Ф БиХ", бр. 20/2013.

у породици Црне Горе,⁴³ одредбама чл.8 ст.2 и 3, такође помиње насиље над старијим особама. Односно, према ст.2, насиље у породици врши се и угрожавањем физичког, психичког, сексуалног или економског интегритета, менталног здравља и спокојства другог члана породице као и ако члан породице не води довољно бригу о исхрани, хигијени, одевању или медицинској заштити другог члана породице о коме је дужан да се стара, коме је потребна посебна помоћ због болести, инвалидитета, старости или других личних својстава због којих није способан да се стара о себи. Одредбом ст.3 као тежи облик насиља у породици уводи се "прикривање члана породице са посебним потребама", што такође могу бити и старија лица.

4. ТИПОЛОГИЈА ПОРОДИЧНОГ НАСИЉА НАД СТАРИЈИМ ЛИЦИМА

Светска здравствена организација усваја као типове насиља уопште физичко, психичко, сексуално, лишавање (нечега) и немар.⁴⁴ Као облик насиља постоји и прихвата се и економско.

Физичко насиље подразумева било који чин физичке природе независно од тога да ли је као његова последица настала физичка повреда или не.⁴⁵ Наиме, реч је "о намерном изазивању бола или повреда" чија је последица поред физичког и психички или душевни бол.⁴⁶ Реч је увек о намерној употреби физичке силе или снаге против другог лица. Веза физичког насиља и психичког, односно душевног бола иначе је код породичног насиља најприсутнија, с обзиром на претпостављено постојање чврстих емоционалних веза у свакој породици, а веза старијих са децом и унуцима, нпр., посебно је чврста и јака емоционална веза. Уобичајене и спољне лако препознатљиве форме, односно манифестације насиља су повреда оружјем или оруђем, шамарање, шутирање, чупање за косу, гурање, подметање ноге, бацање на под, дављење или гушење, гађање неким предметом и др.⁴⁷ Овај тип насиља најлакше је уочити јер оставља

⁴³ Закон о заштити од насиља у породици, "Службени лист ЦГ", бр. 46/2010, 40/2011.

⁴⁴ Извештај СЗО, *op. cit.*, 5.

⁴⁵ Т. Вујовић, *op. cit.*, 70, 71.

⁴⁶ Д. Крстинић, Ј. Васиљковић, "Облици насиља у породици", *Право - теорија и пракса*, бр. 07-09/2019, 70.

⁴⁷ О томе Т. Вујовић, *op. cit.*, 70, 71, S. Rusac, "Nasilje nad starijim osobama u obitelji na području grada Zagreba", *Ljetopis socijalnog rada*, 2009., 16 (3), 578, 579 (према садржини упитника за истраживање), а видети и Н. Љ. Сатарић, *op. cit.*, 55.

видљиве трагове. Поред свега овога, физичко насиље подразумева и присиљавање на неке невољне радње какво је нпр. лежање, односно остајање у кревету или столици, присиљавање на останак у затвореном простору, односно ограничавање слободе кретања, склањање лекова, предозирање лековима и др.

Психичко или емоционално насиље односи се на акте којима се стара лица настоје дехуманизовати или потценити, односно умањити њихово самопоштовање или дигнитет.⁴⁸ Реч је о нашошењу тзв. менталне патње.⁴⁹ Обухвата небројено много различитих понашања или пак нечињења као што су: претња напуштањем, да ће старију особу оставити саму или да ће је истерати из куће или стана; претња смештајем у дом за стара лица; претња, односно застрашивање да ће бити лишено основних животних потреба, посебно уколико старије лице нема сопствене приходе већ га издржава управо насилник, нпр. да неће добити храну или лекове, да га неће водити код лекара и др.;⁵⁰ наметање разговора о тежини болести или смрти старог лица; називање погрдним именима, псовање, викање на старе без очигледног разлога, ругање; социјална изолација, односно забрана посета и одласка у посете, гледања телевизије, читања штампе, телефонирања; игнорисање, односно немање комуникације са старијом особом или, пак, непрекидна критика њихових поступака или нечињења и др.⁵¹ Насиље над старијим особама препознато је и као тзв. "злостављање бакица" ("grenny battering"),⁵² односно добровољно прихватање или наметање деликатним, тешко препознатљивим начинима утицаја, бројних обавеза старијим женама као што је чување унука, кување, набавке, чување болесног члана породице и сл., што с обзиром на године представља изузетан напор и доводи до погоршања физичког и менталног здравља.⁵³

⁴⁸ *Ibid*, 71.

⁴⁹ Н. Љ. Сатарић, *op. cit.*, 55.

⁵⁰ Има схватања да се посебно може изоловати као вид насиља занемаривање потреба старијих особа, као што су храна, одећа, обућа, средства за личну хигијену, лекови, потребна медицинска помагала и сл., али и ускраћивање одласка код лекара, одлучивање у име старије особе, социјална изолација, равнодушност и игнорисање (Н. Љ. Сатарић, *op. cit.*, 56, 57.), али се заправо ради о манифестацијама које су најчешће облик психичког, ређе и неког од других уобичајених видова насиља над старијим особама.

⁵¹ Т. Вујовић, *op. cit.*, 71; S. Rusac, *op. cit.*, 578, 579.

⁵² Аутори Бејкер и Бурстон су, наиме, у часопису *British Scientific Journals* 1975. описали овај вид злостављања баки, односно старијих жена, нав. према Н. Љ. Сатарић, *op. cit.*, 54.

⁵³ Д. Рељић, "Насиље над старијим лицима", *Годишњак Правног факултета*, 4(2), 160, нав. према Д. Крстинић, Ј. Васиљковић, *op. cit.*, 74.

Психичко насиље је најчешћи вид породичног насиља, па и над старијим особама, присутно је и шире, ван породице, а најтеже га је открити, односно доказати.

Сексуално насиље је најделикатнији облик насиља и један од најтежих видова сексуално девијантног понашања⁵⁴ и повреда је полне слободе и полног морала.⁵⁵ Укључује најразличитије облике сексуалног понашања, искоришћавања или узнемиравања без воље и пристанка старије особе, као што је силовање, али и нежељено додиривање, миловање и сл.⁵⁶ Овај вид узнемиравања може бити директан, физички (неприкладно дирање, присиљавање на сексуални чин), али и нпр., изјаве са сексуалном конотацијом, слање таквих порука на различите начине, а поред физичких и психичких последица има и социјалне последице за жртву које су за старије особе веома трауматичне.⁵⁷

Економско или финансијско насиље представља новчане манипулације или искоришћавање новца или имовине старије особе, а да оне за то нису дале пристанак, односно да се то чини мимо њихове воље или на превару. Углавном су присутни као уцена старијих, превара, односно преварна радња или друге врсте злоупотреба.⁵⁸ По правилу корист од таквих аката имају насилник или њему блиска лица (нпр. други чланови породице), али не увек. Овај вид насиља се управо открива преко околности да се туђа имовина користи на незаконит или непримерен начин. Акти овог насиља су најчешће крађа новца, продаја непокретности или покретних ствари, злоупотреба издатог пуномоћја, фалсификовање потписа, располагање новцем који им је старо лице поверило (дато овлашћење за кредитну картицу) за потребе друге врсте, а не за издржавање и задовољавање потреба тог старог лица. У литератури се, поред наведених, као акти "материјалног насиља" наводе отварање писама и пошиљки као и принуда на промену тестаментa,⁵⁹ али би се могло обухватити и присиљавање на закључење нпр. уговора о доживотном издржавању или о поклону и других којима се располаже имовином у корист насилника,

⁵⁴ Д. Крстинић, Ј. Васиљковић, *op. cit.*, 72.

⁵⁵ М. Почуча, "Насиље у породици", *Право - теорија и пракса*, 27(9-10), 51.

⁵⁶ Односно различита кривична дела против полне слободе регулисана КЗ, нпр. силовање (чл.178), обљуба над немоћним лицем (чл.179), обљуба злоупотребом положаја (чл.181), недозвољене полне радње (182), полно узнемиравање (182а).

⁵⁷ Д. Крстинић, Ј. Васиљковић, *op. cit.*, 72

⁵⁸ Т. Вујовић, *op. cit.*, 71, 71.

⁵⁹ S. Rusac, *op. cit.*, 579.

принуда на продају личне имовине како би се елиминисала економска самосталност и сл.

5. ЕТИОЛОГИЈА НАСИЉА НАД СТАРИЈИМ ЛИЦИМА

Насиље над старијим особама најтеже се идентификује јер су она најчешће и социјално изолована што истовремено и повећава ризик од могућег насиља и отежава откривање, а онда и узроци остају неоткривени.⁶⁰ Начелно, старији су мање спремни да пријаве породично насиље органима кривичног гоњења, како насилнике (нпр. децу, унукe) не би излагали евентуалном кажњавању, а присутан је у великој мери и страх од освете насилника.⁶¹ И истраживања и теоријски радови о овој теми, наиме, често проблематизују тзв. тамну бројку насиља над старијим особама, односно мању спремност од младих да га пријаве.⁶² У старијој популацији израженији је осећај везаности за чланове породице, заједништва и бриге. Исто тако израженији је и осећај стида и срамоте у случају насиља што је свакако последица другачијег васпитања и усвојених образаца понашања, нижег нивоа образовања, еманципације и сл. Старији су више "везани за кућу", односно живот у породици и спремнији на трпљење како би очували (привидни) мир и хармонију по било којој цени. Уз то, пријава насиља може условити и одлазак или смештај у дом за старе, а највећи број старих се томе противи.⁶³ Са друге стране, пак, деца или унуци са којима старија лица најчешће живе (уз живот са брачним или ванбрачним партнером свакако), из најразличитијих разлога који се могу свести на "борбу за живот", жељу за материјалним добрима и положајем, до недостатка емоција и емпатије иначе, па и према старима, нису спремни не само да се брину за старије, да им посвећују време и пажњу, већ су веома често заинтересовани само за њихову имовину и/или примања.

⁶⁰ Т. Вујовић, *op. cit.*, 63.

⁶¹ *Ibid*, 55.

⁶² Према резултатима једног од таквих истраживања чак 57,3% испитаника старијих особа даје одговор да су стари веома ретко спремни да пријаве насиље које трпе, односно 11,9% њих да стари не би никада пријавили овај вид насиља, М.Ајдуковић, S. Rusac, J. Ogresta, *op.cit.*, 17.

⁶³ Видети разлоге за непријављивање насиља од стране старијих жена у *The Mental Health and Well-being in Later Life Programme 2003-2006*, Scotland, 2006, 14, <https://lx.iriss.org.uk/sites/default/files/resources/30The%20Mental%20Health%20and%20Well-being%20in%20Later%20Life%20Programme%202003-2006%20report.pdf>, 18.02.2021.

Како су узроци породичног насиља над старијим особама бројни и разноврсни у теорији се чине покушаји груписања фактора који условљавају овај вид насиља. Као групе препознају се: фактори ризика везани уз заједницу и друштвене норме, индивидуални фактори повезани уз жртву и индивидуални фактори повезани уз насилника, као и фактори који се односе на саму породицу у којој се насиље десило.⁶⁴

У првој групи фактора издваја се друштвена изолација старијих особа. Реч је о особама које су најчешће у пензији и самим тим драстично су смањени њихови друштвени контакти, али на то утиче и околност да су се деца осамосталила економски, најчешће и одселила (неретко и у иностранство). И уколико нису били запослени околности су сличне. Смрт брачног друга, других чланова породице и пријатеља додатно утиче на изолацију (али и самоизолацију, повлачење у себе). Присутна је и тенденција "умањивања вредности старијих особа од стране заједнице",⁶⁵ а овакав приступ преноси се и на чланове њихове породице. Сиromаштво води њиховој стигматизацији у друштву,⁶⁶ то условљава психичке последице, а онда се и то реперкутује на њихово опште незадовољство животним приликама, које се негативно одражава и на породичне односе. Економска зависност од старијег члана породице, која је честа у овим околностима, такође утиче негативно на потенцијалног починиоца насиља. У модерним друштвима, односно државама углавном се губе традиционалне вредности, па и оне које су карактерисале брачне и шире породичне односе. У "савременој" породици неретко се губи поштовање, солидарност, хуман однос међу њеним члановима. Старија лица, као чувари традиционалних вредности, изазивају негодовање, некада негативне емоције, често вербалне нападе, а онда није далеко ни од насиља према њима.

Други, индивидуални фактори повезани уз жртву насиља, такође су бројни и различити. Пре свега, генерално, старија лица су и физички и психички слабија, или се бар налазе на силазној путањи у погледу

⁶⁴ Т. Вујовић, *op. cit.*, 69, 70.

⁶⁵ *Ibid*, 69.

⁶⁶ У транзиционим државама економски проблеми су потенцирани и значајан су окидач у вршењу насиља у породици. Незапосленост, ниска примања (плате и пензије), родна и добна дискриминација, проблеми у финансирању и функционисању система социјалне заштите и потреба његовог реформисања, приватизација у привреди, али и здравственог система и други фактори условљавају да су старије особе најчешће и сиромашне, а онда и социјално рањиве што повећава ризик од породичног насиља. М. Ajduković, S. Rusac, J. Ogresta, *op. cit.*, 6,7.

физичких, когнитивних и психичких способности, што их чини рањивијим. Слабљење условљава и немогућност или, опет, ослабљену способност да се одбране од физичких напада, али и психичке тортуре. Уз слабост придружене су и бројне болести иманентне старијој популацији, што даље повећава ризик, посебно нпр. отежано кретање или немогућност кретања, као и менталне сметње или болести, које мада нису типичне само за старију популацију, ипак су у том делу популације присутније. Спроведена истраживања у овој популацији указују да лошије функционалне способности старијих особа јесу фактор повећаног ризика од породичног насиља и то примарно психичког. Односно, како се у теорији наводи слабије функционалним старијим особама неопходна је туђа помоћ у свакодневним активностима, а лица која помоћ пружају, па и чланови породице изложени су незадовољству, фрустрацијама и стресу, што повећава ризик од психичког насиља.⁶⁷

Када су у питању индивидуални фактори повезани уз починитеља породичног насиља над старијим лицима, а најчешће су то најближи чланови породице - деца или унуци, ређе други рођаци у породици, један број општих фактора поменутих у оквиру оних који су карактеристични за заједницу и друштвене норме повезани су и уз починитеље - економска криза која условљава незапосленост или недовољне приходе, незадовољство положајем у таквим околностима, појачани ризици психосоматских поремећаја који су условљени овим околностима и др. Такође, околност да старије особе захтевају повећан степен бриге и пажње због немоћи, слабости, болести и слично води потреби да се одређена лица, по правилу чланови породице, брину о њима и њиховим потребама. Тако је за наше друштво традиционално карактеристично да нпр. дете (деца) брину о родитељима, односно да су то најчешће ћерке, а уместо сина то би требало да је дужност снахе. Уколико и врше овакву, традиционалну улогу, околности повезане уз њихов посао, ужу породицу, свакодневни живот и борбу, најчешће воде барем блажим облицима психичког насиља - оне су најдиректније у контакту са жртвом, а и улогу често нерадо прихватају. Истраживања о томе ко су најчешћи починиоци породичног насиља над старијим особама су контроверзна - нека показују да су у више од половине случајева насиља над старијим особама насилници жене - ћерке или

⁶⁷ Истраживање "Nasilje nad starijim osobama u obitelji" чији су резултати публиковани у S. Rusac, "Funkcionalna nesposobnost starijih osoba kao činitelj rizika za izloženost nasilju u obitelji", *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja*, br.2, 2011, 87-95.

снахе,⁶⁸ а нека, сасвим супротно, да су то супруг (30,7%) и син (16,95%). То свакако упућује на закључак да се феномен насиља над старијим особама мора много систематичније сагледавати и истраживати. Но, без обзира на то, чланови породице свакако невољно прихватају улогу старања о старијем члану, неприпремљени су за ту захтевну улогу и стога у перманентном стресу који појачава ризик од насиља.⁶⁹ И када супружници живе сами, брига једног од њих за другог који је болестан или слабији потенцира стрес, а онда и агресију, па су тако, поред деце, супружници ти који високо стоје на лествици починилаца породичног насиља над старима.⁷⁰

Коначно, усвојени обрасци понашања у самој породици значајан су фактор повећаног ризика од насиља, па и према старијим особама. Историја насиља, генерацијски присутно насиље, насиље као једини одговор на невоље и стресне ситуације, све то условљава да су неке породице склоније насиљу од других.

Фактори ризика могу се поделити и на:

- биолошке карактеристике старијих особа и старења као неминовног животног процеса (које се свODE на виши степен угрожености болестима које, пак, убрзавају старење, а дубока старост условљава патолошке промене у организму који се насиљу више не може одупрети);

- психолошке промене (промене у структури личности, које се свODE на окретање од спољашњег света ка унутрашњем, сопственом свету, слабе везе са другим лицима па и члановима породице, придаје се већа важност задовољавању сопствених потреба али социјална изолованост води упућености искључиво на чланове најуже породице што условљава усамљеност и зависност и јача ризик од насиља);

- однос са млађим члановима породице (неравнотежа између жеља и потреба старих за сигурношћу и уважавањем и потребе младих за одлучивањем и моћи).⁷¹

⁶⁸ Т. Вујовић, *op. cit.*, 69.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ М. Р. Костић, Р. Ђорђевић, "Виктимизација старих особа као припадника посебне маргинализоване групе", *TEMIDA*, бр.2, 2004, 9.

⁷¹ Ф. Мирић, "Кривичноправна заштита старих лица и ризик од њихове виктимизације код кривичних дела са елементима насиља у породици", *TEMIDA*, бр.1, 2012, 222, који цитира Владету Јеротића, "Страх од смрти у стварности", *Специјална мисао*, 2, 54: "Млади су одувек били склони нестрпљењу и превременој жељи да свргну старије са њиховог места; старији, опет, старећи постају себичнији и властољубивији, не желећи да се одрекну својих места. Сукоб изгледа онда неизбежан."

6. ЗАКЉУЧАК

Насиље је појава која прати људски род од његовог настанка до данас, а исто би се могло закључити и када је реч о насиљу у породици. Квалификација феномена насиља у породици прошла је дуг пут од вишевековног става да је насиље у породици приватни, породични проблем, заправо схватања насиља у породици као друштвено прихватљивог облика понашања, до савременог става да је реч о повреди људског права. У оквиру насиља у породици препознаје се и проблем насиља над старијим лицима које, такође, показује тренд раста, што је, између осталог, условљено и околношћу да је популација на светском нову све старија. Ипак, овом феномену се ни теоријски ни емпиријски не посвећује неопходна пажња. Светска здравствена организација дефинише овај вид насиља као појединачан или понављајући поступак или недостатак поступања које се догађа у било којем односу очекивања и поверења, а које узрокује штету, бол или неприлике старијој особи. Истраживања овог вида породичног насиља врше се тек последњих двадесетак година, али су и даље малобројна и несистемска, па сматрамо да би обимнија теоријска и емпиријска истраживања у чијем би фокусу било породично насиље над старијим лицима допринела како расветљавању проблема тако и одабиру конкретних мера заштите ових лица. Подаци о насиљу над старијим лицима су најмање доступни, пре свега због неспремности припадника ове друштвене групе да пријаве насиље и насилника који је најчешће брачни или ванбрачни партнер, дете или унук. Старија лица су "чуvari дома и породице" по сваку цену, па и трпљењем насиља, а обрасци њиховог понашања су другачији у односу на младе који су спремнији да насиље пријаве. Повећана активност заједнице на откривању дела насиља и починилаца стога се чини неопходном. Физички и психички слабија, старија лица неретко су и функционално неспособна, па им је потребна туђа брига и старање, а новчана примања су им веома често недовољна и за најосновније животне потребе. Са друге стране, млађи чланови породице су у непрестаној "борби за живот", продужава се радно време, приходи су недовољни за све потребе, немају довољно времена ни за своје ни за потребе своје најуже породице - брачног друга и деце, губитак посла и борба за новим радним местом постаје масовна појава, а све то делује фрустрирајуће и стресно, што се одражава и на односе са члановима породице, па и старијим, а представља потенцијални "окидач" насиља. Генерално се као и код породичног насиља уопште и када је реч о насиљу

над старим лицима као најважнији узроци препознају друштвена изолација старих, индивидуалне карактеристике старих као жртава, индивидуалне карактеристике починилаца дела насиља и усвојени обрасци понашања у самој породици. Бројност и разноврсност узрока отежава превенцију, али се томе мора посветити неопходна пажња. Над овом вулнерабилном друштвеном групом врше се сви типови насиља који се иначе препознају у оквирима породичног насиља: физичко, психичко, економско и сексуално, али се за сваки од ових типова у истраживањима и теоријским радовима уочава низ посебности што упућује и на неопходност препознавања специфичних приступа како би се умањило.

ЛИТЕРАТУРА

Ajduković M., Pavleković G., *Nasilje nad ženom u obitelji*, Društvo za psihološku pomoć, Zagreb, 1994,

Ajduković M., Rusac S., Ogresta J., "Izloženost starijih osoba nasilju u obitelji", *Revija socijalne politike*, Zagreb, br.1, 2008,

Buljan Flander G., Ćosić I., "Prepoznavanje i simptomatologija zlostavljanja i zanemarivanja djece", *MEDIX*, br. 51, 2003, https://www.researchgate.net/publication/27204352_Prepoznavanje_i_simptomatologija_zlostavljanja_i_zanemarivanja_djece,

Čehajić-Čampara M., Veljan N., *Analiza sudske prakse u predmetima nasilja u porodici u Bosni i Hercegovinu*, Atlantska inicijativa, Sarajevo, 2018, https://atlantskainicijativa.org/wp-content/uploads/AnalizaSudskePrakseU_predmetimaNasiljaUporodici.pdf,

Prel-Levin S., *Discussing Screening for Elder Abuse at Primary Health Care level*, WHO, Geneva, 2008, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/43523>,

Priručnik - *Sudska razmatranja slučajeva nasilja u porodici u BiH*, ur. N.Galić, H.Huhtanen, 2013, https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/Nasilja_u_porodici_prirucnik_Final_Bos.pdf,

Puljiz V., "Europska konferencija o stanovništvu 2005: Socijalna kohezija pred demografskim izazovima", *Revija za socijalnu politiku*, br. 2,

Radić I., Radina A., "Zaštita od nasilja u obitelji: obiteljskopравни, prekršajnopравни i kaznenopравни aspekt", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 3, 2014,

Rusac S., "Funkcionalna nesposobnost starijih osoba kao činitelj rizika za izloženost nasilju u obitelji", *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja*, br.2, 2011,

Rusac S., "Nasilje nad starijim osobama u obitelji na području grada Zagreba", *Ljetopis socijalnog rada*, 2009., 16 (3),

Rusac S., Štambuk A., Verić J., "Dobna diskriminacija: iskustva starijih osoba", *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja*, 2013,

Summers R.W., Hoffman A. M., *Elder Abuse:A Public Health Perspective*, Washington, DC, 2006,

The Mental Health and Well-being in Later Life Programme 2003-2006, Scotland, 2006, <https://lx.iriss.org.uk/sites/default/files/resources/30-The%20Mental%20Health%20and%20Wellbeing%20in%20Later%20Life%20Programme%202003-2006%20report.pdf>,

World Report on violence and health, Summary, World Health Organization, Geneva, 2002, https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/summary_en.pdf.

Žganec N., Rusac S., Laklija M., "Trendovi u skrbi za osobe starije životne dobi u Republici Hrvatskoj i u zemljama Europske unije", *Revija socijalne politike*, br. 2, Zagreb, 2008,

Аутономни женски центар, *Фемцид – убиства жена у Србији*, Квантитативно-наративни извештај 1. јануар - 31. децембар 2020. године, Београд, 2021.

Бабовић М., Величковић К., Стефановић С., Тодоровић Н., Врачевић М., Социјална укљученост старијих особа (65+) у Србији, Црвени крст Србије, 2018,

Вујовић Т., „Насиље над старим особама“, *Социолошка луча*, XI/2, 2017,

Девеџић М., Стојилковић Ђатовић Ј., *Демографски профил старог становништва Србије*, Београд, 2015,

Јеротић В., "Страх од смрти у стварности", *Специјална мисао*,

Костић М. Р., Ђорђевић Р., "Виктимизација старих особа као припадника посебне маргинализоване групе", *TEMIDA*, бр.2, 2004

Крстинић Д., Васиљковић Ј., "Облици насиља у породици", *Право - теорија и пракса*, бр. 07-09/2019,

Мирић Ф., "Кривичноправна заштита старих лица и ризик од њихове виктимизације код кривичних дела са елементима насиља у породици", *TEMIDA*, бр.1, 2012

Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима, "Службени гласник РС", бр. 27/2011,

Општи коментар бр. 6 Комисије Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons: General Comment 6, UN ESCOR, Economic, Social, & Cultural Rights Committee, 13th Session, E/12/1995/16/Rev.1, 1995. <https://www.refworld.org/pdfid/4538838f11.pdf>,

Петрушић Н., "Насиље према старијим особама у породичном контексту - карактеристике, облици испољавања и институционална заштита", у Н.Петрушић, Н.Тодоровић, М.Врачевић (ур), *Насиље над старијим особама, Студија о насиљу у породици*, Црвени крст Србија, Београд, 2012, <https://www.redcross.org.rs/sr/resursi/%C5%A1tampane-publikacije/nasilje-nad-starijim-osobama/>,

Петрушић Н., Константиновић Вилић С., "Нормативни оквир породичноправне заштите од насиља у породици у Србији и резултати истраживања правне праксе судова у Београду", у Н.Петрушић (ур.) *Пристап правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда правни систем Републике Србије*, Књ. 4, Центар за публикације Правног факултета, 2008, Ниш,

Почуча М., "Насиље у породици", *Право - теорија и пракса*, 27(9-10),

Рељић Д., "Насиље над старијим лицима", *Годишњак Правног факултета*, 4(2),

Сатарић Н. Љ., "Насиље над старијим особама", *Социјална политика*, бр.1/2016,

Тубић Б., "Насиље у породици у пракси Европског суда за људска права", *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр.1, 2018.

Правни извори и судска пракса

Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Council of Europe, CETS No. 210.,

Закон о заштити од насиља у породици, "Службене новине Ф БиХ", бр. 20/2013,

Закон о заштити од насиља у породици Републике Српске, "Службени гласник Републике Српске", бр. 102/2012, 108/2013, 82/2015 и 84/2019,

Закон о заштити од насиља у обитељи, "Народне новине", бр. 70/17, 126/19,

Закон о заштити од насиља у породици, "Службени лист ЦГ", бр. 46/2010, 40/2011,

Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, "Службени гласник РС - Међународни уговори", бр. 012/13,

Закон о спречавању насиља у породици, "Службени гласник РС", бр. 18/2005, 72/2011- др. закон и 67/2015,

Кривични законик, "Службени гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019

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

Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1 4446/2013 од 4.2.2014. године.

Dušica PALAČKOVIĆ, Ph.D

Full Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

Sanda ĆORAC, Ph.D

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

Jelena ČANOVIĆ

Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac

FAMILY VIOLENCE AGAINST ELDERLY

Summary

The paper analyzes the phenomenon of domestic violence against the elderly, i.e. definitions, types and causes of this occurrence in order to point out this kind of violence and thus contribute to it's research as a starting point for efforts to eliminate or at least reduce it. The topicality of this topic is indicated by the fact that the population globally (and then at the regional and national) level is aging faster and faster, and that process is unstoppable. The elderly are one of the vulnerable social groups, which causes an increased threat of violence in general, therefor also domestic. In order to recognize this type of violence, it's necessary to, first of all, define it and point out it's most important characteristics. The paper analyzes the generally accepted typology of domestic violence and points out the specific circumstances related to the elderly for each of the types of violence. Other than the referenced literature, the results of some of the conducted studies were also used. The special features of this social group, individual, but also those that appear in the context of social and domestic circumstances, some of which are: age, health condition, frequent poverty, dependence on others, stigmatization, isolation and self-isolation, in a cause-and-effect relationship to increased risk of violence in general, therefore domestic violence.

Key words: elderly, domestic violence, types and causes of domestic violence against the elderly

прегледни рад
примљен: 28. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 23. 04. 2021. г.
349.22:331.108.6-057.34(497.11)
331.108.642

Др Љубиша ДАБИЋ*

ДИСЦИПЛИНСКИ ПОСТУПАК У ДРЖАВНОЈ РЕВИЗОРСКОЈ ИНСТИТУЦИЈИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт

Тежиште истраживања су специфичности дисциплинског поступка и дисциплинских казни у праву државне ревизије, са посебним освртом на право државне ревизије Републике Србије. Предмет истраживања су претежно процесна питања дисциплинске одговорности лица ангажованих за рад у врховној ревизорској институцији, али и поједина материјална. С једне стране, анализира се дисциплински поступак (његова правна природа, иницирање, покретање, спровођење и окончање), а с друге стране, процесна права лица ангажованих за рад против којих се тај поступак води (право на одбрану, право на жалбу, право на покретање управног спора). Од материјалноправних питања разматрана су следећа: дисциплинска власт – дисциплински органи, дисциплинске мере, евиденција и застарелост. Само спровођење дисциплинског поступка доминантно се односи на лица ангажована за рад у Државној ревизорској институцији у статусу државних службеника, али не и на лица ангажована за рад у статусу функционера и намештеника. Циљ рада је да се осветли спровођење дисциплинског поступка у праву државне ревизије, фазе у којима се тај поступак одвија, извори права који се примењују у пракси на његово спровођење, као и избор и одмеравање дисциплинске казне према прекршиоцу радне дисциплине. Његова сврха је утврђивање правне природе дисциплинског поступка, његових особености и карактеристика које га чине посебним. Резултати истраживања треба да послуже у научне и апликативне сврхе.

* Редовни професор у пензији, Универзитет у Београду Економски факултет, ljadic@ekof.bg.ac.rs

Кључне речи: Дисциплински поступак. - Дисциплинске казне. - Право државне ревизије. - Државна ревизорска институција. - Извори права.

1. УВОД

Код истраживаних законодавстава о државној ревизији (Чешка Република - Чешка, Босна и Херцеговина - БиХ, Република Српска, Литванија, Мађарска, Бугарска, Словенија, Србија, Црна Гора, Хрватска, Северна Македонија – Македонија) можемо уочити експлицитни или имплицитни приступ у регулисању дисциплинске одговорности лица ангажованих за рад у врховној ревизорској институцији (ВРИ),¹ укључујући дисциплински поступак.

Једна група законодавстава непосредно уређује дисциплинску одговорност, са мање или више одредаба, у оквиру посебног дела (поглавља) или унутар поглавља о запошљавању (нпр. Чешка, БиХ, Република Српска). Чешка је дисциплинску одговорност уредила законом о Врховној ревизорској канцеларији (ВРК), „само за функционере“,² са упућујућом одредбом да председник, потпредседник и чланови ВРК супсидијарно подлежу одредбама Законика о раду.³ На запослене у ВРК предвидео је сходну примену одредаба Законика о раду, а за сва лица ангажована за рад доношење унутрашњег општег акта – дисциплинских правила. БиХ и Република Српска су, такође, уредиле непосредно дисциплинску одговорност и дисциплински поступак посебним законом о државној ревизији, непотпуно и ограниченим бројем одредаба, уз давање овлашћења генералном ревизору ВРИ да та питања потпуније уреди унутрашњим општим актом. Уређено је неколико питања (дисциплинска

¹ Назив „врховна ревизорска институција (ВРИ)“ се користи као генусни израз, под који се подводи највиши државни орган унутар једне земље који врши контролу (државну ревизију) јавних финансија, независно од његовог званичног назива. Тај израз се користи и у међународним ревизијским стандардима и етичком кодексу Међународне организације врховних ревизорских институција (*International Organisation of Supreme Audit Institutions* - INTOSAI).

² Љ. Дабић, „Дисциплинска одговорност лица ангажованих за рад у Државној ревизорској институцији Републике Србије“; у зборнику радова „Правна традиција и интегративни процеси“, II том, Косовска Митровица 2020, 34-35.

³ Act No. 166. (1993), Concerning the Supreme Audit Office - The Czech of Republic, са изменама и допунама до 2016. године, Део шести, чл. 34-48. <https://www.nku.cz/assets/about-us/status-and-powers/zakon-166-1993-web-en.pdf>, 2. mart 2020.

одговорност, повреда службене дужности, дисциплинске санкције и дисциплински поступак), препуштајући генералном ревизору да донесе правилник којим ће их потпуније уредити, односно правилником о дисциплинском поступку за утврђивање дисциплинске одговорности.⁴ Треба нагласити да су у праву државне ревизије БиХ и Републике Српске дисциплински одговорна само лица са статусом „запослених“ у ВРИ.

Друга група законодавстава законом о ВРИ не регулише дисциплинску одговорност, укључујући дисциплински поступак. Али, уз помоћ одређене номотехничке варијације, закони о ВРИ садрже одредбе о упућивању, односно о сходној примени одредаба посебних закона, експлицитно или имплицитно. Тако, нека законодавства о државној ревизији садрже генералну упућујућу одредбу о сходној примени одредаба посебног закона којим се уређује положај државних службеника и намештеника (нпр. Црна Гора,⁵ Хрватска⁶), односно другог посебног закона – Законика о раду (нпр. Литванија,⁷ Мађарска,⁸ Бугарска⁹). Друга законодавства о државној ревизији такође не регулишу дисциплинску одговорност законом о ВРИ и унутрашњим актом ВРИ, а не садрже ни лапидарне одредбе о упућивању на сходну примену одговарајућих одредаба другог закона. Међутим, у тим законима су предмет фрагментарног уређења радноправни односи лица ангажованих за рад у ВРИ, у посебном поглављу. Због таквог приступа, начелно, на дисциплинску одговорност лица ангажованих за рад у ВРИ сходно се

⁴ Закон о ревизији институција Босне и Херцеговине („Сл. гласник БиХ“, бр. 12/2006), чл. 35-36. и Закон о ревизији јавног сектора Републике Српске („Сл. гласник Републике Српске“, бр. 98/2005 и 20/2014), чл. 34-35.

⁵ Закон о Државној ревизорској институцији („Сл. лист РЦГ“, бр. 28/2004, 27/2006, 78/2006 и „Сл. лист ЦГ“, бр. 17/2007, 31/2014 и 70/2017), чл. 49.

⁶ Zakon о Državnom uredu за reviziju („Narodne novine“, бр. 25/2019), чл. 31. ст. 2-3.

⁷ Law on National Audit Office Republic of Lithuania, 30 May 1995, No I-907, Vilnius (As last amended on 26 March 2015 – No XII-1588), Поглавље VII, чл. 24 <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/f54ba23218b511e5bfc0854048a4e288?jfwid=-9dzqntxga>, 02.03.2020.

⁸ Act LXVI of 2011 on the State Audit Office of Hungary, Effective: 1 July 2011 – 31 December 2011, чл. 8 https://asz.hu/storage/files/files/Angol_portal/Introductions/act_on_sao_july_2013.pdf, 2. mart 2020.

⁹ National Audit Office Act - The Republic of Bulgaria (Promulgated, SG No. 12/13.02.2015, amended, SG No. 98/9.12.2016, effective 1.01.2017, SG No. 96/1.12.2017, effective 1.01.2018, SG No. 99/12.12.2017, effective 1.01.2018, supplemented, SG No. 103/28.12.2017, effective 1.01.2018, amended, SG No. 7/19.01.2018), Глава четврта, чл. 24-25. <http://www.bulnao.government.bg/en/articles/national-audit-office-act-1035>, 2. mart 2020.

примењују правна правила о дисциплинској одговорности посебног закона којим се уређује правни положај државних (административних) службеника, односно Закон о раду (Словенија,¹⁰ Србија,¹¹ Македонија¹²). У праву државне ревизије Словеније и Србије, тј. у закону о ВРИ и пословнику нису предвиђене одредбе о дисциплинској одговорности и дисциплинском поступку. Међутим, начелно, на дисциплинску одговорност лица ангажованих за рад у ВРИ сходно се примењују правна правила из посебних прописа (којима се уређују права за функционере у државним органима, односно изабрана лица, односно запослене у државним органима). Ако у Србији изузмемо функционере у својству изабраних лица, на предметни облик одговорности лица ангажованих за рад у Државној ревизорској институцији (ДРИ) супсидијарно се примењују правна правила о дисциплинској одговорности Закона о државним службеницима. Није предвиђена њихова сходна примена и на дисциплинску одговорност намештеника. Због тога се на дисциплинску одговорност намештеника „примењују (се) општи прописи о раду (првенствено Закон о раду) и посебан колективни уговор“.¹³

Да сумирамо. У погледу извора права, материја о дисциплинској одговорности у упоредном праву државне ревизије, укључујући дисциплински поступак, може бити предмет регулисања и примене посебног законодавства о државној ревизији, као и унутрашњег општег акта (правилника о дисциплинској одговорности) и посебног колективног уговора унутар ВРИ. Али, може по основу упућивања да буде предмет супсидијарне примене закона о јавним (административним) службеницима, односно општег закон(ик)а о раду, укључујући друге посебне прописе који се примењују, првенствено на функционере ВРИ. У праву државне ревизије Србије дисциплинска одговорност лица ангажованих за рад у ДРИ није предмет регулисања законом о ДРИ, као ни унутрашњим актима ДРИ, осим што се упућује на сходну примену посебних закона. Правила посебних закона, која се примењују на

¹⁰ Закон о računskom sodišču („Uradni list RS“, št. 11/2001 i 109/2012-neslužbeni prečišćeni tekst), чл. 33-37.

¹¹ Закон о Државној ревизорској институцији („Сл. гласник РС“, бр. 101/2005, 54/2007, 36/2010 и 44/2018 – др. закон), чл. 53-56а.

¹² Закон за државна ревизија – пречистен текст („Службен весник на РМ“, бр. 66/2010, 145/2010, 12/2014, 43/2014, 154/2015, 192/2015, 27/2016 i 83/2018), чл. 13-13а. <http://dzt.mk/mk/zakoni>, 2. mart 2020.

¹³ Закон о државним службеницима („Сл. гласник РС“, бр. 75/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 и 95/2018), чл. 4. став 3. (у даљем тексту: ЗДС)

дисциплинску одговорност и дисциплински поступак, нису јединствена за све групације лица ангажованих за рад у ДРИ – са статусом функционера, државних службеника и намештеника. Примењено на лица ангажована за рад у ДРИ Србије, напред поменута законска решења о државним службеницима биће сходно примењена на функционере именоване од председника ДРИ (врховни државни ревизори и секретар ДРИ) и државне службенике (запослени на извршилачким радним местима). На дисциплинску одговорност лица у статусу намештеника (запослени у стручним службама) примењиваће се одредбе Закона о раду и посебног колективног уговора, који закључује ДРИ и репрезентативни синдикат основан за територију Србије. Одредбе Закона о државним службеницима не дотичу лица ангажована за рад у ДРИ у положају функционера изабраних у Народној скупштини Србије.

У наставку рада, предмет разматрања и анализе биће претежно процесна питања дисциплинске одговорности лица ангажованих за рад у ВРИ, али и поједина материјална питања. С једне стране се анализира дисциплински поступак (његова правна природа, иницирање, покретање, спровођење и окончање), а с друге стране, процесна права лица ангажованог за рад против кога се тај поступак води (право на одбрану, право на жалбу, право на покретање управног спора). Кад је реч о материјалноправним питањима, разматрана су: дисциплинска власт – дисциплински органи, дисциплинске мере, евиденција и застарелост). Спровођење дисциплинског поступка доминантно се односи на лица ангажована за рад у ВРИ у статусу државних службеника.

2. ПРИРОДА ДИСЦИПЛИНСКОГ ПОСТУПКА

Дисциплински поступак у праву државне ревизије покреће се, спроводи и окончава у складу са законом утврђеним правилима. Покреће га овлашћени дисциплински орган *ex officio*, сходно оптужном начелу, на иницијативу или предлог („захтев“) овлашћеног субјекта. Његово покретање на начелу официјелности може се оправдати и тиме, што се на тај начин онемогућава незадовољни иницијатор да из субјективних разлога узнемирава ВРИ. Спроводи се кроз одређене фазе, у току којих дисциплински орган предузима одређене радње, а у доказном поступку, сходно истражном начелу, изводи прикупљене доказе. Терет доказивања лежи на дисциплинском органу ВРИ. Спроводи се ради утврђивања дисциплинске одговорности лица ангажованог за рад у ВРИ за које се

основано верује да је извршило повреду дужности. Спроводи се у радно време и о трошку ВРИ, односно државе. Током његовог спровођења се води записник. На тај поступак се сходно примењују начела управног поступка, али и друга процесна начела.¹⁴ По својој природи је хитан, што је у интересу учиниоца дисциплинске повреде, али и ВРИ. У дисциплинском поступку надлежни орган одлучује решењем, а о процесним питањима закључком. На донето решење се може уложити жалба о којој одлучује другостепени орган (комисија). Покретање управног спора пред надлежним судом против коначне дисциплинске одлуке не одлаже њено извршење. У овом поступку се не плаћају накнаде.¹⁵ У поступку извршавања изречених дисциплинских казни, правило је да се извршавају само коначна решења.¹⁶ Њихово извршење врши надлежна служба у ВРИ, по службеној дужности.¹⁷

На дисциплински поступак у ВРИ (нпр. Србија, Хрватска, Македонија) примењују се одговарајуће одредбе закона о државним (административним) службеницима и подзаконских акта ВРИ, а на друга питања вођења тог поступка одредбе закона којим се уређује општи управни поступак. У праву државне ревизије БиХ предвиђено је доношење правилника којим ће се потпуније уредити дисциплинска одговорност, на принципима Закона о државној служби у институцијама БиХ и Закона о кривичном поступку БиХ, а у Републици Српској правилника о дисциплинском поступку, који доноси главни ревизор.

Сврсисходност правила дисциплинског поступка у ВРИ се манифестује у пружању неопходних гаранција запосленима у положају

¹⁴ Та начела су: законитости, акузаторности, заштите права странке и јавног интереса, делотворности и економичности поступка, јавности, истине и слободне оцене доказа, непосредности, усмености (права странке на изјашњавање), самосталности у решавању, права на жалбу; као и: презумпције невиности, супсидијане примене одређених процесних правила, приступа информацијама и заштити података, употребе свог језика и писма.

¹⁵ *Zakon o državnim službenicima – prečišćeni tekst zakona* („Narodne novine“, br. 92/2005, 140/2005, 142/2006, 77/2007, 107/2007, 27/2008, 34/2011, 49/2011, 150/2011, 34/2012, 49/2012, 37/2013, 38/2013, 1/2015, 138/2015, 61/2017, 70/2019 i 98/2019), чл. 102. став 3.

¹⁶ Која су решења коначна у дисциплинском поступку? То су следећа: оно код кога је пропуштен рок за жалбу или је реч о одрицању од жалбе; оно на које није допуштена жалба; оно против којег је изјављена жалба и донета одлука по жалби – одбацивање или одбијање жалбе, односно усвајање жалбе и преиначење првостепене дисциплинске одлуке; оно против којег је изјављена жалба, с тим да одлука није донета у законом предвиђеном року.

¹⁷ *Zakon o državnim službenicima – prečišćeni tekst zakona*, чл. 110. став 8.

државних службеника, спречавању дисциплинског органа да злоупотребљава дисциплинска права, односно заштити запослених од његових противправних поступака, као и у спровођењу поступка у складу са законом и на утврђеном и доказаном чињеничном стању везаном за повреду дужности.

Какве је правне природе дисциплински поступак у савременом упоредном службеничком и праву државне ревизије? Он је посебна врста управног, а у неким системима државне ревизије посебна врста кривичног поступка (нпр. БиХ). Дисциплински поступак се начелно води по правилима општег управног поступка, али су у службеничком законодавству задржани неки од института кривичног поступка (нпр. обавезно спровођење усмене расправе, обавезна присутност у поступку пријављеног службеника, право на заступника, застарелост). Како се запажа у литератури, реч је о управном поступку са јаким примесам кривичног поступка, односно о управном поступку *sui generis*. Штавише, поједини аутори износе да би се чак могло рећи „да се ради о управном поступку који има нарав казненог поступка“.¹⁸ У радноправној теорији је постављено питање примерености примене правила општег управног поступка у дисциплинском поступку, са образложењем да тај поступак не улази у категорију казних поступака (кривични, прекршајни, дисциплински) и не укључује одређена доказна средства која су карактеристична за казнене поступке, нпр. претрес лица.¹⁹

3. ИНИЦИРАЊЕ И ПОКРЕТАЊЕ ДИСЦИПЛИНСКОГ ПОСТУПКА

Свако лице ангажовано за рад у ВРИ које сазна за учињену повреду дужности може да иницира покретање дисциплинског поступка. Иницијатива је по својој природи дисциплинска пријава. Покреће се кад постоји основана сумња да је повреда дужности учињена. Питања о њеној форми и садржини, органу којем се упућује, њеном прихватању или одбацивању, законодавац у службеничком праву (и праву државне ревизије) по правилу препушта да буду уређена подзаконским и унутрашњим актом. Форма иницијативе у праву државне ревизије

¹⁸ D. Juras, „Disciplinska odgovornost državnih službenika u pravu Republike Hrvatske“, *Pravni zapisi*, Beograd, br. 1/2014, 453. http://www.pravnifakultet.rs/images/2015/dokumenta/pravni_zapisi/2-2014/Pravni_zapisi_2014-02_05_Juras.pdf, 2. februar 2021.

¹⁹ Бранко Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд 2013, 661.

најчешће је дисциплинска пријава, приговор ревидираног субјекта на рад ревизора или нека друга форма. По правилу, подноси се у писаној форми, с тим да је могуће да се покрене и усмено, у форми давања исказа за записник, односно сачињавања белешке. Иницијатива треба да садржи, нарочито: назив органа којем се упућује; основне елементе индивидуализације лица за које се тврди да је повредило дужност; место, начин и време извршења повреде; податке о штети, ако је причињена; доказе; потпис подносиоца пријаве. Иницијатива се подноси у најширем смислу „руководиоцу“ или неком од органа ВРИ. О прихватању или одбацивању иницијативе надлежни орган ВРИ треба да обавести иницијатора.

На пример, у праву државне ревизије БиХ и Републике Српске, иницирање дисциплинског поступка, односно подношење дисциплинске пријаве почива на два законска решења, уз упућивања на ближа решења доношењем посебног подзаконског акта – правилника. Прво, свакој ревидираној институцији, односно ревидираном субјекту даје се могућност иницирања дисциплинског поступка код генералног ревизора ВРИ, у форми улагања приговора на рад ревизора, односно подношењем пријаве против запослених. Друго, сваки запослени у ВРИ може дати иницијативу за покретање поступка против другог запосленог за кога постоји сумња да је учинио повреду дужности.²⁰ У службеничком праву Србије, па тиме и у праву државне ревизије, свако лице ангажовано за рад у ДРИ које сазна за учињену повреду дужности из радног односа може председнику те институције да поднесе иницијативу за покретање дисциплинског поступка. У службеничком праву Македоније се предвиђа да поднета иницијатива „треба да буде образложена“.²¹

Ко покреће дисциплински поступак? У упоредном праву државне ревизије покреће га главни државни ревизор, односно председник ВРИ, осим ако је ту своју функцију делегирао на друго лице. „Дисциплински поступак не може покренути приватно лице, нити учествовати у њему као учесник“.²² Али, приватно лице се може појавити у својству иницијатора поступка код надлежног дисциплинског органа. У праву државне ревизије Србије предметни поступак покреће председник ДРИ, по сопственој

²⁰ Закон о ревизији институција Босне и Херцеговине, чл. 36. и Закон о ревизији јавног сектора Републике Српске, чл. 35.

²¹ Закон за административни службеници – консолидиран текст, („Службен весник на РМ“, бр. 66/2010, 145/2010, 12/2014, 43/2014, 154/2015, 192/2015, 27/2016 и 83/2018), чл. 77. став 1. <http://dzt.mk/mk/zakoni>, 2. mart 2020.

²² I. Krbek, *Lica u državnoj službi*, Zagreb 1948, 97.

иницијативи или на предлог лица које је претпостављено запосленом у ДРИ (врховни државни ревизор и секретар). Нема сметњи да други запослени (државни службеник, намештеник) иницира, односно поднесе дисциплинску пријаву за покретање поступка претпостављеном у ДРИ, уколико је сазнао за повреду дужности и учиниоца дисциплинске повреде.

Главни државни ревизор, односно председник ВРИ ће покренути дисциплински поступак на основу прикупљених доказа и претходних обавештења, односно када се увери да постоји основана сумња да је запослено лице у ВРИ повредило дужности. Дисциплински поступак у Србији се покреће писаним путем, доношењем закључка у форми писаног, појединачног и управног акта. У службеничком законодавству Србије се не уређује његова садржина, али се то чини у литератури.²³ На донети закључак не допушта се подношење жалбе. Које правне последице производи донети закључак о покретању дисциплинског поступка? Оне се тичу обавезе достављања закључка лицу на које се односи, везаности дисциплинског органа садржином донетог закључка (начело акузаторности)²⁴ и могућности одлучивања о удаљењу запосленог са рада.²⁵

4. ДИСЦИПЛИНСКИ ОРГАНИ И СПРОВОЂЕЊЕ ДИСЦИПЛИНСКОГ ПОСТУПКА

У упоредном и домаћем службеничком и праву државне ревизије дисциплински поступак се води пред првостепеним (нпр. главни државни

²³ Закључак треба да садржи: индивидуализацију државног службеника - лични подаци (име и презиме, назив радног места на које је распоређен, звање и сл.), који се уносе у закључак ради идентификације учиниоца, правилног вођења поступка и одмеравања дисциплинске казне; конкретизацију повреде дужности из радног односа као чињеничног стања – опис догађаја који укључује извршиоца, време, место и начин извршења повреде (тзв. чињенични основ закључка); и законски назив повреде дужности из радног односа (тзв. правна квалификација). Радован Безбрадица, „Дисциплинска одговорност државних службеника“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2007, 180-181.

²⁴ Орган за вођење дисциплинског поступка везан је донетим закључком на тај начин што се будућа одлука може односити само на именовано лице и само на повреду дужности која је чињенично садржана у закључку. Упуштање у одлучивање изван ових оквира било би квалификовано као битна повреда поступка, због непоштовања начела акузаторности.

²⁵ Дисциплински орган може одлучивати о удаљењу са рада лица које је повредило дужности у ВРИ тек после доношења закључка о покретању дисциплинског поступка, али и пре него што закључак буде достављен лицу на које се односи.

ревизор, председник ВРИ, дисциплинска комисија) и другостепеним дисциплинским органом (нпр. комисија за жалбе, виши службенички суд), који су законом одређени.

Првостепени поступак – На примеру службеничког и права државне ревизије Србије, дисциплински поступак води и о дисциплинској одговорности је овлашћен да одлучује председник ДРИ, као првостепени дисциплински орган. То је његово законско право и дужност. Њему је допуштено да овлашћење о покретању и вођењу поступка пренесе на трочлану дисциплинску комисију. Његова је дужност да формира ту комисију, као стални или *ad hoc* првостепени дисциплински орган ДРИ. Њено формирање ће уследити уколико је у ДРИ ангажован већи број лица за рад у статусу државних службеника. Када је комисија образована, дужна је да покреће и води дисциплински поступак и одлучује о дисциплинској одговорности запослених у ДРИ. Ако је то случај, за чланове дисциплинске комисије се захтева да имају високо образовање (на студијама другог степена, односно на основним студијама у трајању од најмање 4 године) и најмање 5 година радног искуства у струци, а за једног члана се захтева да буде дипломирани правник (мастер, односно дипломирани правник). Дакле, дисциплински органи за покретање и вођење првостепеног дисциплинског поступка према државном службенику су председник ДРИ или дисциплинска комисија. Учили смо да законодавац инсистира на њиховој компетентности у погледу образовања и радног искуства, а њихова достојност се подразумева.

О одлучивању у првостепеном поступку се води записник.

Усмена расправа – У спровођењу првостепеног поступка у ДРИ одређено је одржавање усмене расправе. Усмена расправа је најзначајнија подфаза првостепеног поступка, јер се на њој утврђује чињенично стање. Расправу отвара и њоме руководи председник дисциплинског органа. На расправу се позива учинилац дисциплинске повреде, који има право и могућност да изнесе своју одбрану, а допуштено је да за расправу достави и одбрану у писаној форми. Правило је да је расправа јавна, осим у случајевима када интереси ДРИ или друштвени интереси, или неки други оправдани разлози захтевају да се расправа прогласи тајном (нпр. разлози морала, заштита приватности члана породице, чување тајне). Јавност може бити искључена током целокупног поступка или само у једном његовом делу. Председник дисциплинског органа може да одложи усмену расправу, уколико смата да је потребно да се расправе одређене чињенице и изведу

конкретни докази. Истовремено је дужан да саопшти дан, место и време наставка одложене расправе.

Учиниоцу дисциплинске повреде је допуштено да се на расправи брани сам, лично, или преко заступника. Законом није ограничен у избору заступника, који може, али не мора да буде адвокат. Такође, заступник може бити и лице са статусом државног службеника. У праву Хрватске је предвиђена могућност за још једног заступника – синдикат. Стављено је у дужност телу које води дисциплински поступак, да на захтев службеника против кога се води поступак, омогући учешће синдиката чији је члан. Синдикат у овом поступку има положај изједначен са адвокатом.²⁶ Повреда права на одбрану има за последицу незаконитост првостепене одлуке.

У службеничком праву Србије расправа се може одржати и без присуства учиниоца дисциплинске повреде, ако за то постоје важни разлози, под условом да је учинилац повреде на расправу уредно позван. На остала питања вођења дисциплинског поступка примењују се одредбе закона којим се уређује општи управни поступак.

После изношења одбране учиниоца дисциплинске повреде приступа се извођењу доказа. Изводе се на чињенице и околности које су од значаја за утврђивање дисциплинске одговорности. О избору доказних средстава (јавне и приватне исправе, увиђај, вештачење, саслушање сведока) и њиховом редоследу извођења одлучује председник дисциплинског органа. Након извођења доказа и завршне речи учиниоца дисциплинске повреде, председник објављује закључење усмене расправе.

О усменој расправи се води записник.

Председнику дисциплинског органа у праву Србије је само изузетно допуштено да одступи од одржавања усмене расправе. Таква одлука може бити донета у случају када се дисциплински поступак води због лакше повреде дужности запосленог државног службеника, а председник није дужан да је образложи. Запослени против кога се води поступак има право да достави изјашњење у писаној форми о повреди дужности из радног односа садржаној у закључку, у року од 8 дана од дана пријема закључка о покретању поступка. Такође, допуштено је председнику дисциплинског органа да пренесе овлашћење за покретање и вођење дисциплинског поступка и одлучивање о дисциплинској одговорности на руководиоца уже унутрашње јединице ДРИ.

Избор и одмеравање дисциплинске казне – Значајно обележје у избору и одмеравању дисциплинске казне представља могућност њене

²⁶ Zakon o državnim službenicima – prečišćeni tekst zakona, чл. 103. став 3.

индивидуализације. Индивидуализација подразумева изрицање оне казне којом ће се по оцени дисциплинског органа „најбоље остварити сврха кажњавања“ запосленог државног службеника у ВРИ. Индивидуализација се врши у поступку избора и одмеравања дисциплинске казне и „представља веома значајну, сложену и суптилну функцију органа који изриче казну“.²⁷

У поступку избора и одмеравања дисциплинске казне у упоредном службеничком и праву државне ревизије примењу се следећа правила: за учињену повреду дужности запосленог у ВРИ може да се изрекне само једна дисциплинска казна, јер њихова кумулација није допуштена; дисциплинска казна може да се изрекне према сваком запосленом државном службенику у ВРИ; председник ВРИ, односно други орган кога он именује (дисциплинска комисија, дисциплинско веће), на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа посебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка, слободно и независно одлучује коју ће од законом предвиђених мера да изрекне.

У поступку индивидуализације казне (избора и одмеравања дисциплинске казне) треба водити рачуна о следећим околностима: степену одговорности учиниоца дисциплинске повреде, тежини последица повреде дужности и субјективним и објективним околностима под којим је повреда дужности извршена. О питању да ли је запосленом против кога се води поступак раније била изречена дисциплинска казна води се рачуна само уколико она још није избрисана из кадровске евиденције. На пример, у одмеравању висине новчане казне, између осталог, треба водити рачуна о материјалним и социјалним приликама запосленог у ВРИ. А у изрицању дисциплинске казне престанка радног односа, треба водити рачуна да се она изриче за теже повреде дужности запосленог у ВРИ, само са нарочито тешким последицама.

Каква је управно-судска пракса у примени процесних правила при спровођењу дисциплинског поступка у службеничком праву Србије? Иако примена поменутих правила представља услов за законитост одлучивања, често дисциплински органи не воде рачуна у довољној мери о примени одредаба Закона о државним службеницима које се тичу избора и одмеравања дисциплинске казне и разлозима да она буде блажа или тежа. Разлози за одређивање и одмеравање казне морају бити наведени у

²⁷ Д. Симоновић, „Индивидуализација дисциплинске мере“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2001, 278. и д.

образложењу одлуке државног органа.²⁸ На судској пракси је да допринесе остваривању принципа правичности, односно уједначавању судске праксе у погледу индивидуализације кажњавања – начело сразмерности (да казна буде сразмерна тежини повреде дужности).²⁹

Доношење првостепене одлуке – Након спроведене усмене расправе, првостепени дисциплински орган ДРИ може донети три врсте одлука: да запосленог против кога се води поступак огласи кривим и изрекне му одговарајућу дисциплинску казну; да га ослободи од одговорности, јер није утврђено да је извршио повреду дужности или да није крив за њено извршење; да обустави поступак, нпр. због застарелости.

Првостепена одлука се доноси у форми писаног, појединачног и управног акта – решења о дисциплинској одговорности и дисциплинској мери, уколико за то постоје законски услови. Донета одлука о дисциплинској одговорности запосленог у ДРИ мора да садржи: увод, изреку, образложење, поуку о правном леку и потпис. Одлука се доставља запосленом по правилима о личном достављању.

Другостепени поступак – У службеничком праву Србије као другостепени дисциплински орган јавља се владина жалбена комисија, који одлучује о жалбама државних службеника на првостепена решења о дисциплинској одговорности, у року од 30 дана од дана пријема решења. Такође, постоји и жалбена комисија у правосуђу, која одлучује о жалбама судија и јавних тужилаца. Та комисија постоји и у другим државним органима, нпр. у полицији. Проблем представља, међутим, непостојање другостепеног дисциплинског органа у праву државне ревизије Србије, јер није донет унутрашњи акт о дисциплинској одговорности лица ангажованих за рад у ДРИ. Због тога, о жалбама по основу дисциплинске одговорности запослених у ДРИ не може одлучивати владина жалбена комисија, јер је реч о независном и самосталном државном органу у односу на извршну власти. Због овакве фактичке ситуације, одлука првостепеног

²⁸ „Тужени у образложењу оспореног решења само наводи да је одмерена казна изречена у прописаним оквирима, у смислу члана 110. Закона о државним службеницима, али не наводи разлоге због којих сматра да је приликом избора и одмеравања дисциплинске казне првостепени орган поступао сагласно члану 115. Закона, којим је прописано да се при избору и одмеравању дисциплинске казне води рачуна о степену одговорности државних службеника“ (Пресуда ВСС У. 589/07 од 17.07.2008. године). Љ. Пљакић, „Положај државних службеника кроз управно-судску праксу“, *Социјална права и економска криза – Зборник радова са саветовања правника*, 01-03. октобар 2009., Златибор, 318.

²⁹ Б. Лубарда, „Дисциплинска одговорност и хармонизација права“, *Право и привреда*, бр.5-8/2001, 244.

дисциплинског органа ДРИ у пракси се мора сматрати коначном и да се против ње може покренути управни спор. Компарације ради, у службеничком праву Хрватске, службеник против којег је вођен дисциплински поступак за лакшу или тешку повреду службене дужности има право на жалбу против првостепене одлуке. Жалба се подноси вишем службеничком суду, у року од осам дана од дана пријема те одлуке. Против његове одлуке може се покренути управни спор.³⁰

5. ДИСЦИПЛИНСКЕ КАЗНЕ

Дисциплинске казне, које су прописане у службеничком праву Србије, примењују се и у њеном праву државне ревизије. Реч је о санкцијама које изриче дисциплински орган у спроведеном дисциплинском поступку. Начелно, оне погоршавају положај државног службеника, у моралном, материјалном и/или статусном смислу. Предвиђају се законом, јер и за њихово одређење важи принцип легалитета. Личне су природе, јер се изричу према запосленом у статусу државног службеника; због тога су непреносиве на другога. Нису непосредно имовинске природе. По својој природи су превентивне, али истовремено и репресивне. За разлику од других облика одговорности, изричу се алтернативно, јер није допуштена њихова кумулација (осим у правима у којима је то изричито допуштено); њих може да изриче само законом овлашћени дисциплински орган; изричу се у законом уређеном поступку, безусловно и није могуће одлагати њихово извршење у пракси. Њихово дејство се протеже само на ВРИ у којој је изречена, а без значаја је за друге послодавце код којих би државни службеник успоставио службенички однос. Нису трајне природе, јер су временски ограничене. Подлежу избору и индивидуализацији у њиховом предузимању. По неким ауторима, сврха дисциплинских санкција је обезбеђивање радне дисциплине, која се постиже не само њиховим извршењем (репресијом), већ и васпитним утицајем на друге запослене да развијају добре односе у раду и да не нарушавају радну дисциплину.³¹ Неки други аутори сматрају да утврђивање и изрицање дисциплинских санкција има општу (генерална превенција) и посебну сврху (специјална превенција).³²

³⁰ I. Borković, *Službeničko pravo*, Zagreb 1999, 145 i 152.

³¹ З. Ивошевић, *Дисциплинска и материјална одговорност*, Београд 1991, 22.

³² Р. Безбрадица, *op. cit.*, 174.

У управноправној теорији се врши класификација дисциплинских казни. Полазећи од критеријума објекта који погађају, могу да утичу на: углед државног службеника, његова примања, службенички положај и на сам службенички однос. Затим, могу се поделити на казне за дисциплински иступ (лакше повреде дужности) и дисциплински преступ (за теже повреде дужности). Даље, на искључиве и кумулативне казне. Најзад, на корективне и епуративне. На крају, могу бити одређене апсолутно и релативно.³³ У теорији службеничког права дисциплинске казне се разврставају по последицама које имају на службенички однос, тј. на радно правни положај службеника. По том критеријуму дисциплинске казне се деле на: 1) моралне, које погађају углед запосленог (усмена и писана опомена), васпитне су природе, и с основним циљем упозоравања запосленог на учињене дисциплинске повреде, односно нужну промену односа према радним обавезама и радној дисциплини; 2) професионалне, које погађају положај запосленог у радном односу (нпр. премештај на друго радно место ниже сложености послова); и 3) новчане казне, које погађају имовину, односно приходе запосленог и одређују се по правилу за одређени период у аликвотном делу новчаног примања.³⁴

У службеничком праву Србије (и праву државне ревизије) законом су одређене дисциплинске казне, а класификоване су у две групе: за лакше и теже повреде дужности. Представљају санкцију која се запосленом изриче за учињену повреду дужности. У нормативном приступу регулисања дисциплинских казни, извршена је уједно и њихова градација, с једне стране, на лакше и теже, а с друге стране, у њиховом набрајању се пошло од лакших до најтежим.

Дисциплинска казна за лакше повреде је опомена или новчана казна – до 20% од пуне плате за пуно радно време. Прва казна је по својој природи васпитно-репресивна, док је друга репресивна. Дисциплинске казне за теже дисциплинске повреде су: новчана казна умањења 20-30% од плате за пуно радно време, у трајању од 6 месеци; одређивање непосредно нижег платног

³³ Л. Костић, *Административно право краљевине Југославије, Трећа књига – Надзирање управе*, Београд 1939, 297-299.

³⁴ S. Dedić, Gradašević - J. Sijerčić, *Radno pravo*, drugo novelirano i prošireno izdanje, Pravni fakultet Sarajevo, Sarajevo, 2005., 326-328. Navedeno prema: Mario Vinković, Blanka Benković, „Uloga disciplinskih sankcija u borbi protiv neprofesionalnog i nezakonitog ponašanja državnih službenika – slučaj Hrvatske i Bosne i Hercegovine“, *Pravni vjesnik*, Osijek, br. 2/2011, 225. <https://www.pravos.unios.hr/pfo/sites/default/files/Vjesnik-pdf/Izdanja/Pravni-vjesnik-2011-2.pdf>, 2. februar 2021.

разреда; забрана напредовања од четири године; премештај на радно место у непосредно ниже звање, уз задржавање платног разреда чији је редни број истоветан редном броју платног разреда у коме се налази радно место с кога је премештен; и престанак радног односа.³⁵ Све врсте казни које се могу изрећи за теже дисциплинске повреде су по својој природи репресивне. Поређења ради, у праву државне ревизије БиХ и Републике Српске се предвиђају укупно четири дисциплинске санкције (мере),³⁶ без њиховог класификовања на лакше и теже, и то: писана упозорења, односно писмена опомена; суспензија са радног места; деградирање на нижи положај, односно распоред на нижу категорију у оквиру радних места и престанак радног односа. Док је прва санкција по својој природи претежно васпитно-морална, преостале три су репресивне. У општем режиму радних односа, у упоредном праву се предвиђа широка лепеза дисциплинских санкција ради остваривања начела прогресивног дисциплинског кажњавања, односно индивидуализације кажњавања, како би се на одговарајући начин омогућило послодавцу да својим мерама и санкцијама утиче на понашање и рад запослених.³⁷ У упоредном службеничком праву, узимајући за анализу санкције које су предвиђене у француским, немачким, шпанским и америчким прописима о јавној служби, од којих се неке појављују у једној од поменутих земаља, генерално њихов ранг изгледа како следи: писмено упозорење или укор; суспензија права на напредовање у каријери и напредовање за одређени временски период (Француска); спуштање у ниже рангове (Француска, Немачка и САД); административне новчане казне, с тим што су у Шпанији укинуте 1991. (Немачка); обавезан премештај са обавезом промене пребивалиштва (Француска, Шпанија); привремено искључење из јавне службе, нпр. од једног дана до две године, са потпуном или делимичном обуставом права на плату; обавезно пензионисање (Француска); умањење или губитак права из пензије (Немачка); отпуштање или дефинитивно одвајање од јавне службе.³⁸

Опомена – Она је прва, најблажа и самостална казна коју дисциплински орган може да изрекне државном службенику ДРИ, за лакшу повреду дужности, уколико постоје олакшавајуће околности. Опомена је по својој природи васпитно-репресивна казна и утиче на углед државног

³⁵ ЗДС, чл. 110.

³⁶ Закон о ревизији институција Босне и Херцеговине, чл. 35. став 4. и Закон о ревизији јавног сектора Републике Српске, чл. 34. став 4.

³⁷ Б. Лубарда (2001), 249.

³⁸ F. Cordona, *Liabilities and Discipline of Civil Servants*, SIGMA, January 2003, 9-10. <http://www.sigmaxweb.org/publications/37890790.pdf>, 27. mart 2020.

службеника. Она не повређује основно право државног службеника (службенички однос), укључујући његова материјална добра – плату. У страном законодавству она може бити усмена или у писаној форми. Компарације ради, у праву државне ревизије БиХ и Републике Српске у рангу опомене предвиђа се дисциплинска мера „писано упозорење“, односно „писмена опомена“.

Како се запажа у теорији управног права, од опомене као дисциплинске казне, треба разликовати просте опомене, упозорења, позивања на ред, као изразе незадовољства које сваки руководилац државног органа може да користи свакодневно, без законског овлашћења и формално допуштеног поступка. Ти изрази незадовољства су по правилу усмени, али не мењају своју суштину и када су упућени у писаној форми. По својој природи су поступци руководиоца, као редовни, разумљиви и корисни за успостављање и очување радне дисциплине.³⁹

Како се изриче опомена у домаћем службеничком праву (и праву државне ревизије)? Изриче је дисциплински орган након спроведеног дисциплинског поступка, доношењем решења. Њоме се жели утицати на будуће понашање запосленог државног службеника који је повредио дужност, односно како би променио своје поступање на послу и у вези са послом у будућности. У службеничком праву Србије (и праву државне ревизије), ситуација понављања лакших повреда дужности утврђених коначним решењем којим је изречена дисциплинска казна квалификује се тежом повредом дужности запосленог.

Новчана казна – У службеничком праву (и праву државне ревизије) Србије, али и у другим земљама (нпр. Македонија, Хрватска), чије се одредбе сходно примењују на запослене у ВРИ, предвиђена је могућност изрицања новчане казне, за лакше и теже повреде дужности. Прописује се законом, а огледа се у умањењу плате, у одређеном проценту и за одређено време. Изриче се једнократно (за лакше повреде дужности), односно једнократно или виšekратно (за теже повреде дужности), а њену висину (уз ограничење утврђено наведеним максимумом) утврђује дисциплински орган за сваки случај посебно. Основицу висине њеног одређивања чини плата остварена за пуно радно време, исплаћена за месец у коме је казна изречена. С једне стране, она је одређена висином новчаног износа, у процентима, а с друге стране, и временским трајањем. Македонски законодавац је прописао правило да збир новчаних казни изречених административном службенику у једном месецу за дисциплинску

³⁹ Л. Костић, *op. cit.*, 298.

неуредност и дисциплински преступ не може да надмаши 30% од износа његове укупне плате за тај месец.⁴⁰ Потребно је преиспитати легитимност задржавања новчане казне као дисциплинске мере, с обзиром да она није у складу са стандардима МОП-а (Конвенција бр. 95 о заштити зараде, коју Србија није ратификовала). Уместо новчане казне, потребно је размотрити увођење дисциплинске мере удаљења са рада без права на накнаду плате, чиме се чува принцип “за рад – зарада (плата)”, коју предвиђа Закон о раду.⁴¹

Компарације ради, други системи државне ревизије новчану казну не познају као дисциплинску казну (нпр. БиХ, Република Српска), али још чешће општа законодавства о раду. У теорији и законодавству постављено је питање њене легитимности. Примера ради, француско законодавство од 1978. не предвиђа новчану казну или друге новчане санкције као дисциплинске; штавише, оне су законом забрањене, односно забрањује се послодавцу да их изриче. Иста је ситуација у британском и америчком радном праву. Оспоравање легитимности новчане казне заснива се на идеји да је зарада алиментационе природе и потреби за очувањем принципа: за извршени рад – зарада.⁴²

У савременом радном и службеничком праву постоји тенденција укидања, односно забране новчане казне као дисциплинске мере. У системима у којима опстаје, тенденција је да се прописује у мањим износима и да се скраћује период на који се изриче.

Треба нагласити да је новчана казна санкција која се изриче и за кривично дело, прекршај и привредни преступ. Иначе, као дисциплинска мера, новчана казна је по свој природи репресивна. Увек се извршава административним путем, у складу са законом. Врши се обустава одговарајућег износа од припадајуће плате државног службеника ВРИ који је оглашен дисциплински одговорним. Код изречене једнократне новчане казне врши се обустава на једној плати, а код виšekратне на онолико плата за колико је месеци изречена.

Која је намена средстава остварених изрицањем новчане казне? Истраживана законодавства у области службеничког и права државне ревизије не опредељују намену тих средстава. Међутим, постоје законодавства у општем режиму рада која опредељују њихову намену. У

⁴⁰ Закон за административни службеници – консолидиран текст, чл. 74. став 4.

⁴¹ З. Вукашиновић Радојичић, *Европски службенички системи*, Београд 2013, 210-211.

⁴² Наведено према: Б. Лубарда (2013), 649.

литератури се наводи пример да естонско право одређује да је послодавац дужан да изречену новчану казну, уз доприносе за социјално осигурање, уплати у фонд социјалног осигурања, а у немачком праву ова средства намењују се за побољшање услова рада запослених.⁴³

Одређивање непосредно нижег платног разреда – Ова дисциплинска казна погађа искључиво примања запосленог државног службеника у дисциплинском праву Србије (и праву државне ревизије), јер му се на основу изречене казне одређује непосредно нижи платни разред. Одређивање нижег платног разреда је деградација запосленог у ДРИ само у погледу његове плате.

Забрана напредовања од четири године – Ова дисциплинска казна погађа каријеру запосленог државног службеника у службеничком и праву државне ревизије Србије, јер га задржава у напредовању. Изриче се увек на законом одређени минимални и максимални период трајања – на четири године. Иначе, напредовање на раду је посебан облик награђивања и подстицања државних службеника у ДРИ. Реч је о правном институту који омогућава прелазак запосленог на више радно место или функцију, односно могућност напредовања на истом радном месту повећањем плате.

Премештај на радно место у непосредно ниже звање уз одређивање коефицијента – Ова дисциплинска казна погађа запосленог државног службеника у ДРИ, његов рад, јер се мења ранг његовог радног места. На основу изречене дисциплинске казне, запослени се премешта на радно место са непосредно нижим звањем, уз одређивање новог коефицијента. Реч је о лошијем радном месту, са нижим звањем и нижом платом, односно о својеврсној деградацији запосленог у ДРИ у погледу радног места, његовог звања и коефицијента плате.

Престанак радног односа – То је најтежа дисциплинска казна у домаћем и страном службеничком и праву државне ревизије, репресивне је природе и изриче се за најтеже дисциплинске повреде. Повлачи губитак свих стечених права државног службеника у служби, односно ВРИ по основу службеничког односа. Запосленом у ДРИ, коме је изречена дисциплинска казна престанка радног односа, престаје радни однос даном коначности решења којим је казна изречена.

Од истраживаног посебног законодавства о државној ревизији, само БиХ и Република Српска, у оквиру поглавља о запосленим у ВРИ,

⁴³ Наведено према: Б. Лубарда (2013), 650.

генерално уређују случајеве за престанак радног односа.⁴⁴ У другим истраживаним правима државне ревизије, на престанак радног односа запосленог лица у ВРИ, сходно ће се применити одредбе закона којим се уређују државни (административни) службеници и/или одредбе општег закон(ик)а о раду.

6. ЕВИДЕНЦИЈА ДИСЦИПЛИНСКИХ КАЗНИ И ЊИХОВО БРИСАЊЕ

Намеће се питање: који је разлог за успостављање и вођење кадровске евиденције о дисциплинским казнама у праву државне ревизије. Како се истиче у литератури, непосредно дејство изречене дисциплинске казне се исцрпљује њеним извршењем, а продужено дејство долази до изражаја, првенствено, у ситуацији кад државни службеник поново учини неки дисциплински деликт (повреду дужности), у ком случају се евидентирана дисциплинска казна узима као отежавајућа околност при избору и одмеравању казне.⁴⁵ Намеће се и друго питање: која је сврха брисања евидентираних дисциплинских казни у ВРИ, по протеку законом утврђеног временског периода. Брисањем казне из евиденције дисциплинских казни постиже се својеврсна потпуна рехабилитација и реинтеграција кажњеног службеника.

Вођење кадровске евиденције о дисциплинској казни и њеном брисању врши се по службеној дужности у службеничком и праву државне ревизије Србије. Напросто, својствено је и ДРИ, с једне стране, вођење евиденције о дисциплинским казнама, а с друге стране, њихово брисање. Евидентирање изречених дисциплинских казни запосленим државним службеницима у ДРИ је законска обавеза, а треба да садржи податке о запосленом у ДРИ, повреди дужности које је учинио и казнама које су му због тих повреда изречене. Податке у евиденцију уноси службено лице на основу донетих коначних решења према запосленом у ДРИ. Евиденција

⁴⁴ Радни однос запосленог у ВРИ престаје у следећим случајевима: добровољног испућања из службе; истека рока важења уговора о раду на одређено време; испуњавање услова за пензионисање; трајне неспособности да обавља своје радне дужности због свог здравственог стања, под условом да се запослени не може распоредити на друге одговарајуће послове у ВРИ; губитка држављанства БиХ; добијања држављанства друге земље које је у супротности са Уставом и законима; две узастопне негативне оцене рада; ако је осуђен за кривично дело на казну затвора дуже од шест месеци; на основу изречене дисциплинске мере престанка радног односа. Закон о ревизији институција Босне и Херцеговине, чл. 38. и Закон о ревизији јавног сектора Републике Српске, чл. 36.

⁴⁵ Р. Безбрадица, *op. cit.*, 195.

треба да буде благовремена, трајна и поуздана. Она треба да се води у материјалној и електронској форми. Треба да буде јавна, односно доступна за сва заинтересована лица.

У службеничком и праву државне ревизије Србије, дисциплинска казна за лакшу повреду дужности (опомена и новчана казна) изречена коначним решењем запосленом у ДРИ уписује се у кадровску евиденцију, а брише се ако не буде изречена нова дисциплинска казна у наредне две године од изречене дисциплинске казне. Дисциплинска казна за тежу повреду дужности, изречена коначним решењем запосленом у ДРИ, уписује се у кадровску евиденцију, а брише се ако не буде изречена нова дисциплинска казна у наредне четири године од изречене дисциплинске казне. Као услов за брисање дисциплинске мере захтева се да у законом одређеном року, од коначности донетог решења, запосленом не буде изречена нова дисциплинска казна. У упоредном службеничком праву, захтевани временски период за брисање из евиденције се разликује од земље до земље, али је генерално прилично дуг – 6 година у Шпанији, 7 у Немачкој и 10 у Француској. Док се у Немачкој и Шпанији евидентирана казна аутоматски брише на захтев заинтересованог јавног службеника, дотле у Француској тај поступак није аутоматски, јер брисање одобрава администрација у зависности од накнадног понашања заинтересованог државног службеника.⁴⁶ Другим речима, у Немачкој и Шпанији је подношење захтева за брисање из евиденције право јавног службеника, док је у Француској то дискреционо право јавне управе.

У упоредном службеничком праву дисциплинске („административне“) санкције се могу, такође, брисати из личног досијеа државног службеника као последица амнестије или одлагања извршења. У тим случајевима, услови за брисање се одређују посебним прописима којима се даје амнестија или одлагање извршења казне.⁴⁷

7. ЗАСТАРЕЛОСТ

Под застарелошћу се у службеничком праву и праву државне ревизије Србије подразумева правна немогућност покретања и вођења дисциплинског поступка против учиниоца повреде службене дужности. Њено наступање има за последицу обуставу дисциплинског поступка. Последице застарелости се не могу отклонити правним средствима, а

⁴⁶ F. Cordona, *op. cit.*, 10.

⁴⁷ *Ibidem.*

дисциплински орган о застарелости води рачуна по службеној дужности. Рокови застарелости су по својој природи преклузивни, јер су строги и законом одређени. Њиховим протеклом наступа застарелост, када се губи одређено право. „... Застарелост је у дисциплинском поступку оправдана јер свако извршено дисциплинско дело, његово процесуирање и извршење казне мора се поставити у одређени временски оквир, јер у супротном казна губи своју сврху“.⁴⁸

Застарелост се у службеничком праву Србије уређује у контексту покретања дисциплинског поступка, његовог вођења и тока застарелости (прекид застарелости). Покретање дисциплинског поступка застарева протеклом једне године од извршене лакше повреде дужности запосленог у ДРИ, а протеклом две године од извршене теже повреде. С друге стране, предвиђено је да вођење дисциплинског поступка у ДРИ застарева протеклом једне године од покретања дисциплинског поступка за лакше повреде дужности, а протеклом две године од његовог покретања за теже повреде дужности. У радноправној теорији је примећено да „овако дуги рокови за покретање дисциплинског поступка нису у духу циља дисциплинске одговорности – кориговања понашања и рада запосленог/државног службеника“.⁴⁹ Изнето је и другачије мишљење. Наиме, у упоредним дисциплинским поступцима у службеничком праву, рок застарелости је обично одређен као прилично дуг, због сложености одређених административних кажњивих дела и што се за многе прекршаје може сазнати тек након свеобухватне ревизије или када се ефекти потпуно манифестују. На пример, у Шпанији је за теже повреде рок застарелости 6 година, а рачуна се од кад је повреда учињена. За мање озбиљне повреде рок застарелости је 2 године, од њиховог настанка. За лакше повреде рок застарелости је један месец. У Немачкој је максимални рок застарелости 7 година, за теже повреде. У САД-у не постоји посебан временски рок застарелости, иако су брзе акције очекиване. Међутим, у земљама у којима институције још увек нису довољно развијене, посебно оне које се баве контролом администрације (интерна контрола, екстерна контрола, судска ревизија итд.), рокови треба да буду дужи.⁵⁰ Поређења ради, у праву

⁴⁸ М. Влатковић, Р. Брковић, Б. Урдаревић, , *Службеничко право*, Београд 2013, 189.

⁴⁹ Б. Лубарда (2013), 664.

⁵⁰ F. Cordona, *op. cit.*, 10.

Македоније су одређени краћи, односно рестриктивнији рокови застарелости.⁵¹

Треба запазити да је реч о објективним роковима застарелости покретања и вођења дисциплинског поступка у праву Србије, јер се везују за дан извршења повреде службене дужности, односно за дан покретања поступка. У праву Македоније су предвиђени рокови само за покретање дисциплинског поступка, али не и за његово вођење; осим објективног, прописани су и субјективни рокови, који се везују за дан сазнања повреде службене дужности.

У службеничком праву Србије је уређен и институт прекида рока застарелости, како у погледу покретања дисциплинског поступка, тако и његовог вођења. Наиме, застарелост не тече док дисциплински поступак није могуће покренути или водити због одсуства са рада запосленог у ДРИ или других оправданих разлога (за време трајања управног спора, односно судског поступка у вези са спроведеним дисциплинским поступком и изреченом дисциплинском казном). Међутим, испуштено је да се уреди институт застарелости извршења дисциплинских санкција.

У праву Хрватске је прописан институт „апсолутне застарелости вођења дисциплинског поступка“, која наступа протеклом двоструког времена колико је према закону прописана застарелост вођења поступка због повреде службене дужности.⁵²

8. ЗАКЉУЧАК

У савременом упоредном службеничком и праву државне ревизије дисциплински поступак је по својој правној природи посебна врста управног, а у неким системима државне ревизије посебна врста кривичног поступка. Дисциплински поступак се начелно води по правилима општег управног поступка, али су у службеничком законодавству задржани неки

⁵¹ У службеничком праву Македоније су успостављена три правила за застарелост. Прво, дисциплински поступак не може да се покрене ако је протекло месец дана од када је непосредни руководећи административни службеник сазнао за повреду службене дужности. Друго, дисциплински поступак не може да се покрене ако је протекло 3 месеца од дана учињене повреде службене дужности, осим кад се дисциплински поступак покрене по налогу унутрашње ревизије, када је рок застарелости једна година. Треће, уколико повреда службене дужности повлачи и кривичну одговорност, дисциплински поступак за утврђивање одговорности административног службеника застарева у року од 2 године од дана сазнања за повреду. Закон за административни службеници – консолидиран текст, чл. 78.

⁵² *Zakon o državnim službenicima – prečišćeni tekst zakona*, чл. 109. став 5.

од института кривичног поступка. Како је у литератури истакнуто, реч је о управном поступку са јаким примесима кривичног поступка, односно о управном поступку *sui generis*.

У праву државне ревизије дисциплински поступак се покреће, спроводи и окончава у складу са законом утврђеним правилима. Покреће га овлашћени дисциплински орган *ex officio*, на иницијативу или предлог овлашћеног субјекта. Спроводи се кроз одређене фазе, у току којих дисциплински орган предузима одређене радње, а у доказном поступку, сходно истражном начелу, изводи прикупљене доказе. На поступак се сходно примењују начела управног поступка, али и друга процесна начела. По својој природи је хитан.

У упоредном и домаћем службеничком и праву државне ревизије дисциплински поступак се води пред првостепеним и другостепеним дисциплинским органом, који су законом одређени.

Дисциплинске казне у праву државне ревизије изриче дисциплински орган у спроведеном дисциплинском поступку. Предвиђају се законом, јер за њихово одређење важи принцип легалитета. Личне су природе, јер се изричу према лицима ангажованим за рад у ВРИ. Нису непосредно имовинске природе. По својој природи су превентивне, али истовремено и репресивне. Може да их изриче само законом овлашћени дисциплински орган. Изричу се у законом уређеном поступку. У службеничком праву Србије (и праву државне ревизије) законом су одређене дисциплинске казне, а класификоване су у две групе: за лакше и теже повреде дужности.

Највећи број истраживаних земаља у окружењу, укључујући ДРИ у Србији, није регулисао дисциплинску одговорност, укључујући и дисциплински поступак, унутрашњим општим актом. На основу непосредног увида у сајтове врховних ревизорских институција (19.03.2020.) истраживаних земаља (Словенија, Србија, Македонија, Црна Гора, БиХ, Република Српска, Хрватска), можемо констатовати да немају одредбе о дисциплинској одговорности лица ангажованих за рад у тим институцијама у донетим унутрашњим општим актима, али да нису донеле ни посебан општи акт – правилник о том посебном облику одговорности.

Закон о ДРИ Србије не уређује дисциплинску одговорност и дисциплински поступак функционера изабраних у парламенту, осим што садржи упућујуће одредбе у контексту регулисања радних односа.

Нормирана правила о дисциплинској одговорности за државне службенике, садржана у Закону о државним службеницима Србије,

углавном су потпуна, са одредбама и материјалноправне и процесноправне садржине. Није предвиђена њихова сходна примена и на дисциплинску одговорност намештеника. Због тога, сагласно Закону о државним службеницима, на дисциплинску одговорност намештеника у Србији примењују се општи прописи о раду и посебан колективни уговор. Због напред изнетог фактичног стања у погледу дисциплинске одговорности у радном праву Србији, ДРИ ће се наћи пред великим искушењима и проблемима при покушају спровођења поступка дисциплинске одговорности према свом запосленом у статусу намештеника. Ако се дода да ДРИ нема унутрашњи акт (правилник) о дисциплинској одговорности, али ни посебан колективни уговор, онда се може констатовати да ствари у погледу спровођења дисциплинског поступка према намештенику у пракси постају компликованије. Фактички, намештеници у ДРИ су у положају да нису дисциплински одговорни.

На крају, са жаљењем се може констатовати да су у два СИГМА програма⁵³ анализирана питања односа између ВРИ и парламента и извршне власти, али не и питања дисциплинске одговорности и дисциплинског поступка у ВРИ.

⁵³ Вид. *Relations Between Supreme Audit Institutions and Parliamentary Committees*, Sigma Papers: No. 33, CCNM/GOV/SIGMA(2002) i *Developing effective working relationships between supreme audit institutions and parliaments*, Sigma paper No. 54, OECD 2017.

ЛИТЕРАТУРА

Безбрадица, Р., „Дисциплинска одговорност државних службеника“, *Радно и социјално право*, Београд, бр. 1/2007.

Borković, I., *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb 1999.

Vinković, M., Benković, B., „Uloga disciplinskih sankcija u borbi protiv neprofesionalnog i nezakonitog ponašanja državnih službenika – slučaj Hrvatske i Bosne i Hercegovine“, *Pravni vjesnik*, Osijek, br. 2/2011.

Влатковић, М., Брковић, Р., Урдаревић, Б., *Службеничко право*, Досије студио, Београд, 2013.

Вукашиновић Радојичић, З., *Европски службенички системи*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013.

Дабић, Љ., „Дисциплинска одговорност лица ангажованих за рад у Државној ревизорској институцији Републике Србије“; Зборник радова „Правна традиција и интегративни процеси“, II том, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2020.

Ивошевић, З., *Дисциплинска и материјална одговорност*, четврто издање, Предузеће „Драган Срњић“ Шабац, ПП Правно-економски центар Београд, Београд 1991.

Juras, D., „Disciplinska odgovornost državnih službenika u pravu Republike Hrvatske“, *Pravni zapisi*, Beograd, br. 1/2014.

Костић, Л., *Административно право краљевине Југославије, Трећа књига – Надзирање управе*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон А.Д., Београд, 1939.

Krbek, I., *Lica u državnoj službi*, Izdavački zavod Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1948.

Лубарда, Б., *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Друго издање, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2013.

Лубарда, Б., „Дисциплинска одговорност и хармонизација права“, *Право и привреда*, Београд, бр. 5-8/2001.

Пљакић, Љ., „Положај државних службеника кроз управно-судску праксу“, *Социјална права и економска криза* – Зборник радова са саветовања правника, 01-03. октобар 2009., Златибор, Удружење за радно право и социјално осигурање, Интермех Београд.

SIGMA - *Developing effective working relationships between supreme audit institutions and parliaments*, Sigma paper No. 54, OECD 2017.

SIGMA - *Relations Between Supreme Audit Institutions and Parliamentary Committees*, Sigma Papers: No. 33, CCNM/GOV/SIGMA(2002).

Симоновић, Д., „Индивидуализација дисциплинске мере“, *Право и привреда*, Београд, бр. 5-8/2001.

Cordona, F., *Liabilities and Discipline of Civil Servantis*, SIGMA, January 2003.

Ljubiša DABIĆ, Ph.D

Retired full-time professor, Faculty of Economics at University of Belgrade

DISCIPLINARY PROCEDURE IN THE STATE AUDIT INSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The focus of research in this paper are the specifics of disciplinary proceedings and disciplinary sanctions in the law of state audit, with special reference to the law of state audit of the Republic of Serbia. The subject of the research is mainly procedural issues of disciplinary responsibility of persons engaged in work in the Supreme Audit Institution, but also some material ones. On the one hand, the disciplinary procedure (its legal nature, initiation, implementation and termination) is analyzed, and on the other hand, the procedural rights of persons engaged in work against whom the procedure is conducted (right to defense, right to appeal, right to initiate administrative dispute). Among the substantive issues, the following were considered: disciplinary authority - disciplinary bodies, disciplinary measures, records and obsolescence. The conduct of the disciplinary procedure itself predominantly refers to persons engaged in work in the State Audit Institution in the status of civil servants, but not to persons engaged in work in the status of officials and employees. The aim of this paper is to shed light on the implementation of disciplinary proceedings in the law of state audit, the stages in which these proceedings take place, the sources of law applicable in practice regarding its implementation, as well as the selection and imposition of disciplinary action against violators. Its purpose is to determine the legal nature of the disciplinary procedure, its features and characteristics that make it special. The results of the research should be used for scientific and applied purposes.

Keywords: Disciplinary proceedings. - Disciplinary sanctions. - The law of state audit. - State Audit Institution. - Sources of law.

оригинални научни рад
примљен: 25. 03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 13. 05. 2021. г.
347.413(37)

Др Валентина ЦВЕТКОВИЋ-ЂОРЂЕВИЋ*

ДА ЛИ ЈЕ РИМСКО ПРАВО ПОЗНАВАЛО УСТАНОВУ ЗАСТУПАЊА?

Апстракт

Европску правну науку 19. века обележило је учење пандектиста. Модерни концепти грађанског права представљају плод њиховог рада. Једну од основних установа савременог права представља заступање у облику који је створила управо пандектистичка мисао. Савремени концепт заступања огледа се у замени воље заступаног вољом заступника. У раду се разматра најпре генеза савременог концепта заступања, потом да ли је римско право уопште познавало концепт заступања, те да ли је основано говорити о установи заступања у римском праву.

Кључне речи: Заступање. Римско право. Пандектисти. Савремено право

1. УВОД

Савремена наука грађанског права усваја научна достигнућа пандектиста који су настојали да на темељу римског права створе „систем данашњег римског права“. Управо стога се порекло многих савремених правних концепата тражи у римском праву. То је случај и са установом заступања чија се присутност у римском праву по правилу не доводи у питање. У науци постоји спор да ли је римско право осим посредног познавало и непосредно заступање. Премда већина аутора сматра да је римском праву, уопште узев, било страно непосредно заступање, постоје основани аргументи који говоре у прилог супротном.¹ У српској

*Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду,
valentina_cvetkovic@ius.bg.ac.rs

романистици недавно је изнет став да је римско право познавало непосредно заступање, али га није појмовно дефинисало и начелно прописало.² Заслуге његовог доктринарног утемељења припадају модерној науци.

2. САВРЕМЕНИ КОНЦЕПТ ЗАСТУПАЊА

Деловањем немачких романиста у 19. веку настају велике промене у поимању вољног заступања које су окончане радом немачког позитивисте Лабанда (Paul Laband) који је раздвојио пуномоћја од основног правног посла.

У случају непосредног заступања правна дејства предузетих правних радњи непосредно наступају за заступаног. С обзиром на то да приликом предузимања правне радње заступник изјављује вољу, поставља се питање да ли изјављену вољу треба схватити као вољу заступника или вољу заступаног. У првом случају, заступникова изјава воље замењује изјаву воље заступаног, због чега се може рећи да заступник дела уместо заступаног. У другом случају, када заступник склапа правни посао са трећим лицем, воља заступаног остаје релевантна. Та релевантност огледа се у томе што воља заступаног учествује у формирању воље заступника која се, приликом склапања правног посла, среће с вољом друге уговорне стране. Тада се каже да заступани дела путем заступника. Савремена литература је у непосредном заступању пре склона да види замену воље

¹ Владајуће мишљење у 19. веку, чији је утицај и данас приметан, одрицало је начелну могућност непосредног заступања у римском праву. Правни писци су се разликовали у покушају да објасне разлоге због којих непосредно заступање није постојало у римском праву. Вид. више L. Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts*, Neudruck, Scientia Verlag, Aalen [1885] 1962, 10-13. Митајс (Mitteis) и Савињи (Savigny) супротставили су се владајућем мишљењу у романистици у 19. веку. Обојица заступају став да је током развоја римског права било могуће непосредно заступање. Вид. F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III, Veit, Berlin, 1840, 96–97; L. Mitteis, *op. cit.*, 51 и даље.

² Вид. више В. Цветковић-Ђорђевић, „Непосредно заступање у римском праву с освртом на модерно право“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, Београд, 2020, 124-144.

заступаног вољом заступника.³ Такво схватање природе заступања у приватном праву има занимљиво порекло које сеже у 13. век.

3. ПОРЕКЛО САВРЕМЕНОГ КОНЦЕПТА ЗАСТУПАЊА

Савремени институт заступања настао је деловањем три чиниоца: теократског, феудалног и Хобсовог.⁴

1. Теократски елемент огледа се у учењу Синибалда деи Фиескија (*Sinibaldo dei Fieschi*), то јест папе Иноћентија IV о фиктивном лицу (*persona ficta*)⁵. Према том учењу, које датира из половине 13. века, верници католичке вероисповести представљају јединство изражено појмом *лице* (*persona*) које представља.⁶ Стварањем појма фиктивно лице отклонила би се евентуална помисао о отуђењу Католичке цркве од верника које она у свом јединству представља (*persona ficta vel repraesentata*).⁷

2. Концепт заступања формиран у канонском праву од краја 13. века почиње да се развија у феудалном праву.⁸ Преузимање појма заступање из канонског у феудално право извршено је захваљујући енглеском краљу Едварду I. Године 1295. он сазива тзв. *Model Parliament* који је имао далекосежне последице на потоњу политичку праксу јер су његови чланови били делегирани са потпуном власти (*plena potestas*) одлучивања.

Појам *plena potestas* у средњем веку развио се у вези са праксом краљева у Западној Европи да сазивају скупштину представника свих области краљевства који су се морали сагласити са увођењем нових намета у циљу отклањања опасности од напада непријатеља.⁹ Да би рад скупштине

³ G. Lobrano, P. P. Onida, „Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà ‘per’ o/e ‘per mezzo di’ altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo”, *Diritto@Storia*, бр. 14, Sassari, 2016, 9.

⁴ P. P. Onida, “Agire per altri“ o “agire per mezzo di altri“. *Appunti romanistici sulla “rappresentanza“ I. Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Jovene editore, Napoli, 2018, 23.

⁵ Израз *persona ficta* Синибалдо деи Фиески (*Sinibaldo dei Fieschi*) употребио је у Коментару Декрета папе Гргура IX. Вид. P. P. Onida, *op. cit.*, 70.

⁶ P. P. Onida, *op. cit.*, 71.

⁷ P. P. Onida, *op. cit.*, 71, 74.

⁸ P. P. Onida, *op. cit.*, 74.

⁹ G. Post, “Plena Potestas and Consent in Medieval Assemblies: A Study in Romano-Canonical Procedure and the Rise of Representation 1150-1325”, *Traditio: Studies in Ancient and Medieval History, Thought, and Religion*, Vol 1, 1943, 370 и даље.

био ефикасан, представници су имали потпуну власт (*plena potestas*) приликом представљања својих области у скупштини. То значи да су били власни да обавезу становнике области које су представљали одлукама скупштине у чијем доношењу су учествовали (најчешће се саглашавајући са повећањем намета).

Схватање по коме ауторитет власти треба да се заснива на престанку потчињених нарочито су истицали представници нововековне школе природног права¹⁰. Међутим, престанак потчињених као услов њиховог потчињавања има дубље корене у прошлости.

Сазивање средњовековних представничких скупштина ради доношења важних одлука темељило се на принципу *quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet* – оно што се свих тиче, треба од свих да буде размотрено и одобрено, формираном од стране канониста на темељу текста из Јустинијановог кодекса (С. 5.59.5.2.).¹¹ У том фрагменту говори се, између осталог, о престанку туторства у ситуацији у којој постоји неколико татора над малолетним лицем које жели да буде адрогирано. Како адрогација (усвојење лица *sui iuris*) има за последицу гашење туторства јер усвојеник стиче патерфамилијаса и тиме постаје лице *alieni iuris*, неопходна је сагласност свих татора будући да: што се свих тиче, сви морају да одобре - *quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur*.

Принцип *quod omnes tangit* у средњем веку најпре налази место у канонском праву јер се 1298. године као регула XXIX уноси у Зборник канонског права [Sexti Decretalium, Lib. V, Tit. XII, Reg. XXIX, De regulis iuris, *Corpus Iuris Canonici*, pars secunda, Decretalium collectiones (instruxit Aemilius Friedberg), Graz 1959, 1122].¹² Правно правило канонског права (*regula iuris canonici*), послужило је организацији рада Католичке цркве.

Поред канониста и легисти тумаче принцип *quod omnes tangit* проширујући му опсег примене. На тај начин је римскоправно решење једног приватноправног односа делатношћу средњовековних правника

¹⁰ В. Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, 1997, 84.

¹¹ *Codex Iustiniani* 5.59.5.2: ***Tunc etenim, sive testamentarii sive per inquisitionem dati sive legitimi sive simpliciter creati sunt, necesse est omnes suam auctoritatem praestare, ut, quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur.***

¹² Вид. Ј. Hauck, “Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari – Eine Rechtsregel im Dialog der beiden Rechte”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 130. Bd., 99(2013), Wien, Köln, Weimar, 399.

пренето у јавноправни контекст у коме је послужило изградњи модела политичког представљања¹³.

Прекретница у развоју идеје политичког представљања наступила је 1295. године када се енглески краљ Едвард I, сазивајући енглески парламент (*Model Parliament*), позвао на начело *quod omnes tangit*.¹⁴ Разлог сазивања парламента био је уобичајен за то доба и огледао се у томе што је краљ требао финансијску помоћ у ратном циљу. Оно што је било неуобичајено и по чему ће *Model Parliament* представљати прекретницу у развоју парламентаризма било је то што је краљ Едвард I сазвао парламент чији су чланови (представници цркве и територијалних јединица) имали *plena potestas* односно слободан мандат.¹⁵ Територијалне јединице су на основу пристанка својих представника на предложене мере опорезивања у парламенту биле обавезне да их спроведу чак и онда када чланови парламента приликом одлучивања нису поштовали претходно добијена упутства представљених. Захтевањем да чланови парламента имају потпуну власт одлучивања краљ Едвард I желео је да осигура прикупљање пореза неопходног за спровођење спољне политике.¹⁶ Установљењем слободног мандата омогућено је „отуђења“ заступника од заступаних.¹⁷ Тиме је установа заступања била „спремна“ да претрпи измене у односу на свој антички модел.

3. Одлучан раскид с римским концептом природе заступања извршио је Хобс (Thomas Hobbes) у делу *Левијатан (Leviathan)* у којем износи учење о држави као лицу чија воља замењује вољу појединаца.¹⁸

¹³ В. Manin, *op. cit.*, 87.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Р. Р. Onida, *op. cit.*, 21.

¹⁶ Према правилу енглеског феудалног права краљ није могао да захтева додатно опорезивање без сагласности својих пореских обвезника. Вид. J. G. Edwards, „The Plena Potestas of English Parliamentary Representatives“, *Historical Studies of the English Parliament Vol. 1 – Origins to 1399* (eds. E.B. Fryde, E. Miller), Cambridge University Press, 1970, 142-143.

¹⁷ Р. Р. Onida, 75.

¹⁸ А. Di Bello, *Sovranità e rappresentanza. La dottrina dello stato in Thomas Hobbes*, Napoli, 2010, 69 и даље.

4. ЗАВРШНА ФАЗА СТВАРАЊА САВРЕМЕНОГ КОНЦЕПТА ЗАСТУПАЊА У 19. ВЕКУ

Пракса и доктрина енглеског парламентаризма допринели су стварању савременог института заступања. У приватном праву тај институт везује се за немачке романисте - Савињија (Friedrich Carl von Savigny) и Виндшајда (Bernhard Windscheid) и правног позитивисту Лабанда (Paul Laband). Њихово учење о заступању представља наставак средњовековне доктрине о том институту.

Савињи заступање посматра кроз три фазе:

1. Парадигму установе заступања представља туторство над пословно неспособним лицем.¹⁹ Туторова улога огледа се у томе што замењујештићеника приликом предузимања правних радњи;
2. Трансформација множине појединаца (колектива) у појам правно лице које је по дефиницији пословно неспособно јер нема вољу;
3. Заступник правног лица добија положај татора.²⁰

У римском праву је корист из посла који је склопило потчињено лице припадало његовом патерфамилијасу. Отуда се може стећи утисак да су потчињена лица (*alieni iuris*) приликом склапања правних послова заступала свог патерфамилијаса. У тој ситуацији, међутим, није реч о вољном заступању због тога што се потчињена лица сматрају „продуженом руком“ свог патерфамилијаса.²¹ Осим тога, корист из посла који је склопило потчињено лице приписивана је имовини патерфамилијаса без обзира на њихову вољу.²² С друге стране, патерфамилијас у почетку није одговарао за обавезе из правних послова које је склопило његово потчињено лице. Таква одговорност настаје тек стварањем преторских тужби, такозваних *actiones adiecticae qualitatis* (Gaius, *Inst.* IV,70–74).

Иако Савињијево учење поставља темељ новом сагледавању установе заступања, за њега *iussum domini* још увек представља наредбу

¹⁹ D.26.1.1 pr. Paulus libro 38 ad edictum: *Tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa.*

²⁰ G. Lobrano, “Appunti per la lettura delle fonti. L’esempio – da non seguire – della attribuzione della “rappresentanza” al diritto romano”, *Ius Romanum*, бр. 2, Sofia, 2018, 61.

²¹ M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*. Erster Abschnitt – Das altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht, Verlag C. H. Beck, München, 1971, 262.

²² F. C. von Savigny, *op. cit.*, 92–93.

(*der Befehl*) господара посла било лицу под његовом влашћу, било лицу које се не налази под његовом влашћу али које је на темељу уговора о налогу дужно да изврши одређени правни или фактички посао.²³ Другим речима, воља господара посла надређена је не само вољи сина *alieni iuris* или роба већ и налогопримца који је дужан да је поштује.²⁴

Двадесетак година након Савињија, Виндшајд својим учењем раскида са римским поимањем *iussum*-а као налога (наредбе). По њему, *iussum* није налог већ упућивање (*die Verweisung, Anweisung*) за заступање.²⁵ Осим тога, он изричито каже да су Римљани познавали концепт пуномоћја, али да га нису раздвајали од уговора о налогу (*mandatum*).²⁶

Исте 1866. године када Виндшајд објављује други део другог тома свог уџбеника пандектног права, немачки правни позитивиста Паул Лабанд објављује коментар Општег немачког трговачког законика (*Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs - ADHGB*) из 1861. године. Коментаришући одредбе тог Законика о заступању приликом склапања правних послова (*Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*)²⁷ Лабанд развија тезу по којој су пуномоћје и налог два одвојена правна посла који имају различите претпоставке, садржину и правне последице. Иако полази од норми Трговачког законика, Лабанд заступа став по коме наведено поимање пуномоћја не треба ограничити само на трговинске односе већ да свако

²³ Вид. F. C. von Savigny, *op. cit.*, 93 фн. f; G. Lobrano, *op. cit.*, 62.

²⁴ *Mandatum* је представљао један од четири консензуална римска контракта на темељу кога је једно лице (мандант, налогодавац) давало налог другом лицу (мандатар, налогопримац) да у своје име а за рачун манданта предузме одређени правни или фактички посао. За разлику од мандата, који се склапао са лицем које се не налази под влашћу налогодавца, патерфамилијас је могао наложити обављање посла и лицу које се налазило под његовом влашћу (сину *alieni iuris* или робу). Утужење извршења обавезе коју је преузео син или роб по налогу свог патерфамилијаса или господара вршило се на темељу преторске тужбе под називом *actio quod iussu*. На основу те тужбе, за неизвршење обавезе одговарао би патерфамилијас. С друге стране, неизвршење обавезе мандатара утуживало се тужбом *mandati directa*. На основу те тужбе одговарао би лично мандатар.

²⁵ В. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. II, Zweite Abtheilung, Düsseldorf, 1866, § 482, 391, фн. 6.

²⁶ В. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. I, Sechste Auflage, Frankfurt am Main 1887, § 74, 211. фн. 1a.

²⁷ Р. Laband, "Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch", *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Bd. X, 1866, 183 и даље.

пуномоћје треба разликовати од основног правног посла (најчешће уговора о налогу). Такво разликовање правно је неопходно јер пуномоћје може постојати без налога као што и налог може постојати без пуномоћја.²⁸ Историја доношења Општег немачког трговачког законика из 1861. године приказује историју продора идеје осамостаљивања пуномоћја од основног правног посла склопљеног између властодавца и пуномоћника. Импулс за осамостаљивање пословног пуномоћја (прокуре) од основног правног посла закљученог између властодавца (принципала) и прокуристе потекао је од представника трговачких градова на северу Немачке.²⁹ Они су захтевали несметан развој трговине који је незамислив без заштите трећих лица која склапају посао с прокуристом. Захтеви представника трговачких градова за установљењем пословног пуномоћја чија је садржина законски утврђена и коју властодавац не може да сузи са успехом су инкорпорисани у Општем немачком трговачком законнику из 1861. године. Раздвајање унутрашњег односа прокуристе и властодавца и спољашњег односа у којем учествује треће лице имало је за последицу издвајање прокуре у самосталан правни посао који се разликује од основног правног посла (најчешће мандата или уговора о раду). Раздвајање пуномоћја од основног правног посла требало је да буде ограничено само на трговинске односе. Допринос Лабанда огледа се у томе што је заступао став по коме је свако пуномоћје, а не само пословно пуномоћје, самосталан правни посао који се разликује од основног правног посла – уговора о налогу (мандат).³⁰ Осим тога, по Лабанду установа заступања садржи моћ заступника која не трпи никакве наредбе заступаног. Господар посла постаје заступник јер замењује вољу заступаног. Лабандово учење о опуномоћавању као самосталном правном послу имало је далекосежне последице јер је прихваћено не само у немачком Грађанском законнику већ и у другим правима.³¹ Утицај тог учења приметан је и у српском праву јер се у Закону о облигационим односима непосредно заступање (и у оквиру њега пуномоћје) регулише одвојено од уговора о налогу.³²

²⁸ R. Doerner, *Abstraktheit der Vollmacht*, Duncker&Humboldt, Berlin, 2018, 48.

²⁹ *Ibid.*, 45.

³⁰ *Ibid.*, 47.

³¹ Вид. чл. 167 и 168 BGB.

³² Пуномоћје се уређује у чл. 89–94, а уговор о налогу у чл. 749–770 Закона о облигационим односима – ЗОО, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89; „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020.

5. НЕГИРАЊЕ ПОСТОЈАЊА ЗАСТУПАЊА У РИМСКОМ ПРАВУ

У италијанској романистици недавно је изнет став по коме римско право није познавало установу заступања. Водећи заступници тог става су Лобрано (Giovanni Lobrano) и Онида (Pietro Paolo Onida), професори римског права у Сасарију. Њихова основна теза је да установа заступања води порекло из средњег века, да је појмовно уобличена у 19. веку и да искључиво подразумева делање за другог (*agire per altri*). С друге стране, у римском праву је постојао механизам предузимања правног посла посредством другог (*agire per mezzo di altri*), али се он, ни у ком случају не може сматрати заступањем.

Резултат дискусије о опуномоћавању која се водила у науци у 19. веку прихваћен је у савременом праву. Тиме је, по мишљењу Лобрана, учињена погрешка јер се римском праву приписала установа коју оно није познавало.³³ Наиме, половином 19. века немачка пандектистика је, у оквиру дискусије о потреби осамостаљивања пуномоћја од уговора о налогу, настојала да одговори на питање постављено у вези са изјавом воље пуномоћника приликом склапања правног посла са трећим лицем. Чија воља је изражена у правном послу који је склопио пуномоћник: да ли је то воља властодавца или пуномоћника? Савињи је заступао тезу да иза воље коју је изјавио заступник (пуномоћник) стоји воља заступаног (властодавца).³⁴ У уговору који склапа заступник уговорном страном се сматра заступани (властодавац). Заступник има својство гласника јер трећем лицу преноси вољу заступаног.³⁵ Отуда је Савињијева теорија добила назив „теорија господара посла“ (*Geschäftsherrentheorie*). Савињијева теорија није била прихваћена међу пандектистима. Теорија која је преовладала у пандектистичкој мисли, а чији заступник је био Виндшајд, била је „теорија представљања“ (*Repräsentationstheorie*) по којој заступник, иако правни посао предузима у име заступаног, изјављује своју вољу.³⁶ Та теорија је широко прихваћена у савременој доктрини која у непосредном заступању види замену воље заступаног вољом заступника.³⁷

³³ G. Lobrano, *op. cit.*, 61.

³⁴ H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, Verlag C. H. Beck, München, 1989, 456.

³⁵ R. Doerner, *op. cit.*, 37.

³⁶ Међу представницима ове теорије истичу се и: Унгер (Unger), Бринц (Brinz), Јеринг (Jhering) и Лабанд (Laband). Вид. H. Coing, *op. cit.*, 457.

³⁷ G. Lobrano, P. P. Onida, *op. cit.*, 9.

У савременом праву, на те две теорије гледа се као на теорије којима се објашњава једна иста установа – заступање. По мишљењу Лобрана, напротив, те теорије не треба схватити као супротстављена тумачења једне исте установе, већ сукоб две суштински различите установе које су настале у различитим епохама и представљају различита решења истог проблема.³⁸ Установа заступања заснована је на правној теорији и пракси средњег века чија се основна карактеристика огледа у томе што „друга особа“ - заступник добија положај господара посла чија воља замењује вољу заступаног.³⁹ Алтернативно решење за ситуацију предузимања посла за рачун другог постојало је у римском праву, али за њега у савременом праву не постоји посебан назив.⁴⁰ Према римскоправном решењу „друга особа“ има кооперативну улогу и њен положај је подређен у односу на лице за чији рачун дела.⁴¹ Лобрано се позива на Макс Вебера (Max Weber) који је изразио разлику између римског и савременог концепта делања за другог.⁴² Док је у римском праву господар посла лице за чији рачун се дела, у савременом праву делање за другог представља заступање где господар посла постаје лице које дела, то јест заступник.⁴³ У римском праву онај за чији рачун се дела (господар посла) одређује врсту посла, док друго лице (син *alieni iuris*, роб или мандатар) које склапа тај посао врши његову конкретизацију. Другим речима, делатност другог лица означава се као учествовање (*partecipazione*) у закључењу посла.⁴⁴ То лице не замењује господара посла, већ, сарађујући с њим, учествује у склапању посла.

6. ЗАКЉУЧАК

У савременој романистици присутан је став по коме римско право није познавало заступање већ установу која се означава као „делање посредством другог“ (*agire per mezzo di altri*) и која се примењивала у ситуацијама у којима је господар дао налог слободном или потчињеном лицу да обави одређени посао. Приликом предузимања посла воља налогодавца остаје релевантна, те се он сматра господарем (посла) без

³⁸ G. Lobrano, *op. cit.*, 54.

³⁹ *Ibid.*, 56.

⁴⁰ *Ibid.*, 57.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, 59.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, 60.

обзира на то што је посао предузело друго лице (налогопримац). Установа заступања, по том ставу, води порекло из средњег века, а њена изградња довршена је у пандектистичкој науци. Њена суштинска карактеристика која је чини квалитативно другачијом установом од римске установе „делања посредством другог“ јесте замена воље заступаног вољом заступника због чега заступани престаје бити господар посла већ то постаје заступник. До таквог поимања дошло се поступно, дејством три чиниоца: теократског, феудалног и „Хобсовог“, који су наступали сукцесивно. Теократски чинилац огледа се у учењу Синибалда деи Фиескија (*Sinibaldo dei Fieschi*), то јест папе Иноћентија IV о фиктивном лицу (*persona ficta*). Према том учењу, које датира из половине 13. века, католички верници чине јединство изражено појмом лице (*persona ficta vel repraesentata*) које представља католичка црква. Концепт заступања формиран у канонском праву од краја 13. века почиње да се развија у феудалном праву. Преузимање концепта заступања из канонског у феудално право извршено је захваљујући енглеском краљу Едварду I. Он је 1295. године сазвао тзв. *Model Parliament* који је имао далекосежне последице на потоњу политичку праксу и теорију о слободном мандату јер су његови чланови били делегирани са потпуном власти (*plena potestas*) одлучивања. Сазивање средњовековних представничких скупштина ради доношења важних одлука темељило се на принципу *quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet* формираном од стране канониста на темељу текста из Јустинијановог кодекса (C.5.59.5.2). Осим канониста и легисти тумаче принцип *quod omnes tangit* проширујући му опсег примене. На тај начин је римскоправно решење једног приватноправног односа делатношћу средњовековних правника пренето у јавноправни контекст у коме је послужило изградњи модела политичког представљања. Установљењем слободног мандата у енглеској политичкој пракси крајем 13. века омогућено је „отуђење“ заступника од заступаног. Поимање заступања као замене воље заступаног вољом заступника теоријски је уобличио је Томас Хобс (Thomas Hobbes) у делу *Левијатан* (*Leviathan*) у коме износи учење о држави као лицу чија воља замењује вољу појединаца.

Узимајући у обзир недавно изнет оригиналан став у италијанској романистици који одриче постојање заступања у римском праву, чини се да претежу аргументи који говоре у прилог супротном. Свака установа током свог развоја трпи одређене промене, при чему се неке карактеристике мењају док друге, које чине њену суштину, остају непромењене. Нема уверљивих аргумената на основу којих би се битном

карактеристиком установе заступања сматрао доминантан положај заступника у односу на заступаног, изражен заменом воље заступаног вољом заступника. Нема разлога да се у случају заступања одступи од резонувања које се примењује на остале правне установе а које се огледа у утврђивању сврхе дате установе у правном животу. Уколико заступање посматрамо као механизам помоћу кога се постиже учествовање у правном животу посредством другог лица, нема дилеме да је оно постојало још у римском праву. Довољно је узети у обзир само један вид заступања - непосредно вољно заступање. У савременом праву непосредно вољно заступање темељи се на овлашћењу за заступање (пуномоћју) које заступани (властодавац) правним послом даје заступнику (пуномоћнику) да у његово име и за његов рачун предузима одређене правне радње (чл. 89, ст. 1 ЗОО). Такво одређење непосредног вољног заступања плод је науке 19. века. Без обзира на то што је доктринарно утемељење непосредног вољног заступања настало у модерно доба, у римском праву постоје односи који имају његов ефекат. Такво тврђење заснива се на римским изворима који сведоче о случајевима који поседују важну карактеристику те установе садржане у њеној савременој дефиницији. Та карактеристика тиче се правних дејстава радње коју је предузело једно лице (заступник), а која непосредно настају за друго лице (заступаног). У римском праву непосредан настанак дејстава одговара стицању права на одговарајуће процесно средство. У том смислу постоје случајеви у којима одређене акте може да предузме једно лице, а да правне последице непосредно настају за друго лице које стиче право на одговарајуће процесно средство.⁴⁵ Све дотле докле посао предузима једно лице а правна дејства (непосредно) настају за друго лице има смисла говорити о (непосредном) заступању. Лице које посао предузима за рачун другог може имати мању или већу самосталност приликом делања, али обим те самосталности не утиче на врсту установе већ указује на то да је иста установа - заступање претрпела измене у односу на свој антички модел.

⁴⁵ О којим је случајевим реч вид. В. Цветковић-Ђорђевић, *op. cit.*, 129-136.

ЛИТЕРАТУРА

Coing H., *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, Verlag C. H. Beck, München, 1989,

Цветковић-Ђорђевић В., „Непосредно заступање у римском праву с освртом на модерно право“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, Београд, 2020, 124-144,

di Bello A., *Sovranità e rappresentanza. La dottrina dello stato in Thomas Hobbes*, Napoli, 2010,

Doerner R., *Abstraktheit der Vollmacht*, Duncker&Humbolt, Berlin, 2018,

Edwards J. G., “The Plena Potestas of English Parliamentary Representatives“, *Historical Studies of the English Parliament*, Vol. 1 – Origins to 1399 (eds. E.B. Fryde, E. Miller), Cambridge University Press, 1970, 136-149,

Hauck J., “Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari – Eine Rechtsregel im Dialog der beiden Rechte“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 130. Bd., 99 (2013), 398-417,

Kaser M., *Das Römische Privatrecht*. Erster Abschnitt – Das altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht, Verlag C. H. Beck, München, 1971,

Laband P., “Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch“, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Bd. X, 1866, 183-241,

Lobrano G., “Appunti per la lettura delle fonti. L’esempio – da non seguire – della attribuzione della “rappresentanza” al diritto romano“, *Ius Romanum*, бр. 2, Sofia, 2018,

Lobrano G., Onida P. P., „Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà ‘per’ o/e ‘per mezzo di’ altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo“, *Diritto@Storia*, бр. 14, Sassari, 2016, 5-48,

Onida P. P., “Agire per altri“ o “agire per mezzo di altri“. *Appunti romanistici sulla “rappresentanza” I. Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Jovene editore, Napoli, 2018,

Manin B., *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, 1997,

Mitteis L., *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts*, Neudruck, Scientia Verlag, Aalen, [1885] 1962,

Post G., “Plena Potestas and Consent in Medieval Assemblies: A Study in Romano-Canonical Procedure and the Rise of Representation 1150-1325”, *Traditio: Studies in Ancient and Medieval History, Thought, and Religion*, Vol 1, 1943, 355-408,

von Savigny F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III, Veit, Berlin, 1840,

Windscheid B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. II, Zweite Abtheilung, Düsseldorf, 1866,

Windscheid B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, Sechste Auflage, Frankfurt am Main 1887.

Valentina CVETKOVIĆ-ĐORĐEVIĆ, Ph.D
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

DID ROMAN LAW RECOGNIZE THE CONCEPT OF REPRESENTATION
IN PRIVATE LAW?

Summary

The 19th century European jurisprudence was marked by the teaching of Pandectists. The modern civil law concepts are the results of their work. Representation in the form created by Pandectists is one of the fundamental contemporary law institutes. The modern concept of representation is based on the substitution of the represented person's will by that of the representative. The article first analyses the origin of the modern concept of representation, followed by the consideration as to whether the Roman law recognized the concept of representation and whether there are grounds to speak about the institute of representation in Roman law.

Key words: Representation. – Roman law. – Pandectists. – Modern Law.

прегледни рад
пријем: 04. 02. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 19. 02. 2021. г.
336.226.112.1(497.6)

Ђорђе МАРИЛОВИЋ*

ПРИЛОЗИ АНАЛИЗИ ПРАВИЧНОСТИ ПОРЕЗА НА ДОХОДАК РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Апстракт

Порез на доходак Републике Српске један је од најиздашних јавних прихода и најважнијих инструмената пореске, и уопште фискалне и економске политике Републике Српске. Значај пореза на доходак за правичност укупност пореског система Републике Српске још је већи не само због теоријских разлога који упућују на директне порезе као пут за остварење правичности, него и због чињенице да се Република Српска давно одрекла надлежности у области индиректних пореза. У овом раду, аутор у свјетлу начела праведности, односно правичности пореза сагледава неколико обиљежја пореза на доходак, укључујући питање директне и индиректне прогресивности, пореских одбитака, разлика у обавезама различитих категорија пореских обвезника и др., и уочава да пропорционалност опште пореске стопе никако не може да води закључку о пропорционалном порезу у цјелини, у погледу анализираног пореза. Аутор закључује да је значај универзалних начела, попут начела правичности пореза, још наглашенији у условима великих друштвених изазова, као што су изазови с којима се свијет и домаћа привреда тренутно суочавају, и у том смислу заговара што скорије промјене које би довеле до правичнијег опорезивања порезом на доходак у Републици Српској.

Кључне речи: порез; доходак; праведност; правичност; прогресивност; Република Српска.

* Виши асистент, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, djordje.marilovic@pravni.ues.rs.ba.

1. УВОД¹

2.

Писани трагови о праведности и правичности пореза сежу у античку прошлост, гдје се, по мишљењима једних, у Плутарховим дјелима може наћи први писани траг о утврђивању пореза према способности и богатству обвезника.² Тачно датирање ове идеје није једноставно, па се међу најстарије списе који објашњавају праведност опорезивања убраја и древни еп Махабхарата.³ Није случајно што Плутарх, који је био прије свега моралиста и књижевник па тек онда историчар и који је утицао чак на хришћанску и нарочито православну мисао,⁴ описујући Аристида Атињанина посебну пажњу посвећује правдољубивости његовој, која му је донијела велику славу и углед приликом опорезивања грчких градова за потребе рата. Стари Грци, желећи да буду опорезовани према способности и богатству, повјерили су пореску власт Аристиду, који је заузврат опорезивао не само без

¹ Исказујемо своје поштовање и захвалност свим савјесним и преданим службеницима Пореске управе Републике Српске и претходних пореских органа Републике Српске, који својим свакодневним радом деценијама неуморно показују шта је *правичност* опорезивања у њеном суштинском смислу. Једнако се сјећамо и уставописаца, бивших и садашњих професора Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, који су прије скоро тридесет година уткали пореску *праведност* у члан 63 Устава Републике Српске, најстарију такву уставну одредбу у позитивном праву у Босни и Херцеговини, одредбу која није замијењена ниједним од бројних амандмана на Устав Републике Српске.

² С. Adams , *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, *Madison Books*, Lanham – New York – Oxford 2001, 58.

³ S. V. Kostić, D. Vuković, “The perfect silence: An empirical study on how ignorance and lack of critical debate effect the process of enacting tax legislation in Serbia”, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2019, 70.

⁴ Б. Пантелић, „Плутарх у ексонартексу Љевишке цркве“, *Каленић*, Српска православна епархија шумадијска, 3/2011, 28–29. Као занимљивост, подсећамо на то да су у Храму Богородице Љевишке, древном сједишту призренских митрополита и великој задужбини Св. краља Милутина на темељима римске базилике, били фрескописани антички грчки мислиоци „елин Платон“ (елин[Платон] и „елин Плутарх“ (елин[Плутарх]). Ова светиња и изузетан споменик, у једном дијелу своје историје била је претворена у цамију, дјелимично обновљена током двадесетог вијека, а потом уништена у шиптарском насиљу 2004. године. Вид. Д. Медаковић, „Претставе античких философа и сивила у живопису Богородице Љевишке“, *Зборник радова Српске академије наука LXV – Византолошки институт*, књ. 6, Београд, 1960, 43–57. Платон, такође, говори о правичном опорезивању у Држави – вид. Д. Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 39.

поковарености (корупције) и неправде, него на задовољство и угодност свих.⁵

На чије задовољство и угодност је данашњи порески систем Републике Српске? Покушавајући да допринесемо одговору на ово питање, своју пажњу усмјерили смо на порез на доходак, који је међу два најиздашнија пореза у надлежности Републике Српске. За сагледавање укупне правичности опорезивања требало би обухватити све порезе који су тренутно у надлежности Републике Српске, али и индиректне порезе, поводом којих је Република Српска своју изворну надлежност пренијела на институције Босне и Херцеговине. Ипак, овај рад је много скромнији подухват и представља покушај обједињавања (синтезе) досадашњих закључака до којих смо дошли у проучавању пореза на доходак у Републици Српској.⁶ Циљ овог рада је да укажемо на најважније примјере одступања од начела праведности, односно правичности пореза на доходак, првенствено у виду одступања од начела плаћања пореза према економској снази. Мисао да само ширим сагледавањем појединих одлика пореза на доходак можемо закључити да ли је овај порез правичан и праведан, основна је претпоставка од које полазимо у овом раду.

2. ПРАВЕДНОСТ ИЛИ ПРАВИЧНОСТ?

Праведност и правичност нису синоними, а у данашњој српској порескоправној научној литератури израз правичност скоро потпуно је потиснуо израз праведност, иако ова два израза означавају различите појмове. У општој правној теорији (теорији државе и права) истакнути теоретичари сматрају да се правда „увек појављује у односима између више лица, па је отуда интерсубјективна и усмерена према другима“, и да

⁵ Plutarch's Lives, (Ed. A. N. Clough), The Project Gutenberg, https://www.gutenberg.org/files/674/674-h/674-h.htm#2H_4_0025, 29. јануар 2021. године.

⁶ Различитим обиљежјима и чиниоцима пореза на доходак у Републици Српској бавили смо се у ранијим истраживањима и радовима, а нарочито у: Ђ. Мариловић, „Опорезивање прихода из страних извора порезом на доходак у Републици Српској“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 76/2017 (тематски број посвећен *Међународној научној конференцији „Глобализација и право“*), Ниш, 2017, 747–766; Ђ. Мариловић, „Пореска политика Републике Српске према инвестицијама физичких лица“, *Јахорински пословни форум 2019*, Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2019, 233–240; и Ђ. Мариловић, „Стандардни лични одбитак у порезу на доходак Републике Српске“, *Јахорински пословни форум 2021*, Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2021, 299–305.

је одликују три чиниоца: 1. друштвена природа правде, 2. узајамност права и обавеза, и 3. одговарајућа (равнотежна или пак сразмјерна; стална или промјенљива; аритметичка или геометријска) једнакост.⁷ У том смислу, задржано је и схватање правичности које је Аристотел исказао у Никомаховој етици, тако да је „правично истовремено и праведно, и то боље него извесна врста праведног, али не боље него апсолутно праведно, већ само боље од законског права које пропушта понешто због своје уопштене формулације“.⁸ Због тога, примјери у научној литератури из области теорије државе и права, а који се односе на пореско право, указују на схватање да је праведан порески закон „који пореске терете расподељује сразмерно богатству“.⁹ Данас, српски порескоправни теоретичари без много двоумљења овакву законску расподелу пореског терета описали би као *правичност*, а не као *праведност*, што је опште присутно у литератури и као што ћемо нешто ниже у тексту приказати.

У ранијој српској и југословенској правној литератури, за оно што се данас означава као правичност, у суштини је била употребљавана ријеч „праведност“. Тако, „према општој пореској теорији праведност опорезивања се постиже кроз општост пореске обавезе и равномерност у распореду пореског терета. Општост пореза, као што је истакнуто представља захтев формалне вредности, који се састоји у сношењу пореског терета од стране свих пореских обвезника. Други услов, равномерности, је услов материјалне праведности која захтева да сваки порески обвезник буде опорезован сразмерно својој пореској односно економској снази“.¹⁰ У истом дјелу, као један од чинилаца *праведног* пореза изричито је наведена економска снага.¹¹ Супротно томе, данашња литература економску снагу претпоставља *правичности* опорезивања. Данас је хрватска пореска теорија задржала овај термиолошки приступ.¹² Међутим, није ријеч само о термиолошкој разлици, него и о суштинском

⁷ К. Чавошки, Р. Васић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд, 2006, 87–90.

⁸ *Ibid.*, 91.

⁹ К. Чавошки, Р. Васић, *op. cit.*, 88.

¹⁰ М. Урошевић, „Праведност опорезивања“, Зборник Правног факултета у Нишу, 1979, 339.

¹¹ „Принципу праведности доприноси и остварење захтева, да у опорезивању не сме бити привилегисаних група, мада с друге стране садржина појма праведности захтева изузеће оних особа које имају малу економску снагу и којима би плаћањи пореза угиоизило егзистенцију.“ *Ibid.*

¹² Вид. М. Kesner-Škreb, „Pravednost poreza“, *Financijska teorija i praksa*. бр. 3/2002, 713–715.

поимању правде, и њеног односа са правном нормом, што се разликује од правичности првенствено по томе што је правичност испољавање начина *примјене* правне норме, а не саме правне норме.¹³

Ипак, у савременим дјелима из области пореског права, општост опорезивања препознаје се као услов за правично опорезивање, а правичност опорезивања (са своје двије димензије, хоризонталном и вертикалном) везује се за економску снагу пореског обвезника, односно за принцип корисности.¹⁴ У том свјетлу, можемо да примижетимо да правичност опорезивања у домаћој пореској теорији више нема само значај у *примјени* пореске норме, за разлику од античког, Аристотеловог погледа на правичност која представља „средство којим се служе судије да би исправиле недостатке и мањкавости које законодавци тешко могу избећи“,¹⁵ и која је самим тим мисаоно и дјелатно смјештена у област примјене закона, а не творбе закона. Академик Чавошки примјећује да „током XIX и прве половине XX века у тадашњем књижевном језику значење речи „правда“, „правица“ и „правичност“ није било довољно разлучено и раздвојено, па је долазило до учесталог мешања и преклапања њихових значења,“ и закључује да „једино правда, због свог општег и једнаког важења за све људе може бити начело, док је правичност увек ад

¹³ „Према тврдњама појединих аутора, у контексту опорезивања имовине, разлика између појмова праведности и правичности би се морала начинити, јер се појам праведности односи на одредбе самог пореског законодавства, а појам правичности на његову примену, односно на начин администрирања порезом на имовину. Имајући то у виду, праведност се може обезбедити ако се у пореском законодавству предвиде различите ефективне стопе за различите категорије имовине, односно за различите категорије пореских обвезника и сл., док је за остваривање правичности битно да се утврђивање основице пореза на имовину спроводи на уједначен начин. Услед неуједначеног поступања, односно потцењивања или прецењивања имовине велике, односно мале вредности, настају хоризонталне и вертикалне неправичности.“ Ц. Цвјетковић, *Порези на имовину у статистици – докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, фн. 64. У овој дисертацији, Цвјетковић се позива на три аутора (Plimmer, McCluskey и Connellan), који наводе још извора о разликовању праведности (енг. fairness) од правичности (енг. equity). Упор. F. Plimmer, W. J. McCluskey, O. Connellan, “Equity and Fairness within Ad Valorem Real Property Taxes”, *Lincoln Institute of Land Policy Working Paper WP00FP1*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, 2000, 7.

¹⁴ Д. Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, COLPI – Савремена администрација, Београд – Будимпешта 1997, 185; Д. Поповић, Г. Илић-Попов, „Једнакост грађана у пореском праву“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, бр. 33/2011, 141, 149 и 150.

¹⁵ К. Чавошки, *О правди и правичности*, Српска академија наука и уметности, Београд, 2017, 28.

нос саображавања тог начела с датим околностима неког особеног и изузетног случаја.“¹⁶ Потпуно се приклањајући овом схватању, које је развијено на изузетно постојаним али, нажалост, прилично заборављеним темељима предратне српске правне мисли, сматрамо да би правичност опорезивања могла једино да се односи на примјену пореских прописа, на порески поступак и евентуално порески управни спор. Залажемо се за васпостављање начела праведности пореза, и правде као ријечи (израза) и појма. Ово је први наш рад у којем смо изричито заузели овакав став, али ћемо још у њему задржати ријеч „правичност“, умјесто исправне ријечи „правда“, како због електронског индексирања у одговарајућим базама научних радова, тако због препознатљивости и навикавања могућих читалаца.

Данас, дакле, значење правичности у домаћој пореској науци протеже се (неисправно) и на само стварање правне норме кроз доношење општих правних аката, као мјерило за одмјеравање разлика у опорезивању. Тако схваћена правичност, тј. општи правни акти којима се прописује опорезивање, потпадају под надлежност одлучивања Уставног суда,¹⁷ будући да Уставни суд одлучује о уставности и законитости општих правних аката,¹⁸ а само изузетно о жалбама против појединачних аката и радњи, као на примјер у Србији.¹⁹ Правичност је од суштинског значаја једнако и за међународно опорезивање.²⁰

Замисао о томе да се правичност опорезивања цијени према економској снази замах је добила још у дјелима Русоа, Сеја и Џона Стјуарта Мила, а временом су издвојене двије димензије овог начела, тј. хоризонтална и вертикална правичност.²¹ Наиме, „лица са истом

¹⁶ *Ibid.*, 247 и 253.

¹⁷ За примјере анализе уставносудске праксе у свјетлу правичности опорезивања, вид. Д. Поповић (2016), 39–42 и Д. Поповић, Г. Илић-Попов (2011).

¹⁸ Вид. Устав Републике Српске, чл. 115, и Устав Републике Србије, чл. 167.

¹⁹ Вид. Устав Републике Србије, чл. 170. За анализу упоредних и домаћих уставносудских пракси и доктрина, вид. Д. Поповић, Г. Илић-Попов (2011), 139–158.

²⁰ Вид.: С. Костић, *Забрана дискриминације у међународном опорезивању дохотка и имовине* – докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 285, 290; S. Gadžo, „Prilog istraživanju sadržaja načela pravednosti kao kriterija evaluacije normi međunarodnog poreznog prava“, *Pravni vjesnik*, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, 2/2015, 131–155.

²¹ Д. Поповић, „Принцип једнакости грађана у пореском праву“, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ, прилози пројекту 2006*, књига 5

економском снагом треба да плате исти, или приближно једнак износ пореза, што имплицира примену пропорционалног опорезивања и обезбеђује хоризонталну правичност у пореском систему. Насупрот томе, вертикална правичност у опорезивању подразумева да лица са већом економском снагом треба да на име пореза плате више, и обрнуто, што укључује примену пореске прогресије.²² Ипак, на идеал вертикалне правичности позивају се не само поборници прогресивног опорезивања, него и поборници пропорционалног опорезивања.²³

Устав Републике Српске предвиђа ово начело у члану 63: „Обавеза плаћања пореза и других дажбина је општа и утврђује се према економској снази обвезника.“²⁴ Мјерила економске знаге могу бити различита, попут обвезниковог дохотка, потрошње или имовине. У упоредном праву, у највећем броју случајева, „јуриспруденција уставних судова односи се на порез на доходак, што значи да се способност плаћања цени кроз величину обвезниковог дохотка“.²⁵

Имајући у виду ове напомене, у овом раду нудимо свој поглед на начело плаћања пореза сразмјерно економској снази, изражено кроз вертикалну и хоризонталну правичност (праведност) пореза на доходак у Републици Српској, а осврнућемо се и на правичност (праведност) пореза на доходак у свјетлу међународног опорезивања.

2. ПРАВИЧНОСТ (ПРАВЕДНОСТ) ПОРЕЗА НА ДОХОДАК РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ У СВЈЕТЛУ НАЧЕЛА ОПШТОСТИ ПОРЕЗА И УТВРЂИВАЊА ПОРЕЗА ПРЕМА ЕКОНОМСКОЈ СНАЗИ ОБВЕЗНИКА

Доходак физичких лица у Републици Српској опорезује се кроз седам аконтативних цедула (1. лична примања, 2. приход од самосталне дјелатности, 3. приход од ауторског и сродних права и од права индустријске својине, 4. приход од капитала, 5. капитални добитак, 6.

(прир. Светислав Табороши), Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2007, 119.

²² Д. Поповић, Г. Илић-Попов (2011), 149.

²³ S. Gadžo, 136.

²⁴ У погледу прокламовања начела општости и утврђивања непореских, других, дажбина према економској снази, вриједи исти закључци до којих је теорија дошла поводом анализе сличне одредбе у праву Србије. Вид. Д. Поповић (2016), 42.

²⁵ Д. Поповић (2007), 119.

приход из страних извора и 7. остали доходак),²⁶ по номиналној пропорционалној стопи од 10 %, ²⁷ уз постојање глобалног годишњег пореза на доходак са истом номиналном пореском стопом.²⁸ Гледано кроз хоризонталну правичност, лица са истом економском снагом треба да плате исти, или приближно једнак износ пореза. Најопштије посматрано, ово начело значило би да свако физичко лице, порески обвезник, који оствари исти приход треба да плати исти порез.

Ипак, то у пракси није случај. Прво, због постојања одбитака, јавља се индиректна прогресија. Најзначајнији извор индиректне прогресије је, по много чему, стандардни лични одбитак. Међутим, ни индиректна прогресија не протеже се кроз опорезивање свих категорија пореских обвезника. Стандардни лични одбитак прописан је искључиво за обвезнике пореза на лична примања, односно на приходе настале поводом радног односа.²⁹ Према томе, правичност и уставно начело утврђивања пореза према економској снази врло вјероватно је овим нарушено, пошто на стандардни лични одбитак (од око 3.000 евра годишње или више од 250 евра мјесечно) немају право сликари, интерпретатори, тј. аутори и титулари других права сродних ауторском праву и права индустријске својине, затим занатлије, адвокати, тумачи, вјештаци, односно предузетници, потом професионални спортисти, лица која остваре капитални добитак, нити било који други обвезник пореза на доходак осим обвезника пореза на лична примања.

Поводом овог питања, Уставни суд није прихватио иницијативу за оцјену уставности одговарајућих чланова Закона о порезу на доходак. „Према оцјени Суда, предметно законско рјешење је одраз цјелисходне процјене законодавца у погледу економске снаге пореских обвезника и

²⁶ Закон о порезу на доходак – ЗПД, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 60/15, 5/16 – исправка, 66/18, 105/19, 35/20 – Уредба са законском снагом, и 123/20, чл. 3.

²⁷ Осим за приходе малог предузетника, за које је прописана пореска стопа од 2% односно не мање од 600 КМ (током ванредног стања ради ублажавања економских посљедица насталих усљед болести COVID-19 изазване вирусом SARS-CoV-2, посебном Уредбом са законском снагом овај минимум износи 240 КМ), изузетак представља и доходак из страних извора, који се опорезује по регресивној ефективној стопи која тежи нули, а исказано према посебној љествици распона пореске основице и одговарајућих апсолутних износа пореског дуга.

²⁸ Посебно су прописана правила о годишњем порезу на доходак малог предузетника. Порез на доходак из страних извора не плаћа се аконтативно, него само на годишњем нивоу. Вид. ЗПД, чл. 23 ст 2, чл. 45 и чл. 60, ст. 2.

²⁹ О стандардном личном одбитку више вид. Ђ. Мариловић (2021).

пореских инструмената путем које ће је опорезовати,“ а „постојећа уставна рјешења дају право законодавцу да сам уреди ову материју на начин који сматра цјелисходним“.³⁰ Према томе, тумач, адвокат, спортиста и сви други који нису у радном односу а остварују приход, немају право на стандардни лични одбитак од 6.000 КМ годишње, односно ефективну пореску уштеду од 600 КМ годишње. Сасвим конкретно, запослено лице Матеј, које прима просјечну плату, по уговору о раду због којег има право на стандардни лични одбитак, биће обвезник (иако не и платац) пореза на доходак за износ од око 630 КМ годишње.³¹ Незапослено лице Закеј, које остварује неки други опорезиви приход једнак просјечној плати, ван радног односа па самим тим без права на стандардни лични одбитак, биће обвезник (па чак и платац) пореза на доходак за износ од око 1.200 КМ годишње. Ово потпуно развијава снове о хоризонталној правичности. Новозавјетни Матеј, апостол и цариник, и Закеј, такође цариник, нашли су Правду којој су тежили, али Матеј и Закеј из нашег примјера неће наћи правду, пошто ће бити опорезовани двоструко мање или више један у односу на другог, зависно од тога која је врста прихода по сриједи, без обзира на то што имају суштински исту економску снагу (мјерено по оствареном приходу).

За наш Уставни суд уопште није спорно, са становишта уставног начела општости и утврђивања пореза према економској снази, да два лица исте економске снаге плаћају порез који је међусобно двоструко већи или мањи. Чак, Уставни суд је ријешио да ово питање уопште не треба разматрати у оквиру поступка за оцјењивање уставности – одлучио је без доношења рјешења о покретању поступка. Још изричитији овакав став, Уставни суд заузео је у нешто старијем предмету.

Наиме, у оквиру прихода предузетника, предвиђен је посебан порески третман малог предузетника, односно физичког лица које испуњава услове да самостално (незаједнички) обавља самосталну дјелатност и тако остварује годишњи приход не већи од 50.000 КМ и не запошљава више од три радника.³² Порез на приходе малог предузетнике обрачунава се по стопи од 2 % али не мање од 600 КМ годишње, а за 2020.

³⁰ Рјешење Уставног суда Републике Српске, У-22/19 од 24. јуна 2020. године, http://www.ustavnisud.org/database/pdf/U-22_19.pdf.

³¹ Ђ. Мариловић (2021), 304.

³² ЗПД, чл. 21.

годину не мање од 240 КМ годишње.³³ Међутим, овај посебни статус не могу имати тумачи, преводиоци, новинари, умјетници, спортисти, адвокати, нотари, инжењери, архитекти, порески савјетници, стечајни управници, и друга физичка лица која су регистрована за обављање професионалне дјелатности.³⁴ У поједностављеном примјеру, то значи да ће успјешан фризер или козметичар, који остварује 40.000 КМ прихода годишње, платити 800 КМ пореза на доходак (по стопи од 2%), у својству малог предузетника. Истовремено, преводилац и судски тумач који годишње остварује исти приход од 40.000 КМ, биће дужан да обрачуна, пријави и уплати порез на доходак по стопи од 10%, односно 4.000 КМ годишње. Два лица апсолутно исте економске снаге платиће, дакле, не двоструко различит износ пореза, као што је био у претходном примјеру, него петоструко различит износ пореза. Уставни суд Републике Српске то сматра уставним. Штавише, сматра то питањем које не заслужује да се разматра у поступку, него само у претходном поступку.

Поводом дате иницијативе за оцјену уставности оспорене одредбе Закона о порезу на доходак, „Суд је имао у виду да Устав нити једном својом одредбом није одредио на који начин ће законодавац извршити процјену економске снаге обвезника и путем којих пореских инструмената ће је опорезовати. Сагласно томе Суд је закључио да постојећа уставна рјешења дају право законодавцу да сам уреди ово питање на начин који сматра цјелисходним.“³⁵ Наиме, Уставни суд уопште није прихватио иницијативу за оцјењивање уставности одговарајуће законске норме, зато што сматра да је њено прописивање „ствар цјелисходности законодавне политике која се утврђује у поступку доношења закона, а чија оцјена, према члану 115. Устава, није у надлежности овог суда.“³⁶ Овакво образложење Уставног суда, слободни смо да закључимо, значи да законодавац може прописати било шта у области опорезивања, барем у односу на члан 63 Устава (о начелу плаћања пореза према економској снази обвезника), зато што уставотворац „није одредио на који начин ће законодавац извршити процјену економске снаге“ па самим тим ово „није у надлежности“

³³ Уредба са законском снагом о пореским мјерама за ублажавање економских посљедица насталих усљед болести COVID-19 изазване вирусом SARS-CoV-2, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 35/20, чл. 10.

³⁴ ЗПД, чл. 21 тач. 1.

³⁵ Рјешење Уставног суда Републике Српске, У-37/18 од 27. марта 2019. године, http://www.ustavnisud.org/database/pdf/U-37_18.pdf.

³⁶ У-37/18.

Уставног суда. То значи да законодавац може, без бојазни од уставносудске контроле, да пропише да најбогатији резиденти могу да буду ослобођени од плаћања пореза. То значи да је, барем по мјерилима судија Уставног суда Републике Српске, сасвим уставно да најбогатији плаћају мање или нимало пореза, док сиромашни плаћају више пореза.

Овакву слободу, или можда необазирање на уставну норму, вјероватно нису слутили чак ни највећи противници утицаја државе на тржишне механизме и економску ефикасност. Наиме, о превази између начела правичности (праведности) и начела економске ефикасности (на коју порез по правилу има дисторзивно дејство) постоје различита схватања и историјска и упоредна искуства.³⁷ Овдје уопште не приступамо одговору на питање да ли је са становишта уставности оправдано неко конкретно законско рјешење и да ли је њиме оправдано прописана прогресивна, пропорционална или регресивна пореска стопа. Међутим, ако би неко морао да одговара на такво питање, нарочито у погледу поштовања начела плаћања пореза у складу са економском снагом, онда је то Уставни суд; Сам Устав прописује стандард плаћања пореза у складу са економском снагом, у члану 63. Уосталом, норме о економско-социјалном уређењу несумњиво су дио уставне материје.³⁸ Ко други може открити значење уставног стандарда економске снаге него Уставни суд?

Да ли то значи, као што смо се горе запитали, да законодавац може да пропише регресиван порез, тако да најбогатији плаћају сразмјерно најмање? Да. Примјер за то је порез на доходак из страних извора, који је опорезив по фактичким пореским стопама нижим чак и од 1,4 % у одређеним траншама.³⁹ У оквирима ове цедуле пореза на доходак, већ шест година постоји правна празнина – фактичко пореско ослобођење за приходе квалификованог страног инвеститора за износ преко 30.000.000 КМ до 40.000.000 КМ (приближно, то је распон од 15.380.000 до 20.510.000 евра).⁴⁰ У овом случају, због очигледног пропуста законодавца да пропише порез за овај распон, иако су мањи и већи износи од овога опорезовани (и даље врло ниском реалном пореском стопом) и

³⁷ Вид. С. Димић, *Савремена правна решења у домену опорезивања дохотка физичких лица – алтернативни модели*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2016, 57–61.

³⁸ Г. Марковић, *Уставно право*, Завод за уџбенике и наставна средства, Источно Сарајево, 2021, 45.

³⁹ О овоме смо у појединостима расправљали у Ђ. Мариловић (2017).

⁴⁰ *Ibid.*, 755–759.

упркос томе што постоји категорија осталог дохотка, у пракси Пореске управе неће се утврђивати и плаћати порез. Пореска управа нам је то изричито потврдила.⁴¹ Иако је од усвајања овако мањкаве законске норме протекло пет и по година, до сада није дата иницијатива за покретање нити је приједлогом покренут поступак оцјене уставности пред Уставним судом, према нашим сазнањима.

Не сматрамо да је уставно начело *a priori* нарушено овдје анализирањем законским одредбама. Можда је законодавац заиста имао оправдан разлог и нашао сразмјерна средства да оствари легитимне циљеве пореске политике када је прописивао све што смо овдје наводили. Можда је законодавац имао намјеру да заштити радника због његовог односа економске зависности са послодавцем,⁴² или је статистички и емпиријски показано да предузетници који обављају *регистровану привредну дјелатност* у просјеку имају много мање приходе од предузетника који обављају *регистровану професионалну дјелатност*, па је зато оправдано пружити им оправдану олакшицу која не нарушава начело праведности или правичности. Можда је на нивоу цјеловитог пореског система или система субвенционисања Републике Српске пружена уравнотежујућа подршка обвезницима који су у оквиру пореза на доходак стављени у неповољнији положај, па је на нивоу система остварена једнакост по критеријуму економске снаге. Међутим, ми ништа од овога не знамо, пошто Уставни суд не нуди никакву анализу, него само даје неограничену слободу („дискреционо право“) законодавцу.

Према томе, сматрамо да је нарочито важно да подвучемо – не можемо тврдити да су овдје цитиране законске одредбе супротне начелу општости пореза и утврђивања пореза према економској снази обвезника, из члана 63 Устава Републике Српске. С друге стране, сматрамо да је Уставни суд морао покренути поступак, и изложити детаљне разлоге зашто одговарајуће законске одредбе јесу или нису у сагласности са начелом из члана 63 Устава. Зар наведени примјери нису довољан показатељ и индиција могуће неуставности Закона о порезу на доходак? Два пута већи порез, пет пута већи порез, а све за обвезнике исте економске снаге – то су немале разлике. Исто тако, ови примјери нису никакав куриозитет или изузетак. Они су свакодневица пореских обвезника у Републици Српској.

⁴¹ *Ibid.*, фн. 24.

⁴² Ову идеју саопштио нам је проф. др Горан Марковић, за шта му овом приликом захваљујемо.

Могућа промјена у схватању Уставног суда наслућује се у издвојеном мишљењу једне судије Уставног суда, и то у предмету У-22/19 (уставност стандардног личног одбитка прописаног само за обвезнике пореза на лична примања). У издвојеном мишљењу, судија Уставног суда Ирена Мојовић је исказала мишљење „да су се у овом предмету стекли услови за доношење одлуке којом је Уставни суд требало да утврди да одредба члана 10. став 3, у дијелу који гласи: "пореза на лична примања", није у сагласности са Уставом Републике Српске.“⁴³ Судија даље развија аргументацију, од чега издвајамо сљедеће: „Општост у опорезивању и обавеза законодавца да се порез утврђује према економској снази обвезника, како је прописано чланом 63. Устава, треба да обезбиједи правично опорезивање и да искључи неједнакост међу грађанима, између осталог и по питању да ли имају извор дохотка из личних примања или из дохотка из самосталне дјелатности, поготово у случају када обвезници пореза на доходак остварују доходак на основу властитог рада, па су у том смислу у истовјетној ситуацији. Закон не разликује правни положај обвезника пореза на доходак кад им прописује пореску обавезу. [...] Но, супротно томе, Закон није прописао једнако за обвезнике пореза на доходак право на одбитке по још три наведена основа, нити је прописао критерије за различито утврђивање права на одбитке. Може се закључити да је у дијелу оспорене законске одредбе нарушено начело социјалне правде и равнотежа између интереса заједнице и појединца. Имајући у виду наведено, нисам сагласна са оцјеном да је законодавац одредио висину и обим права на пореске одбитке, услове и начин остваривања тих права, полазећи од Уставом утврђеног принципа да је обавеза плаћања пореза општа и да се утврђује према економској снази обвезника.“⁴⁴ Наведено издвојено мишљење враћа нам наду да ће Уставни суд напоскон преузети кормило пореске правде у своје руке.

3. ПРАВИЧНОСТ (ПРАВЕДНОСТ) ПОРЕЗА НА ДОХОДАК РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ У СВЈЕТЛУ МЕЂУНАРОДНОГ ОПОРЕЗИВАЊА

Иако у овом раду не можемо посветити довољно пажње питању праведности и правичности пореза на доходак Републике Српске у контексту међународног опорезивања, ипак се надамо да можемо

⁴³ Издвојено мишљење на Рјешење Уставног суда, У-22/19, http://www.ustavnisud.org/database/pdf/U-22_19.pdf.

⁴⁴ *Ibid.*

понудити неколико илустрација, прилога овој теми. Праведност у међународном пореском праву може да се цијени према два главна мјерила:⁴⁵ 1. праведности расподјеле пореског оптерећења између појединаца, која се цијени првенствено према економској снази обвезника и 2. међудржавне расподјеле, која се сагледава наспрам економске припадности, односно економске везе између одређене државе и настанка дохотка. Такође, два су најважнија извора права од значаја за праведност и правичност пореза на доходак у контексту међународног пореског права, а то су Закон о порезу на доходак и међународни уговори о избјегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину.

Тренутно, према пракси коју сматрамо неуставном, међународне уговоре о порезима на доходак и имовину закључују институције Босне и Херцеговине, иако то ни на који начин нису надлежне да чине,⁴⁶ намећући се као својеврстан ненадлежни међуниво између надлежне власти Републике Српске и надлежних иностраних пореских власти. У тако закљученим уговорима, Република Српска није представљена и не може исказати свој интерес, нити може у складу са уставним надлежностима истицати економску припадност, везу између различитих категорија дохотка и њиховог настанка на територији Републике Српске. У таквим околностима, за начело праведности у међународном опорезивању нема претпоставки.

Осим уобичајених одредаба о унилатералним мјерама за избјегавање двоструког опорезивања (методом обичног пореског кредита),⁴⁷ па чак и мјера којим је фактички умањен проблем двоструког економског опорезивања,⁴⁸ што све сматрамо пожељним и начелно усклађеним са начелом праведности пореза, Закон о порезу на доходак Републике Српске садржи и одредбе о посебној цедули која може бити посебно проблематична гледано са становишта међународног опорезивања. У Републици Српској је могуће да нерезидент уз релативну лакоћу стекне пореско резидентство Републике Српске, унесе у Републику Српску и пријави новац а не достави (по изричитој законској

⁴⁵ S. Gadžo, 144–146 и 148.

⁴⁶ Вид. Ђ. Мариловић, Г. Марковић, „Надлежности у Босни и Херцеговини за закључивање уговора о избјегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину“, *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 50/2017, 141–155.

⁴⁷ Вид. ЗПД, чл. 67.

⁴⁸ Неопорезив је приход од капитала физичког лица у виду прихода од дивиденде и удјела у добити привредног друштва. ЗПД, чл. 8 ст. 4 тач. 13.

формулацији) евиденције и документације о оствареном дохотку, и уз неколико врло лако остваривих⁴⁹ додатних услова буде опорезован стопом ефективно нижом од 1,4 %, зависно од конкретног износа пријављеног дохотка из страних извора. Овај проблем већ смо сагледавали одвојено,⁵⁰ а овдје га само наводимо у складу са циљем овог рада. Иако је годинама само један обвезник био опорезиван на овај начин, као квалификовани инвеститор, ипак сматрамо да је чак и само постојање овакве одредбе у Закону вишеструко проблематично, између осталог и у смислу праведности и правичности међународног опорезивања.

4. ЗАКЉУЧАК

Правда држи земљу и градове. Наш закључак може да стане у ову народну пословицу. Порез на доходак Републике Српске, услед врло уздржаног, по нашем мишљењу неоправдано уздржаног, приступа Уставног суда Републике Српске, данас има неколико врло неправедних одредаба. Правичност пореза, како је означава савремена српска пореска наука, односно праведност пореза, како би требало да се назива ово начело, цијени се на основу економске снаге пореског обвезника, што Устав Републике Српске прокламује у члану 63. На изложеним примјерима може се видјети да ли је заиста порез на доходак прописан тако да лица исте или приближно једнаке економске снаге плаћају исти или сличан износ пореза. Мислимо да није. Овом закључку претходило је не само истраживање у оквирима овог рада, него дугогодишње претходно бављење овом темом. Први гласови могуће промјене схватања Уставног суда дају повода за оптимизам и наду у праведнији порески систем. Надамо се да ће то дочекати бројни обвезници погођени постојећим пореским неједнакостима, које се увећавају у условима тренутних и очекиваних економских изазова.

⁴⁹ Овдје „лакоћу“ цијенимо првенствено према односу трошкова и користи обвезника при остварењу услова, с једне стране, и износа пријављеног дохотка из страних извора, с друге стране.

⁵⁰ Ђ. Мариловић (2017).

ЛИТЕРАТУРА:

Adams C., *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, Madison Books, Lanham – New York – Oxford 2001,

Gadžo S., „Prilog istraživanju sadržaja načela pravednosti kao kriterija evaluacije normi međunarodnog poreznog prava“, *Pravni vjesnik*, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, 2/2015,

Димић С., *Савремена правна решења у домену опорезивања дохотка физичких лица – алтернативни модели*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2016,

Закон о порезу на доходак – ЗПД, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 60/15, 5/16 – исправка, 66/18, 105/19, 35/20 – Уредба са законском снагом, и 123/20,

Издвојено мишљење на Рјешење Уставног суда, У-22/19, http://www.ustavnisud.org/database/pdf/U-22_19.pdf.

Kesner-Škreb M., „Pravednost poreza“, *Financijska teorija i praksa*. бр. 3/2002,

Костић С., *Забрана дискриминације у међународном опорезивању дохотка и имовине* – докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014,

Kostić S. V., Vuković D., “The perfect silence: An empirical study on how ignorance and lack of critical debate effect the process of enacting tax legislation in Serbia”, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2019,

Мариловић Ђ., „Опорезивање прихода из страних извора порезом на доходак у Републици Српској“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 76/2017 (тематски број посвећен *Међународној научној конференцији „Глобализација и право“*), Ниш, 2017,

Мариловић Ђ., „Пореска политика Републике Српске према инвестицијама физичких лица“, *Јахорински пословни форум 2019*, Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2019,

Мариловић Ђ., „Стандардни лични одбитак у порезу на доходак Републике Српске“, *Јахорински пословни форум 2021*, Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2021,

Мариловић Ђ., Марковић Г., „Надлежности у Босни и Херцеговини за закључивање уговора о избјегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину“, *Правна ријеч*, Бања Лука, бр. 50/2017,

Марковић Г., *Уставно право*, Завод за уџбенике и наставна средства, Источно Сарајево, 2021,

Медаковић Д., „Претставе античких философа и сивила у живопису Богородице Љевишке“, *Зборник радова Српске академије наука LXV – Византолошки институт*, књ. 6, Београд, 1960,

Пантелић Б., „Плутарх у ексонартексу Љевишке цркве“, *Каленић*, Српска православна епархија шумадијска, 3/2011,

Plimmer F., McCluskey W. J., Connellan O., “Equity and Fairness within Ad Valorem Real Property Taxes”, *Lincoln Institute of Land Policy Working Paper WPO0FP1*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, 2000,

Plutarch's Lives, (Ed. A. H. Clough), The Project Gutenberg, https://www.gutenberg.org/files/674/674-h/674-h.htm#2H_4_0025, 29. јануар 2021. године,

Поповић Д., „Принцип једнакости грађана у пореском праву“, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ, прилози пројекту 2006, књига 5* (прир. Светислав Табороши), Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2007,

Поповић Д., Илић-Попов Г., „Једнакост грађана у пореском праву“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, бр. 33/2011,

Поповић Д., *Наука о порезима и пореско право*, COLPI – Савремена администрација, Београд – Будимпешта 1997,

Поповић Д., *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016,

Рјешење Уставног суда Републике Српске, У-22/19 од 24. јуна 2020. године, http://www.ustavnisud.org/database/pdf/U-22_19.pdf,

Рјешење Уставног суда Републике Српске, У-37/18 од 27. марта 2019. године, http://www.ustavnisud.org/database/pdf/U-37_18.pdf,

Уредба са законском снагом о пореским мјерама за ублажавање економских последица насталих усљед болести COVID-19 изазване вирусом SARS-CoV-2, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 35/20,

Урошевић М., „Праведност опорезивања“, Зборник Правног факултета у Нишу, 1979,

Устав Републике Србије,

Устав Републике Српске,

Цвјетковић Ц., *Порези на имовину у статистици – докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015,

Чавошки К., Васић Р., *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд, 2006,

Чавошки К., *О правди и правичности*, Српска академија наука и уметности, Београд, 2017.

Dorđe MARILOVIĆ, LL.M.
Senior Teaching Assistant, Faculty of Law,
University of East Sarajevo

CONTRIBUTION TO ANALYSIS OF REPUBLIC OF SRPSKA'S INCOME TAX EQUITY

Summary

Income tax in Republic of Srpska is one of the taxes that generate most of the revenue, and it has always been an important fiscal and general economic policy instrument in Republic of Srpska. What makes its importance even greater is not only the economic theory, which promotes direct over indirect taxes as more adequate in pursuing a more equitable tax system, but also the fact that Republic of Srpska relinquished the constitutional power regarding indirect taxation. In this paper, the author analyses several properties of the income tax, including direct and indirect progressiveness, tax deductions, differences in taxation of taxpayers with different types of income, which leads to conclusion that general tax rate proportionality does not necessarily imply a proportionate tax in general, concerning the analyzed income tax. The author concludes that universal principles, such as tax equity, gain significance during severe global challenges, which present global and national challenges certainly are, and advocates legislative changes that would lead to more equitable taxation of income in Republic of Srpska.

Key words: tax; income; equity; progressiveness; Republic of Srpska.

прегледни рад
датум пријема: 31. 03.2021. г.
датум прихватања за објављивање: 23. 04. 2021. г.

331.106.24
349.22

Јована МИСАИЛОВИЋ*

ПРАВНА ПРИРОДА КОЛЕКТИВНОГ УГОВОРА О РАДУ*

Апстракт

Питање правне природе колективног уговора о раду може се сматрати енигмом не само међу теоретичарима радног права, већ и међу теоретичарима уговорног права. У раду се анализира питање правне природе колективних уговора о раду кроз обраду теорија о колективним уговорима о раду и концепција које су се развиле у њиховом окриљу, а којима се теорија служила како би објаснила јединствени радноправни институт какав је колективни уговор о раду.

Кључне речи: колективни уговор о раду, правна природа, уговорна теорија, статусна теорија, мешовита теорија

1. УВОД

У теорији радног права, постоји неколико теорија којима се објашњава правна природа колективних уговора о раду. Њиховом анализом, увиђа се да су колективни уговори о раду „хибриди са телом уговора и душом закона“,¹ и да је неопходно посматрати их као јединственост радног права² изван оквира познатих теорија о уговорима у

* Истраживач приправник, Институт за упоредно право, Београд j.misailovic@iup.rs.

* Рад је резултат истраживања спроведеног за потребе писања семинарског рада „Правна природа колективног уговора о раду“.

¹D. Montoya, *Collective bargaining*,: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/48227/1/Unit%203,%20Collective%20Bargaining%20\(last%20version\).pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/48227/1/Unit%203,%20Collective%20Bargaining%20(last%20version).pdf), 12.2.2021.

² A.Cox, „The Legal Nature of Collective Bargaining Agreements“, *Michigan Law Review*, No. 1/1958, Vol. 57, 1.

области грађанског права.³ Ово, додатно оснажује и мишљење професора Тинтића да је „питање правне природе колективних уговора једно од најспорнијих и најзамршенијих питања у теорији радног права“.⁴

Иако се у позитивном праву, расправља о томе како одредити правну природу колективних уговора о раду, постоје и мишљења према којима места расправи уопште нема, јер колективни уговори нису правни извори.⁵ Наиме, колективни уговори сматрају се „приватноправним пословима који непосредне правне последице производе само за учеснике дотичног посла. Услед тога, њихова правна снага произлази из јавноправног реда, а да би се говорило о извору права, неопходно је да постоји изворна, самостална правна снага која карактерише правни извор“.⁶

Супротно претходном ставу, заступници мишљења да је колективни уговор извор права, основ за такву тврдњу налазе посматрајући колективни уговор као инструмент споразумног установљавања објективног права, који заједно са законом представља извор радног права.⁷ Наведено, подржава и став да се колективни уговори сматрају инструментима, којима се попут закона предвиђају општеобавезна правила, у складу са којима се морају водити и радници и послодавци нормирајући радне односе, исто као што то чини и закон.⁸

³ У теорији се могу пронаћи схватања колективних уговора о раду као „правих камелеона у правном свету различитих створења“. R. Fahlbeck, „Collective Agreements A Crossroad Between Public Law and Private Law“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, No. 3/1987, Vol. 8, 268.

⁴ N. Tintiћ, *Osnovi radnog prava*, Knjiga I, Školska knjiga, Zagreb, 1955, 16.

⁵ У теорији *common law* система, тачније у теорији радног права Сједињених Америчких Држава, средином прошлог века, сматрало да су колективни уговори обавијени „мистичном ауром“ која наводи људе да верују да колективни уговори немају непосредно правно дејство. N. Selman, „Collective Agreements and the Law“, *The Modern Law Review*, No. 4/1969, Vol. 32, 395.

⁶ С. Бајич, *Основи радног права*, Београд, 1937, 79.

⁷ I. Kun, *Kolektivni ugovori i teoriji i praksi*, Zagreb, 1940, 11.

⁸ Р. Живковић, *Проблем правне природе уговора о раду: у светлости историје и савременог друштвеног и привредног поретка*, Београд, 1940, 118.

2. ТЕОРИЈЕ О КОЛЕКТИВНИМ УГОВОРИМА

2.1. Уговорна теорија

Према уговорној теорији⁹ колективни уговори о раду третирају се као класичне уговорне форме закључене вољом странака на основу њихове слободе уговарања којим се регулишу приватно-правни послови и интереси. У оквиру ове теорије можемо разликовати неколико концепција познатих у оквирима права: концепцију уговора у корист трећих лица, концепцију заступништва и концепцију уговора *sui generis*.

2.1.1. Концепција заступништва

Концепција заступништва објашњава колективни уговор као уговор о пуномоћству којим се синдикат, као заступник, овлашћује да закључује правне послове у име оних који су га за то овластили - радника.¹⁰ Оваква концепција једва да садржи одређене елементе којима се правна природа колективних уговора заиста може објаснити. Тако на пример, јасно је да су синдикати страна уговорница колективног уговора и да без претходне сагласности оних које заступа (а која се огледа у оснивању синдиката) колективни уговор не може бити закључен. Међутим, уговор о заступништву је пратећи, односно уговор акцесорне природе, којим се закључује други правни посао, у потпуности другачији од уговора о заступништву. Додатно, овим уговором заступник не ступа у права и обавеза из уговора који је закључио на основу овлашћења из уговора о заступништву, већ се појављује искључиво као извршилац туђих послова.

Имајући у виду да се синдикати (синдикални орган) као страна колективног уговора јављају не само као потписници већ да сва права, обавезе и одговорности из колективног уговора делују непосредно и на њих, то се правна природа колективног уговора не може објаснити концепцијом заступништва.¹¹

⁹ Када је реч о уговорној теорији, потребно је разумети да ова теорија, у духу теорије о друштвеном уговору Жан Жак Русоа као полазну тачку уговарања, узима *појединца* који је слободан, јер поседује природно право на живот, слободу и индивидуалну срећу. Више о томе вид.: Z. Posavec, „Концепција друштвеног уговора J.J. Rousseaua“, *Politička misao*, бр. 4/1990, 46.

¹⁰ П. Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2018, 80.

¹¹ А. Балтић, *Радни односи у теорији и пракси*, Београд, 1962, 119.

2.1.2. Концепција уговора у корист трећег лица

У циљу бољег разумевања немогућности да се колективни уговор о раду дефинише као уговор у корист трећег лица, потребно је објаснити садржину уговора у корист трећег лица, који представља значајан институт облигационог права и као такав регулисан је Законом о облигационим односима Републике Србије.

Наиме, чл. 149 Закона о облигационим односима дефинише уговор у корист трећег лица као „уговор којим неко у своје име уговори потраживање у корист трећег, при чему трећи стиче сопствено и непосредно право према дужнику у случају да није нешто друго уговорено или не произлази из околности посла“.¹² Додатно, уговарач има право да захтева да дужник изврши према трећем оно што је уговорено у корист трећег лица, а уговарач користи за трећег може је опозвати или изменити све док трећи не изјави да прихвата оно што је уговорено у његову корист. Када је реч о приговорима, дужник може истаћи трећем лицу све приговоре које има према уговарачу по основу уговора којим је уговорена корист за трећег. У случају да трећи одбије корист која је уговорена за њега, или је уговарач опозове, корист припада уговарачу, уколико нешто друго не произлази из природе посла или није уговорено. Обећање учињено другом да ће трећи нешто учинити или пропустити, трећег не обавезује.¹³

Из наведеног законског текста, можемо закључити да се уговор у корист трећег лица кратко може дефинисати као уговор којим се једна уговорна страна обавезује другој уговорној страни да нешто учини у корист трећег лица.¹⁴ Корист и права из тог уговора стиче треће лице које

¹² Закон о облигационим односима - ЗОО, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 и „Службени гласник РС“, бр. 18/2020, чл. 149.

¹³ ЗОО, чл. 150 - 153.

¹⁴ У законодавству Републике Хрватске осим тзв. „правог“ уговора у корист трећег лица среће се и „неправи“ уговор у корист трећег лица чије испуњење искључиво користи трећем а при томе не ствара субјективна права. Неправи уговор у корист трећег лако је препознати – довољно је утврдити траг којим економска корист из уговора завршава код неког правног субјекта. Проблем настаје управо код правог уговора у корист трећег јер тек треба одредити, а затим и у конкретном случају препознати критеријуме под којима трећи стиче право из уговора. Већина савремених правних поредака као одлучујући критеријум узима вољу уговорних страна. Међутим, уз изузетак кад стране изричито одреде да трећи стиче самостално право, у конкретној формулацији уговора постојање или непостојање воље за тим често је тешко утврдити. А. Bilić, „Ugovor u korist trećega“, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 6/2011, Zagreb, 1996.

нема и обавезу да иста права и обавезе прихвати. Уколико узмемо у разматрање чињеницу да су стране уговорнице приликом закључивања колективног уговора о раду синдикати и послодавац (односно удружења послодаваца и синдикати у зависности о ком нивоу колективног преговарања је реч), чији чланови нису у могућности да бирају да ли ће одбити или прихватити права и обавезе који произлазе из колективног уговора о раду, то је јасно да основна карактеристика уговора у корист трећег лица не постоји.

Такође, потребно је нагласити да не постоји разлика између правног субјективитета потписника колективног уговора - синдиката и радника чији је синдикат представник. Исто вреди и за организације послодаваца које закључују колективни уговор и послодавце који су у тим организацијама представљени. Прављење разлике је од велике важности како би се разумело да у случају колективног преговарања не постоји више странака већ само две - синдикат и послодавац (односно организација послодаваца), јер организоване раднике у синдикате са једне стране и организоване послодавце у организације послодаваца са друге, не смемо сматрати трећим лицима у духу уговорне концепције у корист трећег лица. Као још један важан аргумент којим се негирају колективни уговори о раду као уговори у корист трећег лица, требало би издвојити и то да су колективним уговором о раду обавезани и радници који нису чланови синдиката, као и послодавци који нису чланови организација послодаваца који су потписали колективни уговор.¹⁵

2.1.3. Концепција уговора *sui generis*

С обзиром на посебност колективног уговора о раду, концепција колективног уговора као *sui generis* уговора настоји да одговори изазовима којима претходно предочене концепције нису успеле. Сложеност проблема која се везује за правну природу колективног уговора најлакше се може отклонити уколико се колективни уговор посматра самостално, без тражења сличности са било којим познатим уговором грађанског права. У складу са тим, потребно је посебно издвојити карактеристике колективних уговора које га издвајају у групу *sui generis* уговора: а) специфичност

Иако домаћи ЗОО не говори изричито о неправим уговорима у корист трећих лица, ни у супротном, не би било изгледа да се помоћу овог уговора дефинише колективни уговор о раду.

¹⁵ П. Јовановић (2018), *op. cit.*, 80.

субјеката колективног уговора, б) садржину и в) дејство колективних уговора.

а) *Субјекти колективног уговора о раду.* Субјекти права на колективно преговарање и закључивање колективних уговора јесу репрезентативни синдикат¹⁶ и репрезентативно удружење послодаваца у одређеној области рада или на одређеној територији. Нешто другачије уређено је када је реч о колективном уговору код послодавца - с обзиром да се тада сам послодавац појављује у улози стране у колективном преговарању, и у случају закључења колективног уговора у јавним предузећима и јавним службама у чијем закључењу учествују репрезентативни синдикат на одговарајућем нивоу и оснивач.¹⁷

Дакле да би се закључио колективни уговор о раду, није довољно да постоји правни субјективитет на страни оних који закључују колективни уговор о раду. Неопходно је да је испуњен услов репрезентативности који представља посебност колективног уговора о раду, односно његових субјеката. Овај услов може се сматрати неопходним с обзиром да постоји велики број социјалних партнера а да свима не може истовремено бити поверена могућност да закључе колективни уговор. Стога, субјекти колективног уговора могу бити само оне организације запослених и послодаваца које су испуниле услове који обухватају поверење и преговарачку снагу.¹⁸

Да би се одређени синдикат сматрао репрезентативним, према Закону о раду Републике Србије, мора да испуњава следеће услове: да је основан и делује на начелима слободе синдикалног организовања, да је независан од државних органа и послодавца, да се претежно финансира из чланарина и других сопствених извора, да има потребан број чланова и да

¹⁶Синдикат је професионално удружење радника засновано на врлини солидарности, у циљу унапређења колективних - социјалних, економских, културних, моралних интереса (професионалне етике) и достојанства и приватности на раду, социјалног благостања, заштите индивидуалних и колективних права чланства (радничтва), развоја социјалног дијалога и регулисања услова рада и односа између запослених и послодавца, као и развоја социјалне демократије. Појам синдикат укључује и удруживање самих синдиката у више облике синдикалног организовања у националним и међународним оквирима - федерације синдиката (секторски, грански, индустријски синдикат) и конфедерације синдиката. Б. Лубарда, *Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2013, 815.

¹⁷З. Ивошевић *Радно право*, Београд, 2006, 245.

¹⁸Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *Радно право - Приручник за полагање правосудног испита*, Београд, 2019, стр. 446.

је уписан у одговарајући регистар.¹⁹ Идеја слободе удруживања радника почива на начелима независности и слободе удруживања. Репрезентативни синдикат оснивају радници сами, на основу међусобног споразума о удруживању, без било каквих притисака, како од стране послодаваца, тако и од стране државних органа. Оснивање синдиката не сме бити ограничено поступком издавања дозволе од стране надлежног органа, као ни увођењем непотребних формалности у поступак регистрације.²⁰

б) *Садржина колективног уговора о раду*. Колективни уговор о раду издваја се по својој посебној садржини. Најједостаавније она се може описати као садржина двојачке природе која колективни уговор поставља негде на међи закона и уговора. Предмет колективног уговора у начелу дефинисан је у складу са односом снага којима располажу радничке и организације послодаваца, који су слободни при одређивању предмета и садржине колективног уговора. Од начина организованости једних и других и јачине њихових снага зависи која питања ће се укључити у дневни ред преговарања и касније у садржину колективног уговора. Међутим, предмет колективног уговора може бити само оно што је у складу са законом и добрим обичајима. У праву Републике Србије, оквирно су одређени предмет и садржина колективног уговора и прецизно дефинисан однос колективног уговора према закону и међусобни однос појединих врста колективних уговора.²¹ Према извештајима Међународне организације рада најзначајнија питања на којима се већ деценијама сударају интереси запослених и послодаваца на простору Европе су: незапосленост, зараде, распоред и коришћење радног времена, одмори, заштита на раду и вишкови запослених.²²

Законом о раду предвиђено је да се колективним уговором, у складу са законом и другим прописима, уређују права, обавезе и

¹⁹ Закон о раду - ЗР, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017 и 95/2018, чл. 218.

²⁰ А. Петровић, *Међународни стандарди рада*, Ниш, 2009, 100.

²¹ П. Јовановић, „Радноправни стандарди у вези са колективним преговарањем“, *Зборник радова правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2009, 102.

²² *Ibid.*, 103; Фокус колективног преговарања је на радним условима, условима запослења и регулисању односа између послодавца или организација послодаваца и једног или више синдиката. Услови рада и услови запослења могу укључивати питања попут зарада, годишњег бонуса, годишњег одмора, породилског одсуства, заштите и здравље на раду и друга питања. Питања која се односе на односе између страна уговорница могу укључивати питања као што су олакшице за представнике синдиката, поступци за решавање спорова, консултације, сарадња и размена информација. *Collective bargaining - police guide*, Geneva, 2015, 3.

одговорности из радног односа, поступак измена и допуна колективног уговора, међусобни односи учесника колективног уговора и друга питања од значаја за запослене и послодавце.²³ Дакле, у оквиру предмета колективног уговора могу се разликовати два дела: нормативни и облигациони део.

Нормативни део колективног уговора делује као норма – *erga omnes* на нивоу на коме је закључен. Овај део садржи одредбе које се примењују на све уговоре о раду и има непосредно и обавезујуће дејство. Две функције одликују нормативни део колективног уговора - функција стандардизације услова рада и заштитна функција која се огледа у заштити појединачног запосленог од настојања економски јаче стране, односно послодавца, да наметне услове рада приликом закључивања уговора о раду. Облигационо правне одредбе уређују права, обавезе и одговорности оних који су закључили колективни уговор. Имајући у виду да колективни уговор својом двојаким садржином обавезује и оне који нису непосредно учествовали у закључењу колективног уговора, није изненађујуће да уговорна теорија, којом се колективни уговор о раду сматра јединственим *sui generis* уговором, оправдано може наићи на највећи број присталица стручне теорије и праксе.

в) *Дејство колективног уговора о раду*. Двојак садржина колективног уговора о раду подразумева облигациони и нормативни део. Тиме се условљава питање дејства колективних уговора према субјектима који су га закључили и онима који нису непосредно учествовали у поступку преговарања и закључивања колективног уговора, а које колективни уговор обавезује. По правилу, закључени уговори имају дејство само према странкама које су тај уговор закључиле. Међутим, колективни уговори с обзиром на свој нормативни део који делује *erga omnes* на нивоу на коме је закључен, одликује се дејством и на она лица која нису непосредно закључила колективни уговор. Тако, у начелу,

²³ЗР, чл. 240; У Шпанији, једина граница постављена преговарачима такође, иде у правцу поштовања закона. Уговорним странама признато је право на пуну слободу приликом одређивања садржаја преговора, којима се регулишу економска, радна и синдикална питања, као и број других питања која утичу на услове рада и поступак појединачног и колективног запослења. Ово правило отвара опсежну панораму могућих садржаја за споразум којим се посебно обраћа пажња на динамичност и флексибилност потреба сваког послодавца или организације послодавца и радника. J. García Blasco, Ángel Luis de Val Tena, „Collective bargaining in Spain“, in: *Collective bargaining in Europe*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, 283.

колективни уговор²⁴ има обавезну снагу само у односу на оне запослене који су чланови синдиката који је закључио колективни уговор, као и у односу на послодавца с којим је такав уговор закључен. Запослени који нису чланови синдиката остају изван домашаја колективног уговора. Међутим, циљ установе колективних уговора је да се њихово дејство и важење прошири на све запослене одређеног занимања и тиме избегну нелагодности да један део запослених буде заштићен одредбама колективног уговора а други део да остане изван те заштите и да обавља рад по неповољнијим условима. Овако постављен циљ колективних уговора оправдан је јер, “колективни уговори нису уговори затвореног типа, ограничени само на странке које су га закључиле и на њихове припаднике. Њима могу приступити и појединци који нису чланови синдиката, радници и послодавци”.²⁵

Посебно је значајно питање правног дејства нормативног дела колективног уговора на запослене који нису чланови синдиката који је закључио колективни уговор. Оквир важења двостраног колективног уговора одређују странке по својој вољи као и границе дејства које по својој слободној вољи ограничавају и проширују. Међутим, посебност колективног уговора огледа се и у томе што границе његовог дејства не могу апсолутно одређивати странке које су га закључиле, јер се дејство колективних уговора о раду може проширити одлуком државног органа. У складу са Законом о раду, одлуком Владе колективни уговор или поједине његове одредбе могу се примењивати и на послодавце који нису чланови удружења послодаваца које је потписало колективни уговор. Овакву одлуку Влада може донети из конкретних законских разлога који подразумевају остваривање економске и социјалне политике у Републици Србији, обезбеђивање једнаких услова рада који представљају минимум права запослених, односно да би се ублажиле разлике у зарадама у одређеној грани, групи, подгрупи или делатности које битно утичу на социјални и економски положај запослених. Проширење дејства могуће је под условом да колективни уговор чије се дејство проширује обавезује

²⁴ „Особина колективног уговора о раду је у поступку (начину) његовог закључивања, односно у томе што закључени колективни уговор о раду садржи и правила о начину решавања спорова који могу да настану (и врло често и настају) током његове примене“. М. Миљковић, „Интересни и правни колективни радни спорови“, *Право и привреда*, бр. 8-12/2006, 10.

²⁵ Б. Благоев, *Радно право - друштвено економски и правни основи радних односа*, Ниш/ Београд, 1973, 67.

послодавце који запошљавају више од 50% запослених у одређеној грани, групи, подгрупи или делатности.²⁶

Проширено дејство колективног уговора предвиђено је са циљем да се умање неповољне последице за оне који нису чланови синдиката који је закључио колективни уговор и на које се не би примењивале одредбе колективног уговора.²⁷

Одлуком државног органа закључени колективни уговор проширује се на све запослене и све послодавце у одређеној грани или на одређеној територији. Овакво проширење дејства ограничава уговорне слободе како појединца који није члан синдиката тако и послодавца, јер су у обавези да прихвате норме са којима потенцијално нису сагласни.²⁸

У домаћој теорији проширење дејства колективног уговора посматра се и као „поопштавање колективног уговора“²⁹ или као „октроирани колективни уговор“³⁰ којим се долази до јединствених колективних уговора за одређене гране или делатности и на одређеној територији чиме се обухватају и они послодавци који нису вољни да примењују режим успостављен колективним уговором. Проширење колективног уговора значи да резултате закључног колективног уговора користе и радници који (из било којих разлога) нису успели да закључе колективни уговор са послодавцима код којих су запослени. Међутим, проширење колективног уговора у себи садржи и одређене слабости. Њиме се спречава спровођење синдикалних акција, јер уместо борбе запослених

²⁶ Осим тога, потребно је и да један од учесника у закључивању колективног уговора чије се дејство проширује поднесе захтев. Да би Влада донела одлуку о проширењу дејства колективног уговора потребан је и образложени предлог министарства надлежног за делатност у којој је закључен колективни уговор по претходно прибављеном мишљењу социјално-економског савета. ЗР, чл. 257.

²⁷ М. Миљковић, „Важење и дејство колективних уговора“, *Право и привреда*, бр. 11-12/1998, 42; Пракса проширења примене колективних уговора постоји дуже од века. Настала је као инструмент јавне политике с циљем да заштити и промовише колективно преговарање између синдиката и послодаваца као средство којим би се спречило надметање између послодаваца у висинама плата и тиме подривање оних који су уложили средства у боље алате, услове рада и подизање радног морала. Сматрало се пожељним да норме и правила око којих организовани послодаваци и синдикати преговарају буду опште примењива. S. Hayter, J. Visser, „The application and extension of collective agreements: Enhancing the inclusiveness of labour protection“, in: *Collective Agreements: Extending Labour Protection* (Susan Hayter, Jelle Visser eds.), International Labour Organization, Geneva, 2018, 4.

²⁸ *Ibid.*, 43.

²⁹ С. Бајич, *op. cit.*, 139.

³⁰ N. Tintić, *op. cit.*, 283.

за сопствене интересе, “брига” за заштиту запослених прелази на делатност државних органа.³¹

Иако се ограничење уговорне слободе, посредством проширеног дејства, које карактерише колективне уговоре може учинити неправедним, оно није у потпуности лишено сваке легитимности. Уколико се посматра са друштвеног становишта, оно има за циљ да се одређене категорије запослених не препусте потпуно слободном уговарању, као и да се успостави одређени систем заштите радноправног статуса свих запослених и минимум права из радног односа.

2.1.4. Колективни уговори као уговори по приступу

Под окриљем концепције колективних уговора као *sui generis* уговора, појавила су се схватања у домаћој теорији којима се колективни уговори посматрају као уговори по приступу.

Уговор по приступу је уговор код кога једна уговорна страна - понуђач везује склапање уговора за прихватање свих услова који су садржани у предлогу уговора, при чему никаква измена није омогућена. Дакле, друга страна може или у потпуности да прихвати те услове или да их у целости одбије. Понуђена страна ни на који начин не учествује у креирању уговора, процес преговарања је изузет а аутономија страна своди се искључиво на прихватање или одбијање понуде у целости.³² Расправа о колективним уговорима као уговорима по приступу може се окончати без много дискусије уколико се у прилог супротном схватању изнесу следећа два аргумента.

Тако, први аргумент подразумева да радници који су представљени посредством синдиката који закључује колективни уговор нису странка која приступа већ закљученом уговору, већ страна која у потпуности као и друга уговорна страна преговара о садржини колективног уговора у складу са законски постављеним ограничењима. Иако је немогуће да сви радници учествују у закључивању колективног уговора, услед чега је могуће сматрати да они приступају већ закљученом колективном уговору, радници ипак, представљени синдикатом равноправно са послодавцима учествују у закључењу колективног уговора.³³

³¹ *Ibid.*, 284.

³² Ј. Јанковић, „Правна природа уговора о раду“, *Гласник права*, 2012, <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/912.html>, 15.3.2021.

³³ П. Јовановић (2018), *op. cit.*, 81.

Други аргумент односи се на сталност понуде која одликује уговоре по приступу. Наиме, колективни уговор не делује као стална и колективна понуда којој радници, закључивањем индивидуалних колективних уговора о раду приступају и прихватају је у потпуности. Колективни уговор има управо супротно дејство, јер делује као релативно правило и од њега се може одступити приликом закључивања индивидуалног уговора о раду уколико су услови рада и права гарантована индивидуалним уговором о раду повољнија за раднике у складу са начелом *in favorem laboratorem*.³⁴

На овом месту, оправдано би било издвојити један важан сегмент поступка колективног преговарања којим се на одређени начин одступа од начела слободе воље јер се странама намеће одређена чинидба, али који и даље ни на који начин не приближава колективне уговоре уговорима по приступу. Реч је о дужности преговарања коју предвиђа Закон о раду. С обзиром да је колективни уговор као и сваки други уговор резултат сагласности воља оних који га закључују, законом се не може предвидети закључивање колективних уговора, али може дужност преговарања. Ова дужност намеће обавезу овлашћеним представницима синдиката и удружењима послодаваца да отворе процес колективног преговарања. Дужност преговарања никако не намеће обавезу закључења колективног уговора, јер се ради искључиво о обавези средства а не циља. Али, преговарачи морају учинити све што је у њиховој моћи да уговор буде закључен. У циљу испуњавања ове дужности стране морају показати спремност на попуштање као и пуну меру одговорности за успешан исход преговарања уз поштовање интереса које заступају.³⁵

Оваква дужност може се посматрати једино у светлу испуњавања циља и суштине колективног преговарања - постизање нагодбе у виду закљученог колективног уговора о раду, без довођења у вези на било који начин са обавезом закључивања колективног уговора.

2.2. Статусна теорија

За разлику од уговорне теорије којом се комплексна правна природа колективних уговора о раду објашњава постојећим грађанско правним начелима, статусна теорија иде у другачијем правцу. Тако, према

³⁴ N. Tintić, *op. cit.*, 239.

³⁵З. Ивошевић, М. Ивошевић, *Коментар Закона о раду - треће измењено и допуњено издање*, Београд, 2016, 539.

статусној теорији, колективни уговор о раду би требало посматрати као јединствену „конвенцију о раду“ која у себи садржи норме којима се регулишу права и обавезе поводом радног односа као и норме о општим условима рада. У складу са тиме, колективне уговоре би требало посматрати као норму односно закон којим се конституише основа за закључивање индивидуалних уговора о раду.³⁶

Полазна основа за разграничење колективних уговора о раду и уговора грађанскоправног порекла јесте разлика у предмету и циљу који карактерише ове уговоре. Тако, када ја реч о уговорима чистог грађанскоправног порекла обе стране приликом закључивања уговора теже различитим циљевима: једна страна за циљ има да постане дужник а друга поверилац. Према томе, уговором настаје посебан правни однос којим су обавезане само странке које су учествовале у закључењу уговора.

Уколико направимо поређење са правном ситуацијом која настаје приликом закључења колективног уговора о раду, видећемо да оваква правна ситуација не постоји. Наиме, код колективног уговора о раду, разлика у циљу закључивања колективног уговора код уговорних страна не постоји, јер свака од њих, и синдикати радника и послодавац, односно организација послодаваца, теже истом - закључењу колективног уговора са нормативним дејством као једног општег правног акта.

Међутим, одређене сличности између уговорне и статусне теорије ипак постоје. Као ни уговорна, ни статусна теорија, концепцијски није јединствена, јер у оквиру статусне теорије можемо разликовати неколико концепција: концепцију уније, концепцију нормативног уговора и концепцију колективног уговора као закона у материјалном значењу.³⁷

Према концепцији уније, колективни уговори посматрају се као правни израз интересне уније која је оличена у закључивању колективних уговора. Ова концепција полази од заједничког циља који имају обе странке приликом закључења колективног уговора - утврдити општа и јединствена правила понашања у вези са условима рада којих се и послодавци и радници морају придржавати приликом закључивања индивидуалних уговора о раду.

Уколико колективни уговор посматрамо као полазну основу приликом закључивања индивидуалних уговора о раду, онда би било оправдано рећи да су норме колективних уговора смернице којима се послодавци пре свега, али и радници, морају водити са циљем утврђивања

³⁶ П. Јовановић(2018), *op. cit.*, 81.

³⁷ *Ibid.*

услова рада, права и обавеза индивидуалним уговором о раду. Тако настаје, како професор Јовановић истиче, „колективна конвенција којом се успоставља хармонија интереса радника и послодаваца и изражава њихова солидарност“.³⁸

Управо су заједнички интереси уговорних страна оно што колективне уговоре значајно издваја из групе уговора какве познаје грађанско право, код којих нема интересне уније и јединствених правила која обавезују потписнике. Иако се на први поглед може учинити као најважнији критеријум разликовања, поменута хармонија која се успоставља колективним уговорима траје само одређено време и стога није валидна као одлучујући критеријум за одређивање правне природе колективних уговора. У прилог томе говоре и многобројни штрајкови којима се испољава незадовољство радника у погледу дејстава колективних уговора. Они показују да трајна хармонија и интересна унија радника и послодаваца на дужи временски период ипак не опстаје. Синдикати радника и послодавци односно организације послодаваца закључивањем колективних уговора не постају трајно интересни сарадници, већ остају класни противници.³⁹ Оваква класна разлика карактеристична је одлика радног односа у којем „јача страна“ - послодавац, власник капитала, намеће услове рада и права и обавезе у мери у којој је то могуће, слабијој страни односно раднику.

Концепција нормативног уговора - уговора са нормативним дејством у циљу одређивања правне природе колективних уговора полази од садржине колективног уговора о раду и у средиште поставља његов део који има нормативна дејства. Тако, према овом схватању колективни уговор је уговор са правно признатим нормативним дејством, кога правни поредак, признајући му нормативна обележја, претвара у акт са легислативним обележјима. Признајући му нормативно дејство, ова концепција не негира постојање уговорних елемената,⁴⁰ али посебно наглашава да када се закључи, колективни уговор не производи правно дејство само између странака потписница (*inter partes*), већ има и шире правно дејство у складу са својим нормативним обележјима која делују *erga omnes*. Највећи недостатак концепције нормативног уговора јесте што

³⁸П. Јовановић(2018), *op. cit.*, 82. Међутим, проблем може настати у случајевима када колективног уговора нема. Онда се услови рада, права и обавезе код послодавца могу значајно разликовати.

³⁹ N. Tintić, *op. cit.*, 241.

⁴⁰Реч је о уговорним елементима у вези са закључивањем колективног уговора - аутономији и сагласности воља уговорних страна.

истицањем нормативног дејства, не даје одговор на питање правне природе колективних уговора о раду. Иако има нормативна обележја, колективни уговор не производи нормативна дејства на начин на који то чини закон. Ово, из разлога што закон колективном уговору омогућава нормативно дејство. Стога, не може се тврдити да је колективни уговор акт когентне природе и да постаје норма односно закон. Закон пре свега обавезује све и има своје изворно нормативно дејство. Супротно томе, нормативно дејство колективних уговора изведено је из закона, којим уједно може бити и ограничено и укинито.⁴¹

Присталице ове концепције могу бити обесхрабрене и с обзиром на временско ограничење важења колективног уговора, који се закључује на одређени временски период.⁴² Уобичајени временски период у земљама Европе у „несигурним временима“ на које се закључују колективни уговори варира између једне и две године.⁴³ Следећи уговор који би следио одмах након истека претходног, често не буде закључен. Услед тога, гаранција одређених права из колективних уговора може имати ограничено временско важење које значајно утиче на схватање колективног уговора као уговора са нормативним дејством.

У прилог претходном иде и чињеница да нормативно дејство колективног уговора није *erga omnes* у свом изворном и апсолутном значењу. Наиме, колективни уговори обухватају све који су представљени од стране оних који су закључили колективни уговор - синдиката и послодавца, односно удружења послодаваца. Са друге стране потребно је узети у обзир и изузетке који правну природу колективних уговора чине тешко одредивом. Колективним уговорима код послодаваца обухваћени су сви радници - и они који су учлањени у синдикат који је потписао колективни уговор и они који нису.⁴⁴ У том случају оправдано би било сматрати да колективни уговор има нормативно дејство ограничено на све запослене код једног послодавца. На овом месту потребно је узети у обзир и чињеницу да одлуком државне власти, односно Владе, колективни

⁴¹ П. Јовановић(2018), *op. cit.*, 82.

⁴² У праву Републике Србије колективни уговори важе до истека рока на који је закључен. Самостални чланови Закона о изменама и допунама Закона о раду, „Службени гласник РС“, бр. 75/2014, чл. 117.

⁴³ N. Zekic, „Trade Unions and the Development of Employment Security: Can They Deliver?“ in: *Labour Markets at a Crossroads: Causes of Change, Challenges and Need to Reform* (Henrik Lindberg, Nils Karlson eds.), Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2012, 103.

⁴⁴ П. Јовановић (2018), *op. cit.*, 83.

уговори могу имати проширено дејство на значајно већи број субјеката. Међутим, у том случају неопходан је предлог послодаваца који су колективни уговор закључили, што даље води закључку да је потребан елемент воље оних на које колективни уговор има дејство, а који не постоји када је реч о нормативном дејству закона.

Концепција колективних уговора као закона у материјално-правном смислу колективне уговоре карактерише као законе у материјалном значењу - односно законодавне акте. Међутим, полазна основа ове концепције се руши чињеницом да законодавне акте у правом смислу, доносе законодавни органи (држава, јавна власт), док колективне уговоре доносе приватне организације (синдикати радника и удружења послодаваца) споразумним путем.

Разлика која ову концепцију статусне теорије издваја од претходних, јесте акценат који ставља на субјекте колективних уговора уместо на њихово дејство. Али, оваква концепција нема много утемељења у пракси, јер организације радника и послодаваца немају своју посебну сувереност и самосталност приликом закључивања колективних уговора. Они своју сувереност темеље на суверености државе која им својим овлашћењима омогућава да закључују колективне уговоре. Дакле, субјекте колективних уговора не можемо посматрати као равноправне партнере држави у процесу стварања објективног права јер, ови субјекти из монопола који има држава црпе своја овлашћења за закључивање колективних уговора.⁴⁵

Са друге стране, ова теорија би потенцијално могла имати своје утемељење уколико би се сувереност коју субјекти колективног уговора имају на основу закона схватила као коначна и неприкосновена у оквирима у којима је гарантована. У том случају у оквирима свог деловања колективни уговори би се могли сматрати посебним законодавним актом.

2.3. Мешовита теорија

Теорија дуплицитета, како гласи други назив мешовите теорије, покушава да помири опречне аргументе уговорне и статусне теорије и на компромису одреди правну природу колективних уговора.

Ова теорија придаје приближно једнак значај и приватноправним елементима (настанак и дејство облигационог дела колективног уговора) и

⁴⁵ *Ibid.*

јавноправним елементима (нормативно дејство нормативног дела колективног уговора) колективних уговора.⁴⁶

Уговорни елементи подразумевају да се закључењем уговора стварају обавезе за уговорне стране, одређује предмет и садржина колективних уговора који су у складу са начелом *in favorem laborem* и законом резултат споразума странака. На другој страни, нормативни елементи омогућавају колективним уговорима да попут закона стварају трајну правну ситуацију која се односи на неодређени број субјеката приликом закључивања индивидуалних уговора о раду.⁴⁷

У овој теорији запажено је да нормативни карактер колективног уговора не произлази искључиво из самог уговора већ, управо снага колективног преговарања произилази из тога што држава путем својих закона и других аката признаје резултате колективног споразума између радника и послодаваца. У суштини ове теорије је разрешење спорних питања између радника и послодаваца посебно када се ради о минималним зарадама, одморима и одсуствима са посла, прерасподели и прерачунавању радног времена, заштите на раду, условима рада као и питањима која се односе на регулисање статуса по основу рада из области социјалне, здравствене и пензијско-инвалидске политике.⁴⁸

Мешовита теорија, осим што издваја посебности колективног уговора који се односе на његову садржину и предмет, не даје јасно дефинисан одговор у погледу правне природе колективних уговора. Стога, оправдано би било колективним уговорима признати дејство уговора, атипичне правне природе и сврстати их у ред јединствених правних аката између уговора које познаје грађанско право и самог закона. Ово, јер колективни уговори, као што смо могли да видимо, не могу бити сврстани у категорију неких од познатих уговора грађанског права. Њима мора бити призната правна јединственост и они би требало да буду тумачени као правни акти који имају „тело једног уговора а душу једног закона“.⁴⁹

⁴⁶ Б. Божовић, *Радни и социјални судови - друштвена улога и оправданост увођења у правосудни систем Републике Србије*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, децембар 2016, 29.

⁴⁷ П. Јовановић, *op. cit.*, 84.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Р. Пешић, *Радно право*, Београд, 1976, 73.

3. ЗАКЉУЧАК

Колективни уговори о раду постоје не само у нашој, већ и у правној теорији земаља широм света, дуги низ деценија. Изазов у погледу одређивања правне природе колективних уговора о раду може се оправдано сматрати једним од најтежих у теорији радног права.

До данас дилема у погледу њихове правне природе није коначно решена, а решење се неке може учинити неухватљивим. Беспоговорно је да су колективни уговори о раду временом постали изузетно значајан институт за уређивање услова рада, права и обавеза из радног односа, али и целокупног тржишта рада.

Из претходно анализираних теорија јасно је да су колективни уговори о раду комплексни правни акти, па стога и не чуди да се неформално могу схватати и као „камелеони у свету права“. Сама чињеница да постоји неколико различитих концепција у оквиру теорија о правној природи колективних уговора, говори у прилог тежини разумевања њихове правне природе.

Неизоставно је напоменути да свака од теорија, односно концепција које се развијају у оквиру теорија о правној природи колективних уговора, настоји да објасни колективне уговоре о раду узимајући у обзир једну од неколико посебних карактеристика - субјекте који су овлашћени да преговарају, садржину колективних уговора о раду, односно њихов нормативни или облигациони део, предмет или циљ. Међутим, мана заједничка свим концепцијама, са делимичним изузетком мешовите теорије која настоји да помири разлике статусне и уговорне теорије, јесте да не узимају у обзир колективне уговоре о раду као целину. Тачно је да су колективни уговори јединствени правни акти због свих својих појединачних елемената, али да бисмо правилно разумели њихову правну природу потребно је да, независно од форме коју имају, сагледамо „дубину“ до које њихово дејство допире. Колективни уговор може се сматрати резултатом захтева за задовољством и промоцијом интереса две преговарачке стране. Овај важан резултат најшире дефинисан као добровољно преговарање између послодавца или организације послодавца и радничке организације у циљу регулисања услова и правила запошљавања и права и обавеза из радног односа, омогућава да се супротни интереси послодавца и запослених нађу на простору заједничког терена и тако обезбеде сигурне услове рада и коректне радне односе.

Међутим, и поред тога, стране у колективном уговору се воде својим природним и инхерентним одбрамбеним интересима, који су увек и у сваком тренутку сукобљени. Послодавац се првенствено залаже за ефикасну, продуктивну и профитну радну снагу, док запослени и њихови представници обично траже од послодаваца сигурно радно место, погодно радно окружење, здраве и безбедне услове рада.

Иако јединствено мишљење у погледу правне природе колективних уговора о раду не постоји, једно је оправдано указати. Колективни уговори, било да су инструменти искључиво грађанског или јавног права, успевају у мери у којој је то могуће и дозвољено законом да барем на одређено време успоставе равнотежу између запослених и послодаваца. Услед тога, оправдано би било сматрати их јединственим правним актима којима се успоставља стабилност између јачих и слабијих на тржишту рада.

ЛИТЕРАТУРА:

Бајић Стојан, *Основи радног права*, Београд, 1937.

Балтић Александар, *Радни односи у теорији и пракси*, Савремена администрација, Београд, 1962.

Благоев Борис, *Радно право - друштвено економски и правни основи радних односа*, Ниш/ Београд, 1973.

Божовић Бојан, *Радни и социјални судови - друштвена улога и оправданост увођења у правосудни систем Републике Србије*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2016.

Bilić Antun, „Ugovor u korist trećega“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 6/2011, Zagreb, стр. 1975-2033.

Blasco Juan García, de Val Tena Ángel Luis, „Collective bargaining in Spain“, in: *Collective bargaining in Europe* (*), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, стр. 275-301.

Живковић Радомир, *Проблем правне природе уговора о раду: у светлости историје и савременог друштвеног и привредног поретка*, Београд, 1940.

Zekic Nuna, „Trade Unions and the Development of Employment Security: Can They Deliver?“, in: *Labour Markets at a Crossroads: Causes of Change, Challenges and Need to Reform* (Henrik Lindberg, Nils Karlson eds.), Cambridge, 2012, стр. 79-109.

Ивошевић Зоран, Ивошевић Милан, *Коментар Закона о раду - Треће измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд, 2016.

Ивошевић Зоран, *Радно право*, Правни факултет Универзитет Унион, Београд, 2006.

Јелена Јанковић, „Правна природа уговора о раду“, *Гласник права*, 2012, <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/912.html>.

Јовановић Предраг, „Радноправни стандарди у вези са колективним преговарањем“, *Зборник радова правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2009, стр. 101-119.

Јовановић Предраг, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018.

Kun Ivo, *Kolektivni ugovori u teoriji i praksi*, Zagreb, 1940.

Лубарда Бранко, *Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2013.

Миљковић Мирослав, „Важење и дејство колективних уговора“, *Право и привреда*, бр. 11-12/1998, стр. 29-52.

Мирослав Миљковић, „Интересни и правни колективни радни спорови“, *Право и привреда*, бр. 8-12/2006, стр. 9-21.

Montoya David, *Collective bargaining*,: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/48227/1/Unit%203.%20Collective%20Bargaining%20\(last%20version\).pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/48227/1/Unit%203.%20Collective%20Bargaining%20(last%20version).pdf).

Петровић Александар, *Међународни стандарди рада*, Правни факултет - Центар за публикације, Ниш, 2009.

Пешић Ратко, *Радно право*, Београд, 1976.

Posavec Zvonko, „Концепција друштвеног уговора J.J. Rousseaua“, *Politička misao*, бр. 4/1990, стр. 46-56.

Selman Norman, „Collective Agreements and the Law“, *The Modern Law Review* No. 4/1969, Vol. 32, стр. 377-396.

Tintiћ Nikola, *Osnovi radnog prava*, Knjiga I, Školska knjiga, Zagreb, 1955.

Hayter Susan, Visser Jelle, „The application and extension of collective agreements: Enhancing the inclusiveness of labour protection“, in: *Collective Agreements: Extending Labour Protection* (Susan Hayter, Jelle Visser eds.), International Labour Organization, Geneva, 2018. Cox Archibald, „The Legal Nature of Collective Bargaining Agreements“, *Michigan Law Review*, Vol. 57, No. 1/1958, стр. 1-36.

Шундерић Боривоје, Љубинка Ковачевић, *Радно право - Приручник за полагање правосудног испита*, Службени гласник, Београд, 2019.

Collective bargaining - police guide, Geneva, 2015.

Извори права

Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 и „Службени гласник РС“, бр. 18/2020.

Закон о раду - ЗР, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017 и 95/2018.

Закон о изменама и допунама Закона о раду, „Службени гласник РС“, бр. 75/2014.

Jovana MISAILOVIĆ

Research assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

THE LEGAL NATURE OF COLLECTIVE AGREEMENTS

Summary

The challenge of determining the legal nature of collective agreements can justifiably be considered as one of the most difficult in labor law theory. To date, the dilemma regarding their legal nature has not been finally resolved, and the solution may seem elusive. However, it is undeniable that collective labor agreements have over time become an extremely important institute for regulation of working conditions, rights and obligations arising from employment.

It is clear that collective labor agreements are complex legal acts, so it is not surprising that they can be informally understood as "chameleons in the world of law". The fact that there are several different conceptions within theories about the legal nature of collective agreements speaks in favor of the difficulty of understanding their legal nature.

It is necessary to note that each of the theories, ie concepts that are developed within the theories on the legal nature of collective agreements, seeks to explain collective agreements taking into account one of several special characteristics - entities authorized to negotiate, the content of collective agreements, ie their normative or obligatory part, subject or goal. However, downside of all the theories (with the partial exception of mixed theory that seeks to reconcile the differences between status and contract theory), is that they do not try to explain legal nature of the collective agreements by taking into account all of their elements. It is true that collective agreements are unique legal acts because of their individual elements. Nevertheless, in order to properly understand their legal nature, it is necessary to look in "depth" to which their effect reaches. A collective agreement can be considered as the result of a request for satisfaction and promotion of the interests of the two negotiating parties.

Key words: collective agreements, legal nature of collective agreements, contract theory, status theory, mixed theory

Милица МИЦОВИЋ*

ОДГОВОРНОСТ ЗАПОСЛЕНОГ ЗА ШТЕТУ КОЈУ ПРОУЗРОКУЈЕ ПОСЛОДАВЦУ

Апстракт

Уколико дође до непоштовања начела *neminem laedere*, свако ко другоме нанесе штету дужан је да је надокнади. Одговорност за штету у области радног права је у основи заснована на општим правилима грађанскоправне одговорности али постоје и одређена одступања која се могу посматрати као *sui generis* одговорност за штету. Једно од тих одступања односи се на то да запослени одговара за материјалну штету коју проузрокује послодавцу на раду или у вези са радом, једино уколико је проузроковао намерно или услед крајње непажње. Основ одговорности је кривица запосленог (коју послодавац треба доказати) и узрочна веза између понашања запосленог и настале штете. Послодавац, са друге стране, у складу са општим актом и уговором о раду, утврђује постојање штете и свих релевантних чињеница и околности за одговорност запосленог у конкретном случају и доноси одлуку о обавези накнаде штете. С обзиром на то да та одлука нема дејство извршне исправе, послодавац не може наплатити своје потраживање уколико запослени то не жели. Битан елемент је пристанак запосленог, уколико он изостане послодавац може да се обрати суду, који суди у спору пуне јурисдикције. Да ли је вођење парничног поступка једини начин на који послодавац може намирити своје потраживање? Да ли је укидање раније законске одредбе о двостепености и вођењу поступка код послодавца, пред комисијом, адекватно решење? Уз посебан осврт на накнаду штете након престанка радног односа када запослени прекрши, уговорно, правило забране конкуренције и заснује

* Сарадник у настави, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, milica.midzovic@pr.ac.rs

радни однос код конкурентског послодавца, одговори на ова питања и све претходно наведено ће од стране аутора бити детаљно обрађено у раду.

Кључне речи: одговорност запосленог, материјална одговорност, накнада штете, забрана конкуренције.

1. УВОД

Када једно лице другом причици штету, равнотежа која је до тада постојала у правном поретку постаје нарушена „на рачун” лица које трпи штетне последице. Оштећени неоправдано трпи извесну неугодност те он као поверилац у новозаснованом односу има право да од штетника захтева да штету умањи или отклони, то јест има право да захтева накнаду причићене штете.¹ Штета као појам користи се да опише губитак у вредности имовине, губитак уопште или нешто што је неповољно, рђаву ствар, зло.² Штета је условљена чињењем или нечињењем, односно пропуштањем да се нешто учини од стране појединаца, државе, удружења и организација, али исто тако може настати од опасних ствари, животиња и др. Наиме, опште правило о ненаношењу штете другом *neminem laedere*, „подигнуто” је на ранг општег начела правног поретка, а конкретизовано је кроз низ одредби Закона о облигационим односима Републике Србије. Ипак, и поред тако јасно постављених правила дешава се да једно лице другом причици штету и чином проузроковања штете настаје специфичан облигациони однос оштећеног и штетника у ком су улоге јасно подељене, штетник је дужник, а оштећени поверилац.³

Одговорност за штету у области радног права је одговорност за штету субјеката индивидуалног и колективног радног односа и у основи је заснована на општим правилима грађанскоправне одговорности али постоје и одређена одступања. Једно од њих односи се на то да запослени одговара за материјалну штету коју проузрокује послодавцу на раду или у вези са радом једино уколико је проузроковао намерно или услед крајње непажње. Аутор у раду настоји да приближи значај питања накнаде штете

¹ Наше позитивно законодавство познаје два начина за надокнаду штете, успостављање ранијег стања или новчану накнаду. Вид. Члан 185. Закон о облигационим односима - ЗОО, “Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78.

² *Речник српскохрватскога књижевног језика*, VI књига, Матица српска, Нови Сад, 1976, 1007.

³ С. Радуловић, „Противправност као услов одговорности за штету“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине, Часопис за правну теорију и праксу*, број 3-4, Нови Сад, 123.

коју запослени проузрокује послодавцу, у контексту општег режима радних односа, као и да укаже на евентуалне пропусте који настају како у поступку утврђивања штете, тако и у погледу начина остваривања исте, са посебним аспектом на заштиту запосленог. Са друге стране, с обзиром на то да правна сигурност представља један од атрибута владавине права у правном поретку једне државе, правилна примена материјалног права од стране поступајућих судова у овој области је јако битна, посебно када послодавац жели (или је принуђен) да заштити своја права у судском поступку.

Аутор се осврће и на поједина спорна питања која се у пракси јављају када је у питању накнада штете, где је анализа судских пресуда и одлука показала праксу одбијања тужби запослених о побијању решења послодавца о накнади штете уз образложење - недостатак правног интереса запосленог за подизање тужбе. Посебна пажња је посвећена и клаузули забране конкуренције, њеном кршењу након престанка радног односа и накнади штете коју је запослени који више није у радном односу али има уговорну обавезу, дужан да надокнади послодавцу. Подстрек аутора за избор ове теме је био да се указивањем на поједине недостатке и пропусте у регулативи и пракси предложи и одговарајућа решења *de lege ferenda*.

2. МАТЕРИЈАЛНА ОДГОВОРНОСТ ЗАПОСЛЕНОГ ЗА ШТЕТУ КОЈУ ПРОУЗРОКУЈЕ ПОСЛОДАВЦУ

Запослени има обавезу да средства рада и имовину послодавца користи одговорно и економски целисходно. Умањивањем вредности имовине наноси се штета а доношење штете ствара обавезу код запосленог да, пре свега, успостави стање које је постојало пре настанка штете а уколико то није могуће да штету делом или у целини надокнади. Са друге стране послодавац има право да захтева накнаду штете и да се обрати суду уколико изостане добровољност запосленог за накнаду исте.⁴

Матичним законом у општем режиму радноправних односа, Законом о раду, прописано је да је запослени одговоран за штету коју је на раду или у вези с радом, намерно или крајњом непажњом, проузроковао послодавцу. Ако штету проузрокује више запослених, сваки запослени је одговоран за део штете коју је проузроковао а ако се не може утврдити део штете коју је проузроковао сматра се да су сви запослени подједнако

⁴ П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2012, 307.

одговорни и штету накнађују у једнаким деловима.⁵ Штета у вези са радом укључује и штету услед учешћа у незаконитом штрајку⁶, али и неоправдано одсуство са рада.

Домаће право предвиђа имовинску односно материјалну, али не и неимовинску одговорност запосленог, нити у случају кад је послодавац физичко лице (предузетник). За накнаду неимовинске штете правном лицу недостају две основне материјалноправне претпоставке: а) могућност да новчана накнада оствари њену функцију у личности жртве и б) постојање саме штете схваћене као психичка и физичка патња (само живи људи могу да осећају и пате).⁷ Ипак, да би се заштитио углед правног лица, суд може да наложи објављивање пресуде, објављивање исправке, као мере публицитета, како би се заштитио оправдани интерес послодавца у очувању пословне репутације. Објава пресуде истовремено представља неновчану накнаду неимовинске штете.⁸

2.1. Услови материјалне одговорности запосленог

Постоје три услова имовинске одговорности запосленог за штету коју проузрокује послодавцу: а) постојање имовинске штете, б) узрочна веза и в) основ имовинске одговорности. Претпоставља се да је испуњен услов да постоји радни однос између запосленог и послодавца и да је запослени штету проузроковао намерно или услед грубе непажње.⁹ Постојање имовинске штете се састоји у умањењу имовине (новчаних средстава, ствари и материјалних права) послодавца или у спречавању њеног увећања односно у измаклој добити.¹⁰

⁵ Чл. 163. Закон о раду, „Службени гласник РС“, (бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука Уставног суда и 113/2017 и 98/2018 – аутентично тумачење) (у даљем тексту: ЗР). Одредбе Закона о раду у овом случају се примењују као примарне јер је Закон о раду *lex specialis* у односу на Закон о облигационим односима који се примењује супсидијарно уз поштовање начела *lex specialis derogat legi generali*.

⁶ Док учешће у законитом штрајку не може бити основ за покретање и утврђивање одговорности запосленог. Вид. Чл 14, ст. 1. Закон о штрајку, “Службени лист СРЈ”, бр. 29/96 и “Службени гласник РС”, бр. 101/2005 – други закон.

⁷ Б. Лубарда, *Радно право, расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 684.

⁸ И. Етински, “Објављивање парничне пресуде”, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 2015, 261.

⁹ Ж. Кулић, С. Перић, *Радно право*, Завод за уџбенике, Београд, 2016, 286.

¹⁰ О. Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012, 460.

Према теорији адекватне узрочности штета коју запослени начини може бити непосредна последица поступка запосленог и посредна последица поступка запосленог.¹¹ Запослени може причинити штету на средствима и предметима рада који су му поверени на коришћење а такође може да причини штету послодавцу и ако прекине са радом пре истека отказног рока, услед чега послодавац није могао да обезбеди континуирано извршавање посла.¹² Да би постојала материјална одговорност запосленог неопходно је да постоји веза између радње (понашања) запосленог на раду или у вези са радом и штете.¹³ Стога, запослени одговара за штету коју проузрокује на раду или у вези са радом предузимањем штетних радњи или пропуштањем радњи (неизвршавањем обавезе рада) које је био дужан да предузме.¹⁴ Чињењем, запослени може да нанесе штету умишљајем или непажњом, док нечињењем штета може бити нанета ако се не изврши преузета обавеза. Обична штета настаје на имовини, правима или личности онога ко штету трпи.¹⁵ Али се не сматра штетом коју би запослени био дужан да надокнади ако је радио са неисправним уређајем под условом да је послодавац пропустио да изврши надзор над техничком исправношћу уређаја.¹⁶

Штета проузрокована на раду настаје по правилу за време рада односно у току радног времена и у извршавању обавезе рада на одговарајућем месту док штета проузрокована у вези са радом означава везу између улоге позиције и ситуације запосленог приликом рада и његовог штетног понашања, и то такву везу без које запослени не би био у стварном положају да учини штетну радњу.¹⁷ У судској пракси прихвата се

¹¹ J. Riviero, J. Savatier, *Droit du travail*, P.U.F. Paris, 1987, 696.

¹² Закон о радњама Краљевине Југославије објављен у „Службеним новинама“ бр. 162-LXXXI, од 09.11.1931. године, уређивао је и институт накнаде штете. Чланом 240. Регулисана је накнада штете настала услед неоснованог отказа уговора о раду од стране запосленог према послодавцу. У члану 240 наводи се: “Ако службопримац (запослени) без важног разлога пре времена иступи, службодавац (послодавац) може од њега захтевати или да поново ступи у службу и накнади штету или да накнади штету за неиспуњење уговора.”

¹³ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 204/16 од 23.11.2017. године.

¹⁴ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2 600/11 од 08.02.2012, године.

¹⁵ Ј. Радишић, *Облигационо право – опити део*, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Медивест, 2017, 221.

¹⁶ З. Ивошевић, М. Ивошевић, *Коментар Закона о радним односима*. Београд, 1998, 373.

¹⁷ З. Ивошевић, М. Ивошевић, *op. cit.*, 374.

теорија адекватне узрочности, тако да ако је штета настала услед деловања више услова, онда је узрочан услов онај који је типичан за настанак штете.¹⁸

2.1.1. Основ материјалне одговорности запосленог (кривица)

Запослени ће одговарати за начињену штету једино уколико је код њега постојала намера и крајња непажња али не и обична непажња. Управо у одсуству одговорности за обичну непажњу се и огледа специфичност материјалне одговорности запосленог у односу на општи режим грађанскоправне одговорности за штету. Материјална одговорност запосленог темељи се на принципу субјективне одговорности односно на принципу доказане кривице, јер без доказане кривице нема ни његове одговорности.¹⁹ Искључење обичне непажње као основа имовинске одговорности своје оправдање налази у социјалној правди односно потреби да се заштити положај запослених у радном односу. Такође, овакво решење може да се повеже са овлашћењима послодавца да организује процес рада, да спроведе одговарајући надзор над извршавањем рада (што треба да смањи ризике од настајања штете), тако да се грешке запосленог у току рада сматрају неизбежним делом ризика који сноси послодавац. Наиме, у условима када велики број послова доводи до повећаног ризика од настанка штете, а посебно због тога што запослени није економски у могућности да надокнади овакве штете, одступа се од општих начела грађанског права који за основ одговорности узимају сваки облик кривице, па тиме и обичну непажњу.²⁰

Материјална одговорност запосленог и накнада штете треба бити у складу са начелом интегралне накнаде штете која подразумева да се она надокнађује у пуном обиму. Међутим, ЗОО допушта одступање од правила потпуне накнаде штете у корист штетника, ако штета није проузрокована намерно или крајњом непажњом, а оштећени је слабог имовног стања, па би га исплата интегралне накнаде штете довела у оскудицу.²¹

¹⁸ Б. Лубарда, *op. cit.*, 685.

¹⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 337.

²⁰ М. Weiss., *Labour Law and Industrial Relations in F. R. of Germany*, Kluwer, 1987, 78.

²¹ Р. Брковић, Б. Урдаревић, А. Антић, *Практикум за радно и социјално право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, 194.

2.2. Поступак утврђивања штете

Одредбама Закона о раду предвиђено је да поступак утврђивања штете коју је запослени, евентуално, учинио послодавцу „припада“ послодавцу који има овлашћење да наведени поступак пропише општим актом односно уговором о раду. Иако закон то не прецизира, подразумева се да је послодавац прописао поступак за утврђивање штете, као и својеврсну комисију, њен начин рада и правила одлучивања, а пре свега у циљу избегавања арбитрерности у одлучивању једног лица. Иако закон алтернативно прописује уговор о раду или општи акт, најчешће се у пракси оваква питања уређују општим актом, пре свега због своје обимности и сложености, а сам уговор о раду се само позива на одредбе таквог општег акта. Одговорност запосленог мора бити утврђена као субјективна одговорност и то најпре у поступку код послодавца утврђивањем основа одговорности и тек када се утврди основ одговорности и услови одговорности може се приступити утврђивању висине штете, па тек тада послодавац доноси одлуку коју треба да достави запосленом.²² Послодавац у спроведеном поступку, мора да докаже конкретну одговорност по основу кривице запосленог, односно субјективну одговорност као и услове одговорности, да постоји узрочно-последична веза између настале штете и недозвољеног поступка или понашања запосленог, односно да је управо запослени поступањем намерно или крајњом непажњом изазвао настанак штете. Стога само постојање евентуалне штете и уопштено указивање на понашање запослених не може установљавати њихову одговорност за накнаду штете.²³

Поставља се питање да ли послодавац мора да спроведе поступак за утврђивање штете, одговорности и њеног обима, да покуша закључење споразума а запосленим, па тек онда да се обрати суду? Ранија (према ранијим прописима у овој области) процесноправна претпоставка за покретање поступка пред судом јесте била интерна заштита. Укидањем интерне заштите неминовно је дошло до већег броја „обраћања“ субјеката радноправног односа судовима у жељи да на адекватан начин заштите и

²² У француском праву, послодавац задржава пуну слободу при одлучивању о накнади штете и при вођењу самог поступка, па послодавац може одлучити да запосленог ослободи обавезе накнаде штете чак и ако ју је порузроковао намерно. Вид. Camerlyck, Lyon-Caen, Pellisier, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1986, 971-973.

²³ О наведеном је став заузео и Апелациони суд у Новом Саду у пресуди бр. Гж1 657/2017 од 13. марта 2017. године.

остваре своја права. Нажалост, нагомилавање предмета из ове области посредно оптерећује судство и онемогућава његову ефикасност јер је због великог броја предмета потребан дужи временски период за решавање о сваком конкретном питању. Чак 60% спорова који се воде пред Врховним Касационим судом јесте из области радног права, што није здраво по судство.²⁴ Претходно наведено питање се поставља нарочито имајући у виду да послодавац утврђује постојање штете, њену висину, околности под којима је настала, ко је штету проузроковао и како се накнађује у складу са општим актом односно уговором о раду а тек ако се накнада штете не оствари на напред наведени начин, о накнади штете одлучује суд.²⁵

На основу претходно наведеног стиче се утисак, да је спроведени поступак на нивоу послодавца и покушај споразума са запосленим о накнади штете услов за обраћање суду. У прилог наведеном може бити и пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 763/2011, у којој се наводи да су жалбени наводи тужиоца неосновани у делу потраживања штете за период који није обухваћен одлуком комисије која је утврђивала штету на нивоу послодавца нити извештајем вештака. Поменути суд је међутим у новијим пресудама, Гж1 657/2017 од 13. марта 2017. год као и пресуди Гж1 2011/17 од 20. новембра 2017. год. заузео јасан став да спровођење поступка на нивоу послодавца као и немогућност да се штета наплати наведеним путем представљају услов за обраћање суду, наводећи следеће: „...Када послодавац утврди основ и услове одговорности доноси одлуку коју треба да достави запосленом, па у случају да се накнада штете не оствари у складу са чланом 163 став 5 Закона о раду, послодавац има право

²⁴ О заштити права на суђење у разумном року. Вид. Закон о суђењу у разумном року. “Службени гласник РС”, бр. 40/15; Закључак усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 19.06.2018. године; Поред Закона о заштити права на суђење у разумном року, у законодавству РС и Законом о парничном поступку из 2011. године учињен је напор у циљу смањења трајања поступака, чиме би се предупредио број поднесака, против Србије, пред Европским судом за људска права. Према подацима Европског суда за људска права управо је право на суђење у разумном року једно од најчешће угрожених права. У периоду од 1959. године, када је суд основан до 2017. године од 20.637 пресуда, чак 5.668 односило се на повреду права на суђење у разумном року; 50 YEARS OF ACTIVITY, *The European Court of Human Rights, Some Facts and Figures*, 15.; Provisional Edition, *European Court of Human Rights Public Relations Unit*, 2010.

²⁵ Чл. 163, ст. 5 и 6, ЗР.

да покрене поступак заштите, односно поступак накнаде штете пред надлежним судом.²⁶

Када је реч о потраживању накнаде проузроковане штете, оно у српском праву застарева за три године од када је оштећеник, у овом случају послодавац, сазнао за штету и за лице које је штету проузроковало, а у сваком случају за пет година од када је штета настала.²⁷ Овај потоњи, петогодишњи рок узима се у обзир тек ако субјективни, трогодишњи рок истиче за више од пет година од настанка штете. Субјективни рок од три године почиње да тече када су кумулативно испуњени услови из чл. 376. ст. 1 ЗОО-а, и то од дана када су послодавцу били доступни потпуни подаци о лицу које је штету причинило, као и подаци о свим елементима на основу којих се, поред сазнања да је штета настала, могао утврдити и обим настале штете. Под сазнањем за штету подразумева се сазнање за садашњу штету, као и сазнање за будућу штету која се може сагледати заједно са садашњом.²⁸ Рок застарелости тече само ако је поверилац у могућности да захтева испуњење обавезе.²⁹

2.3. Накнада штете

Када је у питању накнада штете коју запослени треба накнадити послодавцу, поставља се питање који је степен аутономије приликом утврђивања штете од стране послодавца и да ли је његова објективност доведена у питање? Наиме, у пракси се неретко дешава да по доношењу решења од стране послодавца којим је у поступку утврђено постојање штете и њен обим као и одговорност запосленог за исту, запослени поднесе тужбу за поништај наведеног решења. Суд најчешће тада такву тужбу одбацује налазећи да запослени нема правни интерес за подношење тужбе. До тога долази управо јер се запослени руководи решењем којим је утврђена одговорност запосленог за штету а где се у оквиру у оквиру поуке о правном леку запослени упућује да против решења може поднети тужбу

²⁶ Вид. Петровић, “Приказ спорних питања која се јављају у пракси код накнаде штете коју запослени порузрокује послодавцу”, *Часопис Адвокатска канцеларија*, бр. 52, 2018.

²⁷ Чл. 376, ст. 1 и 2, ЗОО.

²⁸ М. Караникић Мирић, ”Застарелост потраживања накнаде штете настале кривичним делом”, *Анали Правног факултета у Београду*, година LIX, 2011, 185.

²⁹ Под овим се мисли на постојање права повериоца да захтева судску заштиту свог потраживања. Вид. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 2005, 1402.

надлежном суду.³⁰ На питање зашто запослени нема правни интерес за подношење наведене тужбе за поништај решења којим је утврђена његова одговорност за штету причињену послодавцу одговор се може наћи у судској пракси. Виши суд у Београду, у решењу број Гж1 1150/2011 од 4. септембра 2013. год. наводи да запослени тек у току поступка по евентуалној тужби послодавца за накнаду штете у одговору на тужбу може да истакне све оне приговоре којима побија наведено решење и истиче непостојање одговорности за накнаду штете. На први поглед се чини да је наведено јединствени став у судској пракси, међутим Апелациони суд у Новом Саду³¹ не помиње непостојање правног интереса на страни запосленог за подношење тужби против решења послодаваца којима је утврђена одговорност запослених за штету причињену послодавцу, у поступцима који су се водили пред овим основним судовима и окончали поништајем решења послодаваца.

2.3.1. Решење о накнади штете

Решење послодавца представља одлуку о одговорности запосленог за штету коју му је причинио и њеној накнади, али оно не представља извршну исправу.³² Законом о извршењу и обезбеђењу је прописано да чињеница да наведено решење не представља извршну исправу значи да послодавац не може на основу решења својеволјно да наплати запосленом накнаду штете нпр. одбијањем од плате. Исплата накнаде штете утврђене решењем зависи дакле од добре воље запосленог. Уколико запослени одбије да плати, послодавцу остаје на располагању да се обрати суду. Прецизније речено, да би послодавац могао да наплати накнаду штете утврђене решењем обавезан је да се обрати суду тужбом за накнаду штете у парничном поступку.³³ Уколико, пак дође до споразума о накнади

³⁰ Г. Станковић, *Грађанско процесно право. Парнично процесно право*, прва свеска, Ниш, 2007, 328.

³¹ У већ поменути Гж1 657/2017 од 13. марта 2017. год као и пресуди Гж1 2011/17 у поступцима по жалби на пресуде Основног суда у Бечеју, Судска јединица у Новом Бечеју посл. бр. П1 15/2016 од 07.12.2016. године и бр. П1 17/2017 од 14.06.2017.

³² Чл. 41. Закон о извршењу и обезбеђењу (ЗИО) "Сл. гласник РС". бр. 106/2015, 106/2016-аутентично тумачење и 113/2017-аутентично тумачење.

³³ Питање накнаде штете у парничном поступку комплексно је и под утицајем је бројних фактора. Велики број учесника у парничном поступку, дужина трајања поступка и слично, указују на то да су у области накнаде штете ангажовани

причињене штете између запосленог и послодавца он ће представљати извршну исправу само уколико је последица спроведеног посредовања.³⁴

Имајући у виду претходно изложено као и наведене одредбе, извршење наведеног послодавчевог решења о материјалној одговорности зависи од воље запосленог, па уколико против њега није покренут поступак пред судом за накнаду наведне штете, послодавац не може својевољно да је наплати. Међутим, од наведеног у пракси постоји изузетак, а то је могућност да послодавац општим актом односно уговором о раду предвиди и начин наплате евентуалне причињене штете од стране запосленог, што заправо представља споразум послодавца и запосленог о начину накнаде евентуалне будуће штете коју запослени причини послодавцу у радном односу.³⁵

2.4. Штета и повреда радне обавезе

Проузроковање штете послодавцу најчешће са собом повлачи и постојање повреде радне обавезе и могућност добијања отказа уговора о раду. У пракси често долази до великих хаварија нпр. на постројењима послодавца које проузокују штету великих размера, за шта је најчешће одговоран људски фактор. У таквим ситуацијама чак и када се утврди одговорност неког запосленог, као и обим штете, због немогућности накнаде такве штете од стране запосленог он се ослобађа обавезе накнаде причињене штете а да се притом покреће дисциплински поступак и њему изриче мера престанка радног односа. У наведеном случају штета остаје ненадокнађена, а запослени такво решење о престанку радног односа свакако може нападати тужбом. Може се поставити и обрнуто питање, да

значајни ресурси, а који имају могућност алтернативне примене, односно имају своје опортунитетне трошкове. Постојање великог броја учесника у парничном поступку, као и великог броја фактора чије се дејство одражава на ток и спровођење парничног поступка (асиметрија информација између страна у спору, агенцијски проблем, проблем достављања, недолазак парничних страна на рочиште и слично) ствара могућност деловања на сваког од њих у циљу повећања ефикасности парничног поступка. Остваривање овако комплексних захтева, али и сложеност поступка којим се остваривање заштите субјективних права може постићи, подразумева поштовање процесних правила која су законом предвиђена. Вид. Д. Петровић, *Економска анализа накнаде нематеријалне штете у парничном поступку*, Докторска дисертација. Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2019, 86.

³⁴ Чл. 41, ст. 1. ЗИО.

³⁵ Б. Лубарда, *op. cit.*, 659.

ли исплата штете ослобађа запосленог одговорности за евентуалну повреду радне обавезе? Одговор је да га исплата штете не ослобађа од одговорности за повреду радне обавезе.³⁶ И да ли непостојање кривичне одговорности ослобађа запосленог одговорности за причињену штету? Одговор је да основ обавезивања на накнаду штете није и не мора бити само постојање кривичне одговорности штетника већ и грађанско правна одговорност истог.³⁷

3. НЕПОШТОВАЊЕ КЛАУЗУЛЕ ЗАБРАНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ И НАКНАДА ШТЕТЕ

Конкуренција је, пре свега, привредна категорија којој је својствено тржишно преплитање и сукобљавање интереса међусобних конкурената на основу закона вредности и у складу са добрим пословним обичајима. Као таква, конкуренција је појава својствена сваком тржишту па и тржишту рада. То је природно, јер суштину односа послодавца и запослених треба да изржава интересна равнотежа, о којој се у радном законодавству мора водити рачуна. Нелојална конкуренција између запослених и послодавца ту равнотежу може пореметити те се стога често наилази на клаузуле забране конкуренције.³⁸

Клаузула забране конкуренције је и радноправни и привредноправни институт, јер је предвиђена и Законом о раду и Законом о привредним друштвима.³⁹ Она представља немогућност обављања одређених послова утврђених уговором о раду од стране запосленог, у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног или физичког лица, без сагласности послодавца код кога је у радном односу.⁴⁰ Заправо,

³⁶ Врховни касациони суд је у пресуди број Рев2 1186/2013 од 19. марта 2014. год. заузео став: „Околност што је тужилац намирио свој део дуга настао мањком није од значаја, јер се питање накнаде штете причињене послодавцу од стране запосленог решава применом других правила (члан 163. Закона о раду), а исплата штете не ослобађа запосленог од одговорности за повреду радне обавезе и могућности добијања отказа уговора о раду.“

³⁷ Врховни касациони суд је у пресуди Прев 204/2016 од 23. фебруара 2017. год. закључио да непостојање кривичне одговорности туженог не ослобађа штетника грађанско правне одговорности за накнаду штете проузроковане тужиоцу. Вид. Петровић, “Приказ спорних питања која се јављају у пракси код накнаде штете коју запослени порузрокује послодавцу”, *Часопис Адвокатска канцеларија*, бр. 52, 2018.

³⁸ П. Јовановић, *op.cit.*, 203.

³⁹ *Сл. гласник РС*, бр. 36/11, 99/11 и 83/14.

⁴⁰ Чл. 161. Закон о раду.

уколико је запослени при заснивању или током радног односа закључио клаузулу неконкурентције којом може бити предвиђено ограничење слободe рада и заснивања радног односа код конкурентског послодавца до две године по престанку радног односа, запослени нема право да се запосли код конкурентског послодавца нити да ради у своје име и за свој рачун (слобода предузетништва), нити да закључи уговор грађанског права (нпр. уговор о делу) са конкурентским послодавцем.⁴¹ Запослени, на ово пристаје јер он у радноправном односу има више обавеза које доприносе нормалном извршавању престајнице рада. Међу њима се налази и обавеза уздржавања од конкурентције која има и сопствени циљ, који је испољен у неопходној заштити легитимних интереса послодавца будући да би, у супротном, забрана конкурентције представљала неоправдано ограничење слободe рада.⁴²

Са друге стране друштво има интерес у одржавању слободне и фер конкурентције и неговању тржишног окружења које подстиче нове подухвате и иновације. Овде се идентификује комплементарни јавни интерес у превенцији послодаваца од коришћења њихове супериорне преговарачке позиције на неоправдано ограничавање тржиште рада. Оно што је потребно је да се доведу у равнотежу забрана конкурентције која обавезује запосленог и промене које настају на радном месту и у економији, а без прекорачења довољне заштите бившег послодавца.⁴³ Битна карактеристика клаузуле забране конкурентције је њена факултативност, што значи да може али и не мора бити утврђена. Она може да се утврди само ако постоје услови да запослени радом код послодавца стекне нова, посебно важна технолошка знања, широк круг пословних партнера, или да дође до сазнања важних пословних информација и тајни. У случају да запослени прекрши забрану конкурентције, послодавац има право да захтева накнаду штете. Постојање штете, њену висину, околности под којима је настала, ко је штету проузроковао и како се она накнађује, утврђује послодавац, у складу са општим актом, односно уговором о раду.⁴⁴ Ако се накнада штете не оствари у складу са наведеном законском одредбом, о

⁴¹ Б. Лубарда, *op.cit.*, 753.

⁴² Б. Шундерић, Б. Љ. Ковачевић, *Приручник за полагање правосудног испита*, Службени гласник РС, Београд 2019, 167.

⁴³ М. Garisson, J. Wendt, J, "The evolving Law of employee noncompete agreements: recent trends and an alternative policy approach", *American Business Law Journal*, Volume 45, Issue 1, 2008, 186.

⁴⁴ Чл. 163. ст. 5. ЗР.

накнади штете одлучује надлежни суд. Законодавци и судство треба да нађу оптимални баланс у тензији између жеље за слободом кретања запослених и потребом да се заштите пословне информације послодавца која представљају конкурентску предност.⁴⁵ Као што је напред истакнуто, правна заштита од нелојалне конкуренције се остварује искључиво грађанскоправним путем, у парничном поступку накнаде штете. Иако ни претходно позитивноправно решење није искључивало могућност грађанскоправне заштите по општим правилима облигационог права, у стварима нелојалне конкуренције, укидање казнене санкције је отклонило препреку која се могла јављати у пракси, у облику захтева за постојање правоснажне осуде учиниоца привредног преступа, у парничном поступку накнаде штете због такве радње. На тај начин је у први план истакнута природа нелојалне конкуренције, као повреде односа два или више субјеката који се јављају на истом тржишту, као конкуренти, где је њихов узајамни однос непосредан, кад су у питању пословни сарадници⁴⁶ или посредан, условљен приликама на тржишту на којем послују и њиховим поступцима на њему, али у сваком случају везан за интересе које остварују у склопу своје пословне активности и који се више не препознају као јавни интереси да би били заштићени казним путем.⁴⁷

Намеће се закључак да позитивни Закон о раду, не пружа довољну заштиту запосленом приликом одређивања ове сметње, остављајући уговорним странама да одреде значајан корпус забране конкуренције. Услед опасности да запослени не може приликом заснивања радног односа и закључења уговора о раду у потпуности сагледати последице дејства сметње, целисходно би било да му се пружи адекватна императивна заштита. Практика се, такође, суочава са многим проблемима и тешкоћама у правилном тумачењу овог института, а то су: неадекватна регулатива конкурентске клаузуле у уговору о раду, нејасноћа услова под којима се закључује конкурентска клаузула и критеријума који се односе на врсту послова који су обухваћени конкурентском клаузулом, као и послова који не потпадају под забрану конкурентске активности, недефинисани начини

⁴⁵ N. Bishara, S. Ross, “The law and ethics of restrictions on an employee’s post employment mobility”, *American Business Law Journal*, Volume 49, Issue 1, 2012, 5-42.

⁴⁶ С. В. Царић, “New laws and economic development”, *Право и привреда*, 42, Београд, 2005, 5- 8.

⁴⁷ О. Узелац, А. Грујић, “Новине у законодавном уређењу правне заштите од нелојалне конкуренције у праву Републике Србије”, *Анали Економског факултета у Суботици*, Vol. 51, 32/2014, 108.

кршења конкурентске клаузуле од стране запослених или послодаваца и њихова одговорност у таквим околностима. При томе, запослени као „слабија“ страна сноси теже последице из уговорне клаузуле и дужан је да надокнади штету када је повреди. У том смислу што је пре могуће, законодавац треба да размотри постојеће законске одредбе и да обезбеди одговарајућа решења која ће бити у општем интересу.⁴⁸

4. ЗАКЉУЧАК

Значај питања накнаде штете коју запослени проузрокује послодавцу, у контексту општег режима радних односа је јако битно питање с обзиром на то да заштита права и интереса субјеката радног односа треба да буде примарна. Кроз сагледавање одређених законских решења, анализу и синтезу судске праксе и судских одлука, кроз упоредноправну и компаративноправну анализу посебно када су у питању законске одредбе према ранијим и позитивноправним законима који регулишу ову област дошло се до закључка да су одређене реформе неопходне. Реформе би се требало односити на унапређивање позитивноправних прописа у овој области, на враћање интерне заштите која је некада постојала али и на судске реформе које требају обезбедити ефикасност суда. Свакако да је аутор на овај начин желео да приближи питање накнаде штете коју запослени причини на раду или у вези са радом послодавцу, како запосленима тако и послодавцима, указујући на евентуалне пропусте који настају како у поступку утврђивања штете (која је у надлежности послодавца), тако и у погледу начина остваривања накнаде али и заштите запослених са друге стране. Овим наведена тема никако није исцрпљена, већ се оставља простора за даљу разраду појединачних спорних ситуација у поступку накнаде штете коју запослени причини послодавцу. Када је у питању накнада штете због кршења клаузуле забране конкуренције пракса се суочава са многим проблемима и тешкоћама у правилном тумачењу овог института. Повреда клаузуле забране конкуренције је појава нарочито карактеристична за тржишта нису у довољној мери правно и институционално изграђена, као што је унутрашње тржиште Републике Србије, и представља један од значајних

⁴⁸ Видети проблеме у пракси у македонском праву: Т. Каламатиев, А. Ристовски, XX (1/2016), “Уговорна забрана конкурентске клаузуле и њена улога у обезбеђивању доброг пословног амбијента и тржишта рада, *Радно и социјално право*”, 25-38.

фактора који негативно утичу на конкурентност тог тржишта у глобалним оквирима кретања инвестиционог капитала.

Имајући у виду досадашњу правну могућност захтева искључиво материјалне штете и тешкоће доказивања настанка штете, односно узрочну везу са радњом нелојалне конкуренције, пословни субјекти су се ретко одлучивали на употребу тужбе за накнаду штете због нелојалне конкуренције. У актуелној пословној пракси далеко се већи значај може приписати повреди пословног угледа која се јавља као последица радњи непоштене тржишне утакмице нелојалног конкурента. Новинама у позитивном законодавству стварају се правноформални услови за афирмацију сузбијања појаве нелојалне конкуренције на нашем тржишту, нарочито путем тужбе за нематеријалну штету због повреде пословног угледа као последице радње нелојалне конкуренције, која је од недавно дозвољена меродавним законом, али за потпуну оцену домашаја правног оквира потребна је интензивнија релевантна судска пракса, која у овом моменту недостаје.

Такође, уочава се неуједначена судска пракса, што додатно компликује постојеће дилеме које произилазе из примене клаузуле конкуренције у уговорима о раду. У том смислу што је пре могуће, законодавац треба да размотри постојеће законске одредбе и да обезбеди одговарајућа решења која ће бити у општем интересу.

ЛИТЕРАТУРА:

Антић О., *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012.

Bishara, N, Ross, S. “The law and ethics of restrictions on an employee’s post employment mobility”, *American Business Law Journal*, Volume 49, Issue 1, 2012, 5-42.

Брковић Р., Урдаревић Б., Антић А., *Практикум за радно и социјално право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016.

Camerlyck G. H., Lyon-Caen, G. Pellisier, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1986.

Garrison, M. Wendt, J, “The evolving Law of employee noncompete agreements: recent trends and an alternative policy approach”, *American Business Law Journal*, Volume 45, Issue 1, 2008.

Етински И., “Објављивање парничне пресуде”, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 2015 259-271.

Ивошевић З., Ивошевић М., *Коментар Закона о радним односима*, 1998, Београд.

Јовановић П., *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2012.

Каламатиев Т., Ристовски А., “Уговорна забрана конкурентске клаузуле и њена улога у обезбеђивању доброг пословног амбијента и тржишта рада”, *Радно и социјално право*, XX, 1/2016, 25-38.

Караникић Мирић М., “Застарелост потраживања накнаде штете настале кривичним делом”, *Анали Правног факултета у Београду*, година LIX, 1/2011, 178-204.

Ковачевић Љ., *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.

Кулић Ж., Перић С., *Радно право*, Завод за уџбенике, Београд, 2016.

François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil*, Les obligations, Dalloz, Paris, 2005.

Лубарда Б., *Радно право, расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.

Петровић Ј., “Приказ спорних питања која се јављају у пракси код накнаде штете коју запослени порузрокује послодавцу”, *Часопис Адвокатска канцеларија*, бр. 52, 2018.

Петровић Д., “Економска анализа накнаде нематеријалне штете у парничном поступку”, Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2019.

“50 YEARS OF ACTIVITY”, *The European Court of Human Rights, Some Facts and Figures*, 2010.

Provisional Edition, *European Court of Human Rights Public Relations Unit*, 2010.

Радишић Ј., *Облигационо право – општи део*, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Медивест, 2017.

Радуловић С., “Противправност као услов одговорности за штету”, *Гласник Адвокатске коморе Војводине, Часопис за правну теорију и праксу*, Број 3-4, Нови Сад, 2013, 123-135.

Речник српскохрватскога књижевног језика, VI књига, Матица српска, Нови Сад, 1976.

Riviero J., Savatier J., *Droit du travail*, P.U.F. Paris, 1987.

Станковић Г., *Грађанско процесно право, Парнично процесно право*, прва свеска, Ниш, 2007.

Узелац О., Грујић А., ”Новине у законодавном уређењу правне заштите од нелојалне конкуренције у праву Републике Србије”, *Анали Економског факултета у Суботици*, Vol. 51, 32/2014, 99-112.

Царић С. В., “New laws and economic development”, *Право и привреда*, 42, Београд, 2005, 5- 8.

Шундерић Б., Ковачевић Љ., *Приручник за полагање правосудног испита*, Сл. гласник РС, Београд, 2019.

Weiss M., *Labour Law and Industrial Relations in F. R. of Germany*, Kluwer, 1987.

Правни прописи:

Закон о радњама Краљевине Југославије, “Службене новине”, бр. 162-LXXXI, од 9.11.1931. године.

Закон о облигационим односима, “Службени лист СФРЈ”, бр. 29. 1978, 39. 1985, 45. 1989 - одлука УСЈ и 57. 1989, “Службени лист СРЈ”, бр. 31. 1993, “Службени лист СЦГ”, бр. 1. 2003 - Уставна повеља и “Службени гласник РС”, бр. 18. 2020.

Закон о извршењу и обезбеђењу, “Службени гласник РС”, бр. 106. 2015, 106. 2016-аутентично тумачење и 113. 2017-аутентично тумачење.

Закон о раду, “Службени гласник РС”, бр. 24. 2005, 61. 2005, 54. 2009, 32. 2013, 75. 2014, 13. 2017 – одлука Уставног суда и 113. 2017 и 98. 2018 – аутентично тумачење.

Закон о привредним друштвима, “Службени гласник РС”, бр. 36. 2011, 99. 2011 и 83. 2014.

Закон о парничном поступку, “Службени гласник РС”, бр. 72. 2011, 49. 2013 – одлука УС. 74. 2013 – одлука УС. 55. 2014, 87. 2018, 18. 2020.

Закон о суђењу у разумном року, “Службени гласник РС”, бр. 40. 2015.

Закон о штрајку, “Службени лист СРЈ”, бр. 29. 1996 и “Службени гласник РС”, бр. 101. 2005 – други закон.

Судска пракса:

Решење Вишег суда у Београду. Бр. Гж1 1150/2011 од 4. септембра 2013. године.

Пресуда Врховног касационог суда. Рев. 2 1186/2013 од 19. марта 2014. године.

Пресуда Врховног касационог суда. Рев. 2 600/11 од 08. фебруара 2012. године.

Пресуда Врховног касационог суда. Рев. 204/16 од 23. Новембра .2017. године.

Пресуда Врховног касационог суда. Прев 204/2016 од 23. фебруара 2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду. Бр. Гж1 657/2017 од 13. марта 2017. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду. Гж1 763/2011 године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду. Гж1 2011/17 од 20. новембра 2017.

Пресуда Основног суда у Бечеју, Судска јединица у Новом Бечеју. Бр. П1 15/2016 од 07. децембра.2016. године и бр. П1 17/2017 од 14. јуна .2017. године.

Закључак усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 19.06.2018. године.

Milica MIDŽOVIĆ, LL.M
Teaching associate, Faculty of Law,
University of Priština in Kosovska Mitrovica

LIABILITY OF AN EMPLOYEE FOR THE DAMAGE CAUSED TO THE EMPLOYER

Summary

The liability for damages in the field of labour law is essentially based on general rules of civil liability, but there are certain discrepancies that can be called *sui generis* liability for damages. One of that exception concerns that the employee is responsible for the material damage caused to the employer at work or in connection with the work only if it has caused purposely or with extreme negligence. The author strives to bring closer the importance of the issue of damage caused by the employee to the employer, in the context of the general labour relations regime, as well as to point out possible omissions that arise in the process of determining damages. On the other hand, since legal security is one of the attributes of the rule of law in the legal order of a state, the proper application of material law by the acting courts in this area is very important especially when the employer wants to protect their rights in court proceedings. The author also addresses some contentious issues that arise in practice when it comes to damages, where analysis of court verdicts and decisions demonstrated the practice of refusing employees' lawsuits to overturn an employer's compensation settlement because of the lack of legal interest of the employee to file a lawsuit. Special attention is also paid to the no-competition clause and its violation after termination of employment and the damage sustained by an employee who is no longer in a working relationship but has an obligation to compensate the employer. Through looking at certain legal solutions, analysis and synthesizes of court practice and court decisions, through comparative legal and comparative legal analysis, especially regarding legal provisions under earlier and positive legal laws governing this area, the goal was to point out certain reforms that need to be made in the area of labour legal legislation. It was also an incentive to choose this topic, to point out certain deficiencies and omissions in regulation, by invoking comparative labour law and results obtained by empirical research and the appropriate solutions.

Key words: employees liability, material liability, compensation of damages, prohibition of competition.

прегледни рад
пријем: 31.03. 2021. г.
прихваћен за објављивање: 20. 04. 2021. г.
658.71(497.11)
347.454.3(497.11)

Мирјана ИВАЗ*

ЈАВНЕ НАБАВКЕ КАО ПРАВНА И ЕКОНОМСКА ИНСТИТУЦИЈА

Апстракт

Циљ овог рада је анализирати правну и економску димензију института јавних набавки. У том смислу се када је у питању правна димензија анализира европско и национално законодавство. Посебно се истиче економска димензија, јер се јавне набавке сматрају кључном компонентом пружања јавних услуга, доброг управљања и одрживе економије коју карактерише инклузиван раст. Добро уређен и јединствен систем јавних набавки обезбеђује услове за слободно деловање конкуренције међу понуђачима, која даље омогућава држави да, под најповољнијим условима, набавља добра, услуге и радове потребног квалитета и да тиме, на најекономичнији начин, користи новац пореских обвезника („вредност за новац“). Тиме се стварају значајне уштеде буџетског новца (новца пореских обвезника) и омогућава да се уштеђена средства употребе за повећање квантитета и квалитета услуга које држава пружа грађанима чиме се повећава животни стандард. Путем веће транспарентности, заједно са отвореном и снажном конкуренцијом у области јавних набавки доприноси се јачању конкурентности домаћих предузећа, што представља кључни фактор који утуче на убрзање економског развоја, раста запослености и животног стандарда грађана.

Кључне речи: јавне набавке, правна димензија, економска димензија.

1. УВОД

Трошење јавних средстава одувек је било веома важно питање. Ради набавке добара, пружања услуга или извршења радова свака

* Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици mirjana.ivaz@pr.ac.rs

савремена држава прописује посебан поступак, који се зове поступак јавне набавке. У том поступку, држава се појављује као наручилац добара, услуга или радова, а привредни субјекат који понуди добра, пружање услуга или извођење радова назива се понуђач. Према томе, у овом поступку, појављују се две стране - наручилац и понуђач, који закључују посебан уговор о набавци добара, услуга или радова - уговор о јавној набавци. Моментом закључења уговора о јавној набавци, понуђач постаје добављач. Када говоримо о важности јавних набавки за српску привреду неопходно је да укажемо на три најважније институције у овој области. Ове институције имају кључну улогу у стварању неопходних предуслова за увећање ефикасности и јавности у коришћењу новца пореских обвезника за јавне набавке, као и за подизање конкурентности и једнакости понуђача у процесима јавних набавки. Ове институције су: Канцеларија за јавне набавке Владе Републике Србије¹, Републичка Комисија за заштиту права (понуђача) у поступцима јавних набавки и Група за систем јавних набавки, у оквиру Министарства финансија Републике Србије.

2. ТЕОРИЈСКИ АСПЕКТ И ЛЕГИСЛАТИВА ЈАВНИХ НАБАВКИ

Државне организације, као највећи купци роба, услуга и радова, поред великих количина, захтевају разноврстан асортиман, прописан и стандардизован квалитет и континуитет у снабдевању. Због тога систем јавне набавке мора да осигура економичне и ефикасне поступке и рационално трошење, али за организацију, пре свега, мора да буде оправдан избор понуђача.² Јавна набавка представља набавку добара, услуга или радова од стране наручиоца, и спроводи се у посебном поступку који се зове поступак јавне набавке. Јавне набавке су, по својој суштини, развојно питање од прворазредног значаја за сваку земљу. Обзиром да се наша земља определила за европски пут, у том смислу улагали су се, а и даље се улажу, напори да се национално законодавство усклади са европским (*acquis*)³. Предуслов за коришћење европских предприступних фондова, као и других облика међународне помоћи јесте постојање уређеног система јавних набавки који подразумева ефикасно праћење и

¹ Важећи Закон о јавним набавкама предвиђа да Управа за јавне набавке наставља са радом као Канцеларија за јавне набавке.

² Д. Т. Тошев, „Вишекритеријумска анализа у процесу јавних набавки“. *Војнотехнички гласник*, 60(3), 2012, 109.

³ Правне тековине Европске уније (франц. *acquis communautaire*, скраћено *acquis*).

контролу исправности поступака јавних набавки. ЕУ је установила одређена начела (недискриминације, једнаког третмана, транспарентности, пропорционалности, узајамног уважавања) и стандарде који се морају примењивати у свим поступцима јавних набавки и једнако према свим учесницима тог поступка, а исти је под приличном пажњом институција ЕУ, чиме се значајно сужава простор за злоупотребе. Циљ европског законодавства на овом подручју је осигурати даваоцима услуга, испоручиоцима роба и извођачима радова могућност надметања у поступцима јавних набавки у државама чланицама Европске уније, јачање економског развоја и продуктивности, али и давање пуног смисла јединственом тржишту ЕУ. Институције успостављене у ту сврху треба да осигурају спровођење законског оквира на свим нивоима и постојање ефикасног система правне заштите у поступцима јавних набавки.

У ЕУ, правила о јавним набавкама су утврђена у следећим директивама: Директива 2014/24/ЕУ о јавним набавкама; Директива 2014/25/ЕУ о јавним набавкама које врше субјекти који су запослени у секторима водопривреде, енергије и транспорта као и сектору поштанских услуга и Директива 2014/23/ЕУ о додели уговора о концесији. Директива 2009/81/ЕЗ прописује поступке за доделу одређених уговора о радовима, набавкама и услугама уговорним органима или субјектима на подручју одбране и сигурности. Нови законски текстови и развој ЕУ побољшали су стандарде јавних набавки осигуравајући одговарајућа правила за спровођење јавних набавки и пружајући правне лекове за решавање кршења правила. Претходна генерација закона појавила се у првој деценији двадесет првог века доношењем директива које обједињују постојеће текстове „класичних“ директива, поједностављују неке одредбе о набавкама, уводе савремене и флексибилније технике набавки (оквирни споразуми, конкурентни дијалог и др.). -набавка) и дефинисати врсте институција за које се сматра да су „наручиоци“ (Директива 2004/17 / ЕЦ, 582004/18 / ЕЦ, 59 2007/66 / ЕЦ, 60 2009/81 / ЕЦ61). Последња генерација законодавства у области јавних набавки ЕУ настала је усвајањем директива у другој деценији двадесет првог века (Директива 2014/24 / ЕУ, 63 2014/25 / ЕУ, 64 2014/23 / ЕУ65). Нови прописи резултат су глобалних промена у области јавних набавки које узимају у обзир нови политички, социјални и економски контекст и њихову нову улогу у паметном, одрживом и инклузивном развоју.

Важећим ЗЈН⁴ успостављен је законодавни оквир у области јавних набавки у Републици Србији који је у великој мери у складу са законодавством Европске уније, односно успостављен је систем који омогућава поштовање основних начела слободе кретања добара, слободе пословног настањивања и слободе пружања услуга и начела која из њих произлазе, као што су начело економичности и ефикасности, начело обезбеђивања конкуренције и забрана дискриминације, начело транспарентности поступка јавне набавке, начело једнакости привредних субјеката.

Правилном применом прописа о јавним набавкама државе пружају и краткорочне и дугорочне користи. Краткорочне користи огледају се у рационалном трошењу средстава и постизању „најбоље вредности за новац“. Дугорочне користи огледају се у правној сигурности, спречавању криминала, борби против корупције, стварању јединственог тржишта и постизању паметног, одрживог и уравнотеженог раста и развоја. Предности се могу постићи ако је наручилац праведан, непристрасан, објективан и одговоран, а економски субјекти могу да се такмиче широм ЕУ, под једнаким условима или ако су поступци јавних набавки транспарентни, недискриминаторски и засновани на безусловној примени општих правних прописа Правила. Развојем предузећа за јавне набавке они све више имају карактер посебне научне дисциплине, јер садрже елементе правних, економских и политичких наука.

3. ПРАВНА ДИМЕНЗИЈА ЈАВНИХ НАБАВКИ

Под правном димензијом јавних набавки подразумевају се два аспекта: законски прописана процедура поступка јавне набавке и уговорни однос који настаје између наручиоца и понуђача.

3.1. Нормативно-институционални оквир јавних набавки у нашој земљи

Крвни закон који регулише област јавних набавки у нашој земљи је Закон о јавним набавкама⁵ (у даљем тексту: ЗЈН). У складу са наведеним

⁴ Овом закону су претходила три закона: Закон о јавним набавкама у Републици Србији из 2002. године „Службени гласник РС“, бр. 39/02, Закон о јавним набавкама из 2008. године „Службени гласник РС“, бр. 116/08 и Закон о јавним набавкама из 2012. године „Службени гласник РС“, бр. 124/12, 14/2015 и 68/2015.

⁵ Закон о јавним набавкама „Службени гласник РС“, бр. 91/2019, у примени од 1.7.2020. године.

законом, донет је и велики број подзаконских аката од стране: Владе Републике Србије⁶, Канцеларије за јавне набавке⁷, као и од стране министра надлежног за послове финансија.⁸ Из законске дефиниције појма јавне набавке се може издвојити неколико битних елемената. Први битан елемент појма јавне набавке јесте да је у питању набавка, дакле, стицање неког права над предметом јавне набавке. Набавка мора да буде на основу теретног правног посла, с обзиром на то да Закон о јавним набавкама изричито дефинише уговор о јавној набавци као теретни уговор. То значи да се у случају када се предмет јавне набавке прибавља бестеретним правним послом, не примењују одредбе Закона о јавним набавкама. Други битан елемент појма јесте да је предмет јавне набавке набавка добара, услуга или радова. Трећи и последњи битан елемент појма јавне набавке је да се набавка предмета јавне набавке врши од стране наручиоца.

⁶ Влада је донела следеће подзаконске акте: Одлуку о утврђивању Списка наручилаца из члана 3. став 1. тачка 1) Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 85/20), Уредбу о јавним набавкама у области одбране и безбедности („Службени гласник РС“, бр. 93/20), Уредбу о начину обављања послова централизованих јавних набавки на републичком нивоу („Службени гласник РС“, бр. 116/20).

⁷ Правилник о садржини конкурсне документације у поступцима јавних набавки („Службени гласник РС“, бр. 21/21), Правилник о садржини конкурсне документације у поступцима јавних набавки („Службени гласник РС“, бр. 93/20), Правилник о поступку отварања понуда („Службени гласник РС“, бр. 93/20), Правилник о мониторингу над применом прописа о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 93/20), Правилник о утврђивању општег речника набавке („Службени гласник РС“, бр. 93/20), Правилник о утврђивању садржине стандардних образаца за објављивање огласа о јавној набавци преко Портала јавних набавки („Службени гласник РС“, бр. 93/20), Правилник о измени и допуни Правилника о поступку и условима за стицање сертификата за службеника за јавне набавке и вођењу Регистра службеника за јавне набавке („Службени гласник РС“, бр. 21/21), Правилник о поступку и условима за стицање сертификата за службеника за јавне набавке и вођењу Регистра службеника за јавне набавке („Службени гласник РС“, бр. 93/20), Упутство о начину слања и објављивања огласа о јавној набавци („Службени гласник РС“, бр. 93/20), Упутство за коришћење Портала јавних набавки („Службени гласник РС“, бр. 93/20), Изјава о испуњености критеријума за квалитативни избор привредног субјекта (ИИК), Упутство за објављивање података о јавним набавкама које су изузете од примене Закона.

⁸ Правилник о садржини Регистра понуђача и документацији која се подноси уз пријаву за регистрацију понуђача („Службени гласник РС“, бр. 17/20), Правилник о изменама и допуни Правилника о садржини Регистра понуђача и документацији која се подноси уз пријаву за регистрацију понуђача („Службени гласник РС“, бр. 94/20), Динарска вредност европских прагова („Службени гласник РС“, бр. 93/20).

Поред ЗЈН и подзаконских аката донетих на основу ЗЈН, од великог значаја су и остали прописи који се, посредно или непосредно, примењују приликом спровођења поступака јавних набавки, и то: Закон о општем управном поступку⁹ (у даљем тексту: ЗУП), који има широку примену у области јавних набавки с обзиром на то да се на питања која нису посебно регулисана ЗЈН, а односе се на поступак заштите права, сходно примењују одредбе закона којим се уређује управни поступак и Закон о облигационим односима¹⁰ (у даљем тексту: ЗОО), који има значај у погледу уговора о јавној набавци. Одредбе ЗОО се примењују на све врсте уговора, па тако и на оне који се закључују у поступку јавне набавке (нпр. купопродаја, закуп, уговор о грађењу), а такође и на сва питања која нису регулисана ЗЈН.

Основне институције које делују у оквиру система јавних набавки, а чији су послови, начин рада и облик организовања уређени применом ЗЈН, су: Управа за јавне набавке и Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки. Поред наведених најважнијих институција, веома важна је и улога коју имају и Државна ревизорска институција, Министарство финансија, Министарство трговине, туризма и телекомуникација, Комисија за јавно приватно партнерство, Агенција за борбу против корупције и Комисија за заштиту конкуренције. Такође, ЗЈН одређује Управу за заједничке послове републичких органа као тело за централизоване јавне набавке.

Канцеларија за јавне набавке¹¹ представља врло значајну посебну организацију која врши надзор над применом ЗЈН, учествује у припреми прописа у области јавних набавки, доноси подзаконске акте и обавља стручне послове у области јавних набавки, прати спровођење поступака јавних набавки, контролише примену појединих поступака, управља Порталом јавних набавки, припрема извештаје о јавним набавкама, предлаже мере за унапређење система јавних набавки, пружа стручну помоћ наручиоцима и понуђачима, доприноси стварању услова за економичну, ефикасну и транспарентну употребу јавних средстава у поступку јавне набавке.

Циљ наше земље јесте успостава институционалног оквира којим ће се обезбедити спровођење јединствене политике у свим областима

⁹ Закон о општем управном поступку – ЗУП „Службени гласник РС”, бр. 18/16 и 95/18 – аутентично тумачење.

¹⁰ Закон о облигационим односима – ЗОО „Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – УСЈ, 57/89, „Службени лист СРЈ”, бр. 31/93, 44/99 – др. пропис и „Службени гласник РС”, бр. 18/20.

¹¹ Ранији назив је био Управа за јавне набавке.

везаним за јавне набавке, укључујући области концесија, јавно-приватног партнерства и одбране. Обзиром да су одређена питања јавних набавки у неизоставном корелативном односу са бројним другим секторским областима, потребно је нагласити да је од велике важности координација рада институција, посебно при доношењу прописа, како би се отклониле евентуалне међусобне неусклађености и предупредила могућност да промена других закона дерогира ЗЈН.

3.2. Јавни и секторски наручиоци јавних набавки

Свака савремена држава најчешће посебним законом регулише поступак јавне набавке и формира посебне органе или организације који се старају о поступку јавне набавке.¹² Под јавном набавком се у смислу ЗЈС сматра: 1) набавка на основу уговора о јавној набавци добара, услуга или радова које набавља један или више јавних наручилаца од привредних субјеката које су ти наручиоци одабрали без обзира да ли су добра, услуге или радови намењени за јавне сврхе; 2) набавка на основу уговора о јавној набавци добара, услуга или радова које набавља један или више секторских наручилаца од привредних субјеката које су ти наручиоци одабрали, под условом да су добра, услуге или радови намењени обављању неке од секторских делатности (јавне сврхе).¹³ У том смислу, Законодавац разликује две групе наручиоца и то: јавни и секторски наручиоци. У групу јавних наручиоца спадају: 1) Република Србија, односно републички органи; 2) органи аутономне покрајине; 3) органи јединице локалне самоуправе; 4) правна лица основана у циљу задовољавања потреба у општем интересу, које немају индустријски или трговински карактер, ако је испуњен било који од следећих услова: 1) да се више од 50% финансирају из средстава јавног наручиоца; 2) да надзор над радом тих правних лица врши јавни наручилац; 3) да више од половине чланова органа надзора или органа управљања тих правних лица именује јавни наручилац.¹⁴ Категорији секторских наручиоца припадају: 1) јавни наручиоци који обављају секторску делатност; 2) привредна друштва која обављају секторску делатност над којима јавни наручилац може имати, директно или

¹² Љ. Николић, А. Мојашевић, А. Економија за правнике, Медивест, Ниш, 2016, 119.

¹³ ЗЈН, чл. 1. ст. 3. Видети и чл. 2. ст. 1. Правилника о ближе уређивању поступака јавних набавки, набавки на које се закон не примењује и набавки друштвених и других посебних услуга канцеларије за јавне набавке

¹⁴ ЗЈН, чл. 3. ст. 1.

индиректно, преовлађујући утицај на основу својине, финансијског удела или правила на основу којих је организовано; 3) други субјекти који обављају секторску делатност на основу искључивих или посебних права.

15

3.3. Врсте поступака у јавним набавкама

Сагласно одредби члана 51, поступци јавне набавке се могу водити кроз: отворени поступак, рестриктивни поступак, конкурентни поступак са преговарањем, конкурентни дијалог, преговарачки поступак са објављивањем јавног позива, партнерство за иновације, преговарачки поступак без објављивања јавног позива. Под отвореним поступком се подразумева поступак у којем сва заинтересована лица, која имају интерес за добијање уговора о јавној набавци, могу доставити своје понуде у складу са претходно дефинисаним захтевима наручиоца, предвиђеним у конкурсној документацији. Наручилац (јавни или секторски) има обавезу да објави јавни позив у отвореном поступку.¹⁶ За покретање ЗЈН прописани су само општи услови за покретање који важе за покретање било ког поступка јавне набавке. Дакле, ЗЈН не предвиђа посебне услове за покретање отвореног поступка. Ова врста поступка представља правило¹⁷, тако да га наручиоци увек могу спроводити, без обзира на шта је предмет и која је вредност јавне набавке.

За рестриктивни поступак, као и за отворени поступак, ЗЈН не прописује посебне услове који морају бити испуњени како би се исти могао спроводити, изузев општег услова прописаним чланом 88. Рестриктивни поступак представља поступак јавне набавке који се спроводи у две фазе.

¹⁵ ЗЈН, чл. 4. ст. 1.

¹⁶ Видети: ЗЈН, чл. 52. Наведеном одредбом се прописује и минимални рок за подношење понуда у отвореном поступку и износи: 35 дана од дана слања на објављивање јавног позива, за јавну набавку чија је процењена вредност једнака или већа од износа европских прагова; 25 дана од дана слања на објављивање јавног позива, за јавну набавку чија је процењена вредност мања од износа европских прагова; 15 дана од дана слања на објављивање јавног позива, за набавку радова чија је процењена вредност нижа од 30.000.000 динара; десет дана од дана слања на објављивање јавног позива, за набавку добара и услуга чија је процењена вредност нижа од 10.000.000 динара.

¹⁷ ЗЈН прописано да се додела уговора врши у отвореном или рестриктивном поступку, док се у другим поступцима јавне набавке, додела уговора може вршити ако су за то испуњени услови прописани ЗЈН. Из наведених законских одредаба јасно произилази да су отворени и рестриктивни поступак правило, односно да ове поступке јавни наручиоци увек могу да користе за избор најповољније понуде.

У првој фази заинтересовани понуђачи подносе пријаве за утврђивање квалификације. Уз пријаву понуђачи подносе доказе о испуњавању прописаних статусних, финансијских, кадровских и техничких услова. Резултат завршетка прве фазе је листа квалификованих понуђача, која може да буде утврђена за период од једне до три године, и која је основ за отпочињање друге фазе поступка. У оквиру друге фазе рестриктивног поступка наручилац (јавни или секторски) доставља позив за подношење понуда кандидатима који испуњавају услове, односно оним кандидатима које није искључио из поступка јавне набавке. Након пријема позива, квалификовани понуђачи подносе понуде за конкретну набавку.¹⁸

Следећа врста поступка јавне набавке која се, слично као и рестриктивни поступак одвија по фазама је конкурентни поступак са преговарањем. У оквиру прве фазе конкурентног поступка са преговарањем заинтересовани кандидати, односно привредни субјекти подносе пријаву, након чега квалификовани понуђачи прелазе у другу фазу овог поступка током које се одвија преговарање. Ова врста поступка је намењена само јавним наручиоцима и Законом о јавним набавкама прописани су посебни случајеви када се може спроводити конкурентни поступак са преговарањем за јавну набавку добара, услуга или радова. Наиме, чланом 55 прописана су пет случаја за спровођење конкурентног поступка са преговарањем. Први случај је када потребе јавног наручиоца не могу да се задовоље без прилагођавања лако доступних решења. Други случај је када уговор обухвата пројектовање или иновативна решења, док се трећи случај односи на ситуацију када уговор не може да се додели без претходних преговора ради специфичних околности које су настале због природе, сложености, правне или финансијске структуре предмета јавне набавке или с њима повезаним ризицима. Четврти случај спровођења конкурентног поступка са преговарањем је када јавни наручилац не може са довољном прецизношћу да утврди техничке спецификације предмета

¹⁸ Видети: ЗЈН, чл. 53 и 54. Када поступак спроводи јавни наручилац минимални рок за подношење понуда је 30 дана од дана слања позива за подношење понуда, за јавну набавку чија је процењена вредност једнака или већа од износа европских прагова, односно 15 дана од дана слања позива за подношење понуда, за јавну набавку чија је процењена вредност мања од износа европских прагова. Када су у питању секторски наручиоци, одредбама ЗЈН није прописан одређени рок, већ је секторским наручиоцима остављена могућност да одреде рок за подношење понуда уз сагласност свих кандидата. Циљ овако постављене законске одредбе је да сви кандидати у поступку имају исти рок за припрему и подношење својих понуда, а да могу да одреде и краћи рок, уколико то неће утицати на њихову могућност да поднесу понуде.

набавке, у смислу општих правила о техничким спецификацијама одредаба ЗЈН.¹⁹ Последњи случај спровођења овог поступка је када су у претходно спроведеном, било отвореном или рестриктивном поступку све понуде биле неприхватљиве.

Конкурентни дијалог као поступак јавних набавки је чланом 57. ЗЈН дефинисан као поступак који јавни наручилац може да за набавку добара у складу са претходно објашњеним случајевима који важе за конкурентни поступак са преговарањем, док секторски наручиоци нису условљени испуњавањем наведених услова, односно могу да користе овај поступак без обзира на наведене услове. За спровођење конкурентног дијалога јавни наручилац има обавезу да објави јавни позив²⁰, док је секторски наручилац дужан да објави јавни позив или периодично индикативно обавештење или обавештење о успостављању система квалификације. Примена конкурентног дијалога намењена је ситуацијама када је предмет јавне набавке нарочито сложен, односно када се уговор о јавној набавци не може закључити применом редовних поступака јавне набавке, тј. путем отворениг или рестриктивног поступка.

Партнерство за иновације је потпуно нов институт који прописује ЗЈН.²¹ Овај поступак наручиоци спроводе уколико постоји потреба за иновативним добрима, услугама или радовима, која не може да се оствари набавком добара, услуга или радова који су доступни на тржишту.²² Циљ примене партнерства за иновације је развијање иновативних добара, услуга или радова и њихова накнадна набавка. Партнерство за иновације спроводи се у више узастопних фаза, у које могу бити укључени производња добара, пружање услуга или извршење радова. У свакој фази утврђују се циљеви које партнери треба да остваре у тој фази, а истовремено се утврђују и износи накнаде. После сваке фазе наручилац може да раскине партнерство

¹⁹ Видети чл. 98. ст 2-5.

²⁰ Изузетак од обавезе јавних наручиоца да објаве јавни позив, постоји у случају када јавни наручилац у тај поступак позове све и искључиво понуђаче који су у отвореном или рестриктивном поступку поднели понуду и испунили критеријуме за квалитативни избор привредног субјекта.

²¹ Према одредбама ЗЈН (чл. 2. ст. 1. тач. 19.) под иновацијом се сматра имплементација новог или значајно унапређеног производа, услуге или процеса, укључујући али не ограничавајући се на процесе производње и грађења, нову тржишну методу или нову организациону методу у пословним праксама, организацији радних места или спољним односима, између осталог, у циљу да се помогне у решавању друштвених изазова или као подршка паметном одрживом и инклузивном расту.

²² ЗЈН, чл. 59. ст. 2.

за иновације или у случају партнерства за иновације са неколико партнера, да смањи број партнера раскидањем појединачних уговора. Наравно, како би применио све наведене могућности, наручилац исте мора предвидети у конкурсној документацији. Као и у конкурентном дијалогу, тако и у партнерству за иновације критеријум за доделу уговора може искључиво бити најбољи однос цене и квалитета. Разлика у односу на претходно разматране врсте јавних набавки је што поступак за иновације оставља наручиоцу могућност да успостави партнерство за иновације са једним или више партнера, спроводећи одвојене активности истраживања и развоја.²³

Преговарачки поступак без објављивања јавног позива је врста поступка јавне набавке који се одвија се у више фаза²⁴, и за разлику од осталих поступака јавних набавки које прописује ЗЈН, карактерише га мања транспарентност. Управо је због нетранспарентности потребно имати мишљење Канцеларије за јавне набавке. Без обзира што наручиоци нису у обавези да објаве јавни позив, они ипак имају дужност да поступају у складу са начелом обезбеђивања конкуренције и забране дискриминације²⁵, дакле да барем покушају да обезбеде ефективну конкуренцију упућивањем позива на преговарање у писаној форми једном или, ако је могуће, већем броју привредних субјеката²⁶.

Нови, важећи ЗЈН увео је новину у смислу класификовања наручилаца на јавне и секторске, па је самим тим дошло и до потребе за разврставањем врста поступака који се односе само на јавне, односно само на секторске наручиоце. Наиме, конкурентни поступак са преговарањем, може спровести само јавни наручилац под условима одређеним ЗЈН, док преговарачки поступак са објављивањем јавног позива може спровести само секторски наручилац. Јавни наручилац, с тим у вези, а како је прописано ЗЈН, доделу уговора по правилу врши у отвореном или рестриктивном поступку. Овај поступак доделе уговора се може вршити и у другим поступцима јавне набавке ако су за то испуњени услови прописани законом, али се не може спроводити преговарачки поступак са објављивањем јавног позива, који је намењен секторским наручиоцима. С

²³ ЗЈН, чл. 60. ст. 5.

²⁴ Више о фазама и разлозима за спровођење преговарачких поступака без објављивања јавног позива видети чл. 61 ЗЈН.

²⁵ Ово начело прописано је чл. 7 ЗЈН, а остала начела (економичности и ефикасности, транспарентности поступка јавне набавке, једнакости привредних субјеката, као и начело пропорционалности) прописана су чл. 6, 8-10.

²⁶ Изузетак од овог правила је свакако у случајевима када ЗЈН изричито прописује могућност преговарања само са једним понуђачем.

друге стране, секторски наручилац доделу уговора по правилу врши у отвореном, рестриктивном поступку, преговарачком поступку са објављивањем или конкурентном дијалогу, а може да врши и у другим поступцима јавне набавке ако су за то испуњени услови прописани ЗЈН, док не може спроводити конкурентни поступак са преговарањем, који је намењен јавним наручиоцима.

3.4. Мониторинг над применом прописа о јавним набавкама

Мониторинг над применом прописа о јавним набавкама је у надлежности Канцеларије за јавне набавке. Циљ ове активности је спречавање, откривање и отклањање неправилности које могу да настану или су настале приликом примене Закона о јавним набавкама. За нормативно регулисање ове области донет је и Правилник о мониторингу над применом прописа о јавним набавкама.²⁷ Поступак мониторинга покреће се по службеној дужности или по примљеном обавештењу правног или физичког лица, органа државне управе, органа аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе и других државних органа.

У смислу Правилника о мониторингу над применом прописа о јавним набавкама, мониторинг према врсти може бити: редован, ванредан, контролни и допунски. Редован мониторинг се спроводи према донетом годишњем плану мониторинга и по службеној дужности у случају када наручилац намерава да спроведе преговарачки поступак без објављивања јавног позива.²⁸ Ванредан мониторинг се спроводи по пријему обавештења од стране правног или физичког лица, органа државне управе, органа аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе и других државних органа.²⁹ Контролни мониторинг се спроводи ради утврђивања извршења препорука које је Канцеларија за јавне набавке у свом извештају о спроведеном мониторингу упутила субјекту мониторинга. Допунски мониторинг се спроводи по службеној дужности ради утврђивања чињеница од значаја за мониторинг, а које нису утврђене у редовном, ванредном или контролном мониторингу.³⁰ Одредбом члана 180, ст. 5.

²⁷ Правилник о мониторингу над применом прописа о јавним набавкама „Службени гласник РС“, бр. 93/2020.

²⁸ Видети чл. 6. Правилника о мониторингу над применом прописа о јавним набавкама

²⁹ Правилник о мониторингу над применом прописа о јавним набавкама, чл. 4. ст. 2.

³⁰ Правилник о мониторингу над применом прописа о јавним набавкама, чл. 3.

Закона о јавним набавкама прописани су случајеви када се мониторинг не спроводи. То су случајеви када се утврди да Канцеларија за јавне набавке није надлежна, утврди да је прошао рок од три године од завршетка поступка јавне набавке или закључења уговора без спровођења поступка, или ако се из обавештења не може утврдити подносилац и подаци од значаја за поступање.

Након што се обави мониторинг, приступа се припреми извештаја о спроведеном мониторингу.³¹ Канцеларија за јавне набавке је дужна да Влади и Народној скупштини достави годишњи извештај о спроведеном мониторингу и то најкасније до 31. марта текуће године за претходну годину.

4. ЕКОНОМСКА ДИМЕНЗИЈА ЈАВНИХ НАБАВКИ

Милтон Фридман, познати економиста, дели све врсте трошења новчаних средстава у четири категорије: трошење новца за своје сопствене (личне) потребе, трошење сопственог новца за туђе потребе, трошење туђег новца за личне потребе, трошење туђег новца за туђе потребе.³² Када се говори о рационалном коришћењу средстава, може се рећи да се најрационалније понашамо у оним тренутцима када сопствени новац трошимо за личне потребе. У истом смеру је и негативан аспект, односно ситуација када се исказује најнижи степен рационалности је када се туђа новчана средства користе за остварење туђих потреба. Управо је овај други случај карактеристичан када говоримо о јавним набавкама (тзв. „парадокс јавног добра“).³³

³¹ О подацима које треба да садржи Извештај о мониторингу видети чл. 9. Правилника о мониторингу над применом прописа о јавним набавкама.

³² Наведено према: Љ. Маџар, Механизми мобилизације и алтернативне алокације јавних средстава, Студија бр. 1, Београд, 2008, 8.

³³ Овај феномен се другачије назива „парадокс јавног добра”, зато што је примећено да људи користе јавна добра мање ефикасно него приватна добра. На пример, директор неке основне школе сигурно неће бити тако пажљив (када говоримо о цени, квалитету, итд.) када набавља опрему за школу, ако његово понашање поредимо са ситуацијом када купује опрему за свој сопствени стан. Другим речима, људи се понашају другачије кад купују туђим новцем, зато што немају тај „уграђени” мотив за ефикасније коришћење новца, што проузрокује преплаћивање добара у поређењу са ценама које постижу приватни купци. Једини рационалан начин да се овакве ситуације превазиђу јесте да се наметну правне норме, у виду Закона о јавним набавкама, који треба да натера наручиоце у јавном сектору да се понашају што сличније купцима у приватном сектору. Кнежевић, Б.

Економски гледано, у поступку јавне набавке, одвија се посебна врста надметања између понуђача - тзв. надметање затвореним понудама. Та врста надметања омогућава да понуђачи, односно продавци/извођачи искажу своје резервационе цене (најниже цене по којима су спремни да продају добро, услугу или рад. С друге стране, наручилац (односно економском терминологијом речено - купац) своју спремност за плаћање првобитно исказује преко процењене вредности добра, услуге или рада. У том случају, купац је спреман да плати предмет набавке онолико колико процењује или чак и више од тога у зависности од конкретних понуда понуђача. Онај понуђач који понуди нижу цену у односу на цене других понуђача има предност над осталима. Та цена може бити једнака процењеној вредности предмета набавке или виша од те вредности.³⁴

Обзиром да се у улози купца јавља држава, као и да се добро, услуга или рад, плаћа новцем пореских обвезника, свакако је интерес државе (пореских обвезника) постићи што је могуће нижу цену за реализацију јавне набавке. Циљ наручиоца јесте укључивање што већег броја понуђача, како би се испоштовало начело економичности и прибавила најбоља понуда, односно извршила услуга или обавили радови одговарајућег квалитета. Другим речима, што се мање троши на набавку добара, услуга или радова, мање се оптерећује државни буџет, чију структуру на страни јавних прихода чине, у највећој мери, порези. Према томе, мање трошење на јавне набавке генерише мање задирање у лично благостање (богатство) пореских обвезника. Овај аспект размене везан је за дистрибутивну функцију тржишта, односно за расподелу доходака.³⁵

Одговарајућа политика и пракса у области јавних набавки доприноси стварању ста-билног тржишта, које је од виталног значаја за домаћа предузећа у условима отежаног наступа у иностранству. Поштовањем основних начела јавних набавки – економичности и ефикасности, једнакости понуђача, обезбеђивања конкуренције и транспарентности, остварују се значајне уштеде, бољи квалитет робе и услуга искраћивање рокова испоруке.³⁶

Јавне набавке: уштеда буџетског новца и приближавање европским стандардима, *Школа бизниса*, 3/2010, 81.

³⁴ Љ. Николић, А. Мојашевић, *op. cit.*, 119.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ С. Остојић, Н., Дамњановић, „Економски значај јавних набавки“. *Трендови у пословању*, 2013, 1(2), 34.

Јавне набавке су област која све више добија на значају у земљама Европске уније. Удео јавних набавки у бруто домаћем производу земаља ЕУ повећао се током последњих година и достигао 16%. Истовремено су, као резултат унапређења регулативе и њене све ефикасније примене, остварене уштеде од 30%.³⁷ У оквиру Програма развоја јавних набавки у Републици Србији за период 2019–2023. године наводи се да је у 2017. години учешће јавних набавки у бруто домаћем производу износило 7,68%, док је у 2018. години забележен благи пораст (7,98%). Обим учешћа јавних набавки у бруто домаћем производу указује на то да јавне набавке имају важан утицај на општи економски раст, заснован на развијеној тржишној конкуренцији. Јавне набавке су један од инструмената који може значајно да допринесе остваривању програма паметног и одрживог економског раста, кроз обезбеђивање ефикасног коришћења јавних средстава, развој конкуренције и побољшање услова за иновације у пословању. Ефикасност јавних набавки има директан или индиректан утицај и на друге јавне политике, као што су фискална дисциплина, модернизација јавне управе, подстицање малих и средњих предузећа, иновације, еколошки и социјално одржив раст, борба против корупције и др. Полазећи од напред наведеног, потребно је да се настави с унапређењем националног система јавних набавки.

С тим у вези јесте и економска димензија ове институције која се огледа у томе што у овом поступку учествују (и уговор закључују) привредни субјекти - држава у улози наручиоца и, најчешће, предузећа у улози понуђача. Осим тога, набавку добара, услуга или радова прати значајна количина новчаних средстава, што додатно одсликава економску димензију ове институције. Између осталог, то је можда и најважнији разлог због чега је свака савремена држава заинтересована да уреди овај поступак, како би се он одвијао законито и транспарентно.

Може се закључити да су правна и економска димензија јавних набавки међусобно повезане, условљене, односно у корелативном односу, па самим тим овај институт има обележје хетерогености.

5. ЗАКЉУЧАК

Јавна набавка је процес набавке добара, услуга и радова од стране наручилаца, који им омогућава несметано функционисање и обављање послова, као и реализацију бројних пројеката, уз истовремено

³⁷ *Ibid.*

обезбеђивање најбоље вредности за новац. Исто тако, јавна набавка је поступак идентификовања онога што је потребно, идентификовања најбоље особе или организације која би могла да удовољи тој потреби, осигуравајући да се оно што је потребно испоручи на право место, у право време и по најбољој цени и по поштеној цени и на транспарентан начин. Јавне набавке представљају посебну правну и економску институцију, којом се прописују правила понашања привредних субјеката, државе као наручиоца и привредних субјеката као понуђача, у сложеним правним односима. Свака економија има компаније и институције које се финансирају из владиног буџета³⁸, али у свом свакодневном пословању ове корпорације набављају робу и услуге од приватних компанија. Познат као јавна набавка, овај начин продаје добара и услуга владиним властима веома је атрактиван за приватне компаније због сигурног плаћања, али је као резултат тога подложен потенцијалној злоупотреби.

Иако је учињено много на пољу усклађивања домаће легислативе са међународним стандардима у области јавних набавки, у нашој земљи поверење у систем јавних набавки је и даље на релативно ниском нивоу, посебно са аспекта подложности корупцији и злоупотребама. У том контексту изузетно је важно нагласити да је за успостављање ефикасног система јавних набавки и антикоруптивну борбу нужно предузимање различитих превентивних и корективних мера на свим нивоима друштва, дакле не само у погледу поступања уговорних органа и понуђача, већ и укупног односа према овом питању читаве јавне администрације и свих других јавних и приватних субјеката, као и надлежних контролних органа.

Данас јавне набавке имају улогу промовисања иновација, заштите животне средине, а значај набавки се пребацио са регулисања поступака доделе уговора на стратешко управљање целокупним циклусом набавки (од планирања, надметања, процене понуда, до примене и контроле целокупног процес набавке), уз одржавање интегритета и спречавање корупције. Ако наручиоци учине поступке јавних набавки доступнијим понуђачима, вероватно ће се повећати број понуда које ће задовољити њихове потребе, па се стога верује да ће се трошкови набавке цена знатно смањити. Да би јавне набавке могле да играју ову стратешки важну улогу на очекиван начин, неопходно је да систем јавних набавки буде успешан у

³⁸ Владине набавке могу често бити један од извора неефикасности у јавном сектору. Примера ради у пракси се дешава да процедуре које држава пропише да би сузбила корупцију и уштедела новчана средства, често доводе до повећања трошкова владиних набавки.

обављању својих функција, а кључни предуслов за стварање ефикасног и недискриминаторног система јавних набавки јесте успостављање одговорности и контроле у овој области. Међутим, шире гледано, успостављање система одговорности и контроле много је сложенији и већи изазов у јавном сектору него у приватном. Нарочито јер постоје велике разлике између појединих делова јавног сектора. Нови Закон о јавним набавкама (2019) још више је смањило могућност за малверзације са јавним набавкама. Доношењем ЗЈН, у нашој земљи је на целовит начин регулисана ова област. Очекује се да ће даља примена ЗЈН донети велике економске користи, како за појединце, тако и за друштво у целини и да још ефективније трасира даљи правац за кретање наше земље на европском путу. Стварање добрих решења и њихово ширење кроз реформисану организациону структуру система јавних набавки требало би да допринесе побољшању капацитета наручилаца. Јачи капацитети купаца убрзавају стварање и примену нових добрих решења и сузбијање неправилности.

Може се закључити да су јавне набавке значајна, како правна, тако и економска институција, преко које држава одлучује шта ће купити, као и по којим ценама, и које представљају кључни инструмент кроз који влада остварује неке од својих стратешких циљева, као што је нпр. економски развој, унапређење запошљавања итд. Укратко, јавне набавке су област у којој постоји правна и економска интеракција између јавног и приватног сектора.

ЛИТЕРАТУРА:

Кнежевић, Б. Јавне набавке: уштеда буџетског новца и приближавање европским стандардима, *Школа бизниса*, 3/2010, 75-82.

Николић, Љ., Мојашевић, А. *Економија за правнике*, Медивест, Ниш, 2016.

Остојић, С., Дамњановић, Н. „Економски значај јавних набавки“. *Трендови у пословању*, 2013, 1(2), 33-38.

Приручник за обуку и полагање испита за стицање сертификата за службеника за јавне набавке, 2020.

Тошев, Д. Т. „Вишекритеријумска анализа у процесу јавних набавки“. *Војнотехнички гласник*, 60(3), 2012, 109-124.

Правни извори:

Закон о јавним набавкама „Службени гласник РС“, бр. 91/2019.

Закон о општем управном поступку – ЗУП „Службени гласник РС“, бр. 18/16 и 95/18 – аутентично тумачење.

Закон о облигационим односима – ЗОО „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – УСЈ, 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, 44/99 – др. пропис и „Службени гласник РС“, бр. 18/20.

Одлука о утврђивању Списка наручилаца из члана 3. став 1. тачка 1) Закона о јавним набавкама „Службени гласник РС“, бр. 85/20.

Уредба о јавним набавкама у области одбране и безбедности „Службени гласник РС“, бр. 93/20.

Уредба о организацији и начину обављања послова централизованих јавних набавки на републичком нивоу „Службени гласник РС“, бр. 116/2020.

Уредба о начину обављања послова централизованих јавних набавки на републичком нивоу „Службени гласник РС“, бр. 116/20.

Правилник о садржини конкурсне документације у поступцима јавних набавки „Службени гласник РС“, бр. 21/21.

Правилник о поступку отварања понуда „Службени гласник РС“, бр. 93/20.

Правилник о мониторингу над применом прописа о јавним набавкама „Службени гласник РС“, бр. 93/20.

Правилник о утврђивању општег речника набавке „Службени гласник РС“, бр. 93/20.

Правилник о утврђивању садржине стандардних образаца за објављивање огласа о јавној набавци преко Портала јавних набавки „Службени гласник РС“, бр. 93/20.

Правилник о измени и допуни Правилника о поступку и условима за стицање сертификата за службеника за јавне набавке и вођењу Регистра службеника за јавне набавке „Службени гласник РС“, бр. 21/21.

Правилник о поступку и условима за стицање сертификата за службеника за јавне набавке и вођењу Регистра службеника за јавне набавке „Службени гласник РС“, бр. 93/20.

Упутство о начину слања и објављивања огласа о јавној набавци „Службени гласник РС“, бр. 93/20.

Упутство за коришћење Портала јавних набавки „Службени гласник РС“, бр. 93/20.

Правилник о садржини Регистра понуђача и документацији која се подноси уз пријаву за регистрацију понуђача „Службени гласник РС“, бр. 17/20.

Правилник о изменама и допуни Правилника о садржини Регистра понуђача и документацији која се подноси уз пријаву за регистрацију понуђача „Службени гласник РС“, бр. 94/20.

Динарска вредност европских прагова „Службени гласник РС“, бр. 93/20.

Mirjana IVAZ

Assistant at the Faculty of Law, University of Priština in Kosovska Mitrovica

PUBLIC PROCUREMENT AS A LEGAL AND ECONOMIC INSTITUTION

Summary

The aim of this paper is to analyze the legal and economic dimension of public procurement institutes. In that sense, when it comes to the legal dimension, European and national legislation is analyzed. The economic dimension is particularly emphasized, as public procurement is considered a key component of public service delivery, good governance and a sustainable economy characterized by inclusive growth. A well-organized and unified public procurement system provides conditions for free action of competition among bidders, which further enables the state to, under the most favorable conditions, procure goods, services and works of the required quality and thus, in the most economical way, use taxpayers' money. the money"). This creates significant savings of budget money (taxpayers' money) and enables the saved funds to be used to increase the quantity and quality of services provided by the state to citizens, which increases the standard of living. Through greater transparency, together with open and strong competition in the field of public procurement, it contributes to strengthening the competitiveness of domestic companies, which is a key factor in accelerating economic development, employment growth and living standards of citizens.

Key words: public procurement, legal dimension, economic dimension.

УПУТСТВО АУТОРИМА

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Рукопис рада мора бити компјутерски обрађен коришћењем програма WORD, на формату странице А4, у фонту Times New Roman (величина фонта 12pt, размак између редова 1,5), писан на српском језику, ћириличним писмом (Serbian, Cyrillic Serbia). Уколико је рад писан на неком од страних језика у широј употреби у међународној комуникацији, потребно је да садржи резиме и кључне речи на српском језику и писму.

Обим рада је један ауторски табак, који, према претходним упутствима износи до 16 страна компјутерски обрађеног текста.

Рад се предаје у електронском облику и подлеже обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

2. ФОРМА И СТРУКТУРА

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводе се подаци о аутору (ауторима): академска титула, име и презиме, звање, афилијација (у фусноти и електронска адреса). Ови подаци се достављају и на енглеском језику, уз резиме.

НАСЛОВ рада се пише на средини, великим словима, фонт 12, након чега следе апстракт обима до 20 редова и кључне речи (максимум пет).

ПОДНАСЛОВИ се пишу на средини, великим словима, фонт 12, и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. малим словима, фонт 12, 1.1.1. – малим словима, фонт 12, итд.

Након интегралног текста рада, следе резиме (Summary) обима до једне стране, са подациома о аутору, насловом рада и кључним речима на енглеском језику (максимално пет), као и попис коришћене литературе (редослед: азбучни ред према почетном слову презимена аутора).

3. ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

Књиге се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив (*италик*), место издања, година издања (курентом – обично). Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., рр. и слично).¹

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом пре места издања. Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.²

Уколико се у раду цитира текст одређеног аутора, **код поновљеног цитирања** тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи ознака *op. cit* и број стране.³

Уколико се цитира **више радова истог аутора**, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка.

Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају ћирилична слова а, б, в, г, итд., после чега следи само број стране.⁴

Уколико постоји **више аутора** књиге или чланка (**до три**) раздвајају се зарезом.⁵

Уколико се цитира књига (чланак) са **више од три аутора**, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице *et al.*⁶

Наредно цитирање.⁷

Уколико се цитира податак са исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница *Ibid*, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора): *Ibid*.

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *Ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају; *Ibid*, 69.

¹ З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд, 2010, 254.

² З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд, 2010, 265.

³ З. Стојановић, *op. cit.*, 265.

⁴ З. Стојановић (2010), 265; З. Стојановић (2010а), 222; З. Стојановић (2010б), 223.

⁵ С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *Криминологија*, Прометеј, Београд, 2010.

⁶ М. F. Aebi et al., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Fifth Edition, HEUNI, Den Haag, 2010.

⁷ М. F. Aebi et al., (2010), 254.

Чланци се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив часописа (*италик*), број и годиште, место и година издања, број стране (све курентом - обично).⁸

Прописи се наводе пуним називом, потом се **под наводницима** наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања. Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати. Уколико је било измена и допуна прописа, наводе се sukcesивно бројеви и године објављивања измена и допуна.⁹

Навођење **судских одлука** треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

Цитирање **текстова с интернета** треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице и датум приступа страници.¹⁰

⁸ С. Перовић, „Право на слободу и природно право“, *Правни живот*, бр. 7-8, Београд, 2004, 9.

⁹ Закон о облигационим односима – ЗОО, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78.

¹⁰ Recommendation No. R (99)4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning The Legal Protection Of Incapable Adults, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf), 15. децембар 2020. године.

Рецензенти

1. Проф. др Душанка Јововић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
2. Prof. dr Dragan Bolanča, Pravni fakultet Univerziteta u Splitu, Hrvatska,
3. Проф. др Љубомир Митровић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
4. Проф. др Миомира Костић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу,
5. Prof. dr Victoria Serzhanova, Habilitated Doctor of Juridical Sciences, Institute of Legal Sciences, Rzeszow University, Пољска,
6. Проф. др Дарко Симовић, редовни професор Криминалистичко-полицијског Универзитета у Београду,
7. Prof. dr Maria Genrikhovna Reshnyak, University of the MFA of Russia, Faculty of International Law Moscow State University for International Relations, Москва, Русија,
8. Проф. др Бранислав Ристивојевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду,
9. Проф. др Ђорђије Блажић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
10. Проф. др Владимир Боранијашевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
11. Проф. др Слободан Орловић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду,
12. Проф. др Олга Јовић-Праиновић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
13. Проф. др Сава Аксић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
14. Проф. др Слободанка Перић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

15. Prof. dr Ante Novokmet, vanredni profesor Univerziteta „J. J. Strossmayer“ u Osijeku, Hrvatska,
16. Проф. др Тина Пржеска, ванредни професор Правног факултета ”Јустинијан Први” Универзитета ”Св. Кирило и Методије”, Скопље, Северна Македонија,
17. Проф. др Горан Марковић, ванредни професор Правног факултета универзитета у Источном Сарајеву,
18. Проф. др Љубинка Ковачевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
19. Проф. др Ангел Ристов, ванредни професор Правног факултета ”Јустинијан Први” Универзитета ”Св. Кирило и Методије”, Скопље, Северна Македонија,
20. Проф. др Зорица Вукадиновић-Радојичић, ванредни професор Криминалистичко-полицијског Универзитета у Београду,
21. Проф. др Андреја Катанчевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
22. Проф. др Душица Миладиновић-Стефановић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу,
23. Проф. др Биљана Каровска Андоновска, ванредни професор Војне Академије ”Генерал М. Апостолоски” у Скопљу, Универзитет ”Гоце Делчев” у Штипу, Северна Македонија,
24. Проф. др Дарко Димовски, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу,
25. Др Милица Колаковић-Бојовић, виши научни сарадник Института за криминолошка и социолошка истраживања у Београду,
26. Проф. др Емир Ћоровић, ванредни професор Државног Универзитета у Новом Пазару,
27. Проф. др Јелена Беловић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
28. Проф. др Дејан Мирковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
29. Проф. др Огњен Вујовић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

30. Проф. др Страхиња Миљковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
31. Проф. др Бојан Бојанић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
32. Проф. др Драган Благоић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
33. Проф. др Саша Атанасов, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
34. Dr Miklos Tihanyi, Senior Lecturer, University of Public Service, Faculty of Law Enforcement, Будимпешта, Мађарска,
35. Dr Valerio Massimo Minale, Assistant Professor, Università degli Studi di Napoli Federico II, Напуљ, Италија,
36. Доц. др Иван Ђокић, доцент Правног факултета Универзитета у Београду,
37. Доц. др Вељко Турањанин, доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу,
38. Доц. др Новак Крстић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу,
39. Доц. др Душко Челић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
40. Доц. др Срђан Радуловић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
41. Доц. др Сузана Димић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
42. Доц. др Мирјана Ђукић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
43. Доц. др Гордана Дамјановић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
44. Доц. др Данијела Петровић, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

616.98:578.834(497.11)(082)
340.1:316.64(497.11)(082)
316.64(082)
341.231.14(082)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп "Правни систем у времену нове реалности" (2021 ; Косовска Митровица)

Зборник радова / Међународни научни скуп "Правни систем у времену нове реалности", Косовска Митровица, 24. септембар 2021. ; [главни и одговорни уредник Здравко Грујић]. - Косовска Митровица : Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2021 (Краљево : Кварк). - 435 стр. ; 25 cm

Тираж 100. - Стр. [I]: Реч уредника / Здравко Грујић. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-86-6083-076-2

а) Ковид 19 -- Пандемија -- Правни аспект -- Зборници б) Ковид 19 -- Пандемија -- Друштвене прилике -- Зборници в) Права човека -- Међународна заштита -- Зборници

COBISS.SR-ID 41450249



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ

38220 Косовска Митровица, ул. Лоле Рибара 29
e-mail: pra@pr.ac.rs, www.pra.pr.ac.rs



 **кварк**
www.gr-kvark.co.rs

ISBN 978-86-6083-076-2



9 788660 830762