

**СЕЋАЊЕ НА ДР ЈОВАНА ЂИРИЋА
– ПУТЕВИ ПРАВА**



Институт за упоредно право

**СЕЋАЊЕ НА ДР ЈОВАНА ЂИРИЋА
– ПУТЕВИ ПРАВА**

Уредници:
Проф. др Јелена Ђеранић Перишић
Проф. др Владимир Чоловић

Београд, 2023.

СЕЋАЊЕ НА ДР ЈОВАНА ЂИРИЋА – ПУТЕВИ ПРАВА

Издавач

Институт за упоредно право у Београду

За издавача

Проф. др Владимир Чоловић

Уредници

Проф. др Јелена Ђеранић Перишић

Проф. др Владимир Чоловић

Рецензенти

Академик проф. др Мирко Васиљевић

Академик проф. др Радован Вукадиновић

Проф. др Владан Петров

Тираж

100

Дизајн корица

Александра Вишекруна

Техничка припрема

„Агенција СОКО”

Штампа

ЈП „Службени гласник”

ISBN 978-86-82582-11-3

DOI 10.56461/ZR_23.IMJC

Зборник је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049).

© Институт за упоредно право, Београд 2023

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

САДРЖАЈ

УВОДНА РЕЧ	7
------------------	---

І ДР ЈОВАН ЂИРИЋ КАО СУДИЈА

Драгутин Аврамовић

О ИЗДВОЈЕНОМ САГЛАСНОМ МИШЉЕЊУ СУДИЈЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ ЈОВАНА ЂИРИЋА ПОВОДОМ ВАНРЕДНОГ СТАЊА 2020. ГОДИНЕ.....	13
--	----

Драган Батавељић

УСТАВНА РЕВИЗИЈА ИЗ 2022. ГОДИНЕ – ЗНАЧАЈАН КОРАК НА ПУТУ КА ЕВРОПСКОМ ПРАВОСУЂУ	23
---	----

Лука Бренеселовић

НАЧЕЛО ЈЕДНАКОСТИ У ПРАКСИ НАШЕГ УСТАВНОГ СУДА И У УПО- РЕДНОМ ПРАВУ.....	41
--	----

Весна Ђорић, Ана Кнежевић Бојовић

ИЗМЕНЕ ЗАКОНА О ЗАШТИТИ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ ИЗ 2023 – УЛОГА УСТАВНОГ СУДА.....	63
---	----

ІІ ДР ЈОВАН ЂИРИЋ КАО КРИВИЧАР

Вања Бајовић

МАСОВНИ НАДЗОР ИНТЕРНЕТА И ДИГИТАЛНИХ КОМУНИКАЦИЈА.....	87
---	----

Игор Вуковић

О УВРЕДИ – АКТУЕЛНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У КРИВИЧНОПРАВНОЈ ЗАШТИТИ	109
---	-----

Наташа Делић, Драгана Коларић

МАРГИНАЛИЈЕ О МРЖЊИ У СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ	137
---	-----

Ђорђе Ђорђевић

ЗДРАВСТВЕНИ РАДНИЦИ КАО УЧИНИОЦИ И КАО ЖРТВЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА.....	175
---	-----

Ђорђе Игњатовић

ШТА ЈЕ ЗЛОЧИН (КРИМИНОЛОШКИ АСПЕКТ)?.....	193
---	-----

Љубинка Ковачевић

СПОНЕ РАДНОГ И КРИВИЧНОГ ПРАВА.....	209
-------------------------------------	-----

Наташа Мрвић Петровић, Мирјана Глинтић

ПРЕВАРНИ ПОСТУПЦИ У ДЕЛАТНОСТИ ОСИГУРАЊА.....	239
---	-----

Марио Рељановић

КРИВИЧНО ДЕЛО „ПОВРЕДА ПРАВА ПО ОСНОВУ РАДА
И ПРАВА ИЗ СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА”261

III ДР ЈОВАН ЂИРИЋ КАО НАУЧНИК

Јелена Вукадиновић Марковић

ОД АРБИТРАЖНОГ УГОВОРА У ПИСМЕНОЈ ФОРМИ
ДО АРБИТРАЖЕ БЕЗ УГОВОРА279

Душко Димитријевић

РАД КОМИСИЈЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО НА КОДИФИКАЦИЈИ
ПРАВИЛА О СУКЦЕСИЈИ ДРЖАВА У ОДНОСУ
НА ДРЖАВЉАНСТВО ФИЗИЧКИХ ЛИЦА295

Борис Кривокапић

ПЕРИОДИЗАЦИЈА РАЗВОЈА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА319

Александра Рабреновић, Милица Матијевић

ИЗАЗОВИ ПРОЦЕСА ЗАПОШЉАВАЊА ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА
У ЗЕМЉАМА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА333

Ивана Ракић

НАКНАДНА ОЦЕНА СПРОВЕДЕНИХ КОНЦЕНТРАЦИЈА
У ПРАВУ ЕУ – СЛУЧАЈ TOWERCAST349

Ива Тошић

УТИЦАЈ ЧЛАНА 22 ОПШТЕ УРЕДБЕ О ЗАШТИТИ ПОДАТАКА
О ЛИЧНОСТИ НА ПАМЕТНЕ УГОВОРЕ О ОСИГУРАЊУ361

Јелена Ђеранић Перишић

ДИФЕРЕНЦИРАНА ИНТЕГРАЦИЈА:
„ПЛОВИДБА НА ОТВОРЕНОМ МОРУ” – РЕФОРМА
И ПРОШИРЕЊЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ЗА 21. ВЕК375

Владимир Чоловић

СТЕЧАЈ, ПУТ КОЈИ ВОДИ И ДО НАМЕРНОГ
ОШТЕЋЕЊА ПОВЕРИЛАЦА399

Дејан Шупут

СВОЈИНСКА ТРАНСФОРМАЦИЈА СПОРТСКИХ КЛУБОВА
У СРБИЈИ – НЕДОВРШЕНА ТРАНЗИЦИЈА –415

УВОДНА РЕЧ

Поштовани читаоци,

Институт за упоредно право из Београда објављује овај зборник радова који је посвећен успоми на проф.др Јована Ђирића, судију Уставног суда Србије и дугогодишњег директора Института за упоредно право, који нас је дана 12. децембра 2022. године изненада напустио.

Проф. др Јован Ђирић рођен је у Београду, у коме је завршио основну школу и Пету београдску гимназију. Дипломирао је 1984. године на Правном факултету Универзитета у Београду. На истом факултету је магистрирао са темом „Кривично дело несавесног лечења”, а докторирао 2000. године одбранивши дисертацију на тему „Ванправни утицаји на казнену политику судова”. Научну каријеру започео је 1985. године у Институту за криминолошка и социолошка истраживања. У Институт за упоредно право, као афирмисани научни радник, прешао је 2000. године.

Др Ђирић је руковођење Институтом за упоредно право преузео 2007. године, када је опстанак Института био угрожен због одласка научног кадра и тешке финансијске ситуације. Од 2007. до 2016. године др Ђирић је својим ентузијазмом, несебичним залагањем, изузетном посвећеношћу и вером, пре свега у младе људе, обновио Институт, претворивши га у кућу младих научника које је привукао својом харизмом. Током деветогодишњег мандата др Ђирић је подстакао стваралаштво у оквиру Института и умногосте унапредио рад и положај ове научне установе. Осим тога, дао је значајан допринос институционалном уређивању и унапређењу стања у српској науци уопште. Такав рад др Ђираћа крунисан је Сретењским орденом, који је Институт за упоредно право, под његовим руководством, добио 2016. године. Ипак, оно најзначајније што је др Ђирић оставио у аманет Институту за упоредно право, и не само Институту, јесте да негује дух колегијалности, пријатељске отворености и разумевања, јер без тога ниједна институција не може да остварује своје циљеве.

Научни рад др Ђирића увек је био друштвено ангажован и односио се не само на различите области права и путеве права већ је укључивао и повезивање права са другим наукама које се баве човеком и друштвом. Захваљујући широком образовању, свестраним интересовањима и оригиналном и смелом приступу истраживачким темама и проблемима савременог друштва стекао је велико поштовање и популарност у академској заједници.

Томе је несумњиво допринела његова људска и научна честитост, вештина социјалне комуникације, добронамеран однос према сарадницима и изостанак било какве зле воље, што је и сам сматрао највећим комплиментом који је икада добио. А др Ћирић не само да није имао нимало зле воље, већ је увек и према свима ширио радост живота. Памтићемо га као човека који је знао да сваки сусрет претвори у догађај који се препричава и остаје у сећањима.

Др Ћирић је 2022. године објавио књигу „Путописи једног правника” која сведочи о широкој ерудицији, познавању уметности и његовом уметничком таленту. У свакој путописној причи садржаној у тој књизи, др Ћирић је, осим описивања свега занимљивог што је видео и враћања сећања на дивне тренутке са драгим људима, отварао једну, хвале достојну, димензију властите личности. Наиме, у свим путописним причама провејава његова ширина, толико често недостајућа данашњим интелектуалцима. Такође, у путописним причама садржане су и ауторове рефлексije о праву и правном систему земаља које је обилазио, и управо је то уреднике овог зборника инспирисало да му у наслову додају одређење „путеви права”.

Др Јован Ћирић је својим животом потврдио да је један од наших најистакнутијих правника. Потврдио је то не само својим правничким образовањем и деловањем већ и искреношћу, залагањем, ширином духа и интересовања, несебичношћу, изостанком било какве сујете, а надасве правдољубивошћу, што га је чинило достојним судије Уставног суда Србије, а нас, његове пријатеље и колеге, његовим поштоваоцима.

Зборник *Сећање на др Јована Ћирића – њушеви љрава*, аутори (пријатељи и колеге др Ћирића) и колектив Института за упоредно право остављају у аманет будућим генерацијама, које нису имале привилегију да др Ћирића лично упознају, а које ће о њему сазнавати путем његових радова и анегдота о њему.

Структура зборника *Сећање на др Јована Ћирића – њушеви љрава* је трипартитна, у настојању да обухвати, али и сажме, научни и стручни опус доктора Ћирића, у три тематске целине. Први део Зборника посвећен је др Јовану Ћирићу као судији Уставног суда Србије, што је била круна његове правничке каријере. Овај део садржи четири рада посвећена улози и пракси Уставног суда и уставном праву уопште. Други део посвећен је др Јовану Ћирићу као кривичару. Др Ћирић је најчешће писао о темама које се односе на кривично право, криминалну политику и криминологију. Овај део садржи осам радова који се баве различитим темама из области кривичног права и криминологије, као и радове који представљају споне између кривичног и других грана права. Ипак, научна радозналност и образовање др Ћирића превазилазили су области којима се примарно бавио. Стога трећи део Зборника, насловљен „Др Јован Ћирић као научник”, представља компилацију девет радова из различитих области права о којима су аутори својевремено имали привилегију да са њим разговарају. Баш као што је др Лука Бренеселовић,

један од аутора из овог зборника, својевремено рекао – писање прилога за овај зборник доживљава се као „наш последњи научни разговор са Ћиром”.

Уредници захваљују свим ауторима који су својим прилозима допринели квалитету Зборника у знак сећања на др Јована Ћирића. Поседну захвалност дугују Александри Вишекруни, М. А., стручној сарадници Института за упоредно право и др Владимиру Ћурићу, вишем научном сараднику Института за упоредно право који су својим драгоценим сугестијама допринели да Зборник изгледа овако, као и техничком уреднику Миловану Парезановићу. Наранџаста боја корица није одабрана само зато што је боја Института за упоредно право, већ и зато што симболизује ентузијазам, срећу, креативност, одлучност, успех, охрабрење и подстицај. Све те особине красиле су др Јована Ћирића.

УРЕДНИЦИ

ДР ЈОВАН ЂИРИЋ КАО СУДИЈА

О ИЗДВОЈЕНОМ САГЛАСНОМ МИШЉЕЊУ СУДИЈЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ ЈОВАНА ЋИРИЋА ПОВОДОМ ВАНРЕДНОГ СТАЊА 2020. ГОДИНЕ

Сажетак

У раду се анализира издвојено сагласно мишљење судије Уставног суда др Јована Ћирића поводом одлуке број ИУо 42/2020 о иницијативама за оцену уставности Одлуке о пројашењу ванредног стања током пандемије 2020. године. У издвојеном мишљењу се с правом у први план ставља сврсисходност, као елемент права који нарочито у ванредном стању добија на значају. Уз то се истовремено указује и на важност правне сигурности и правичности. Ћирић веома умешно проширује домен кривичноправног инстинкта крајње нужде и на поље уставног права, односно на постојање државе у условима ванредног стања. Он истиче вредност слободе, али, разумно, животи поставља као основни услов за остваривање слободе, али и свих других вредности. Аутор стоји на становишту да издвојено сагласно мишљење судије Ћирића представља важан допринос и прилој разумевању сложене политичко-правне природе инстинкта ванредног стања.

Кључне речи: Уставни суд Републике Србије. – Јован Ћири. – Ванредно стање. – КОВИД 19.

Разумевање природе института ванредног стања је нешто око чега постоје теоријска или могло би се рећи идеолошка размимоилажења веома дуго. Сама суштина института је од антике неспорна: *Salus populi suprema lex esto*. Али када се појаве конкретне околности које изискују прелазак на тај нередовни режим, долази до заостравања односа између државе и права, одлуке и норме, политичког и правног, конзервативног и либералног приступа.

То је био и случај приликом проглашења ванредног стања у Републици Србији 2020. године које је било узроковано пандемијом вируса КОВИД 19. У Уставни суд је пристигло више иницијатива за покретање поступка за оцену уставности и законитости Одлуке о проглашењу ванредног стања („Службени гласник РС”, број 29/20), које су Решењем (ИУо-42/2020) одбачене. Као претходно питање се наметнуло суштинско, теоријско питање

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Србија, d.avramovic@pf.uns.ac.rs

природе самог института ванредног стања. Велики број одговора се може читати у самом Решењу, а посебан допринос потпунијем разумевању природе овог института је садржан у издвојеном сагласном мишљењу судије Уставног суда др Јована Ђирића.

Ослањајући се на Перелмана, Ђирић истиче значај сврсисходности (која поред правичности и правне сигурности лежи у темељу права),¹ истовремено свестан опасности занемаривања форме која „(штити) суштину права”. Као искусан правник, он види да „превелико инсистирање на форми и формализму, може нас довести у апсурдну ситуацију да право постане претерано формализовано, па сасвим тим и испразно, тј. само себи циљ”.² Издвајајући сврсисходност као важан елемент права уопште, Ђирић подвлачи и да ниједна правна норма не може постојати без неког свог циља, без своје сврхе.³

Сигурно је да би се и Јеринг сложио са оваквим виђењем, јер је основ његовог учења да држава и право нису сврха сами себи, него само средство за сврху, за опстанак друштва. Иако види правну државу као савршену, у њој сагледава и један недостатак – способност за живот: „Искључива владавина закона је истозначна са одрицањем друштва од слободне употребе својих руку; оно би се везаних руку предало крутој нужности, беспомоћно стојећи пред свим животним ситуацијама и захтевима који не би били предвиђени у закону или за које би се овај показао као недовољан”.⁴ Јеринг држи да свет не постоји ради правде, већ да правда постоји ради света. Он сматра исправним да у случају сукоба то двоје, предност треба дати опстанку света, тако да наместо јуснатуралистичког: *fiat iustitia, pereat mundus*, треба да стоји: *pereat iustitia, vivat mundus*.⁵ Због тога, у случају ванредног стања, државна власт се служи правом нужде и посеже за „спасоносним делима”: „као што лађар баца товар преко оgrade када је у питању спасавање брода и посаде, тако и државна власт то сме и треба да учини са законом, ако је то једини пут да се друштво сачува од тешке опасности”.⁶ Стопама Јеринга и Радбруха, Ђирић је веома умешно указао на ту константну напетост која

¹ И Радбрух заснива идеју права на три вредности које покушава да помири: правди, правној сигурности и сврсисходности (указујући на многостраност идеје права). У случају колизије ових вредности (јер поред тога што право служи државној сврси, „служи и једној идеји која може доћи у колизију са неком сврхом блиској држави: правној сигурности, и једној идеји која је у првом реду одвојена од државе: правди”), Радбрух ради „опште добробити” ставља сврсисходност на последње место (као једино владајући принцип у полицијској држави), док на „чудно средње место” између сврсисходности и правде (која је једино владајући принцип за јуснатурализам) поставља правну сигурност (једино владајући принцип са гледишта правног позитивизма), Г. Радбрух, *Филозофија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998, 77–82, 185; Г. Радбрух, „Законско неправо и надзаконско право”, у: *Филозофија права* (ур. Г. Радбрух), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998, 227.

² Уставни суд, Решење о одбацивању иницијативе, ИУо-42/2020, *Службени гласник РС*, бр. 77/2020.

³ *Ibid.*

⁴ Р. Јеринг, *Циљ у праву*, Службени лист СРЈ – ЦИД – Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Београд – Подгорица – Нови Сад 1998, 186.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, 187.

влада између државе и права односно између норме и стварности, указујући на важност сврсисходности и то не само као елемента права уопште, већ и сваке правне норме посебно.

Можда најилустративније приказује природу ванредног стања запажање Томаса Џеферсона, главног аутора Декларације о независности у САД, које је изнео у писму упућеном Џону Колвину 20. септембра 1810. године. „Строго поштовање писаних закона је несумњиво једна од високих дужности доброг грађанина, али није највиша. Закони нужде, самоодржања, спасавања државе када је угрожена, јесу више обавезе. Изгубити своју земљу због слепог придржавања писаних закона, односно писаног права, значило би изгубити само право, живот, слободу, имовину и оне који је уживају заједно с нама; и тако апсурдно жртвовати циљ ради средства.”⁷ Интересантно је запазити да Џеферсон није желео да његови ставови о поступању у случају нужде који су изнети у овом писму изађу у јавност. То је посебно нагласио у писму истичући да се препустио слободнијим погледима на ово питање и ослањајући се на уверавање Колвина коме је писао (а на чије инсистирање је Џеферсон исказао став о овако деликатном питању) да писмо неће доспети у јавност.⁸ Колвин очигледно није поштовао договор, али из таквог његовог нечасног поступка, може се много сазнати о искреним ставовима поводом овако осетљивог политичко-правног института једног од очева оснивача САД и главног аутора једне од историјски најзначајнијих повеља о људским правима.

Као и Џеферсон некада, ни данас се неће одважити сваки правник да погледа истини у очи или бар то неће учинити јавно, већ ће живети у идеализованом, виртуелном свету, штитећи своје идеје строгим формализмом и неприкосновеним, једним јединим исправним виђењем правде које не сме бити поремећено макар пропао свет. Али то није био случај са Јованом Ћирићем.

Ћирић добро запажа да када сврха и циљеви неке правне норме стоје у супротности са сврхом и циљем неке друге норме, треба одабрати циљ и сврху који имају општији, већи значај. С обзиром на то да је кривична материја била у средишту Ћирићевог научног интересовања, он вешто отвара простор за преношење логике кривичноправног института крајње нужде као општег института и на подручје уставног права, тј. државне нужде приликом проглашења ванредног стања. Како истиче „када год се ради о крајњој нужди, у ствари се ради о сврсисходности, о консеквенцијалистичкој етици: највећа корист за највећи број људи”⁹ Чавошки је теоријски дефинисао (додуше, прилично искључиво) ванредно стање управо као стање државне нужде.¹⁰ И аутор ових редова се у својој магистарској тези, пливајући

⁷ T. Jefferson, *Political Writings* (eds. J. Appleby, T. Ball), Cambridge University Press, Cambridge 2004, 375.

⁸ *Ibid.*, 377.

⁹ Уставни суд, Решење о одбацивању иницијативе, ИУо-42/2020.

¹⁰ „Док се у редовним приликама сваки државни акт, укључујући и примену физичке принуде, може унапред предвидети, а најчешће и до танчина регулисати, у стању државне нужде то није могућно: не

кроз безобалну термилошку збрку могућих евроконтиненталних и англоамеричких правних појмова, определио за један генерички термин који би могао да обухвати различита изузетна стања у којима се може наћи држава, за термин „стање нужде”.¹¹

Да исту идејну основу има институт ванредног стања као и институт крајње нужде и да почивају на истим етичким принципима говоре и историјске чињенице. Мисао која се приписује Цицерону и везује првенствено за појединца и подручје кривичног права, а готово неизоставно се користи када се говори о ванредном стању – *inter arma silent leges* је само један пример. У чувеном говору *За Милона* Цицерон брани свог пријатеља Милона који је убио једног истакнутог римског грађанина и истиче ту идеју правдајући то дело аргументом самоодбране: „Док говори оружје, закони ћуте, не захтевајући од нас да чекамо на њих – јер ко тад чека на закон, тај ће неизбежно искусити неправду пре но што допре до правде. Штавише, и сам закон веома мудро и такорећи прећутно даје право на самоодбрану”.¹²

Бачић експлицитно тврди да ова два правна института имају исти корен, јер како каже, пре него што се појавио у уставном праву, појам стања нужности је сукцесивно уношен у друге гране права, прво у кривично, потом међународно јавно, а на крају и у грађанско право. Такође, он сматра да овакав поредак није случајан, већ је условљен „како карактером односа који постоје унутар предмета сваке од ових грана права посебно, тако и саме фундаменталне идеје о томе стању”.¹³ Очигледно је да стање нужде у кривичном и у уставном праву имају неке заједничке елементе: значај заштићених вредности (живот и добро појединца односно опстанак државе и грађана), неопходност наступања одређених објективних околности који су услов за примену ових института, изузетне околности у оба случаја оправдавају одступање од норме, оба института су изузетна по свом карактеру, оба института утичу на смањење правне сигурности, услови за примену оба института су стриктно прописани.¹⁴ Де Верготини правни основ за увођење ванредног стања чак и у уставним системима где је то недовољно предвиђено или није уопште предвиђено види у „нужди” коју схвата као врховну потребу за очувањем устава, која „омогућава прихватање прописа којима се одступа од формалног уставног текста, али који треба да очувају суштину

само да је врховна државна власт присиљена да користи много делотворнија средства принуде, већ мора да има и много већу слободу одлуке. Отуда, закон престаје да важи односно ћути тамо где ванредно стање настаје”, К. Чавошки, *Увод у право I*, Драганић, Београд 1994, 145.

¹¹ Д. Аврамовић, *Увођење ванредног стања* (магистарски рад), Нови Сад 2009, *passim*. На сличан начин поступају и Бачић и Чиплић, вид. А. Ваџић, *Устав и уставна диктатура (hrestomatija ustavnopravne i političke znanosti)*, Књижевни круг, Split 1992, *passim*; С. Чиплић, *Држава у ванредним приликама*, СЦИ, Нови Сад 1999, 46.

¹² Cicero, *Beseda za Milona*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци – Нови Сад 1998, IV 11.

¹³ А. Ваџић, 39.

¹⁴ Вид. Д. Аврамовић, 23.

устава”, при чему „нужда превладава над формалним легалитетом”.¹⁵ Тако се стање нужде заиста показује као универзална правна идеја.

У таквим околностима, очување важније вредности – живота захтева ускраћивање слободе. То су мере, како Ђирић квалификује, крајње нужде, сврсисходне мере (које су у време пандемије у различитим државама биле различите у зависности од многих фактора) под чиме подразумева и да су благовремене. Ђирић исправно указује на чињеницу да су питање сврсисходности, као и питање крајње нужде фактичка питања, на које се одговори могу тражити само од вештака одговарајуће струке, а не и од државних органа. Све и да је то било могуће учинити тако нешто пре проглашења ванредног стања, Ђирић је у праву да би „протекло драгоцене време, мере више не би биле благовремене, самим тим ни сврсисходне, а последице би биле далекосежно неповољне и цена у људским животима свакако далеко већа”.¹⁶ То је оно што Јеринг одређује као „спасоносна дела”. Добро примећује италијански професор Луиђи Гуцо у једном чланку објављеном у јеку пандемије ковида 19, да је право створено зарад човека, а не човек зарад права, да људи своје животе прилагођавају правилима, али да нас је овај вирус приморао да уместо тога прилагодимо правила нашим животима.¹⁷

Суштина државе и права упућује на то да су у питању живи организми, живи системи, а не производ искључиво теоријског надмудривања. Када је реч о ванредном стању нарочит проблем представља сложена политичко-правна природа овог института. С обзиром на ту политичку страну, Агамбен лепо примећује да постоји парадоксална ситуација са правним мерама које се не могу потпуно разумети с правног гледишта, као легална форма нечега што не може имати легалну форму.¹⁸ Те мере се увек могу политички правдати, али питање правне оправданости увек може бити и најчешће јесте спорно.

Када наступе непредвидиве околности које доводе у питање опстанак државе и грађана, шмитовски речено, право мора да се привремено повуче пред државом (у нашем народу је настала пословица „нужда закон мења”), одлука да се ослободи од сваке нормативне везаности. Тада нема места, а ни времена за теоријске расправе (као ни за строго формалистичко, позитивистичко цепања длаке на два дела) о томе да ли су дате околности довољан повод за увођење ванредног стање (то је поље одлуке – фактичке, политичке процене, а не норме која је свесно, због немогућности потпуног предвиђања могућих узрока, како на међународном, тако и на нашем националном нивоу остала недовољно и не потпуно одређена), да ли је очуван принцип

¹⁵ Ђ. де Верготини, *Упоредно уставно право*, Службени гласник, Београд 2015, 483.

¹⁶ Уставни суд, Решење о одбацивању иницијативе, ИУо-42/2020.

¹⁷ L. M. Guzzo, “Law and Religion during (and after) Covid-19 Emergency: the Law is Made for Man not Man for Law”, in: *Law, Religion and Covid 19 Emergency* (ed. P. Consorti), DiReSoM, Pisa 2020, 21.

¹⁸ Ђ. Агамбен, „Ванредно стање”, *Нова српска политичка мисао*, 1–4/2005, 135–136.

легалитета и како би се могла боље заштити људска права.¹⁹ Наравно, *post factum* је веома лако било какво поступање подврћи критици и трагати за пропустима. Да је опстанак државе и грађана био доведен у питање 2020. године у време пандемије (у теорији је неспорно да велике природне непогоде, као и епидемије великог обима могу бити повод проглашења ванредног стања)²⁰ говоре и искуства великог броја држава које су прибегле увођењу овог режима, који за разлику од неких других, сличних режима (попут ванредних ситуација код нас) омогућава ефикасније деловање и одступање од претежнијег броја људских права.²¹ Упркос мишљењу дела наше научне и стручне јавности да није било нужно проглашење ванредног стања (већ је било довољно увести режим ванредне ситуације), Ђорђевић и Станић исправно констатују чињеницу да је постојање опасности у време пандемије у домену „очито“, првенствено због недостатка информација о домаћају веома опасне болести, као и због потребе за хитношћу реаговања, и закључују да је било оправдано проглашење ванредног стања с обзиром на природу опасности која „ни на који начин није била локализована, нити се могла локализовати, предвидети развој догађаја итд., што све изискује, по самој логици ствари, примену ултимативних мера“.²²

Апсурд људских права је то што се скоро приближавамо тачки када ће се слобода перципирати као значајнија вредност од самог људског живота.

¹⁹ Још је Монтескије приметио уверен обичајима најслободнијих народа који су икада постојали да „има случајева када је, на часак, преко лица слободе потребно предацити вео, као што се прекривају кипови богова“, Ш. Монтескије, *О духу закона*, XII 19, Филип Вишњић, Београд 1989, I 224. Упечатљиве су речи и Бребана који сматра да у изузетним околностима „легалитет мора да `оде на одмор`, макар и привремено“, Г. Бребан, *Административно право Француске*, Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 2002, 213.

²⁰ Вид. нпр. М. Рајванчић, Г. Вукadinović, „Legal State, The Constitution and the State of Emergency – an Example of Serbia“, *Pravni život*, 14/2007, 311. Грин је на том месту изричит да суштинско значење појма „нужда“ обухвата различите феномене (а самим тим и неопходност ванредних одговора) као што су рат, оружана побуна, али и озбиљна природна катастрофа или избијање болести, упркос суштинским разликама које постоје између ових појава, А. Green, „Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights“, *German Law Journal*, Vol. 12, 10/2011, 1767. И Извештај Поткомисије Европске комисије за људска права приближавајући правни стандард „јавна опасност“ као услов за проглашење ванредног стања у чувеном тзв. Грчком случају из 1969. године (параграф 113), када помиње изузетност опасности или кризе као важан елемент, указује на то да нормалне мере или ограничења која предвиђа Конвенција за одржавање јавне безбедности, реда, али и *здравља* нису адекватне. Дакле, и угроженост здравља може бити повод за проглашење ванредног стања.

²¹ Ванредне ситуације су у Републици Србији нормативно одређене у основи, као један посебан, блажи правни режим, „нижи степен ванредног стања“, али „мимо Устава и без јасне разлике у погледу правне природе, карактера и операционализације те две установе“, Д. Аврамовић, Д. Симоновић, „Ванредно стање и ванредне ситуације у Републици Србији – (не)оправдани дуализам“, *Култура њолиса* 1/2012, 510.

²² М. Ђорђевић, М. Станић, „Проглашење ванредног стања у Републици Србији услед пандемије ковида 19“, у: *Пандемија ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. В. Ђурић, М. Глинтић), Београд 2021, 59. Чак ни аутори који изражавају нарочиту бојазан за демократске режиме у ванредном стању током пандемије, нису оспоравали оправданост увођења ванредног стања, већ само указивали на важност самоограничења државне власти и одржавања будности, вид. А. Wang, „Authoritarianism in the Time of COVID“, *Harvard International Review*, 23 May 2020 (<https://hir.harvard.edu/covid-authoritarianism/>, 30. 8. 2023.); F. Bleber, „Authoritarianism in the Time of Coronavirus“, *Foreign Policy*, 30 March 2020 (<https://foreignpolicy.com/2020/03/30/authoritarianism-coronavirus-lockdown-pandemic-populism/>, 30. 8. 2023.)

У праву је био Ђирић када је у издвојеном мишљењу истакао да не може бити речи о слободи ако нема живота, као и да „живот без слободе заиста није много вредан, али је живот основни услов и слободе и свих других вредности”.²³ Не спорећи вредност слободе која јесте суштина човека, опстанку човека увек треба дати предност, нарочито у околностима када се од појединих слобода одступа будно, селективно и *ириремено* (курзив аутора). А за све то, макар у таквим околностима, мора постојати минимално поверење у државу и право, упркос тенденцијама да се држава и тада држи под строгим надзором и контролом. Не могу се држава и право (нарочито приликом тумачења које заиста представља „царство права”) перципирати као појаве које стоје у антагонистичком односу у односу на грађане. У крајњој линији, сама та држава, као и право које она ствара, јесу одраз воље грађана. Да постоји ризик од могуће злоупотребе је такође непобитна чињеница, али са тим ризиком се мора рачунати.²⁴ Са том чињеницом се невољно и не увек отворено мири и доктрина правне државе, али и даље (што је у природи правне државе) настоји да што ближе „описе случај када право само себе суспендује”.²⁵

У сваком случају, у ванредном стању, који може бити фаза у животу сваке државе, како истиче и Ђирић, сврсисходност постаје централна вредност. Она у условима када се мора реаговати ефикасно и благовремено добија примат у односу над друге две важне вредности – правну сигурност и правду.²⁶ Као вредан прилог разумевању специфичне и контроверзне политичко-правне природе института ванредног стања ће остати трајно забележено издвојено сагласно мишљење судије уставног суда др Јована Ђирића поводом ванредног стања 2020. године.

²³ Уставни суд, Решење о одбацивању иницијативе, ИУо-42/2020.

²⁴ То је давно још Јеринг запазио: „Погрешно је веровати да интерес правне сигурности и политичке слободе захтева што веће ограничење државне власти путем закона; у основи тог веровања се налази чудновата представа да је власт зло против којег се треба из све снаге борити. Али, она је у ствари добро, код којег само, као и код сваког добра, да не бисмо спречавали могућност корисне употребе морамо да се помиримо и с могућношћу злоупотребе”, Р. Јеринг, 186.

²⁵ К. Шмит, „Политичка теологија”, у: *Норма и одлука – Карл Шмит и његови кријичари* (ур. Д. Баста), Филип Вишњић, Београд 2001, 95.

²⁶ У редовним приликама је могуће сложити са Радруховим одређењем да сврсисходност треба да буде на последњем месту у односу на захтеве правне сигурности и правде.

Dragutin AVRAMOVIĆ

Full Professor

University of Novi Sad, Faculty of Law

ABOUT SEPARATE CONCURRING OPINION BY JUDGE JOVAN ĆIRIĆ ON THE STATE OF EMERGENCY IN SERBIA IN 2020

Summary

The author analyses separate concurring opinion of the Constitutional Court of Serbia judge Jovan Ćirić considering the state of emergency in Serbia declared in 2020 due to COVID-19 pandemic. In the first part of his concurring opinion judge Ćirić rightly examines expediency firstly, as one of state of emergency crucial elements, which becomes outmost important in those occasions. In the same time he pays due attention to importance of other values, such as legal certainty and fairness. Ćirić very skillfully expands the domain of criminal law concept of extreme necessity to the field of constitutional law and to actions of the state in terms of emergency. He underlines value of freedom but in the same time he rightly posts life to the first place, as a basic precondition for fulfilling liberty and all other values. The author is of opinion that the separate concurring opinion of judge Ćirić is an important contribution to proper understanding of the complex legal and political nature of the state of emergency.

Key words: Constitutional Court of The Republic of Serbia. – Jovan Ćirić. – State of emergency. – Covid-19.

Литература

- Аврамовић, Д. (2009.), *Увођење ванредној стања* (магистарски рад), Нови Сад.
- Аврамовић, Д., Симовић, Д. (2012), „Ванредно стање и ванредне ситуације у Републици Србији – (не)оправдани дуализам”, *Култура јулиса* 1, 503–517.
- Агамбен, Ђ. (2005), „Ванредно стање”, *Нова српска јолијичка мисао* 1–4, 135–145.
- Ваџић, А. (1992), *Ustav i ustavna diktatura (hrestomatija ustavnopravne i političke znanosti)*, Književni krug, Split.
- Бребан, Г. (2002), *Административно право Француске*, Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица.

- Green, A. (2011), "Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights", *German Law Journal* 10, Vol. 12, 1764–1785.
- Guzzo, L. M. (2020), "Law and Religion during (and after) Covid-19 Emergency: the Law is Made for Man not Man for Law", in: *Law, Religion and Covid 19 Emergency* (ed. P. Consorti), DiReSoM, Pisa, 19–28.
- Де Верготини, Ђ. (2015), *Упоредно уставно право*, Службени гласник, Београд.
- Ђорђевић, М., Станић, М. (2021), „Проглашење ванредног стања у Републици Србији услед пандемије ковида 19”, *Пандемија ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. В. Ђурић, М. Глинтић), Београд, 51–65.
- Јеринг, Р. (1998), *Циљ у праву*, Службени лист СРЈ – ЦИД – Издавачка књижарница
- Зорана Стојановића, Београд – Подгорица – Нови Сад.
- Jefferson, T. (2004), *Political Writings* (eds. J. Appleby, T. Ball), Cambridge University Press, Cambridge.
- Монтескије, Ш. (1989), *О духу закона*, Филип Вишњић, Београд.
- Рајванчић, М., Вукadinović, G. (2007), „Legal State, The Constitution and the State of Emergency – an Example of Serbia”, *Pravni život* 14, 307–325.
- Радбрух, Г. (1998), *Филозофија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Радбрух, Г. (1998), „Законско неправо и надзаконско право”, у: *Филозофија права* (Г. Радбрух), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 222–233.
- Cicero (1998), *Beseda za Milona*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци – Нови Сад.
- Чавошки, К. (1994), *Увод у право I*, Драганић, Београд.
- Чиплић, С. (1999), *Држава у ванредним приликама*, СЦИ, Нови Сад.
- Шмит, К. (2001), „Политичка теологија”, у: *Норма и одлука – Карл Шмит и његови кријичари* (ур. Д. Баста), Филип Вишњић, Београд, 85–124.

Правни извори

Уставни суд, Решење о одбацавању иницијативе, ИУо-42/2020, *Службени гласник РС*, бр. 77/2020.

Интернет извори

- Bleber, F., „Authoritarianism in the Time of Coronavirus”, *Foreign Policy*, 2020, <https://foreignpolicy.com/2020/03/30/authoritarianism-coronavirus-lockdown-pandemic-populism/>, 30. 8. 2023.
- Wang, A., „Authoritarianism in the Time of COVID”, *Harvard International Review*, 2020, <https://hir.harvard.edu/covid-authoritarianism/>, 30. 8. 2023.

УСТАВНА РЕВИЗИЈА ИЗ 2022. ГОДИНЕ – ЗНАЧАЈАН КОРАК НА ПУТУ КА ЕВРОПСКОМ ПРАВОСУЂУ**

Сажетак

Имајући у виду да већ одавно, њакорећи, од самој доношења Устава Републике Србије из 2006. године, постоје захтеви за његовом делимичном или потпуном ревизијом, аутор је у оквиру овој рада, обавио једно веома значајно истраживање, које се односи на ирећу, веома значајну, ирану начела поделе власти – судску власт. Наиме, у свом истраживању, он је указао на однос законодавне и извршне власти (као политичких власти) према судској власти (као стручној власти). Од овој односа и поштовања Уставом и одговарајућим законима предвиђених пројиса, зависи спровођење владавине ирава. Република Србија се пре више од две деценије одределила за иуи евро-интеграција, ири чему је између ње и ЕУ закључено више међународних уговора. То је један веома сложен и дуј ироцес, у коме су обе стране потврдиле значај усклађивања важеће српској законодавства са законодавством ЕУ. Тиме се Република Србија обавезала да ће настојати да обезбеди постојећу хармонизацију својих закона са законодавством и иравним итековинама ЕУ. Такође, чланом 72. став 3. Споразума о стабилизацији и иридруживању, који је потпио на снагу 1. септембра 2013. године (потписан 29. априла 2008. године у Луксембургу), предвиђена важност усклађивања основних елемената иравних итековина о иравосуђу.

Кључне речи: Србија. – Евројска унија. – Устав. – Хармонизација. – Правосуђе. – Реформа. – Ревизија. – Народна скупштина. – Референдум.

1. Увод

Анализирајући правне аспекте процеса измене важећег Устава Републике Србије из 2006. године, треба рећи да у овом процесу запажамо мањак легитимитета. Наиме, најпре морамо указати на чињеницу да је овај Устав, као највиши општи правни акт наше земље донет, такорећи, без спроведене јавне расправе и неопходне дебате (изјашњавања) најважнијих чинилаца¹.

* Редовни професор на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, bataveljic@jura.kg.ac.rs

** Рад исте садржине под насловом „Промена Устава Републике Србије у области правосуђа и референдум из јануара 2022. године” објављен је у Зборнику радова *Усклађивање иравној сиситема Србије са стандардима Евројске уније* из 2022. године и за потребе овог Зборника прештампава се уз сагласност аутора.

¹ Посланици Народне скупштине нису били детаљно упознати са текстом Устава за који су гласали, већ је консензус био направљен међу руководством политичких партија, које су тада биле парламентарне странке.

Због тога су се сада, о том истом акту, грађани изјаснили на Референдуму сагласно Закону о референдуму и народној иницијативи. Међутим, не сме се испустити из вида да је тај исти Закон („Сл. гласник РС”, бр. 111/2021 и 119/2021) усвојен 25. новембра 2021. године (који је донет у периоду мањем од два месеца пре гласања) и то у једној, такође ужурбаној процедури, да би затим, захваљујући блокадама аутопутева, поново био промењен. После обрађених резултата, утврђено је да је на референдуму гласало мање од трећине уписаних бирача, тј. нешто мало преко 30%, од чега се око 62% изјаснило у корист потврђивања Акта о промени Устава, док је против било око 38% изашлих. Овде треба нагласити да је донет нови Закон о референдуму и народној иницијативи, ради његовог усаглашавања са важећим Уставом, али је он донет без јавне расправе и ступио је на снагу дан након изгласавања у Скупштини². Једна од значајних промена јесте укидање цензуса за референдум, тако да је сада постало неважно да ли на гласање изађе 1% или 51% проценат бирача.

Наиме, чланом 203. важећег Устава, који говори о његовој промени, предвиђено је да Народна скупштина Републике Србије, која је усвојила Акт о промени Устава (двотрећинском већином од укупног броја народних посланика) може одлучити да га и грађани потврде на републичком референдуму (став 6.). Оно што је битно нагласити, а због чега је и дошло до доношења новог Закона о референдуму и народној иницијативи, јесте чињеница да уставне одредбе предвиђају да је промена Устава усвојена, „ако је за промену на референдуму гласала већина изашлих бирача”³ (став 8.).

2. Неопходност измене важећег Устава у области правосуђа

Почетком децембра 2020. године Влада Републике Србије је поднела Народној скупштини, на основу члана 203. став 1. Устава РС и члана 142. Пословника Народне скупштине, предлог за промену важећег Устава РС и то, уставних одредби члана 4. и одредби које се односе на судове и јавна тужилаштва⁴ (чланови 142-165), као и промене одредби чланова 99, 105. и 172. Устава (ова последња три члана се односе на надлежност Народне скупштине и начин одлучивања у њој, као и избор и именовање судија Уставног суда). Наиме, извршна власт (Влада Републике Србије) је законодавној власти (Народној скупштини Републике Србије) предложила напред наведене промене највишег општег правног акта наше земље. Из тога се може закључити колики се значај даје правосуђу у процесу европских интеграција

² Сам Устав предвиђа да закони ступају на снагу осам дана од објављивања у Службеном гласнику, а само у изузетним околностима, када постоје нарочито оправдани разлози за то, може да ступи на снагу и раније. Поставља се питање да ли је постојао „нарочито оправдани разлог”?!

³ Према томе, ако је, на пример, изашло да гласа 100 бирача, од којих је 51 био „ЗА”, референдум је успео и прихваћене су уставне промене?!

⁴ Због чињенице да јавно тужилаштво осигурава једнакост грађана пред законом, „оно мора бити у могућности да своје надлежности врши независно од политичке моћи”.

од самог почетка, јер је јачање владавине права (и његових институција) постављено као приоритет, у циљу јачања независности, непристрасности, стручности, одговорности и ефикасности правосуђа, као пет основних начела његове реформе. Код законодавне и извршне власти је, одувек, постојала тежња да имају „изборну и сваку другу власт над судском влашћу”⁵. Иако таква решења постоје у свету, она се тешко могу правдати суштинским разлозима, јер „прве две власти се установљавају применом начела народне суверености, трећа власт применом начела професионалности”⁶. То значи да члан прве две власти (законодавне и извршне) може да буде сваки бирач, док члан треће власти (судске) може да буде само онај грађанин који поседује одговарајућу стручну спрему и који испуњава потребне законске услове за обављање своје професије.

Грађани су се на референдуму, одржаном 16. јануара 2022. године, изјаснили о промени Устава Републике Србије, при чему је од актуелне власти и одређених невладиних организација, током претходних месеци, путем средстава јавног информисања указивано на потребу да се изађе на гласање и да се подрже предложене уставне промене. То се правдало тиме да се ове измене у области правосуђа врше на препоруку Европске уније и да су саставни део европских интеграција Србије.

Познато је да референдум представља установу непосредног вршења грађана у вршењу власти, тј. облик директне демократије (како се то у теорији уставног права наводи), јер је он установа помоћу које бирачко тело изражава непосредним гласањем своје мишљење (гlediште, став) о одређеним мерама које је власт предузела или намерава да предузме. Због тога се постојање референдума објашњава теоријом народне суверености, па уколико је он прописан уставом (а то, у овом случају, јесте), то значи да власт има обавезу да га распише увек када то уставне одредбе предвиђају, а у складу са начином на који је то даље разрађено одговарајућим законима. Зато референдум, као уставна институција, има велики значај, јер грађани својим изјашњавањем дају подршку предлогу (акту) власти или ту подршку ускраћују.

За успех референдума и његово коректно спровођење, је посебно значајна чињеница да пре изјашњавања мора да буде спроведена широка јавна расправа на свим нивоима, да грађани буду детаљно упознати са оним о чему треба да се гласа, да питање о коме они треба да се изјасне мора да буде постављено јасно и недвосмислено⁷. Ни у ком случају питање не сме да буде сугестивно, двосмислено и да даје предност неком од могућих одговора, а бирачи морају да буду потпуно слободни да изразе своју вољу, да буду довољно квалификовани и потпуно обавештени. Наравно, у свему

⁵ Р. Марковић, „Нека судије и тужиоци мисле својом рођеном главом”, у: *Сведочанство и припреме за промену Устава од 2006. године и стипендија*, Друштво судија Србије, Београд 2018, 231.

⁶ *Ibid.*

⁷ На референдумско питање треба одговорити са „ЗА” или „ПРОТИВ”, тј. „ДА” или „НЕ”.

томе, изузетно важну улогу имају средства јавног информисања (медији), која морају да буду потпуно независна, непристрасна и слободна од било каквих утицаја са стране.

3. Усклађивање нашег законодавства са правом ЕУ путем уставних промена

На почетку овог дела рада, указаћемо на чињеницу, да све до данас, није пронађен идеалан механизам контроле власти, као ни идеални систем организације политичког живота. Међутим, током протеклих 16 година примене важећег Устава, домаћа уставно-правна наука је уочила низ његових слабости у односу на правосуђе, које су довеле у питање могућност остваривања независности судства, као једног од основних начела владавине права. „Треба разликовати *de iure* и *de facto* независност судства. Већина држава на свету прокламује независност судства *de iure*, која је гарантована правним актима, пре свега уставом. Кад је реч о *de facto* независности, та стварна независност судства је обележје релативно малог броја развијених уставних демократија. Наравно, *de iure* независност јесте претпоставка *de facto* независности судства, тако да значај успостављених уставних и других институционалних гаранција не треба ни у ком случају занемаривати.”⁸ Позивање на мишљење Венецијанске комисије у Акционом плану за Поглавље 23⁹, проузроковано је и ставом Европске комисије да је, управо, Венецијанска комисија најрелевантнији ауторитет, када је у питању проглашење и промовисање стандарда у области владавине права. Отуда ће се напредак Републике Србије у погледу реформе свог правосуђа вредновати према односу и ставу Венецијанске комисије у овој области. Када је реч о напред наведеном Акционом плану, треба рећи да је, према њему, „основни смисао измена одредби Устава о правосуђу да се осигура деполитизација правосуђа”¹⁰.

Када извршимо анализу актуелних европских стандарда у области правосуђа Републике Србије проглашених кроз мишљења Венецијанске комисије¹¹, долазимо до закључка да постоји несклад између нашег уставног оквира и жељених стандарда, које тежимо да достигнемо на пољу владавине

⁸ А. Ђорђевић, „У ишчекивању уставних промена – између *de iure* и *de facto* независности судства”, *Српска политичка мисао* 2/2020, vol. 68, 363–364.

⁹ Поглавље 23 под називом „Правосуђе и основна права” чине четири тематске целине: реформа правосуђа, антикорупцијска политика, основна права и права држављана ЕУ.

¹⁰ Г. Илић, *Критичко разматрање Радног текста амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије (скраћенице у шумању међународних докумената)*, Фондација Центар за јавно право, Београд 2018, 1.

¹¹ Европска комисија за демократију путем права, чији је незваничан назив „Венецијанска комисија”, представља саветодавно тело Савета Европе, чији је задатак да пружи правне савете државама које желе да ускладе своје правне и институционалне структуре са европским стандардима и међународним искуством у области демократије, људских права и владавине права.

права. Уставне промене у делу Устава који се тиче судова и јавних тужилаштава, треба да буду свеобухватне и да буду у складу са стандардима ЕУ и ставовима Венецијанске комисије, а све у циљу већег поштовања начела владавине права, без кога не може бити речи о наставку пута европских интеграција.

Имајући у виду напред наведено, лако је закључити да је промена важећег Устава Републике Србије из 2006. године, у делу који се односи на правосуђе, била неопходна и да, отуда, представља нужан корак у даљем јачању владавине права, као и усклађивању са европским правним тековинама и европским правним стандардима. Међутим, оно што треба посебно нагласити, јесте чињеница да је, пре коначног усвајања текста сада важећег Устава, било неколико нацрта, који су били предмет јавне расправе. То је био случај и са затраженим мишљењем Венецијанске комисије у вези поглавља у правосуђу из јуна 2005. године. Влада Републике Србије је на овај нацрт тада дала сагласност, али је битно рећи да су само неке препоруке из достављеног мишљења Венецијанске комисије, уграђене у крајњи текст Устава, док много већи број препорука (боље рећи, критика), уопште, није узето у обзир.

Отуда је од Венецијанске комисије, од стране Мониторинга комитета Парламентарне скупштине Савета Европе, 16. октобра 2016. године затражено мишљење о новом Уставу Републике Србије. Оно што је, за потребе овог рада посебно битно, јесте чињеница да је наведена Комисија у закључку свог Мишљења из марта 2007. године, оцењујући одредбе о правосуђу, посебно исказала своју забринутост због „претеране улоге Парламента приликом именовања у правосуђу”, што представља „удар” на судску независност. Тако је Венецијанска комисија, анализирајући одредбе о именовању судија и избору чланова Високог савета судства, закључила да је њиховим усвајањем створена „озбиљна опасност да ће политичке странке контролисати судство”. Управо је, због тога, непуних годину дана по усвајању овог Устава, предложено мењање одговарајућих одредаба, које уређују област правосуђа.

4. Судска власт у важећем Уставу и основне слабости њеног положаја

Током важења Устава Републике Србије уочене су бројне слабости у делу који се односи на правосуђе и ту мислимо, пре свега, на могућност остваривања независности судства, с обзиром да је то један од основних принципа владавине права. Наравно, када је реч о уставним променама које се односе на правосуђе (тичу се судова и јавних тужилаштава), треба рећи да оне морају да буду свеобухватне, јер су одредбе које регулишу ове значајне правосудне институције на неким местима делимично пренормиране, а

на другим делимично поднормиране¹². Такође, неке одредбе су нејасно редиговане (уређене), па се као озбиљан приговор ставља усвојеном називу највишег суда у држави – Врховни касациони суд (члан 143. став 4.), који је контрадикторан. Наиме, када је реч о надлежности највишег суда у једној држави, у упоредном праву је заузет став да постоје два основна модела надлежности, и то: 1) модел врховног суда и 2) модел касационог суда¹³. Ова два модела „иду” одвојено, што значи да је уставотворац, дајући име највишем суду Републике Србије – Врховни касациони суд, на неки начин „помешао” ова два модела. То су, наизглед, неспојиви модели, тако да је њиховим спајањем, законодавац доведен у непријатну ситуацију: 1) да својим одредбама предвиди суд који има право да одлучује о суштини, тј. да суди у меритуму и да враћа предмете на поновно суђење или 2) да он сам одлучи који ће од ова два модела бити примењен. Управо, због тога, назив овог највишег суда у држави треба да буде промењен, што је одговарајућим Амандманом и предвиђено, тако да ће се највишим судом у Републици Србији сматрати Врховни суд (а не, Врховни касациони суд), а одлуку о престанку судијске функције ће доносити орган који и бира судије – Врховни савет судства.

У Уставу РС из 2006. године је посебно негодовање домаће стручне јавности и академске заједнице изазвала чињеница да су повређена два основна начела судства, и то: 1) сталност судијске функције и 2) судијска независност. Наиме, одредбом члана 146. став 1. зајемчује се ова сталност, док се, већ, у наредном (другом) ставу истог члана прокламује изузетак од овог принципа, јер се каже да „изузетно, лице које се први пут бира за судију, бира се на три године”. Наведено одређивање трогодишњег „пробног” мандата за судије које се први пут бирају на ову функцију, наишло је на бројне критике, како у нашој земљи, тако и од стране Венецијанске комисије у Мишљењу датом 2007. године. Ово негодовање је последица чињенице да начело сталности судијске функције прокламује већина савремених устава, као и међународних докумената, који говоре о положају данашњих судија¹⁴. Управо, због тога се Венецијанска комисија доста детаљно бавила овим питањем, тако да је у напред наведеном Мишљењу (тачка 40.) навела

¹² Као пример за први случај, може се навести члан 144. Устава, који говори о Председнику Врховног касационог суда, а пример за други случај су чланови 148. и 161. Устава, који не садрже разлоге за престанак функција и разрешења судија, јавног тужиоца и његовог заменика.

¹³ У вези првог модела, треба рећи да он подразумева да овај суд, када је изјављен правни лек, може да одлучује о суштини, тј. самом меритуму спора, док други модел (по правилу), не подразумева одлучивање о томе, него само о законитости пресуде нижег суда (касациони суд има право да се незаконита пресуда поништи и да се предмет, тј. спорно питање врати на поновно суђење).

¹⁴ Примера за то има много, али ћемо за потребе овог рада навести члан 12. Основних начела независности судства из 1985. године (ова начела је донела ОУН), који у својим одредбама „судијама, именованим или изабраним, гарантује сталност функције до стицања услова за пензију или до истека мандата, тамо где такав мандат постоји”. Такође, и Универзална декларација о независности судства из 1983. године (ова Декларација је, управо, и донета на Светског конференцији о независности правосуђа, одржаној у Монреалу), прокламује правило да је „постављање привремених судија и именовање судија на пробни период у несагласности са судском независношћу”. Отуда, наведена Декларација утврђује да тамо где таква именовања постоје „требало би их, постепено, уклањати”.

да она сматра установљавање пробног рада „урушавањем независности судија”, са разлога што носиоци ове, изузетно значајне (судијске) функције у појединим случајевима могу сматрати да су „под притиском да одлучују на одређени начин у предметима”. Зато је ова Комисија препоручила да се редовне судије именују „трајно до пензионисања”, јер је пробни рад проблематичан са становишта независности (тачка 38. Мишљења).

Важећи Устав у својим одредбама не каже због чега се овај пробни период за судије који се бирају први пут на ову функцију утврђује, него се у објашњењима појединих уставописаца, могло чути да је то урађено како би ова лица показала своју „способност” и „стручност”. Међутим, много су чешћа размишљања (оправдана) да ова „проба” може да доста угрози судијску независност, јер се од судија може тражити показивање одређеног степена „сарадње” и „кооперативности”, што би у преводу могло да значи одређени степен лојалности и послушности. Због свега напред наведеног, Амандманом VIII (Сталност судијске функције) предложено је укидање овог трогодишњег мандата за лица која се први пут бирају за носиоце правосудних функција, одредбом да је „судијска функција стална и траје од избора за судију, док судија не наврши радни век”¹⁵. Тиме се гарантује **сталност судијске функције**.

С обзиром да је за сваког носиоца правосудне функције (судију, тј. заменика јавног тужиоца) од прворазредног значаја одговарајући ниво стручности, Амандманом VII (Услови за избор судија) је предвиђено да „лице које се први пут бира за судију може бити изабрано само ако је завршило обуку у Правосудној академији.” Притом је посебно важно нагласити да не сме бити нарушен принцип једнаког приступа правосуђа овој обуци, на чију неопходност указују и европски стандарди, који су садржани у бројним међународним документима. Коначно, Консултативно веће европских судија (*Consultative Council of European Judges - CCJE*) у свом Мишљењу наводи да је неопходно да ова обука буде поверена специјалној аутономној и независној институцији, која има свој сопствени буџет, оспособљена је за израду програма обучавања и може да обезбеди њихово спровођење и примену у пракси.

5. Делимична уставна ревизија и главни аргумент за њено спровођење

Неспорно је да је основни (најзначајнији) аргумент за спроведену уставну ревизију, могућност великог утицаја законодавне и извршне власти

¹⁵ Наравно, овде постоје одређена ограничења, тј. изузеци, који указују да судији може да престане функција и раније (пре навршења радног века) уколико он то сам затражи, ако трајно изгуби радну способност, ако му престане држављанство Републике Србије или ако буде разрешен због правоснажне осуде за кривично дело на казну затвора од најмање шест месеци, због тешког дисциплинског прекршаја, који озбиљно штети угледу његове функције, као и због нестручности, ако у значајном броју предмета евидентно не испуњава мерила успешности прописана законом.

на избор носилаца правосудних функција. Наиме, раније уставне одредбе о избору судија и заменика јавних тужилаца, као и чланова Високог савета судства, тј. Државног већа тужилаца, могле су довести до тзв. политизације правосуђа. Високи савет судства је чинило 11 чланова, у чији састав су улазили председник Врховног касационог суда, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине (чланови по положају) и 8 изборних чланова које бира Народна скупштина. Изборне чланове чинило је 6 судија који су имали сталну судијску функцију и два угледна и истакнута правника, од којих је један адвокат, а други професор Правног факултета (члан 153. Устава). Државно веће тужилаца је, такође, имало 11 чланова, од којих су Републички јавни тужилац, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине била три члана по положају, док су преосталих 8 чланова били изборни - 6 јавних тужилаца или заменика и два угледна или истакнута правника, од којих је један адвокат, а други професор правног факултета (члан 164. Устава).

Управо, због таквог (непосредног или посредног) избора свих чланова Високог савета судства, тј. кључне улоге републичког Парламента (Народне скупштине) у њиховом избору, Венецијанска комисија је, још 2006. године, указала на ту основну мањкавост, јер Високи савет судства предлаже именовање судија и, поред тога, бира судије. Зато је, у свом Мишљењу, ова Комисија предложила да не Скупштина (као политички орган), него Савет (као стручни орган) има одлучујући утицај на именовање и унапређење судија. Наиме, усвојено решење (члан 153. Устава) пружа могућност да одлука о избору буде „дискрециони акт парламента, у чијем доношењу претежну улогу имају политички разлози, уместо оних објективних”. Ревидирани Акциони план за Поглавље 23 и Стратегија развоја правосуђа за период 2020-2025 (Сл. *иласник РС*, број 101/2020), усвојени су на седници Владе РС 10. јула 2020. године. У њима је, супротно актуелним, важећим уставним решењима, наведено да би „систем одабира, предлагања, избора, премештаја и престанка функције судија, председника судова и јавних тужилаца, односно заменика јавних тужилаца, требало да буде независан од политичког утицаја”. То Устав Републике Србије из 2006. године (Сл. *иласник РС*, бр. 98/2006) не омогућује, јер избор за носиоце правосудних функција треба да буде заснован на објективним, а не субјективним (политичким) критеријуми вредновања. Зато се, уместо важећег уставног решења, по коме први избор врши Народна скупштина на предлог Високог савета судства, предложеним решењем у Акту о промени Устава РС, укида избор судија у републичком парламенту (политичком органу) и предвиђа се избор судија, искључиво од стране Високог савета судства (стручног органа).

Радним текстом Амандмана XIV, који носи назив „Састав Високог савета судства”, било је предложено да наведени Савет има 10 чланова и то: „пет судија које бирају судије и пет истакнутих правника које бира Народна

скупштина”¹⁶. Међутим, највећем броју представника струке и науке је одмах постало нелогично предложено решење да овај, тако важан, орган правосуђа има паран број чланова, јер може доћи у ситуацију да гласање буде изједначено и у том случају не може да се донесе одлука. Од стране „стручњака”, представника политике, добили смо одговор да постоји тзв. „златни глас”, тј. да глас председника Савета вреди двоструко, а тај председник се бира из редова „истакнутих правника које бира Народна скупштина”, тј. политички орган. То је директна повреда основног начела демократије – један човек, један глас (глас председника државе важи исто као и глас обичног просјака). Поред тога, овим Амандманом, уопште није предвиђена таква ситуација (а, врло је могућа), нити је предвиђен механизам изласка из такве „кризе гласања”. Изгледа да је то намерно прећутано?! Због тога је, као коначан текст овом Амандману, прихваћена алтернатива¹⁷ за коју се заложила и Венецијанска комисија, а то је да овај орган, убудуће, има 11 чланова, од којих су 6 судије које бира судска власт (бирају их њихове колеге судије), 4 истакнута правника¹⁸ које бира Народна скупштина после спроведеног јавног конкурса и председник Врховног суда¹⁹, који представља судску власт у целини. Значи, представници извршне и законодавне, убудуће, не би требало да учествују у избору судија, што се односи и на председника Врховног суда и председнике судова, које ће бирати Високи савет судства²⁰.

Наведеним амандманима је било неопходно уклонити једну посебну аномалију у важећем Уставу, која се тичала односа између законодавне, извршне и судске власти, а који је прокламован у члану 4. став 2. овог нашег највишег општег правног акта одредбом да „уређење власти почива на подели власти на законодавну, извршну и судску”, што уопште није спорно и ту нема шта да се приговори. Међутим, исти члан у ставу 3. каже да се „однос три гране власти заснива на равнотежи и међусобној контроли”, из чега би се могло закључити да законодавна и извршна власт контролишу судску власт, тј. одлуке које доносе судови, а то нарушава основне принципе рада и функционисања носилаца правосудних функција – НЕЗАВИСНОСТ и САМОСТАЛНОСТ!? Тиме би се урушило и начело поделе власти, тј. цео систем организације власти у Републици Србији, па је, зато, неопходно предстојећом ревизијом Устава изменити ову одредбу новим решењем - „Однос између законодавне, извршне и судске власти заснива се на узајамном ограничавању (проверавању)”, а не на контроли. Ни у најригиднијој

¹⁶ Као истакнути правник сматра се дипломирани правник који има најмање десет година одговарајућег радног искуства одређеног законом и који се доказао стручним радом и ужива лични углед.

¹⁷ Сматрамо да је ово решење далеко боље, него што је било предложено радним текстом Амандмана, а боље је и у односу на актуелни састав Високог савета судства, који је предвиђен важећим Уставом Републике Србије (члан 153.).

¹⁸ За чланове Високог савета судства из реда истакнутих правника, могу бити изабрана лица са најмање 10 година искуства у правној струци, који не могу бити чланови политичке странке и морају бити доступни ове функције.

¹⁹ Значи, предложено је да се из назива овог суда избрише реч „касациони”.

²⁰ Према раније важећим уставним одредбама, њих је бирала Народна скупштина.

(најчвршћој) подели власти, једна власт не може у потпуности да се одвоји од других грана власти, јер је потребно да се оне међусобно прожимају и успоставе узајамну равнотежу.

Пети део Устава, под називом „Уређење власти”, садржи одредбе које се односе на правосуђе и које су груписане у поглавља 7, 8. и 9. и то, у члановима 142-165. Неспорно је да су све ове одредбе у узајамном односу, па је, отуда, потребно очувати њихову повезаност и није могуће измени само поједине одредбе, него изменити сва три поглавља као целини. Ту мислимо и на организационе промене које обезбеђују самосталност и одговорност јавног тужилаштва, чију ће функцију вршити Врховни јавни тужилац (уместо садашњег Републичког јавног тужиоца – члан 158. Устава)²¹, главни јавни тужиоци и јавни тужиоци. Главни јавни тужиоци вршиће функцију садашњих јавних тужилаца, а заменици јавних тужилаца постаће јавни тужиоци. Главне јавне тужиоце и јавне тужиоце ће, убудуће, бирати Високи савет тужилаштва (уместо Народне скупштине, како је то предвиђено важећим Уставом), а за разлику од актуелних решења, главне јавне тужиоце више неће предлагати Влада. Што се тиче Врховног јавног тужиоца, њега ће и даље бирати Народна скупштина Републике Србије, али сада на предлог Високог савета тужилаштва, после спроведеног јавног конкурса. Високи савет тужилаштва ће имати 11 чланова, од којих су 5 јавни тужиоци, које бирају главни јавни тужиоци и јавни тужиоци, 4 члана су истакнути правници, које бира Народна скупштина, док су преостала 2 члана Врховни јавни тужилац и министар надлежан за правосуђе.

6. Усвајање акта о промени Устава на референдуму

На одржаном Референдуму у јануару 2022. године, усвојен је Акт о промени Устава Републике Србије, тако да је **Амандманом I** замењен члан 4. Устава²², тј. замењен је став 3. којим се уређује однос три главне власти (законодавне, извршне и судске), тако да се сада тај однос заснива на „међусобном проверавању и равнотежи”, а не као раније на „међусобној контроли”²³. **Амандманом II** је извршена измена у домену изборних надлежности Народне скупштине које се односе на правосуђе, тако да се мења члан 99. став 2. тачка 3. Устава, по коме је републички парламент био непосредно укључен у избор председника највишег суда, председника судова, јавних тужилаца, судија и заменика јавних тужилаца. Сада, Народна скупштина „бира четири члана Високог савета судства, четири члана Високог савета

²¹ Врховни јавни тужилац ће руководити Врховним јавним тужилашством, које ће представљати највише јавно тужилаштво у Републици Србији, а у складу са називом највишег суда у нашој земљи.

²² Ј. Јеринић, Т. Кљајевић, *Анализа стручних и политичких предлога за уставну реформу, У јавности представљени предлози у периоду 2006-2016*, Фондација Фридрих Еберт, Београд 2016, 17.

²³ В. Ракић Водинелић, А. Кнежевић Бојовић, М. Рељановић, *Реформа правосуђа у Србији 2008–2012*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета Унион, ЈП Београд, Београд 2012, 42.

тужилаштва и Врховног јавног тужиоца и одлучује о престанку његове функције”. **Амандманом III** мења се начин одлучивања у Народној скупштини, тако да „већином од две трећине гласова свих народних посланика, Народна скупштина бира четири члана ВСС и четири члана ВСТ, а већином од три петине гласова свих народних посланика, бира Врховног јавног тужиоца и одлучује о престанку његове функције”.

Амандман IV прецизира да „судску одлуку може преиспитати само надлежни суд у законом прописаном поступку, као и Уставни суд у поступку по уставној жалби”, а ово ограничење преиспитивања судских одлука има за циљ да гарантује независност судова од спољњег утицаја у раду судова, а пре свега од утицаја извршне власти. **Амандманом V** је прописано уређење судова, тако да је у овим одредбама промењен назив највишег суда у Врховни суд, уместо ранијег назива Врховни касациони суд²⁴. **Амандман VI** прокламује независност судија (њиме се замењују назив члана 144. и члан 144. Устава), тако да се ова независност гарантује одредбом да „судија суди на основу Устава, потврђених међународних уговора, закона, општеприхваћених правила међународног права ...”, као и да је забрањен „сваки непримерен утицај на судију у вршењу судијске функције”. **Амандманом VII** замењени су назив члана 145. и члан 145. Устава и предвиђено је да се услови за избор судија и услови за избор и мандат судија поротника уређују законом, а не Уставом, јер то није *materia constitutionis* (уставна материја).

У **Амандману VIII** (он замењује члан 146. Устава) који носи назив „Сталност судијске функције”²⁵, као највећа новина се издваја укидање трогодишњег мандата за судије који се бирају по први пут на судијску функцију. То значи да је судијска функција стална и траје од избора за судију, па све док судија не наврши радни век. Наравно, постоје и основи за престанак судијске функције и разлози за разрешење, предвиђени истим Амандманом, за разлику од ранијег решења, што је било предвиђено обичним законом²⁶. У том смислу, веома је значајан **Амандман IX** (њиме се замењују назив члана 147. и члан 147. Устава), који прокламује принцип непреместивости судија и заокружује уставне гаранције сталности судијске функције. Наиме, непреместивост судија је правило, а изузетак постоји само у случају укидања суда или претежног дела надлежности суда²⁷.

Амандман X регулише имунитет и неспојивост судијске функције одредбом да је забрањено политичко деловање судија и да закон уређује

²⁴ Овај назив није одговарао надлежностима највишег суда, као ни доброј уставној традицији у Србији.

²⁵ Тиме се Устав Србије враћа општеу својеној (цивилизацијској) правној тековини да судији може престати функција само на основу и из разлога предвиђених Уставом, а не законом (какво је било раније решење).

²⁶ В. Маринковић, „О уставности општег реизбора судија”, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2009, 283–291.

²⁷ У том случају, судија може бити, без своје сагласности, премештен или привремено упућен у други суд истог степена, уз задржавање плате коју је имао у суду из кога је премештен, ако је она повољнија за њега.

које су функције и послови неспојиви са судијском функцијом. Питање имунитета (функционалног) је регулисано као и у важећем Уставу, одредбом да судија не може бити позван на одговорност за мишљење дато у вези са вршењем судијске функције, изузев ако учини кривично дело кршења закона.

У складу са општим концептом Акта о промени Устава Републике Србије, **Амандман XI** уређује избор председника Врховног суда и председника судова, који прелази у надлежност Високог савета судства по прибављеном мишљењу опште седнице Врховног суда и то на мандатни период од пет година (и то је једна новина). У **Амандману XII** Високи савет судства је дефинисан као независни државни орган, чије су надлежности проширене, при чему су искључене законодавна и извршна власт из поступка избора председника судова и судија, који се први пут бирају на судијску функцију (ова надлежност се, сада, поверава Високом савету судства)²⁸. Један од најважнијих, јесте **Амандман XIII**, о коме је било највише речи у јавној расправи, а који регулише састав Високог савета судства, тако да сада овај орган чини 11 чланова: шест судија које бирају судије, четири истакнута правника које бира Народна скупштина и председник Врховног суда (из чланства у ВСС искључени су министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине, што је у складу са препорукама међународне заједнице и домаће стручне јавности, као и стандардом Венецијанске комисије)²⁹.

Мандат чланова Високог савета судства регулисан је **Амандманом XIV**, који утврђује да тај мандат траје пет година, с тим што исто лице не може да буде поново бирано у овај орган, а оно што је значајно јесте да председника Високог савета судства бира сам Савет међу члановима који су судије, док потпредседника овај орган бира међу члановима који су изабрани од стране Народне скупштине. Такође, овај Амандман дефинише и разлоге за престанак мандата члана Високог савета судства (ако сам то затражи или ако буде осуђен за кривично дело на казну затвора од најмање шест месеци), а против одлуке о престанку овог мандата дозвољена је жалба Уставном суду, која искључује право на уставну жалбу. **Амандман XV** предвиђа да је против одлуке Високог савета судства дозвољена жалба Уставном суду (у случајевима прописаним Уставом и законом) која, међутим, искључује право на подношење уставне жалбе, док **Амандман XVI** регулише имунитет чланова Високог савета судства (функционални имунитет), одредбом да они не могу бити позвани на одговорност за мишљење дато у вези са вршењем своје функције и за гласање приликом доношења одлука, као и да

²⁸ Високи савет судства може да има и друге надлежности, што значи да његове надлежности нису *ну мерус цлаусус* (бројно ограничене).

²⁹ Оваквим решењем је постигнуто да седам чланова ВСС-а буду судије, а само четири истакнути правници, чиме је задовољен европски стандард о преовлађујућем броју судија у односу на чланове који нису судије.

не могу, без одобрења Савета, бити лишени слободе у поступку покренутом због кривичног дела које су учинили као његови чланови³⁰.

Преостала група амандмана посвећена је јавном тужилаштву и она је изазвала доста полемике приликом јавне расправе (која је, неспорно, требало да буде много обимнија и транспарентнија). Наиме, **Амандман XVII** уређује положај тужилаштва, дајући његову прецизнију дефиницију, усклађенију са његовим надлежностима у односу на важећи Устав, а оно што је додато, јесте да нико изван јавног тужилаштва не може да утиче на носиоце јавнотужилачке функције у поступању и одлучивању у поједином предмету. Такође, промењен је и назив највишег јавног тужилаштва у Врховно јавно тужилаштво (по угледу на назив највишег суда), а његову функцију врше Врховни јавни тужилац, главни јавни тужиоци и јавни тужиоци. Систем одговорности јавног тужилаштва уређен је **Амандманом XVIII** и то одредбом да Врховни јавни тужилац за рад јавног тужилаштва и свој рад одговара Народној скупштини (али не и за поступање у поједином предмету), док главни јавни тужиоци одговарају Врховном јавном тужиоцу и непосредно вишем главном јавном тужиоцу, а јавни тужиоци одговарају главном јавном тужиоцу.

Обавезна упутства за поступање главног јавног тужиоца и јавних тужилаца представљају новину у односу на важећи Устав и предвиђена су **Амандманом XIX**, одредбом да Врховни јавни тужилац издаје општа обавезна упутства за поступање свих главних јавних тужилаца³¹, док непосредно виши главни јавни тужилац може издати нижем главном јавном тужиоцу овакво упутство у поједином предмету, уколико посумња у ефикасност или законитост његовог поступања. Главни јавни тужилац и јавни тужилац су дужни да поступају по обавезном упутству, с тим што нижи главни тужилац или јавни тужилац могу да поднесу приговор, уколико сматрају да је то упутство незаконито или неосновано. **Амандман XX** уређује избор и престанак функције Врховног јавног тужиоца, кога бира Народна скупштина на шест година, на предлог Високог савета тужилаштва³², као и избор главног јавног тужиоца, кога бира Високи савет тужилаштва на шест година. Начин избора ових носилаца јавнотужилачке функције је измењен у односу на важећи Устав, а конституционализовани су и разлози за њихово разрешење и то, ако буду осуђени за кривично дело на казну затвора од најмање 6 месеци или ако наступи неки од, законом предвиђених разлога за разрешење. Мандат Врховног јавног тужиоца није обновљив. **Амандманом XXI** предвиђени су услови за избор главног јавног тужиоца и јавног тужиоца и то одредбом да се ови услови уређују законом, док је **Амандманом XXII** предвиђена сталност функције јавног тужиоца, с тим што јавни тужилац може бити разрешен ако буде осуђен за кривично дело на казну затвора од најмање 6 месеци или ако је у дисциплинском поступку утврђено да је учинио тежак

³⁰ Чланови Високог савета судства.

³¹ Ова упутства се издају „ради постизања законитости, делотворности и једнообразности у поступању”.

³² Исто лице не може бити поново бирано за Врховног јавног тужиоца.

дисциплински прекршај. Имунитет (функционални) и неспојивост свих носилаца јавнотужилачке функције уређени су **Амандманом XXIII**, док је Високи савет тужилаштва у **Амандману XXIV** дефинисан као самостални државни орган, који обезбеђује и јемчи самосталност јавног тужилаштва и свих носилаца јавнотужилачке функције. Надлежности овог Органа су проширене у односу на важећи Устав, а један од основних разлога за уставну промену је потреба да се законодавна и извршна власт искључе из поступка избора председника судова, судија, јавних тужилаца и њихових заменика³³.

Оно што је посебно било предмет бројних расправа, докумената и стратегија о развоју правосуђа и потребе његове реформе, јесте (поред састава Високог савета судства) и састав Високог савета тужилаштва. Наиме, **Амандманом XXV** је предвиђено да овај Орган чине 11 чланова и то: 5 јавних тужилаца које бирају главни јавни тужиоци и јавни тужиоци, 4 истакнута правника које бира Народна скупштина, Врховни јавни тужилац и министар надлежан за правосуђе. Овде је новина да ће чланови Високог савета тужилаштва из реда јавних тужилаца бити бирани од стране главних јавних тужилаца и јавних тужилаца, а не више од стране Народне скупштине, како је то утврђено важећим Уставом. Циљ је био да се максимално избегне политизација приликом избора чланова Високог савета тужилаштва и да се, као и у случају Високог савета судства, оствари равнотежа унутар овог Органа. Отуда су 5 чланова носиоци јавнотужилачке функције, док су 4 истакнута правника, као и Врховни јавни тужилац и министар надлежан за правосуђе чланови које бира Народна скупштина. То значи да, ипак, имамо однос 6:5, тј. 6 чланова бира законодавни орган. Међутим, и Венецијанска комисија³⁴ је заузела став да Високи савет тужилаштва не може да буде попут Високог савета судства, па у његовом саставу остају Врховни јавни тужилац и министар надлежан за правосуђе, као чланови по положају (*ex officio*). Та разлика, по овом Мишљењу, проистиче из различите природе, улоге и структуре суда и тужилаштва, па отуда, „независност јавних тужилаца није исте природе као независност судија”.

Амандманом XXVI се замењују назив члана 164. и члан 164. Устава Републике Србије и утврђује се да је мандат чланова који се бирају у Високи савет тужилаштва пет година и да је необновљив, тј. да исто лице не може бити поново бирано у овај орган. Такође је утврђено да он има председника и потпредседника, а уређено је и питање њиховог избора. Наиме, председника Високог савета тужилаштва бира овај Савет међу члановима који су јавни тужиоци³⁵, а потпредседника међу члановима које бира Народна

³³ На ову потребу је указано у Националној стратегији реформе правосуђа за период 2013-2018. година, као и у новој Стратегији развоја правосуђа за период 2020-2025. година.

³⁴ Venice Commission, CDL-AD(2018)011, *Opinion on the Draft Amendments to the Constitutional Provisions on the Judiciary*, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)011-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)011-e). Закону о референдуму и народној иницијативи, Сл. гласник РС, бр. 111/2021 и 119/2021.

³⁵ М. Salustro, *Ekspertsko mišljenje o novim Nacrtima zakona o javnom tužilaštvu i Državnom veću tužilaca u vezi sa zajedničkim programom EAR/SE o oceni implementacije nacionalne strategije za reformu pravosuđa u Republici Srbiji*, Приштина 2007, 20.

скупштина, такође на пет година. Поред тога, овај Амандман предвиђа и разлоге за престанак мандата члана Високог савета тужилаштва (ако он то сам затражи или ако буде осуђен за кривично дело на казну затвора од најмање шест месеци), као и правно средство против одлуке овог Савета о престанку мандата његовог члана – дозвољена је жалба Уставном суду, која искључује право на уставну жалбу.

Амандманом XXVII је утврђено, управо, претходно наведено правно средство (жалба Уставном суду) против одлуке Високог савета тужилаштва, у случајевима прописаним Уставом и законом, док је **Амандманом XXVIII** уређен (функционални) имунитет овог Савета, и то на исти начин као што је то учињено у случају носилаца јавнотужилачке функције у Амандману XXIII, што значи да не могу бити позвани на одговорност за мишљење дато у вези са вршењем своје функције и за гласање приликом доношења одлука. Коначно, **Амандманом XIX** се усклађују постојећи називи органа за предлагање кандидата за судије Уставног суда и именовање судија овог Суда³⁶ са решењима из Акта о промени Устава Републике Србије. Наиме, раније су то били Државно веће тужилаца и Врховни касациони суд, а сада Високи савет тужилаштва и Врховни суд.

7. Закључак

После одржаног Референдума о промени Устава у области правосуђа, поступило се по предвиђеној процедури, према којој је следило потврђивање резултата Референдума у Народној скупштини Републике Србије. То је учињено на посебној седници у републичком парламенту и то у кратком року после проглашавања коначних резултата Референдума од стране Републичке изборне комисије. После проглашења Устава и Уставног закона, дошло је до распуштања Народне скупштине РС, ради расписивања општих избора за председника Републике Србије и посланике републичког парламента, као и избора за два града (укључујући и Београд) и локалне изборе у 12 општина. Ови општи избори у Републици одржани су 3. априла 2022. године. Оно што треба нагласити, јесте да и, поред основне тежње ове уставне ревизије за смањивањем политичког утицаја на правосуђе, то није учињено. Наиме, законодавна власт у лицу Народне скупштине ће бирати по 5 чланова Високог савета судства и Високог савета тужилаштва из редова истакнутих правника и то на предлог надлежног одбора ове Скупштине. По томе испада да је овај одбор изузетно способан да процењује стручност и заслуге правника да постану чланови ових Савета, што значи способнији од Српске академије наука и уметности, редовних професора правних факултета и слично.

³⁶ А. Јеросимић, *Људска права у Србији 2007*, Београдски центар за људска права, Београд 2008, 105.

Dragan BATAVELJIĆ

Full Professor

Faculty of Law, University of Kragujevac

CONSTITUTIONAL REVISION FROM 2022 – A SIGNIFICANT STEP ON THE WAY TOWARDS A EUROPEAN JUSTICE

Summary

*Bearing in mind that for a long time, as it were, since the adoption of the Constitution of the Republic of Serbia in 2006, there have been demands for its partial or complete revision, the author has, within this paper, conducted very significant research, which refers to the third, a very important branch of the principle of separation of powers - judicial power. Namely, in his research, he pointed out the relationship between the legislative and executive power (as political power) and the judicial power (as expert power). The implementation of the rule of law depends on this relationship and compliance with the regulations provided by the Constitution and corresponding laws. More than two decades ago, the Republic of Serbia decided for the path of European integration, whereby several international agreements were concluded between she and the EU. It is a very complex and long process, in which both sides confirmed the importance of harmonizing the current Serbian legislation with the EU legislation. With this, the Republic of Serbia obliged to strive to ensure the gradual harmonization of its laws with the legislation and *acquis communautaire* of the EU. Also, Article 72, paragraph 3 of the Stabilization and Association Agreement, which entered into force on September 1, 2013 (signed on April 29, 2008 in Luxembourg), foresees the importance of harmonizing the basic elements of legal *acquis* on the judiciary.*

Keywords: *Serbia. – European Union. – Constitution. – Harmonization. – Judiciary. – Reform. – Revision. – National Assembly. – Referendum.*

Литература

- Ђорђевић, А. (2020), „У ишчекивању уставних промена – између *de iure* и *de facto* независности Судства”, *Српска њолиџичка мисао* 2, vol. 68, 363–364.
- Илић, Г. (2018), *Криџичко разматрање Радној шексиа амандмана Министарсџива џравде на Устџав Републике Срдије (сџранџуџице у шума-чењу међународних докуменџиа)*, Фондација Центар за јавно право, Београд.

- Јеринић, Ј., Кљајевић, Т. (2016), *Анализа стјручних и полићичких ѓредлоћа за усћавну реформу, У јавностѝ ѓредсћављени ѓредлози у ѓериоду 2006-2016*, Фондација Фридрих Еберт, Београд.
- Јеросимић, А. (2008), *Људска ѓрава у Срдији 2007*, Београдски центар за људска права, Београд.
- Маринковић, В. (2009), „О усћавностѝ оћшћег реизбора судија”, *Анали Правноћ факулћетѝа у Беоћраду* 1.
- Марковић, Р. (2018), „Нека судије и тужиоци мисле својом роћеном главом”, у: *Сведочансћво ѓрићреме за ѓромену Усћава од 2006. године и стјрука*, Друштво судија Срдије, Београд.
- Пејић, И. (2018), „Уставна ревизија: процедура у контексту уставотворне власти”, у: *Зборник радова Правноћ факулћетѝа у Нишу* 80.
- Ракић Водинелић, В., Кнежевић Бојовић А., Рељановић М. (2012), *Реформа ѓравосућа у Срдији 2008–2012*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета Унион, ЈП Београд, Београд 2012.
- Salustro, М. (2007), *Експертско мишљенје о новим Нацртима закона о јавном тућиластву и Државном већу тућилаца и вези са заједничким програмом ЕАР/СЕ о осени имплементације националне стратегије за реформу правосудја и Republici Србији*, Приштина.

Правни извори

- Акт о промени Устава Републике Срдије, <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/161221/161221-vest11.html>.
- Ревидирани Акциони план за Поглавље 23, <https://www.mpravde.gov.rs/files/Revidirani%20AP23%202207.pdf>.
- Стратегија развоја правосудја за период 2020-2025, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2020.
- Устав Републике Срдије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.
- Уставни закон за спровођење Акта о промени Устава Републике Срдије, *Сл. гласник РС*, бр. 115/2021.
- Venice Commission, CDL-AD(2018)011, Opinion on the Draft Amendments to the Constitutional Provisions on the Judiciary, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)011-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)011-e).
- Закону о референдуму и народној иницијативи, *Сл. гласник РС*, бр. 111/2021 и 119/2021.

НАЧЕЛО ЈЕДНАКОСТИ У ПРАКСИ НАШЕГ УСТАВНОГ СУДА И У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Сажетак

У пракси Уставног суда начело једнакости из чл. 21 Устава тумачи се као једна специфична акцесорна гаранција чији домен примене зависи од повреде неког (групог) субјективног права. У раду се истиче да се суштински томе у упоредном праву, нарочито у пракси немачког Савезног уставног суда, начело једнакости схвата као самостална гаранција. Истиче се да једнако схватање нашег Уставног суда ствара у погледу методе примене права тешкоће; осим тога, акцесорно схватање почива на аналоји са међународноправним инструментима чија методолошка јавност (јавност аналоје) није извесна. Указује се да у пракси и теорији материјалног уставног права у иностранству постоји јасна тенденција да се начело једнакости, из године у годину, призна шире домен самосталне примене. Тиме је упореднојавно индикована појава да се јавно учине кораци ка јавној примени домаће уставног суда праксе.

Кључне речи: Начело једнакости. – Забрана дискриминације. – Уставно право. – Уставно судство. – Међународно право. – Властита права. – Јавна права. – Упоредно право.

У релативно богатој пракси нашег Уставног суда заступа се јавно схватање да начело једнакости, које је прописано у чл. 21 Устава, представља једну специфичну акцесорну гаранцију, на чију се повреду грађанин-појединац никад у поступку пред Уставним судом не може позвати самостално. Повреда начела једнакости, како је оно дефинисано у пракси нашег Уставног суда, претпоставља да лице које такву повреду истиче уједно позитивно јесте имао и неког другог субјективног права у погледу кога му држава није обезбедила једнак третман остваривања какав иначе уживају други имаоци истоветне правне позиције.

* Др Лука Бренеселовић, LL.M. хабилитанд је и асистент на Правном факултету у Аугзбургу. До 2023. ангажовао се као адвокат у пракси, нарочито и у предметима из надлежности Уставног суда. Код судије Ђирића, тада директора Института за упоредно право у Београду, почео је радни ангажман као истраживач-приправник 1. 1. 2011. године. Са судијом Ђирићем приредио је зборник о средствима оцене научног рада 2017. године. luka.breneselovic@jura.uni-augsburg.de

Наведено акцесорно схватање начела једнакости представља једну од најизраженијих константи у домаћој уставносудској пракси. У првом реду истиче се у том погледу позната одлука Уставног суда о правној природи ванбрачне заједнице у предмету IY 347/2005 од 22.07.2010. Та одлука – иницирана предлогом у време важења Устава из 1990. године – има у савременој домаћој уставносудској пракси карактер начелне одлуке на чији се образложење Уставни суд, било директно било путем преузимања елемената образложења, позива у готово свим новијим предметима у којима решава о питању повреде права на једнакост из важећег чл. 21 Устава.¹

У првом делу чланка биће ближе пренето и одређено правно схватање о акцесорној природи начела једнакости како га заступа наш Уставни суд. У другом делу биће изнето на какав начин начело једнакости схвата у својој пракси немачки Савезни уставни суд, који је, тумачећи одредбу која је у битном истоветна нашем чл. 21 ст. 1 Устава, дошао до једног сасвим другачијег правног становишта од оног које се заступа у одлукама нашег Уставног суда. У трећем делу биће изнета два разлога методолошке природе који говоре против акцесорног схватања начела једнакости. Коначно, у четвртном делу биће указано на одређене недоследности између акцесорног схватања начела једнакости, са једне стране, и потребе настојања да се уваже тенденције у упоредноправној судској пракси, са друге стране.

Питање правне природе чл. 21 није без практичног значаја. Постоје, како ће се овде ближе и видети, различите ситуације, у којима акцесорно схватање води сужењу интензитета и обима заштите коју грађани потражују у поступцима пред Уставним судом. Осим тога, теза о акцесорној природи чл. 21 чини се да је мање прихватљива у националном контексту иако је, што се у овом раду позитивно наглашава, иста таква теза у међународноправном контексту више него оправдана. Стога се овде на крају чланка – у закључку – пледира за признавање потребе да се у будућим поступцима направи помак и правно становиште о акцесорној природи начела једнакости постепено преиспита.

1. Правно схватање Уставног суда у одлуци IY 347/2005 и у другим одлукама

У пракси нашег Уставног суда правно становиште по коме би начело једнакости из чл. 21 Устава било акцесорне природе први пут је детаљно образложено у одлуци IY 347/2005 од 22.07.2010. У том и иначе јавно

¹ Упор. одлуку Уж 12989/2020 од 27. 4. 2023; Уж 2227/2020 од 6. 4. 2023; Уж 5010/2019 од 16. 3. 2023; Уж 9203/2019 од 23. 2. 2023; Уж 4721/2019 од 23. 2. 2023; Уж 3970/2015 од 18. 5. 2017; Уж 8760/2014 од 9. 11. 2016; IY3-531/2014 од 23. 9. 2015; Уж 2720/2012 од 16. 4. 2015; Уж 1167/2011 од 29. 5. 2014; Уж 1732/2011 од 19. 9. 2013; Уж 35/2011 од 12. 12. 2012; Уж 4502/2010 од 6. 12. 2012; Уж 4233/2010 од 5. 12. 2012; Уж 3804/2010 од 5. 12. 2012.

запаженом предмету,² Уставни суд је поступајући по предлогу за оцену уставности одлучивао о уставноправној допуштености *уској схваћања ванбрачне заједнице* у чл. 4 Породичног закона.³ За предлагаче у наведеном поступку није било спорно да брак у Србији, према одредбама закона, могу склопити само мушкарци и жене као лица различитог пола – они су, међутим, били мишљења да постављање потпуно истог услова код *ванбрачних заједница* у чл. 4 Породичног закона није у складу са Уставом. У предлогу и у допуни предлога⁴ надасве је било истакнуто да чл. 4 Породичног закона није у складу са чл. 21 Устава.

У складу са терминологијом која се тада користила у поступку, Уставни суд је мериторно одбио предлог за утврђивање неуставности чл. 4 Породичног закона. У детаљном образложењу суда читамо да се садржај чл. 21 Устава има тумачити онако како се у међународном праву људских права тумаче забране дискриминације. Отуда је, по схватању суда, с обзиром на правне ставове међународних тела, начело једнакости из чл. 21 Устава, тако стоји изричито у одлуци, „акцесорне природе”.⁵ При томе је значајно истаћи да је Уставни суд исправно приметио да је код тумачења међународних инструмената концепт акцесорне природе уско повезан са садржајем каталога права који ти документи примарно гарантују.⁶ Међутим, како ће се ниже видети, Уставни суд уједно је сматрао да је за њега тумачење одредби о дискриминацији у међународном праву – и поред начелно уочених функционалних граница – садржински обавезујуће.

Наведена начелна одлука из 2010. године и њено образложење *чине данас у њракси нашеј Устави суд* ослонац прецедентне природе, са кога се акцесорно схватање начела из чл. 21 Устава заступа као једно методолошки неспорно и за процес примене права довољно изображено и утврђено правно схватање. Тако у одлуци Уж-8760/2014 од 09.11.2016 читамо да „имајући у виду да је уставном жалбом истакнута и повреда начела забране дискриминације из члана 21. Устава” Уставни суд подсећа да „се овим уставним одредбама не јемчи ниједно посебно (самостално) људско право, већ је реч о основном начелу на коме, сагласно Уставу, почива остваривање

² Интенција предлагача била је да на крилима околности да је донет нов пропис о браку и породичним односима (Породични закон из 2005. године) у поступку пред Уставним судом исходују нову интерпретацију ванбрачне заједнице по којој би тај институт морао једнако бити доступан хетеросексуалним и хомосексуалним паровима. На тај начин би се у Србији – преко уставносудске праксе – створио простор за правно признавање положаја истополних партнерстава.

³ Породични закон, *Службени гласник РС*, др. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

⁴ Вид. образложење одлуке ИУ 347/2005 од 22. 7. 2010.

⁵ Вид. образложење одлуке ИУ 347/2005 од 22. 7. 2010. Акцесорно схватање констатује се у анализама код В. Nenadić, in: *Handbuch der Grundrechte* (eds. D. Marten, H.-J. Papier), vol. 9, Хајделберг 2016, 434; Д. Симовић, „Уставна начела остваривања људских права у Републици Србији”, у: *Право у функцији развоја друштва* (ур. Д. Мировић), vol. 1, Кос. Митровица 2019, 549. Одређена врста акцесорног схватања заступа се и код М. Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009, 32–33; посредно и код М. Антонијевић *et al.*, *Устав Републике Србије*, Београд 2013, 37–40.

⁶ Вид. образложење одлуке ИУ 347/2005 од 22. 7. 2010 (он се „односи на остваривање неког од права гарантованих тим истим инструментима”).

свих Уставом зајемчених људских и мањинских права и слобода”.⁷ „Стога је”, стоји напред у истој одлуци, „повреда овог уставног начела увек акцесорне природе”.⁸

„У вези са наводима о повреди начела забране дискриминације, Уставни суд констатује да се одредбама члана 21. Устава не јемчи ниједно одређено људско или мањинско право, односно слобода, већ се утврђују начела у складу са којима се остварују сва зајемчена права и слободе. Стога је и повреда овог начела акцесорне природе, што значи да до ње може доћи само у вези са утврђеном повредом или ускраћивањем неког конкретног права или слободе, што у конкретном случају Уставни суд није утврдио.”⁹

„Поводом позивања на повреду начела забране дискриминације из члана 21. Устава, Уставни суд указује на то да се ради о начелу у складу са којим се остварују сва зајемчена права и слободе, а чија повреда може бити само акцесорне природе, што значи да може бити везана само за истовремено утврђену повреду или ускраћивање неког конкретног уставног права или слободе, што у овом предмету није био случај.”¹⁰

Од појединости може се додати да, иако не у свим одлукама, на многим местима Уставни суд инсистира да чл. 21 Устава у целини искључиво једна забрана дискриминације.¹¹ То је, чини се, необично, јер не може се предвидети да и поред уже формулације наслова тај члан у ставу 1 садржи знатно више од забране дискриминације – наиме начело једнакости по коме су сви пред уставом и законом једнаки.¹² Неразјашњено је у уставносудској пракси да ли се подносилац уставне жалбе који истиче повреду чл. 21 мора уједно позвати на повреду било ког, рецимо на закону заснованог права, или обавезно, како проистиче из већег броја одлука, мора истаћи повреду неког *људској или мањинској љрава* из Устава.¹³

⁷ Одлука Уж 8760/2014 од 9. 11. 2016.

⁸ Одлука Уж 8760/2014 од 9. 11. 2016.

⁹ Одлука Уж 2720/2012 од 16. 4. 2015.

¹⁰ Одлука Уж 12989/2020 од 27. 4. 2023.

¹¹ Упор. нарочито одлуку Уж 9203/2019 од 23. 2. 2023; Уж 7951/2015 од 27. 1. 2022; Уж 3970/2015 од 18. 5. 2017; Уж 6197/2015 од 11. 5. 2017; Уж 8760/2014 од 9. 11. 2016. У једном знатно мањем броју одлука једнакост је посебно акцентована упоредно са дискриминацијом. Упор. одлуку у предмету ИУз 61/2009 од 2. 11. 2011. године („начело једнакости свих пред Уставом и законом и забране дискриминације”).

¹² За однос између начела једнакости и забране дискриминације упор. Р. Етински, „Од принципа једнакости до анти-дискриминационог права”, *Правни живои* 13/2008, 561–575; Т. Маринковић, „Правна и суштинска једнакост”, у: *Судска љрањанскојравна заишиија од дискриминације* (ур. Н. Петрушић), Београд 2012, 38–46. За оба писца забрана дискриминације представља оперативни дериват начела једнакости из чега следи и да начело једнакости и забрана дискриминације, категоријално посматрано, немају исти садржај. За разлику вид. и Д. Симовић, М. Станковић, В. Петров, *Људска љрава*, Београд 2018, 87–88. Недовољно је систематичан приступ код М. Антонијевић *et al.*, *Устав Републике Србије*, Београд 2013, 37–40.

¹³ Осим одлуке Уж 12989/2020 од 27. 4. 2023 и одлуке Уж 2720/2012 од 16. 4. 2015 вид. и Уж 2227/2020 од 6. 4. 2023; Уж 5010/2019 од 16. 3. 2023; Уж 35/2011 од 12. 12. 2012; Уж 4502/2010 од 6. 12. 2012; Уж 3804/2010

2. Правно схватање немачког Савезног уставног суда у одлуци *BVerfGE* 1, 14, *BVerfGE* 55, 72 и на другим местима

За правно поређење од нарочитог значаја су положај и тумачење начела једнакости у немачком уставном праву. То проистиче из престижа који ужива уставносудска пракса немачког Савезног уставног суда, али и из извесних традиционалних веза концептуалне, садржинске и методолошке природе у правним системима нашег и немачког типа.¹⁴ Овде ће се видети да је немачки Савезни уставни суд у тумачењу чл. 3 ст. 1 немачког Устава (*Grundgesetz*), који је у битноме истоветан нашем чл. 21 ст. 1 Устава, дошао до сасвим другачијег (опречног) резултата тумачења, чија је главна одлика да је начело једнакости у систему основних гаранција у уставном тексту *самостјалне* природе.

За немачки Савезни уставни суд начело да су пред законом сви једнаки (= чл. 3 ст. 1 немачког Устава) садржи *самостјално субјективно право* чија повреда не зависи од постојања и актуалности повреде неке друге на материјалном уставном праву или на закону засноване правне позиције.¹⁵ То је правно схватање Савезни уставни суд заузео већ у једној од својих првих и начелних одлука – у одлуци *BVerfGE* 1, 14 од 23.10.1951 године.¹⁶ У наредном периоду па све до данас такво правно схватање остало је као основно становиште у Немачкој неизмењено. Али у појединостима, оно је, како ће се описати ниже, више него знатно – увек у *користи шире примене начела једнакости* – кориговано и прецизирано.¹⁷

Што се тиче појединости развоја кроз који је до данас прошла немачка уставносудска пракса, треба истаћи две главне карактеристике: Прво (1), стабилну константу у немачкој судској пракси представља став да начело једнакости не веже само судове и извршну власт као органе примене права, већ да „једнакост пред законом” обухвата и једнакост „испред закона” (у предворју законодавног чина), што значи да на обзире једнакости мора пазити једнако и законодавна грана власти.¹⁸ Друго (2), динамичан и у том

од 05.12.2012; Уж 4233/2010 од 05.12.2012. За наведени проблем упор. и издвојено посебно мишљење судије М. Драшкић у предмету ИУз 564/2011 (*Билџен Уставној суда* 1/2012–2016, 20).

¹⁴ За значај упоредноправне методе и стране уставносудске праксе упор. Ђ. Тасић, „О начелу једнакости грађана пред законом – По најновијим резултатима немачке науке”, *Архив за правне и друшћивене науке* 37/1930, 331–332; S. Barić, „Начело једнакости у Италији”, *Zbor. Prav. fak. u Zagrebu* 65/2015, 88; за значај праксе немачког Савезног уставног суда посебно Д. Лопичић, „Улога Уставног суда Црне Горе у заштити уставности и остваривању начела владавине права”, in: *Улога уставној суда у изградњи владавине права*, Милочер 2015, 22–23.

¹⁵ Упор. нарочито M. Sachs, *Verfassungsrecht II*, Berlin 2017³, § 15, чин 2–3; F. Wollenschläger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, vol. 1, 2018, Art. 3, чин 329.

¹⁶ *BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 1, 14.

¹⁷ Упор. P. Reimer, in: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (eds. K. Stern/H. Sodan/M. Möstl), vol. 4, 2022², 1075–1119; F. Wollenschläger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, vol. 1, 2018⁷, 277–474; M. Sachs, § 15; P. Kirchhof, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, vol. 1, свеска 75 (2015).

¹⁸ *BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 1, 14, на стр. 52. Вид. у том погледу нарочито P. Reimer, § 128, чин 30, 57–57, 93–97; F. Wollenschläger, Art. 3, чин 6, 38, 45, 60. Такво мишљење заступао је већ у нашем предратном праву Ђ. Тасић, 335–336. Сада у истом смислу Д. Симовић, 548.

смислу не-константан аспект судске праксе у Немачкој представљају интензитет „теста” односно обим уставносудског испита којим се утврђује постојање повреде начела једнакости.

У првом периоду, све до 1980. године, немачки Савезни уставни суд чврсто је стајао на становишту да се модалитет провере повреде начела једнакости мора одредити површније тј. применом уже формулисаних критеријума, како би се што више задржао домен слободне процене законодавца у коме он своје прописе може подесити с обзиром на садржаје актуалног програмско-политичког правца. Повреда начела једнакости, проистиче већ из значајне одлуке из 1951. године, постоји само када је различито поступање са две групе ситуација које се пореде *арбитрерно* у смислу да се за другачији законски третман две у битном једнаке ситуације не може уопште позвати на неке, врло или најмање некако, разумљиве разлоге.¹⁹

Од практичних примера може се навести да је немачки Савезни уставни суд испитивао да ли пропис којим се предвиђа различита – нижа и виша – висина зараде за судије редовних виших судова и судије виших административних судова садржи повреду начела једнакости. У том занимљивом предмету – *BVerfGE 12, 326* – суд је у одлуци од 09.05.1961. истакао да би у целини гледано, с погледом на врсту посла, радни учинак, одговорност и оптерећеност предметима у раду, било арбитражно да се између судија редовних и управних судова праве разлике у заради.²⁰ *Међуштим*, за разлику од *виших* редовних судова који по правилу примењују савезне прописе, *виши* административни судови мотре самостално на правилност примене материјалног управног права савезних покрајина. Стога и настојање да се бољим условима за административне трибунале обезбеди нарочито квалификован судијски кадар није без сваког разлога, и у том смислу режим повољнијих зараде за судије у *вишим* управним судовима није потпуно арбитражан.

„Тест” арбитражности преузели су у Немачкој и други судови који, узмимо за пример опет управне судове, у тој земљи одлучују о сагласности општих правних аката локалне самоуправе са вишим правом. Из праксе се може навести пример одлуке из 1978. године у којој је суд испитивао да ли је општинска одредба којом се „порез на луксуз” намеће само власницима паса, али не и власницима коња и других животиња у градовима у сагласности са начелом једнакости (по мишљењу суда у поменутој одлуци јесте, јер пси оптерећују локалну заједницу са више емисија него друге животиње и јер постоји оправданост жеље да се путем пореских оптерећења утиче на

¹⁹ *BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 1, 14, на стр. 52 и даље (“Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß”). У пракси нашег Уставног суда, у малом броју предмета у коме је Уставни суд испитивао повреду начела једнакости, „тест” арбитражности заступљен је у Одлуци IУз 61/2009 од 2. 11. 2011. („дозвољена одступања која се могу оправдати рационалним и објективним разлозима”).

²⁰ *BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 12, 326.

ограничење броја паса у градовима, због чега специфична пореска обавеза само за власнике паса није абриттерна).²¹

У каснијим одлукама, после 1980. године, немачки Савезни уставни суд заузео је ново становиште, по коме се у *Групи посебно осетљивих слуцајева* испитивање да ли постоји повреда начела једнакости не сме свести на „тест” арбитрарности, већ законодавац за јединичну дистинкцију којом његова регулација не предвиђа исти сет права и обавеза за две групе које се пореде мора позитивно имати разлоге такве врсте и таквог степена тежине који, *с обзиром на њихове интересе*, оправдавају неједнаки третман и регулацију (тзв. „нова формула”).²² У тим новим критеријумима, сматра се, конкретизовано је начело сразмерности, јер *ваљаност разлога* цени се релативно.²³

Значај нове формуле види се на примеру познатог предмета *BVerfGE 82, 126*, у коме је немачки Савезни уставни суд имао да одлучи да ли другачији отказни рокови за *зајослене раднике* и *зајослене намештенике*, дакле различит законски третман радника и намештеника у сфери престанка радних односа, садржи повреду начела једнакости.²⁴ У том предмету примена „нове формуле” омогућила је суду *да делом призна ваљаност разлога за њихово разликовање различитих режима одмора* – између осталог постојали су наводи да код запослени-радника постоји већи степен мобилности на тржишту рада, или да другачији рокови одговарају боље друштвеној свести једне и друге групе запослених. Али, то је суштина „нове формуле”, ти разлози и ако би се прихватило да објективно одговарају стварном стању, не би били такве врсте и тежине која би могла да оправда мање повољне (= краће) одказне рокове за уговорне „обичних радника”.²⁵

Начело једнакости према схватању немачке доктрине не представља додатак који би служио остварењу равноправног уживања осталих

²¹ *BVerwG* (Bundesverwaltungsgericht), *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, 1870.

²² Први пут, како се најчешће истиче, у одлуци *BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 55, 72. Упор. Р. Reimer, § 128, чин 75–87; F. Wollenschläger, Art. 3, чин 93–98. За комбинације нове и старе формуле упор. Wollenschläger, *ibid.*, чин 99–102. У вези разлика и недоследности у формулацији упор. посебно V. Epping, *Grundrechte*, Берлин 2021⁹, 430.

²³ V. Epping, 426–438; критички F. Wollenschläger, *ibid.* За начело сразмерности код провере повреде начела једнакости у пракси италијанског Уставног суда вид. S. Barić, 99–100.

²⁴ *BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 82, 126.

²⁵ За један сличан предмет у пракси нашег Уставног суда упор. IУ 17/2006, одлука од 29. 1. 2009. (посебни услови за престанак радног односа академског особља). Критеријуми слични „новој формули” немачког суда могу се срести у једном броју одлука нашег Уставног суда у поступцима за оцену уставности и законитости. Упор. одлуку IУз 92/2014 од 26. 5. 2016.; IУз 266/2018 од 17. 6. 2021. („(...) да неједнако поступање (дискриминација) представља другачије третирање лица у истим или сличним ситуацијама без објективног и разумног оправдања, при чему непостојање објективног и разумног оправдања значи да разликовање у питању не тежи легитимном циљу или да не постоји разуман однос пропорционалности између употребљених средстава и циља чијој се реализацији тежи”). Такви критеријуми нису преузети из праксе немачког Савезног уставног суда, већ јесу „пресад” сходних мерила које користи ЕСЉП. Упор. Љ. Милутиновић *et al.*, *Квалификативна ситуација о ушцају пресуда Европског суда за људска права*, Београд 2016, 115–126; као и издвојено посебно мишљење судије М. Драшкић у предмету IУз 564/2011 (*Билтен Уставног суда* 1/2012–2016, 20).

загарантованих – на закону заснованих или уставом утврђених основних – права, већ представља елемент теоријске и филозофске сржи права.²⁶ Тако је оно правно гледано у најтешњој вези са концептом владавине права односно правне државе.²⁷ Већ у време Вајмарске државе истицано је да начело једнакости има једну специфичну интегративну функцију у државном поретку, да је оно, заједно са осталим циљевима и основним правима у уставу, „језгро одређеног државног живота по његовом унутрашњем смислу”.²⁸ Разуме се да једну такву функцију начело једнакости може имати само у државном, дакле у *унушрашњем* поретку. Стога, како ће се ниже истаћи, изједначење начела једнакости у уставу једне земље са садржајем сличних начела у међународном праву није у свему исправно.

3. Методолошки разлози против акцесорног схватања начела једнакости

Из реченог следи да се у пракси немачког Савезног уставног суда при тумачењу одредби које су у битноме истоветне чл. 21 ст. 1 нашег Устава, долази до једног врло другачијег резултата него што је то у случају праксе нашег Уставног суда. Наш Уставни суд у досадашњој пракси полази од акцесорне природе садржаја чл. 21 Устава. У пракси немачког Савезног уставног суда одредби која је у битном истоветна чл. 21 ст. 1 нашег Устава признаје се карактер самосталног субјективног права. У таквом концепту околност да је паралелно постоји могућност повреде неке друге материјалноправне позиције није претпоставка за испитивање постојања повреде начела једнакости, већ околност која указује на потребу да се испит повреде једнакости изврши нарочито интензивно.

О позитивним разлозима који говоре у прилог схватању немачког Савезног уставног суда било је речи, када је истакнут централни значај начела једнакости – како га схвата Савезни уставни суд – за остваривања начела владавине права. Будући да је начело владавине права један од средишњих аспеката и нашег Устава (чл. 1 и 3), то се ти исти разлози могу пренети и на наше прилике. Међутим, спектар тешкоћа схватања односно тезе о акцесорној природи чл. 21 Устава знатно је шири. Он обухвата – како ћемо видети у тачки 3.1. и 3.2. – најмање два методолошка проблема, као и – како ћемо видети у тачки 4. ниже – специфичан проблем дискрепанције између става нашег Уставног суда и упоредноправних тенденција у области материјалног уставног права.

²⁶ Вид. са бројним знацима Р. Reimer, § 128, чин 1; најсвеобухватнији увод у културну и теоријску историју начела једнакости даје Р. Kirchhof, Art. 3, чин 240–273. Код нас упор. Р. Етински, 561–575; Т. Маринковић, 40.

²⁷ Упор. *BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 90, 72, на стр. 89 („забрана арбитрности као фундаментални принцип права”); *BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 62, 354, на стр. 370. Види и ниже у чланку део 4.

²⁸ Ђ. Тасић, 336 (о концепту Р. Сменда).

3.1. Теза о акцесорној природи начела једнакости имплицитног пошребу неискреног образлања поднесака и судских одлука

Као први правнометодолошки проблем истиче се да се у принципима може казати и бранити становиште да теза о акцесорној природи начела једнакости у пракси не води суженом степену заштите коју пружа уставно-судска инстанца. У тој – овде хипотетичкој – опасци заиста има истине, јер је неспорно да се готово односно практично у сваком судском предмету може, било с погледом на закон или на каталог основних у уставу загарантованих права, увек изнаћи неко субјективно право, са основа којег би се тада могла истаћи и повреда начела једнакости у погледу остваривања те претходно пронађене правне позиције. Међутим, такав један поступак представљао би, у смислу који је заступала наша предратна правна теорија, један акт *неискреног изналагања и примене права*.²⁹

Речено се види у сензитивној материји неједнаких државних давања у виду новчане помоћи која се даје само једној групи грађана. Узмимо да постоји пропис у коме се новчана помоћ (анти-инфлациона мера) даје родитељима деце која нису навршила 16 година, али не и родитељима који носе терет родитељства чија деца имају између 16 и 18 година. У том примеру³⁰ постоје две групе родитеља које су, што се тиче финансијског терета родитељства и инфлације у битно истој ситуацији (пуна одговорност за малолетну децу – родитељско право као право и обавеза; иста финансијска искушења), док се, међутим новчана помоћ даје само родитељима чија деца нису навршила 16. годину живота.

Такво разликовање јесте у смислу „теста“ немачког Савезног уставног суда арбитрерно, јер у светлости сврхе прописа – изједначавање негативних ефеката инфлације код лица која врше родитељско право –³¹ не могу се пронаћи разумљиве околности одн. одредити рационалан основ са кога би се могао правдати различити третман родитеља млађих и старијих малолетника. У наведеном примеру, међутим, уочено неједнако поступање, ако се прихвати акцесорно схватање начела једнакости и ако се методолошки поступа искрено, не представља повреду материјалног уставног права, јер позитивно уставно право не познаје субјективно право на новчану помоћ.

У реченом примеру уставносудска заштита захтевала би у светлости акцесорног схватања чл. 21 проактивну конструкцију неке врсте права на новчану помоћ односно новчано давање. Проблем такве конструкције је,

²⁹ Вид. М. Константиновић, „Методе правних конструкција и слободног истраживања права“, *Правна мисао* 3/1937, 561 и даље.

³⁰ Такав пример постоји у позитивном праву – у Закону о Привременом регистру мајки и других лица којима се уплаћује новчана помоћ, *Службени гласник РС*, бр. 62/2023.

³¹ Упор. чл. 1 наведеног закона („(...) у циљу ублажавања последица кризе изазване поремећајима на светском тржишту и једнократног подстицаја за побољшање материјалних услова лица на која се односе одредбе овог закона, начин уплате новчане помоћи, као и друга питања која су од значаја за добијање новчане помоћи.“).

међутим, што би она додуше у конкретном случају отворила домен примене чл. 21, али би у оквирима ван појединачног поступка пред Уставним судом статусисала за сваког једно право које управо према оригиналној вољи уставотворца не постоји (чл. 69 Устава предвиђа обавезу помагања лица која су потребна). Решење се може изнаћи у томе да се каже да је право на социјална давања нека врста несавршеног полу-права или оквирнога права, али сва таква истезања правне аргументације била би само потврда да је акцесорно схватање начела једнакости погрешно, а не би, у смислу захтева искренности наше предратне теорије, била оправдана унутрашњим елементима права које се ради пружања уставносудске заштите конструише.

У наведеним ситуацијама у нашој старијој судској пракси постојала је тенденција да се на један инверзивни начин *ујвргди њосћојање њовређеној љрава*. Тако је у време важења Устава из 1990. године Уставни суд Србије стао на становиште да одредбе извесног правилника о додели станова по којима се повољније вреднује радни стаж остварен код доносиоца акта за утврђивање редоследа у решавању стамбених потреба запослени доводе у неједнак положај запослене са становишта остваривања права на стан.³² Међутим, проблем таквог правног расуђивања је у томе, што права чије се постојање конструише ради примене начела једнакости – нису заиста права. Да „право на стан” из наведене одлуке јесте право на стан, оно би било утуживо и оствариво без обзира на критеријум једнакости. Смисао позивања на право једнакости у наведеном и сличним предметима управо је у томе што се неком не признаје право на стан.

Другим речима, један претерано сужен домен начела једнакости ставља пред процес примене права изазов да се нађе један алтернативни механизам који ће неоправдано сужен домен примене једне одредбе интерпретативним средствима опет наново успоставити. Такво поступање има, међутим, поред повољног исхода у конкретном поступку у коме се доноси одлука врло рђаве последице на сагледавање правног система као целине. Таквим поступањем ствара се низ „права” која заправо нису стварно права већ су као таква конструисана у поступку примене права да би се изједначили структурални дефицити. Мада само такво настојање да се проактивно изједначе дефицити не би било атипично – оно се јавља увек када је домен примене неке норме узак –, атипично би, међутим, била овде околност да дефицит не проистиче из недостатака прописа – одредбе коју суд тумачи,³³ већ из теоријских презумција тумачења које је суд сам поставио.

Бројни су и примери где се изналажењем „права” иза начела једнакости, додуше, не би измислило неко право које иначе не постоји (какав је

³² Вид. *Билтен Уставног суда Србије* 1–2/2002, 184.

³³ Упор. ситуацију у којој се приликом тумачења чл. 14 ЕКЉП налази Европски суд за људска права – И. Крстић, Т. Маринковић, *Евројско људских љрава*, Београд 2016, 98–99 („Ограничавајуће дејство члана 14. Европске конвенције на одређени начин је превазиђено спремношћу Европског суда да пружи шире тумачење различитих права гарантованих Европском конвенцијом.”).

случај код права на социјална давања у условима инфлације), али где би се тежиште правне анализе – на штету квалитета и прецизности аргумената – изместило на друга поља, на којима се само ограничено може развити јасна и доследна аргументација. Такав случај постоји, примера ради, када законодавац у пропису који у кругу једне врсте парница одреди да суд обавезно мора одлучивати по приговору месне ненадлежности који изјављује парничне странке; док уједно остави један широк – заправо и шири – спектар парница где суд преко приговора месне ненадлежности странака може слободно прећи преко приговора, као да он никада није ни истакнут.

Из угла материјалног уставног права не постоји тешкоћа да се у наведеном примеру – реч је о правном режиму чл. 19 Закона о парничном поступку –³⁴ пронађе субјективна позиција која је повређена. У случају када се странка позива на пророгациони споразум, а суд такав споразум у складу са процесном одредбом у чл. 19 ЗПП игнорише, субјективна позиција на коју се она позива је чл. 23 ст. 2 Устава, којим је обухваћена и аутономије воље у приватном праву као конститутиван елемент личне аутономије у правном саобраћају.

Међутим, такво правно резонување, чини се, губило би из вида да у наведеном примеру тежиште проблема није заиста у материји аутономије воље. То стога, јер из угла догматике личне аутономије, како је она загарантована у чл. 23 ст. 2 Устава, може се узети и да би одредба закона која омогућује суду да пређе преко пророгационог споразума садржала оправдано и уставом дозвољено умањење и ограничење права из чл. 23 ст. 2 Устава. Странка која истиче да у чл. 19 ЗПП постоји различити однос према пророгационом споразуму не тврди да је *законодавац у обавези да у сваком случају иредвиди обавезу суда да решава по приговору месне ненадлежности* – већ тврди да је арбитрерно што суд у једном кругу парница такву обавезу има, а у другом кругу парница такву обавезу нема без да се за различити режим може навести нека, макар и споредна али ипак разумљива, околност.³⁵

У светлости релативног карактера основних гаранција, позивање странке на повреду чл. 23 ст. 2 Устава је неисправно. Јер суштински, у

³⁴ Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени листник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 – др. закон.

³⁵ Изгледа да је чл. 19 ЗПП једна у свему арбитрерна одредба. У савременој пракси судова у Србији, нарочито у мањим местима, чл. 19 ЗПП често се користи како би се – свесним пропуштањем рока за одлучивање по приговору месне ненадлежности – привилеговала једна од парничних странака (по логици ствари то је локална странка када приговор истиче неко ван места у коме се суди). Према чл. 19 ЗПП, како се он схвата у пракси судова, судови у скраћеном и хитном парничном поступку увек имају обавезу да одлуче о приговору месне ненадлежности, док у пуној парници такву обавезу немају и могу пропуштањем рока прибавити себи надлежност за поступање коју иначе према одредбама ЗПП не би имали. Одређени смисао могло би имати обрнуто законско решење, јер би се њиме убрзала судска заштита у скраћеном поступку и у парницама са елементом хитности. Међутим, садашње решење управо предвиђа временски захтевнији режим за скраћени и хитан поступак, а „поједностављен” режим за класични поступак.

савременој европској догматици уставног права сама чињеница да је једна гаранција умањена или ограничена, не чини довољну претпоставку за постојање њене повреде.³⁶ Повреда уставом загарантованог права постоји тек ако се покаже да је умањење или ограничење није извршено у складу са начелом сразмерности. У том погледу за искључење обавезе суда да решава по приговору месне ненадлежности могли би се истаћи знатни разлози процесне економије, заштите интереса друге стране итд. Одлуку законодавца да суд само факултативно обавезе да решава по приговору *може из уила материјалне уставне позиције у чл. 23 ст. 2 Устава бити оправдана* и као таква уставно сасвим дозвољена.

Стога проблем чл. 19 ЗПП није у апстрактној уставноправној допуштености факултативне обавезе решавања по приговору месне ненадлежности, већ у томе што таква регулација постоји само за један део парничних странака – што нема доследности и једнакости у закону. У наведеном примеру, питање лица које истиче да држава не поступа у складу са уставом, није апстрактно и апсолутно питање „шта је са мојим споразумом”, „шта је са мојим правом да будем субјект у поступку”, већ се питање поставља *релативно* са садржајем „зашто једно важи за господина грађанина њега у оној тамо парници, а друго за господина грађанина мене у мојој парници”. Пошто се грађанин-појединац не може позвати на чл. 23 ст. 2 Устава ако је његово умањење и ограничење оправдано, то строго гледано не би могла постојати ни повреда чл. 21 Устава све док се прихвата акцесорно схватање, а у погледу образлагања поднесака и одлука остане при искреној аргументацији.

Релативно питање као суштинска садржина анализе начела једнакости претпоставља, како се и узима у пракси немачког Савезног уставног суда, управо једну од осталих субјективних права *независну* субјективну позицију – право сваког појединца да његове битно ситуације у државном раду и поступању вреде увек колико и такве идентичне или довољно једнаке туђе ситуације. За разлику од сфере приватних односа, где свако своје афере може уредити слободно, чл. 21 ст. 1 Устава даје право сваком грађанину-појединцу да јавно-државна сфера буде уређена тако за сва лица у битно истој ситуацији важи једнако. Прецизно и правно једино правилно место за оспоравање чл. 19 ЗПП и сличних процесних недоследности јесте гаранција из чл. 21 ст. 1 Устава. Она ту у правној логици и систему заштите који настоји да пружи Устав предодређену функцију може вршити само ако се схвати као пуноправна, самостална уставна гаранција.

³⁶ Вид. Л. Бренеселовић, „О заштити основних права у Србији у светлу лоше оцене Европске комисије”, *Евројско законодавство* 43–44 /2012, 335–360.

3.2. *Теза о акцесорној природи начела једнакости почива на аналоји са међународним документима која моћу не није правилна*

У начелној одлуци из 2010. године у којој је утврђено и образложено становиште о акцесорној природи чл. 21 Устава, наш је Уставни суд из предлога којим је био инициран поступак оцене уставности преузео виђење да се у тумачењу чл. 21 Устава има тежити изједначењу његовог садржаја са тумачењем сличних одредби у међународном праву људских права.³⁷ У том погледу пренети су у одлуци суда ставови о забрани дискриминације Комитета за људска права Уједињених нација и Европског суда за људска права. Између осталог је у образложењу суда и истакнуто да чл. 18 ст. 3 Устава обавезује Уставни суд да одредбе о основним правима у Уставу тумачи на исти начин као међународна тела.³⁸

У овом раду заступа се становиште да се садржај основних уставно-правних гаранција не може увек са методолошким успехом *изједначити са садржајем међународних инструмената*, како је то учинила наша уставно-судска инстанца у одлуци из 2010. године. То у првом реду стога што се код тумачења међународних инструмената не постављају специфична питања везана за основ и вршење државне власти, какво је – заправо централно питање – да ли у демократској држави и држави владавине права *власи осим уздржавања од њојрдне, њроактивне дискриминације* грађанима дугује и један „плус” у виду уздржавања од објективно неједнаких третмана.

Тако је, на пример, Уставни суд у својој тврдњи да се чл. 21 Устава треба тумачити једнако као и чл. 14 ЕКЉП³⁹ и да оба члана имају акцесорну природу,⁴⁰ превидео да чл. 14 ЕКЉП има додуше исти наслов као чл. 21 Устава, али сасвим другачију функцију и садржај.⁴¹ Наиме, за разлику од чл. 21 Устава који функционално раздваја питање једнакости и дискриминације, чл. 14 ЕКЉП искључиво обезбеђује опсег персоналног важења осталих конвенцијиних права – тиме што прописује да се њихово уживање не сме умањити или ограничити по критеријумима као што су боја коже, пол итд.

Истоветан принцип уређивања персоналног важења користи се и у осталим међународним инструментима. Тако, на пример, у Међународном

³⁷ Вид. образложење одлуке ИУ 347/2005 од 22. 7. 2010. Такође вид. и одлуку ИУз 44/2009 од 22. 12. 2011.; ИУз 531/2014 од 23. 9. 2015; Уж 8760/2014 од 9. 11. 2016; Уж 3970/2015 од 18. 5. 2017. Од теоријског значаја је и издвојено посебно мишљење судије М. Драшкић у предмету ИУз 564/2011 (*Билтен Уставног суда* 1/2012–2016, 20), где се са једне стране указује да је одредба чл. 21 Устава шира од одредбе чл. 14 ЕКЉП, али се затим значај чл. 21 Устава изједначава са садржајем Протокола 12 ЕКЉП.

³⁸ Вид. образложење одлуке ИУ 347/2005 од 22. 7. 2010.

³⁹ Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода – ЕКЉП (European Convention on Human Rights), вид. за текст ратификације *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003.

⁴⁰ Уж 3970/2015 од 18. 5. 2017.

⁴¹ Упор. у том погледу и критичке опаске код И. Вучковић, *Заштити од дискриминације у пракси Уставног суда Црне Горе*, Подгорица 2014, 17–19, 43–44, 86–87.

пакту о економским, социјалним и културним правима⁴² сама права тог пакта предвиђена су у чл. 6–15, док је начело једнакости формулисано у чл. 3 као појашњење да каталог из чл. 6–15 истоветно има да припада и женама и мушкарцима. Исти однос постоји и између чл. 3 Међународног пакта о грађанским и политичким правима,⁴³ на чији се садржај позива наш Уставни суд, и опширног каталога права који утврђен у Делу Трећем тог инструмента.

Чл. 21 Устава могао би, можда, имати сличну функцију када би тамо била установљена једнакост пред уставом. Међутим, тај члан предвиђа једнакост пред „уставом и законом”, а историјски гледано компонента „пред законом” је старија од компоненте „пред уставом”. Из тога следи, чини се, да интенција уставотворца у чл. 21 ст. 1 није могла бити да се каже да сва уставом загарантована права припадају свима једнако, већ да постоји одређени „плус” – право на једнакост пред законом – чији је смисао дубљи и шири од оног који имају чл. 14 ЕКЉП и сличне одредбе других ратификованих међународних инструмената.

Док у међународним оквирима начело једнакости има пре свега тај смисао да прошири персонално дејство у засебним каталозима утврђених права – наглашава се да права припадају свим људима –, дотле начело једнакости у државном контексту ствара једну самобитну субјективну позицију свих грађана спрам државне власти. Чл. 21 у делу става 1 није модалитет примене основних права, што следи из акцесорног схватања, већ представља право своје врсте са једним специфичним државно-политичким набојем. Реч је садржински о набоју који, будући посебност политичке организације на државном нивоу, не постоји у међународноправном контексту на који се наш Уставни суд у својим одлукама настоји надовезати.

За разлику од изједначења чл. 21 Устава са чл. 14 ЕКЉП и чл. 3 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, више смисла има поређење чл. 21 Устава са чл. 1 Протокола 12 ЕКЉП и чл. 26 Пакта о грађанским и политичким правима.⁴⁴ Мада се, с обзиром да је реч о широким и начелним одредбама о забрани дискриминације, може казати да чл. 21 Устава и наведене одредбе међународних инструмената јесу сличне, одредба у чл. 21 Устава и у инструментима ипак имају битно различит политички контекст. Одредбе домаћег поретка имају свој извор у идеји политичке власти грађана, из које следи и њихово право на једнак третман и једнаку партиципацију – одредбе у међународним уговорима настоје да уобличавајући човека као човека у сваком (па и политички недемократском правном

⁴² Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), вид. за текст ратификације *Службени листи СФРЈ*, бр. 7/71.

⁴³ Међународни пакт о грађанским и политичким правима – МПГП (International Covenant on Civil and Political Rights), вид. за текст ратификације *Службени листи СФРЈ*, бр. 7/71.

⁴⁴ Упор. издвојено посебно мишљење судије М. Драшкић у предмету *УЗ 564/2011 (Билџен Уставној суда 1/2012–2016, 20)*.

поретку) искључе недостојне деградације на основу круга забрањених кримијума.

Из тога следи да, методолошки посматрано, у домену чл. 21 ст. 1 Устава аналогија са сличним регулама у међународним инструментима није исправна, а позивање на тумачења у међународним оквирима није правилно. Тиме се не искључује енорман значај међународних извора за тумачење већине уставних гаранција, нпр. права на заштиту личних података⁴⁵ или гаранције имовине.⁴⁶ Али због специфичности значаја начела једнакости у државноправном животу и због другачијих специфичности регулације у међународним инструментима, веза између забране дискриминације у међународном правном оквиру и начела једнакости у чл. 21 ст. 1 Устава је само тематска а не садржајна.

Против изједначења садржаја начела једнакости у Уставу са ужим садржајем који се том начелу придаје у међународноправним инструментима говори још једна значајна околност, која је у одлуци Уставног суда из 2010. године, чини се, превиђена. Чак и ако би се узело да се у међународним инструментима могу наћи одредбе сличне чл. 21 Устава, које међународна тела уско тумаче,⁴⁷ такво тумачење не би смело бити основ за редукцију значења чл. 21 Устава. То стога што Међународни инструменти као што су Међународни пакт и ЕКЉП – на које се Уставни суд позвао – садрже експлицитне одредбе да се државе-уговорнице не смеју позивати на одредбе конвенција како би смањиле обим и *сферију* права који се појединцима иначе *гарантује* у *унутрашњем поретку*.

„Не признаје се никакво ограничење или одступање од основних права човека која су призната или важе у свакој држави чланици овог пакта на основу примене закона, конвенције, прописа или обичаја, под изговором да их овај пакт не признаје или их признаје у мањој мери.” – Чл. 5 ст. 2 МПГПП.⁴⁸

„Ниједна одредба ове Конвенције неће се тумачити тако да ограничава односно угрожава људска права и основне слободе који би били признати по законима сваке Високе стране уговорнице или по сваком другом споразуму чија је она страна уговорница.” – Чл. 53 ЕКЉП.⁴⁹

⁴⁵ Упор. Конвенцију о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 1/92, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010.

⁴⁶ Упор. чл. 1 Протокола 1 ЕКЉП.

⁴⁷ За МПГПП упор. М. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights*, Кел²2005, 604–608, где се наглашава да чл. 26 МПГПП управо *није* акцесорна гаранција, али да је питање дуго његове правне природе и садржаја дуго било отворено. У погледу чл. 1 Протокола 12 ЕКЉП, истиче се да та одредба већ и према свом слову не садржи класично право једнакости, већ да је ужа – W. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 2015, 1180–1182.

⁴⁸ Упор. М. Nowak, 117–119.

⁴⁹ Упор. W. Schabas, 902–904.

Из таквог угла међународни инструменти *ушврђују* *минималне*, а не идеалне садржаје права и гаранција које набрајају. Редукција садржаја домаћих основних гаранција са позивом на околност постојања уских одредби или уских тумачења у међународном праву противна је самој интенцији и смислу међународних конвенција којима се не настоји обезбеђење неког најпотпунијег исправног стања већ дефинисање *минималних* стандарда заштите. Уставносудска пракса земаља које су потписале одређене међународне уговоре поступа противно самим тим уговорима када једној од централних одредби у унутрашњем правном систему сузи на уштрб права грађана домен примене са позивом на садржај међународних инструмента.

4. Упоредноправни разлози против акцесорног схватања начела једнакости

Против акцесорног схватања начела једнакости говори и једна специфична упоредноправна околност. Одредбе о основним људским правима у уставима различитих европских земаља ретко представљају оригиналне националне тековине. По среди су, по правилу, одредбе које су деривати одређене шире теоријске дискусије која историјски нема строг национални предзнак. Као и у развоју поштанског или железничког саобраћаја, тако и у погледу основних уставних гаранција свака држава има свој нормативни програм, али је једна од основних снага сваког националног програма и то што он оличава одређене теоријске везе са другим националним програмима. Чини се да нигде као у области уставносудске праксе не постоји тако изражена потреба не само, како каже Тасић, ослањања на она „позитивна демократска права” из којих је дошла идеја,⁵⁰ већ и учешћа у међународно изграђеном правцу развоја уставносудске заштите.

За уставносудску инстанцу, упориште која она може наћи у упоредноправном развоју представља значајан залог у балансу који се настоји постићи у унутрашњем систему поделе власти. Уставносудска инстанца која узима у обзир упоредноправне тенденције ни у оном случају када касира жеље законодавца или одлуке редовних судова, не бива никад сама, већ исправност правца својих одлука може да потврди с погледом на решења истоветних проблема у пракси других уставних судова који примењују сличан нормативни програм. Са тим на уму, у погледу начела једнакости мора се рећи да се у упоредном праву примећује једна обрнута тенденција од оне која је заступљена у пракси нашег Уставног суда. Док у иностранству постоји тенденција да се начело једнакости, чак и када је у предметним домаћим уставима прописано уско, *примењује широко*, дотле се у пракси нашег Уставног суда и поред широке формулације чл. 21 Устава инсистира на рестриктивном тумачењу начела једнакости као акцесорне гаранције без самосталног садржаја.

⁵⁰ Ђ. Тасић, 331.

Тако се у пракси Уставног суда Италије, како се чита у упоредноправним анализама, почевши од 1960. године може приметити одређена проширивање домена примене одредбе о забрани дискриминације, при чему се на место заштите од дискриминације, то је резултат новелираног тумачења, ставља начело једнакости.⁵¹ У Француској, у пракси Уставног савета, начело једнакости прешло је пут од државног мота до једног тврдог начела које обавезује не само државне органе у извршавању закона, већ и самог законодавца.⁵² Следи да је као и у Италији, а супротно него у нашој уставносудској пракси, француска пракса са „слабим” изворима права у рукама проактивно изоштрила начело једнакости као централну правну позицију, док у исто време наша уставносудска пракса иде обрнутим путем и настоји да једну у уставу довољно самостално наглашену позицију схвати акцесорно.

Даље, колико се види из упоредноправних анализа, Уставни суд Летоније је у проблему неједнаке ремунерације судија и других носилаца јавних функција (судије су биле лошије плаћене) видео превасходно проблем повреде начела једнакости, што према акцесорном схватању не би било могуће.⁵³ – Истина, постоји и један број одлука нашег Уставног суда, где се проблем радноправног положаја судија сагледава из угла начела једнакости.⁵⁴ Али у тим одлукама, наш Уставни суд, се наслања на *део створене праксе која долази од самосталне природе начела једнакости*, а не на свој посебни правни став о акцесорној природи начела једнакости. Такво поступање наше уставносудске инстанце није доследно, јер целовита примена акцесорног схватања захтевала би и један рестриктиван однос према оним страним обрасцима обраде уставносудских *causa*, где резоновање страних инстанци почива на другачијем, управо обрнутом правном схватању.

У пракси уставних судова у Европи начелу једнакости често се признаје једно централно место у систему владавине права. Постоји заокружена тенденција да се оно схвати као елеменат на вредности права устројене државности као такве. То је концепт са којим није спојиво акцесорно схватање који заступа наш Уставни суд. У том погледу може се, осим на већ изложено схватање у пракси немачког Савезног уставног суда, указати на одговарајуће ставове у документима Савета Европе,⁵⁵ а за наше потребе и на правну праксу и стручне ставове судија уставних судова из нашег непосредног окружења.⁵⁶ Нарочито је, чини се, Уставни суд Македоније на

⁵¹ S. Barić, 89–94.

⁵² S. Glock, *Der Gleichheitssatz im Europäischen Recht*, Gießen 2007, 46 и даље.

⁵³ T. Birmontienė, „Изазови пред уставним судом Литваније за време глобалне економске кризе”, у: *Положај и перспективе уставној судства* (ур. Д. Сљепчевић), Београд 2014, 187.

⁵⁴ Одлука IУз 92/2014 од 26. 5. 2016.

⁵⁵ Упор. The Council of Europe and the Rule of Law – An Overview, CM (2008)170 21 November 2008, посебно тачка 53.

⁵⁶ Упор. М. Марковић, „Улога Уставног суда у изградњи владавине права”, у: *Улога Уставној суда у изградњи владавине права*, Милочер 2015, 11–15; Б. Наумоски, „Улога Уставног суда Македоније у изградњи правне државе и владавине права”, у: *Улога Уставној суда у изградњи владавине права*, Милочер 2015, 40; Е. Корпич-Хорват, „Значај Уставног суда Републике Словеније приликом остваривања владавине права”

елабориран начин истакао централни значај начела једнакости као једног од темељних правних принципа и нагласио контекст који такво начело има у систему владавине права.⁵⁷

Од значаја је и развој праксе у Црној Гори, где је Уставни суд у једном запаженом предмету који се тичао пореских закона и у једном другом важном предмету општијег значаја пошао од тога да из начела једнакости не проистиче само обавеза државе да са битно истоветним поступа једнако, већ и тзв. негативна обавеза једнакости – обавеза законодавца да јединично различите случајеве не приводи под исти законски третман.⁵⁸ Тај „негативни” аспект једнакости, на коме се инсистира и у нашој теорији пореског права,⁵⁹ може концептуално постојати само у случају самосталног схватања начела једнакости, због чега се може узети да и Уставни суд Црне Горе полази од обрнутог правног схватања неголи наш Уставни суд. Такав правац развој правног становишта у суседној држави са скоро истим правним коренима додатно наглашава, чини се, оправданост да се у нашој судској пракси направи помак у смеру преиспитивања акцесорног схватања начела једнакости.

5. Закључак

Начело једнакости, како је загарантовано у чл. 21 ст. 1 важећег Устава, може се схватити као акцесорни инструмент заштите који претпоставља позитиван налаз постојања неког другог субјективног права угроженог лица; и може се схватити као посебно субјективно право, чији анализа и примена не зависе од позитивне оцене о постојању неког другог права. У пракси нашег Уставног суда било је до сада фаворизовано прво становиште. У будућности, требало би створити одређен простор за постепено преиспитивање и прецизирање такве праксе, будући да она одступа од схватања у упоредном праву и будући да је у начелној одлуци Уставног суда о природи начела једнакости из 2010. године била потакнута потребом хармонизације са међународним правом приликом чега је превиђено да се одредбе међународних инструмената који гарантују људска права не би смеле користити

у: *Улоја Уставионој суда у изирадњи владавине њрава*, Милочер 2015, 81–82; B. Slavica, “Važnost izvješća Ustavnog suda Republike Hrvatske hrvatskom Saboru u ostvarivanju vladavine prava”, у: *Улоја Уставионој суда у изирадњи владавине њрава*, Милочер 2015, 45–58.

⁵⁷ Упор. Б. Наумоски, 2015, 40–41, где су наведени делови одлуке Уставног суда Македоније У 58/2010 од 29. 9. 2010.

⁵⁸ Уставни суд Црне Горе, одлука у предмету У-1 15/12 и 17/12 од 2. 10. 2012. („апсолутна примјена принципа једнакости на те случајеве, довела би их у неравноправни положај” – порези); У-1 27/10, 30/10 и 34/10 од 4. 3. 2011. (употреба српског језика); вид. И. Вучковић, „Уставни принцип једнакости грађана пред законом у пореском систему Црне Горе”, *Збор. Прав. фак. Свеуч. у Ријеци* 35/2014, 768; Д. Лопичић, 17–26. За критику учења о негативном домену начела једнакости упор. P. Reimer, § 128, чин 4.

⁵⁹ Упор. Д. Поповић, Г. Илић-Попов, „Једнакост грађана у пореском праву”, <https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2020/12/Prilog-1.doc>, 10. 11. 2023. Нажалост тај леп и садржајан чланак није ми био доступан у штампаном облику (*Годишњак Правној факултетној у Бањалуци* 33/2011, 139–158).

као основ за рестриктивно тумачење уставних гаранција у унутрашњем праву.

У горе прецизираном примеру чл. 19 ЗПП, види се да проблем поступања које је супротно чл. 21 ст. 1 Устава није проблем *обима уважавања (дружих) њрава*, већ да проблем *неједнаког постојања* представља један засебан проблем државног рада и владавине права. Тај проблем, може бити, апстрактно стављен искључиво у реон начела државног рада – чл. 3 ст. 1 Устава – а може, каква је ситуација у многим државама, бити везан за нарочито право лица на једнако поступање државне власти, што је код нас учињено у чл. 21 ст. 1 Устава. У том погледу у својој самој суштини и принцип из чл. 3 Устава и гаранција из чл. 21 Устава забрањују арбитрерно поступање; разлика лежи у томе што чл. 3 садржи начело за рад државе, а чл. 21 ст. 1 самостално субјективно право чију заштиту може тражити грађанин-појединац – или правно лице које је носилац те позиције – у уставносудском поступку.

Luka BRENESELOVIĆ

Research and Teaching PostDoc-Assistant

The University of Augsburg (Germany), Faculty of Law

SHAPING THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY: SERBIAN AND COMPARATIVE LEGAL PERSPECTIVE

Summary

The author elaborates on different interpretations of the Principle of Equality within the prominent cases decided by the Serbian Constitutional Court and within the legal decision practice in other European countries. While the Serbian Constitutional Court almost unanimously holds that the Principle of Equality (Article 21 of the national Constitution) is a guarantee whose implementation strictly depends on the positive violation of (other) rights (an accessory concept of equality), other courts, like the German Federal Constitutional Court, traditionally regard the Principle of Equality to be an independent guarantee of an utmost political significance for the Democracy and Rule of Law. The author challenges the accessory right concept from a methodological and comparative perspective. In its pivotal holding of July 22nd, 2010 the Serbian Constitutional Court has opted for an accessory-only interpretation of the Principle of Equality, by pointing out its obligation to interpret domestic Constitutional rights and freedoms in a way that shall provide a full-scaled identity between the provisions of the national constitution and

the international Human Rights Law. The aspiration to provide that kind of strict identity leads – by means of narrowing interpretations – to restrictions of the core guarantees provided by the national constitution. As a result, such interpretations of the Principle of Equality might violate the “minimal standards” rules of the very same international frameworks that the Court has been aspiring to mimic in an uncompromised fashion (Art. 5 ICCPR and Art. 53 ECHR).

Key words: Principle of Equality. – Anti-Discrimination. – Constitutional Law. – Constitutional Review. – International Law. – Rule of Law. – Human Rights.

Литература

- Антонијевић, М., Миленковић, М., Голубовић К., *et al.* (2013), *Устави Републике Србије*, YUCOM, Београд.
- Banić, S. (2015), “Važnost izvješća Ustavnog suda Republike Hrvatske hrvatskom Saboru u ostvarivanju vladavine prava”, у: *Улога уставног суда у изградњи владавине њрава*, Милочер, 45–58.
- Barić, S. (2015), “Načelo jednakosti u Italiji”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 65/1, 87–113.
- Birmontienė T. (2014), „Изазови пред уставним судом Литваније за време глобалне економске кризе”, у: *Положај и њерсијекџива уставног суда* (ур. Д. Сљепчевић), Уставни суд, Београд, 167–191.
- Бренеселовић, Л. (2012), „О заштити основних права у Србији у светлу лоше оцене Европске комисије”, *Евројско законодавство* 43–44, 335–360.
- Вучковић, И. (2014), *Заштити од дискриминације у њракси Уставног суда Црне Горе*, Центар за демократију и људска права, Подгорица (2014а).
- Вучковић, И. (2014), „Уставни принцип једнакости грађана пред законом у пореском систему Црне Горе”, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 35, (2014b), 761–793.
- Epping, V. (2021), *Grundrechte*, 9. издање, Springer, Берлин.
- Етински, Р. (2018), „Од принципа једнакости до анти-дискриминационог права”, *Правни животи* 13, 561–575.
- Glock, S. (2007), *Der Gleichheitssatz im Europäischen Recht*, Гисен.
- Kirchhof, P. (2015), „Artikel 3”, in: *Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz*, vol. 1, С.Н. Beck, Минхен, свеска (Lieferung) 75.
- Константиновић, М. (1937), „Методe правних конструкција и слободног истраживања права”, *Правна мисао* 3, 556–582.
- Корпич-Хорват, Е. (2015), „Значај Уставног суда Републике Словеније приликом остваривања владавине права”, у: *Улога уставног суда у изградњи владавине њрава*, Милочер, 73–88.
- Крстић, И., Маринковић, Т. (2016), *Евројско њраво људских њрава*, Канцеларија Савета Европе, Београд.

- Лопичић, Д. (2015), „Улога Уставног суда Црне Горе у заштити уставности и остваривању начела владавине права”, у: *Улога уставног суда у изградњи владавине права*, Милочер, 17–26.
- Маринковић, Т. (2012), „Правна и суштинска једнакост”, у: *Судска праћанскојравна заштити од дискриминације* (ур. Н. Петрушић), Повереник за заштиту равноправности и Правосудна академија, Београд, 38–46.
- Марковић, М. (2015), „Улога Уставног суда у изградњи владавине права”, у: *Улога уставног суда у изградњи владавине права*, Милочер, 9–15.
- Милутиновић, Љ., Крстић, И., Чучковић, Б. (2016), *Квалификативна студија о утицају пресуда Европског суда за људска права на јуриспруденцију судова у Републици Србији*, Канцеларија Савета Европе, Београд.
- Наумоски, Б. (2015), „Улога Уставног суда Македоније у изградњи правне државе и владавине права”, у: *Улога уставног суда у изградњи владавине права*, Милочер, 35–43.
- Nenadić, V. (2016), “Grund- und Menschenrechte in Serbien”, in: *Handbuch der Grundrechte* (eds. D. Marten, H.-J. Papier), vol. 9, C.F. Müller, Хайделберг, 383–440.
- Nowak, M. (2005), *UN Covenant on Civil and Political Rights*, 2. издање, Engel, Кел.
- Пајванчић, М. (2009), *Коментар Устава Републике Србије*, Фондација Конрад Аденауер, Београд.
- Поповић, Д., Илић-Попов, Г. (2020), „Једнакост грађана у пореском праву”, <https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2020/12/Prilog-1.doc>, 10. 11. 2023.
- Reimer, P. (2022), “Allgemeiner Gleichheitsatz (Artikel 3)”, in: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (eds. K. Stern, H. Sodan, M. Möstl), 2. издање, vol. 4, C.H. Beck, Минхен, 1075–1119.
- Sachs, M. (2017), *Verfassungsrecht II: Grundrechte*, 3. издање, Springer, Берлин.
- Schabas, W. (2015), *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- Симовић, Д. (2019), „Уставна начела остваривања људских права у Републици Србији”, у: *Право у функцији развоја друштва* (уред. Д. Мирковић), том 1, Правни факултет у Приштини, Косовска Митровица, 535–559.
- Симовић, Д., Станковић, М., Петров, В. (2018), *Људска права*, Службени гласник, Београд.
- Тасић, Ђ. (1930), „О начелу једнакости грађана пред законом – По најновијим резултатима немачке науке”, *Архив за правне и друштвене науке* 37, 329–338, 426–436.
- Wollenschläger, F. (2018), “Artikel 3”, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz*, 7. издање, vol. 1, C.H. Beck, Минхен, 277– 474.

IZMENE ZAKONA O ZAŠTITI PRAVA NA SUĐENJA U RAZUMNOM ROKU IZ 2023 - ULOGA USTAVNOG SUDA

Sažetak

U radu se analiziraju izmene Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku iz 2023. godine u delu u kojem se odnose na proširenje nadležnosti Ustavnog suda. Rad nastoji da odgovori na pitanja u kojoj meri izvršene izmene omogućavaju efikasnu primarnu zaštitu prava na suđenje u razumnom roku pred Ustavnim sudom, kao i da li se njima mogu ostvariti ciljevi i vrednosti koje navodi zakonodavac u svom obrazloženju i Venecijanska komisija, Komitet ministra SE i Evropski sud za ljudska prava u svojoj praksi. U radu se najpre analizira opravdanost argumentacije iz obrazloženja nedavnih zakonskih izmena, ali i razlozi kojima su se u prošlosti obrazlagale izmene režima zaštite prava na suđenje u razumnom roku u Srbiji. Nakon toga, sagledavaju se tendencije prisutne u praksi Evropskog suda za ljudska prava i dokumentima Komiteta ministra kako bi se što sveobuhvatnije sagledao domašaj nedavnog proširenja nadležnosti Ustavnog suda u pogledu postupaka namirenja protiv državnih preduzeća. Autorke ukazuju da je ključno da se, prilikom formulisanja efikasnih rešenja u ovako kompleksnoj materiji, unapred detaljno prouče kapaciteti nacionalnog ustavnog sudstva na osnovu dostupnih nacionalnih zvaničnih podataka. Takvo temeljno proučavanje je, čini se, izostalo prilikom donošenja nedavnih izmena čime je povećana opasnost od nastupanja preopterećenosti Ustavnog suda.

Ključne reči: *Ustavna žalba. – Pravo na suđenje u razumnom roku. – Postupci namirenja protiv državnih preduzeća. – Izmene Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. – Kačapor.*

1. Uvodne napomene

Jovan Ćirić je u decembru 2016. godine prestao da bude naš kolega i direktor u Institutu za uporedno pravo, postavši sudija Ustavnog suda. Iako je njegov novi posao podrazumevao ozbiljan i vremenski zahtevan rad, on je nastavio je da

* Viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, vesnacoric@yahoo.com

** Viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, akbojovic@gmail.com

čuva našu bliskost i oplemenjuje naše živote. Delili smo priče i dileme, najčešće uz kafu, tu negde na pola puta između Instituta i Ustavnog suda ili u našoj Azbuci. U Institut je takođe navraćao spontano, kao rado viđen gost, ili, bolje rečeno, dolazio je u Institut kao u svoju drugu kuću, a tako je uvek i od nas bio dočekan. Znao je da uvek i u svemu pronade jednu veselu perspektivu, dovoljno originalnu i spontanu da na prvi mah ni ne primetimo da nas vešto i namenski teši na temu nekog našeg neizgovorenog bola, koji je on umeo da nasluti. Jednom prilikom, razgovor je krenuo u pravcu Strazbura i prakse Evropskog suda za ljudska prava, a Ćirin prvi kratki, spontani komentar bio je za njega tako karakterističan „Ah, (taj) njihov razuman rok” - susretao se sa njim svakodnevno. Delovalo je da mu ne bi zasmetalo da ga mi zauzvrat utešimo baš na tu temu.

Nekih godinu dana pred njegov iznenadni odlazak, obavestile smo ga da pripremamo analizu na projektu Saveta Evrope (u daljem tekstu: SE) na temu „razumnog roka” i da se nadamo da ćemo kroz analizu efekata Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku (u daljem tekstu: ZZPSRR) uspeti da ponudimo konstruktivna rešenja problema koji je opterećivao ne samo Ustavni sud, već i druge sudove u Republici Srbiji (u daljem tekstu: RS), ali pre svega, koji je opterećivao građane suočene sa dugotrajnim sudskim postupcima. Izmamile smo mu osmeh i zainteresovale ga, mada nismo sasvim sigurne da li je analiza stigla do njega u završnom obliku. Propustile smo da podelimo sa njim, tokom naših zajedničkih kafa i druženja, neke od ključnih nalaza do kojih smo došle pri analizi efekata zakona. Nismo žurile, verujući da pred nama stoje još godine kafa i razgovora. Nismo žurile, a trebalo je. To koliko je Ćira bio suštinski zainteresovan za naš rad i za nas, u punoj meri smo osvestile tek po njegovom odlasku, u razgovoru sa drugim kolegama, prikupljajući deliće njegovih lepih reči o nama i našim naučnim i stručnim dostignućima.

U međuvremenu se pristupilo radu na izmenama ZZPSRR, koje su i usvojene u oktobru ove godine. I pored toga što one nisu bile neposredno motivisane našom analizom, znamo da bi Ćira silno želeo da ih vidi i prokomentariše. I upravo zbog toga, biramo da, za naše pisano obraćanje Ćiri, približimo baš ovu našu zajedničku temu. U radu ćemo predstaviti neke od ključnih problema do kojih u primeni dovode rešenja ZZPSRR, kao i nastojati da sagledamo očekivane domašaje njegovih nedavnih izmena i dopuna u delu koji se odnosi na ulogu Ustavnog suda. Na tom putu, osvrnućemo se po potrebi i na relevantnu praksu Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP), dokumente Venecijanske komisije (u daljem tekstu: VK) i Komiteta ministra SE.

Izmenе i dopune Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku iz 2023. godine (u daljem tekstu: izmene ZZPSRR iz 2023. godine) usmerene su na unapređenje postojećeg režima zaštite ovog prava u nekoliko aspekata od kojih je, čini se, ključan onaj koji podrazumeva proširenje nadležnosti Ustavnog suda. Naime, izmenama ZZPSRR iz 2023. godine iz njegovog režima se izuzimaju određeni postupci u kojima je dužnik preduzeće sa većinskim društvenim ili državnim kapitalom. Tačnije, izmenama se kao pravno sredstvo radi delotvorne zaštite poverilaca ponovno

predviđa ustavna žalba u izvršnim postupcima po odlukama koje su donete protiv preduzeća sa pretežnim društvenim ili državnim kapitalom, kao i u stečajnim postupcima u kojima su ova preduzeća stečajni dužnici. U daljem tekstu za ovu grupu postupaka koristiće se izraz „postupci namirenja protiv državnih preduzeća”. Navedena izmena čini se ključnom novinom i osnovnim razlogom za izmenu zakona, budući da je obrazloženje zakona gotovo isključivo posvećeno ovom pitanju.

Iako će se u okviru ovog rada ključna pažnja posvetiti tome u kojoj meri izvršene izmene mogu doprineti unapređenju zaštite prava poverilaca u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća na suđenje u razumnom roku, bitno je imati u vidu da izmene ZZPSRR iz 2023. godine nisu isključivo bile usmerene na usklađivanje sa praksom evropskih nadnacionalnih organa u ovoj oblasti, već se njima uvode i druge novine. Njihova kritička analiza neće biti obuhvaćena ovim radom, već će ukratko biti prikazane u narednim pasusima.

Naime, ovim izmenama se, između ostalog, bliže uređuju neka od pitanja u vezi sa kojim su se javljali problemi ili različita tumačenja u praksi. Tako se izmenama ZZPSRR iz 2023. godine reguliše pitanje punomoćja za podnošenje prigovora preciziranjem da punomoćniku stranke koji je ovlašćen da preduzima sve radnje u postupku čije se ubrzanje traži nije potrebno posebno punomoćje za podnošenje prigovora.¹ Takođe, izmenama se dodatno normira i menja višestruko režim koji se odnosi na podnošenje prigovora i žalbi. Najpre, uvodi se još jedan osnov za odbacivanje prigovora, koji se odnosi na situacije kada je prigovor podnet nakon okončanja postupka u kome se zaštita traži.² Potom, izmenama se izričito propisuje da poverilac kojem je dosuđena i isplaćena naknada imovinske štete u visini zahtevanog potraživanja nema pravo na podnošenje novog prigovora koji se vodi radi namirenja istog potraživanja.³ Nadalje, izmenama se omogućava podnošenje žalbe u slučaju da predsednik suda u rešenju kojim je usvojio prigovor i utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku nije odredio rok za preduzimanje procesnih radnji koje delotvorno ubrzavaju postupak, u roku od osam dana od prijema odgovarajućeg rešenja.⁴ Dalje, one su usmerene ka tome da se izričito normira i pravo stranke na naknadu troškova postupka po

¹ S druge strane, izmenjenim čl. 7 ZZPSRR iz 2023. godine se takođe naglašava da ako je punomoćnik stranke ovlašćen da preduzima samo pojedine radnje u postupku u koje ne spada podnošenje pravnih sredstava za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, on je dužan i da uz prigovor dostavi posebno punomoćje za njegovo podnošenje. Izmenama se takođe regulišu i pravne posledice nepostojanja punomoćja, pa se u tom smislu navodi da ako se posumnja da je nastupio neki od zakonom propisanih razloga za prestanak punomoćja, sud će obrazloženim rešenjem protiv koga nije dozvoljena posebna žalba naložiti punomoćniku da dostavi posebno punomoćje za podnošenje prigovora, u roku od osam dana od dana dostavljanja rešenja, uz upozorenje da se u suprotnom prigovor odbacuje kao nedozvoljen. V. Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, redakcijski prečišćen tekst, br. 40/2015 i 92/2023, <https://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/skupstina/zakon/2015/40/1/reg>, 15. 11. 2023.

² Vid. čl. 8, st. 2 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, redakcijski prečišćen tekst, br. 40/2015 i 92/2023.

³ Ukoliko bi došlo do podnošenja takvog prigovora, sud bi ga morao odbaciti. Vid. čl. 13 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, redakcijski prečišćen tekst, br. 40/2015 i 92/2023.

⁴ Čl. 14 i čl. 15 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, redakcijski prečišćen tekst, br. 40/2015 i 92/2023.

prigovoru.⁵ Konačno, izmenama se precizira stvarna i mesna nadležnost za vođenje postupka za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku,⁶ te određuje rok za dobrovoljnu isplatu novčanog obeštećenja i naknadu imovinske štete, kao što se i isključuje primena određenih odredaba zakona koji uređuju parnični i izvršni postupak.⁷ Pored toga, izvestan broj zakonskih izmena i dopuna koji zbog svoje nespornosti u okviru ovog rada neće biti detaljnije razmatrani imao je za cilj pre svega terminološko usklađivanje postojećeg pravnog okvira sa rešenjima iz Akta o promeni Ustava RS, Zakona o javnom tužilaštvu i Zakona o uređenju sudova.⁸

U okviru ovog rada, najpre će se predstaviti argumentacija koja se navodi u obrazloženju izmena ZZPSRR iz 2023. godine, a nakon toga će se oceniti njena opravdanost. U tom cilju će se analizirati i razvoj zaštite prava na suđenje u razumnom roku u RS, uz poseban osvrt na kriterijume koji su se u prošlosti primenjivali prilikom ocene dostupnih pravnih sredstava za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća u RS, kako bi se ocenilo da li su nedavne izmene ZZPSRR iz 2023. godine u skladu sa ranije primenjivanim kriterijumima. Nakon toga, sagledaće se i tendencije prisutne u praksi ESLJP kako bi se što sveobuhvatnije sagledao značaj nedavnog uvođenja ustavne žalbe u pogledu predmeta koji se odnose na postupke namirenja protiv državnih preduzeća kao i to da li učinjene izmene odražavaju stavove ESLJP.

2. Obrazloženje zakonodavca za donošenje Zakona o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku

U Obrazloženju zakonskih izmena iz 2023. godine, ispravno se ukazuje na odluku Komiteta ministra SE u kojoj se konstatuje da u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća u RS postoji dugoročni kompleksni problem neizvršenja, odnosno odloženog izvršenja sudskih odluka donetih protiv ovih preduzeća, uprkos tome što je RS usvojila ZZPSRR, kao opštu meru, 2015. godine. Naime, Komitet ministara SE navodi da primena ZZPSRR nije rešila visok procenat odbijanja i odbacivanja pravnih lekova u stečajnom postupku kao i druga sporna pitanja, što dalje sprečava izvršenje odluka.⁹

Stoga, navodi se dalje, da je izmena ZZPSRR neophodna u cilju efikasnijeg sprovođenja postupka sudske zaštite prava na suđenje u razumnom u

⁵ Vid. čl. 10, st. 3 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, redakcijski prečišćen tekst, br. 40/2015 i 92/2023.

⁶ Vid. čl. 2. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, redakcijski prečišćen tekst, br. 40/2015 i 92/2023.

⁷ Vid. čl. 32 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, redakcijski prečišćen tekst, br. 40/2015 i 92/2023.

⁸ Vid. čl. 12, čl. 14, čl. 15, čl. 16, čl. 18, čl. 19 i čl. 20 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, redakcijski prečišćen tekst, br. 40/2015 i 92/2023.

⁹ Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, Obrazloženje, 2023, 5, www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/13_saziv/1839-23%20-%20Lat..pdf, 15. 11. 2023.

postupcima namirenja protiv državnih preduzeća, jer se dosadašnja pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku u ovim postupcima (prigovor radi ubrzavanja postupka, žalba protiv rešenja kojim je odbijen prigovor, tužba za novčano obeštećenje i tužba za naknadu imovinske štete) nisu pokazala kao delotvorna.¹⁰

U tački 7. Odluke, Komitet ministara SE je pozvao „vlasti da prioritarno razmisle o ovim tačkama i daju informacije Komitetu ministara Saveta Evrope o tome koje su dalje mere predviđene kako bi se ovi prijavljeni nedostaci prevazišli”. Najzad, u obrazloženju se izričito navodi da su ove zakonske izmene izrađene u cilju „poštovanja principa supsidijarnosti i smanjenja broja predstavki pred Evropskim sudom za ljudska prava koje se odnose na predmetne sudske postupke”, kao i poštovanja stavova koje je ESLJP, zauzimao u pogledu ove grupe predmeta, te i preporuka Komiteta ministara SE.¹¹ Naime, Komitet ministara SE je utvrdio da je nakon predmeta *Kačapor i drugi protiv Srbije*¹² registrovano oko 9000 predstavki u vezi sa istim problemom kojih je do 2023. godine rešeno oko 3700.¹³

Kako bi se što potpunije kritički ispitala osnovanost ovog obrazloženja, a pre svega navođenja da se očekuje smanjenje broja predstavki pred ESLJP, potrebno je najpre sagledati evoluciju zaštite prava na suđenje u razumnom roku u pravnom sistemu RS s posebnim osvrtom na razloge koji su u prošlosti doveli do prebacivanja nadležnosti za sprovođenje postupka zaštite sa Ustavnog suda na redovne sudove. Takva analiza čini nam se značajnom za potvrdu da se izmenama ZZPSRR iz 2023. godine nije pribeglo starim rešenjima koja su se već prošlosti pokazala nedovoljno adekvatnim. Sagledaće se takođe usklađenost novih rešenja sa kriterijumima koje razvila VK prilikom ocene kvaliteta režima za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku obuhvaćenog izmenama Zakona o uređenju sudova iz 2013. godine. Nakon toga, potrebno je razmotriti stavove Komiteta ministra SE i odabranu praksu ESLJP koja se ne svodi isključivo na predmete protiv RS, kako bi se sagledalo da li pomenuta rešenja u potpunosti odražavaju stavove ESLJP. U tom kontekstu, bitno je napomenuti da se pomenuto obrazloženje izmena ZZPSRR iz 2023. godine izričito poziva na svega tri predmeta ESLJP protiv RS, dok se praksa protiv drugih država pojedinačno ne navodi.

¹⁰ *Ibid.*, 4.

¹¹ *Ibid.*, 5.

¹² *Kačapor i drugi protiv Srbije*, predstavke broj 2269/06 3041/06 3042/06 3043/06 3045/06 3046/06, presuda ESLJP od 15. januara 2008. godine.

¹³ M. Pavlović, U poslednjoj rundi nadzora nad sprovođenjem odluka ESLJP, Komitet ministara Saveta Evrope razmatrao probleme neizvršenja sudskih odluka protiv društvenih preduzeća, neizvršenja upravnih rešenja o rušenju nelegalnih objekata i zlostavljanja od strane policije, 3. 1. 2023, [www://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-drustvenih-preduzeca-neizvršenje-upravnih-naloga-za-rusenje-nelegal/](http://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-drustvenih-preduzeca-neizvršenje-upravnih-naloga-za-rusenje-nelegal/), 10. 12. 2023.

3. Na tragu selektivne primene starih rešenja?

Pravo na suđenje u razumnom roku nije bilo normirano u unutrašnjem pravnom poretku RS sve do donošenja Ustava iz 2006. godine.¹⁴ Nakon izričitog normiranja ovog prava u Ustavu RS iz 2006. godine, Zakon o Ustavnom sudu iz 2007. godine predviđa da se ustavna žalba može izjaviti i ako nisu iscrpljena pravna sredstva, ukoliko određeno lice smatra da mu je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.¹⁵ Takva odredba, kojom se, dakle, odstupilo od načela supsidijarnosti ustavne žalbe, svakako je predstavljala jasan pokazatelj opredeljenja da se sa naročitom pažnjom pristupi zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.¹⁶ Sledeći značajan korak u razvoju zaštite pomenutog prava u RS predstavlja prva odluka koju je doneo Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi 2008. godine budući da je ESLJP tek od donošenja te odluke prihvatio, mada ne u pogledu svih postupaka, da postoji delotvorno pravno sredstvo u unutrašnjem pravom poretku za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.¹⁷ Tačnije, ustavna žalba je prihvaćena kao delotvorno pravno sredstvo u pogledu zaštite prava na suđenje u razumnom roku u izvršnim postupcima po presudama koje su donete protiv društvenih preduzeća u stečaju, tek pet godina kasnije, 2013. godine.¹⁸ Značajno je imati u vidu da su državni organi, pre opredeljivanja za pristup obraćanju Ustavnom sudu u cilju zaštite prava poverilaca iz postupaka namirenja protiv državnih preduzeća na suđenje u razumnom roku razmatrali mogućnost uspostavljanja posebnog mehanizma za isplatu naknade nematerijalne i materijalne štete ovoj kategoriji poverilaca. Od date ideje se međutim ubrzo odustalo. Ipak, o razmerama problema svedoči i podatak koji je RS prijavila a prema kome je, u skladu sa strategijom da popiše sve neizvršene presude protiv društvenih preduzeća i uspostavi šemu za isplatu duga, zaključno sa 30. septembrom 2015. godine registrovano 84.814 takvih presuda, a ukupan iznos duga po njima je procenjen na oko 372 miliona evra.¹⁹

¹⁴ Ipak, bitno je napomenuti da je pravo na pravično suđenje bilo zajemčeno u Povelji o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama (tzv. Mala povelja) koja je predstavljala sastavni deo Ustavne povelje Državne zajednice SCG i koja se neposredno primenjivala. Vid. čl. 17 Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama, *Službeni list SCG*, br. 6/2003; S. Lilić, „Da li je ustavna žalba efikasní pravni lek za suđenje u razumnom roku?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2007, 67–85; M. Bećirović-Alić, *Suđenje u razumnom roku*, doktorska disertacija, Internacionalni univerzitet u Novom Pazaru, 2018, 66.

¹⁵ Vid. čl. 32 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i čl. 82 Zakona o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007.

¹⁶ M. Stanić, „Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u Republici Srbiji“, *Pravni život* 12/2017, 685.

¹⁷ M. Salma, „Suđenje u razumnom roku – Pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2015, vol. 49, 1003; S. Carić, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Beograd 2015, 77.

¹⁸ M. Stanić, 685.

¹⁹ M. Pavlović, U poslednjoj rundi nadzora nad sprovođenjem odluka ESLJP, Komitet ministara Saveta Evrope razmatrao probleme neizvršenja sudskih odluka protiv društvenih preduzeća, neizvršenja upravnih rešenja o rušenju nelegalnih objekata i zlostavljanja od strane policije, 3. 1. 2023, [www://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-društvenih-preduzeća-neizvršenje-upravnih-naloga-za-rusenje-nelegal/](http://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-društvenih-preduzeća-neizvršenje-upravnih-naloga-za-rusenje-nelegal/), 10. 12. 2023; Status of Execution, R. Kacapor v. Serbia, Leading & Repetitive, 1, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-7246>, 10. 12. 2023.

I pored toga što je ustavna žalba bila proglašena delotvornim pravnim lekom u pogledu zaštite prava na suđenje u razumnom roku u pomenutim grupama predmeta, zanimljivo je da se ubrzo nakon toga javila potreba za izmenom tog režima, koja se i realizovala izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova iz 2013. godine. Njima je bila pružena mogućnost stranci u sudskom postupku koja smatra da joj je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku da neposredno višem sudu podnese zahtev za zaštitu ovog prava. Postupak odlučivanja po ovom pravnom sredstvu zakonom je propisan kao hitan.²⁰ U literaturi se navodi da je ovim izmenama delimično uveden difuzni model sudske zaštite ovog prava, odnosno da se njima normira primarna preventivna zaštita ovog prava na nižim instancama, za razliku od prethodnog rešenja koje je centralnu ulogu dodeljivalo Ustavnom sudu.²¹ Rešenje iz 2013. godine je bilo kritikovano u stručnim i naučnim krugovima između ostalog i zbog toga što je propušteno da se propiše rok u kojem je viši sud bio dužan da odluči po zahtevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.²² Detaljna analiza teksta izmena Zakona o uređenju sudova iz 2013. godine izostala je u ovom radu, između ostalog, i zbog toga što data rešenja nisu bila dugog veka, budući da se paralelno sa njima intenzivno radilo na donošenju zakona kojim bi se ova materija sveobuhvatno uredila. To je i ostvareno dve godine kasnije donošenjem ZZPSRR. Ovaj zakon uneo je brojne značajne novine i unapređenja, ali je nastavio sa pristupom prema kojem se primarna zaštita prava na suđenje u razumnom roku ostvaruje pred sudovima redovne nadležnosti a ne Ustavnim sudom.²³ Ipak, značajno je napomenuti da ni zakonskim rešenjem iz 2013. godine, kao ni onim iz 2015. godine, primena ustavne žalbe kao pravnog sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku nije isključena, već jedino nije bila predviđena kao sredstvo za pružanje primarne zaštite ovom pravu. Drugim rečima, stranke u sudskim postupcima su nakon traženja pravne zaštite pred redovnim sudovima imale mogućnost da zaštitu traže i pred Ustavnim sudom. U praksi je ovo dovelo do situacija da u značajnom broju predmeta, naročito onim u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća, stranke traže zaštitu prvo pred redovnim sudom, a potom i pred Ustavnim sudom, što znači da je priliv predmeta u Ustavni sud samo donekle smanjen, dok je ceo sistem zaštite prava na suđenje u razumnom roku, shvaćen kao sistem sačinjen od sudova opšte i posebne nadležnosti i Ustavnog suda ostao značajno opterećen.

U literaturi se navodilo da je izmena Zakona o uređenju sudova iz 2013. godine, u delu u kojem se odnosi na mogućnost podnošenja neposredno višem sudu

²⁰ Ukoliko se zahtev odnosi na postupak koji je bio u toku pred Privrednim apelacionim sudom, Prekršajnim apelacionim sudom ili Upravnim sudom o zahtevu odlučuje Vrhovni kasacioni sud. Vid. M. Stanić, 686; Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova, Obrazloženje, 2013, 9–10.

²¹ S. Carić, 88.

²² S. Carić, 85; M. Stanić, 687.

²³ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2015, www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/skupstina/zakon/2015/40/1/reg, 10. 11. 2023; A. Mojašević, A. Jovanović, „Razumni rok u stečajnom postupku: Analiza predmeta Privrednog suda u Nišu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 90/2021, 99–104.

delotvornih pravnih lekova za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, umesto neposrednog podnošenja Ustavnom sudu, motivisana velikim brojem podnetih ustavnih žalbi, koje su negativno uticale na dužinu postupka pred Ustavnim sudom.²⁴ U obrazloženju tih izmena se dodatno preciziralo da se očekuje da će zakonske izmene dovesti do smanjenja broja ustavnih žalbi, pa i predstavljanje pred ESLJP.²⁵ VK, koja je podržala tadašnji nacrt Zakona o uređenju sudova iz 2013. godine, u svom mišljenju navodi da je u tom trenutku pred Ustavnim sudom bilo 5000 predmeta u radu koji su se odnosili na prekomerno trajanje postupka, te da je postojala neodložna potreba za uspostavljanjem „dobro odmerenog” mehanizma kako bi se odgovorilo na taj problem. Istovremeno, VK je ukazala da je potrebno da se pre uspostavljanja „dobro odmerenog” mehanizma, na opšti i sistematičan način preispitaju različita moguća rešenja u cilju uspostavljanja koherentne strategije u pogledu različitih zakonodavnih mera i intervencija koje je potrebno preuzeti.²⁶

4. Izmene ZZPSR iz 2023. godine iz ugla usklađenosti sa obrazloženjima zakonodavca i preporukama VK

Preporuke VK koje se odnose na potrebu uspostavljanja „dobro odmerenog” mehanizma u skladu rezultatima prethodnog ispitivanja različitih mogućih rešenja vremenom su dodatno dobile na značaju, naročito imajući u vidu da se VK nije izjašnjavala povodom rešenja iz nedavno usvojenog nacrt izmena ZZPSR iz 2023. godine. Stoga će se u narednim redovima ispitati usklađenost zakonskih izmena iz 2023. godine sa izraženim stavovima VK, te će se ispitati u kojoj meri novouvedena rešenja u pogledu propisivanja nadležnosti Ustavnog suda u pogledu primarne zaštite prava na suđenje u razumnom roku u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća odražavaju ciljeve i razloge za promenu režima zaštite navedenog prava koji su navedeni u obrazloženjima zakona iz 2013. i 2023. godine.

Prethodno navođena argumentacija iz obrazloženja izmena zakona iz 2013. godine, o nastupanju opterećenosti usled velikog broja tekućih predmeta u materiji razumnog roka pred Ustavnim sudom, ne može sama po sebi da posluži kao valjan argument protiv nedavnih zakonskih izmena iz 2023. godine kojima

²⁴ M. Stanić, 685; M. Radović, „Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u stečajnom postupku”, u: *Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme, prvi tom* (ur. Olga Jović-Prlainović), Kosovska Mitrovica 2017, 302.

²⁵ Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova, Obrazloženje, 2013, 10, www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/3947-13Lat.pdf

²⁶ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on Draft Amendments to Laws on the Judiciary of Serbia, Adopted by the Venice Commission at its 94th Plenary Session (Venice, 8-9 March 2013) on the basis of comments by Mr. Johan Hirschfeldt (Substitute member, Sweden) Mr. Konstantin Vardzelashvili (Substitute member, Georgia), Strasbourg, 11 March 2013 Opinion no. 709 / 2012 CDL-AD(2013)005 Or. Engl, 17, [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)005-e), 16. 11. 2023.

se proširila nadležnost Ustavnog suda u pogledu zaštite prava na suđenje u razumnom roku. Naime, dok je, s jedne strane, do 2013. godine, ustavna žalba bila propisana kao jedino pravno sredstvo u pogledu širokog spektra predmeta u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku, s druge strane, nedavne izmene ZZPSRR iz 2023. godine usmerene ka proširenju nadležnosti Ustavnog suda su znatno užeg opsega te stoga režim uveden nedavnim izmenama deluje bolje odmeren. Tačnije, nedavnim izmenama ZZPSRR iz 2023. godine, isključiva nadležnost Ustavnog suda propisuje se jedino u pogledu postupaka namirenja protiv državnih preduzeća, dok se zadržava primarna nadležnost redovnog pravosuđa u pogledu drugih grupa predmeta koji su regulisani ZZPSRR, praćena nadležnošću Ustavnog suda da postupa po ustavnim žalbama zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u potonjim predmetima. Zaključak o „dobraj odmerenosti” nedavno uvedenog režima odlučivanja po ustavnim žalbama u predmetima namirenja protiv državnih preduzeća ipak treba posmatrati sa značajnom dozom opreza.

Najpre, VK je još u svom mišljenju iz 2013. godine ukazala da je potrebno da se pre uspostavljanja „dobro odmerenog” mehanizma, na opšti i sistematski način preispitaju različita moguća rešenja u cilju uspostavljanja koherentne strategije u pogledu različitih zakonodavnih mera i intervencija koje je potrebno preuzeti.²⁷ Čini se da je 2023. godine propušteno da se ova preporuka VK uvaži i da se po njoj postupi, budući da ne postoje raspoloživi podaci o tome da su različita moguća rešenja temeljno preispitana. Umesto toga, stiče se utisak da se pribeglo *ad hoc* i parcijalnom rešenju koje je usmereno isključivo na otklanjanje najdraističnijih problema u oblasti zaštite prava na suđenje u razumnom roku.

U prilog tvrdnji da se radi o najvećem, gorućem problemu u vezi sa zaštitom prava na suđenje u razumnom roku pred srpskim sudovima ne govori samo mišljenje Komiteta ministara SE. Upravo suprotno, postupanje u ovom predmetima prepoznato je i u domaćoj praksi, kao i u relevantnoj naučnoj literaturi.²⁸ Podaci o broju postupaka pred privrednim sudovima, koji su do izmena ZZSPRR iz 2023. godine bili nadležni za postupanje po prigovorima i žalbama zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u svim stečajnim postupcima, uključujući i one protiv preduzeća u većinskom državnom ili društvenom vlasništvu, ukazuju da se radi o desetinama hiljada predmeta, koji su u pojedinim godinama predstavljali tek nešto manje od polovine ukupnog broja pomenutih pravnih sredstava podnetih pred svim sudovima u Srbiji.²⁹ Istovremeno, usled rešenja ZZSPRR iz

²⁷ *Ibid.*

²⁸ A. Mojašević, A. Jovanović, „Razumni rok u stečajnom postupku: Analiza predmeta Privrednog suda u Nišu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 90/2021, 111; A. Knežević Bojović, V. Ćorić, Analiza efekata Zakona o zaštiti prava na suđenje na suđenje u razumnom roku, 22, Zajednički program Evropske unije i Saveta Evrope „Horizontal Facility za Zapadni Balkan i Tursku 2019–2022”, u okviru projekta Saveta Evrope „Jačanje efikasnih pravnih sredstava za sprečavanje kršenja ljudskih prava u Srbiji”, Beograd, 2022, 31, <https://rm.coe.int/analiza-efekata-zakona-o-zastiti-prava-na-sudjenje-u-razumnom-roku-275/1680a8d29e>, 20. 11. 2023.

²⁹ Tako je, na primer, u 2018. godini privrednim sudovima podneto 31349 prigovora i žalbi iz ZZPSRR, što je predstavljalo ukupno 46% od svih pravnih sredstava ove vrste podnetih u Srbiji, dok se 2019. godine

2015. godine, prema kome se naknada nematerijalne i materijalne štete po osnovu utvrđene povrede prava na suđenje u razumnom roku isplaćuje iz budžeta suda pred kojim je povreda utvrđena, privredni sudovi su godinama isplaćivali velike iznose, što je neretko dovodilo do blokiranja njihovih računa i posledično do problema u redovnom funkcionisanju. Shodno tome, predstavnici privrednog pravosuđa izneli su i predloge koji su išli u pravcu kako izmena ZZPSRR, tako i samog Zakona o stečajnom postupku.

Pokušaj umanjena najvećeg i gorućeg problema u oblasti zaštite prava na suđenje u razumnom roku je ne samo dobrodošao već je i u skladu sa zahtevima koje je postavio Komitet ministara SE pred RS, te stoga svakako predstavlja značajan korak napred. I pored toga, smatramo da je izostao sistematičan i opšti pristup rešavanju problema, što se, između ostalog, ogleda i u činjenici da nije temeljno sagledano da li će usvojeno rešenje o prenosu nadležnosti zaista dovesti do rasterećenja Ustavnog suda uz istovremeno efikasnije delovanje redovnog sudstva u oblastima u kojima ono ostaje nadležno da pruža primarnu zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.

Naime, u pokušaju da se što preciznije anticipira opterećenost Ustavnog suda u kratkom i srednjem roku, uputno bi bilo da se vrši intenzivnije oslanjanje na sudsku statistiku, druge dostupne zvanične podatke, a posebno i preduzima sveobuhvatno sagledavanje složene nadležnosti Ustavnog suda, koja posledično utiče i na obim njegovog postupanja kako po ustavnim žalbama, tako i po drugim pravnim sredstvima. Ovde je bitno podsetiti da Ustavni sud i nakon izmena iz 2023. godine nastavlja da postupa i po tekućim (i budućim) predmetima po ustavnim žalbama u materiji zaštite prava na suđenje u razumnom roku, u kojima primarnu zaštitu pružaju redovni sudovi.

Najzad, u obrazloženju izmene zakona iz 2013. godine ukazalo se na značaj dobrih uporednih praksi, odnosno na to da su izmene izvršene „u skladu sa pozitivnim primerima zemalja u regionu”.³⁰ Iako se primena uporednopravnog metoda uvek nameće kao korisno rešenje, smatramo da se u pogledu uspostavljanja režima u ovako kompleksnoj materiji takav metod može koristiti jedino kao supsidijaran. Prilikom formulisanja efikasnih i dobro odmerenih rešenja čini se daleko značajnijim detaljno proučavanje kapaciteta nacionalnog ustavnog sudstva, pa i pravosuđa na osnovu dostupnih nacionalnih zvaničnih podataka. Uprkos izloženim manjkavostima u pristupu, bitno je imati u vidu da izvršene izmene iz 2023. godine donose izvesna unapređenja. Pored toga što predstavljaju urgentan i *ad hoc* odgovor na zahteve Komiteta ministra SE, one istovremeno uvažavaju i

radilo o 42.825 prigovora i žalbi iz ZZPSRR, odnosno 43% ukupnog broja tih prigovora i žalbi podnetih pred svim sudovima u Srbiji. A. Knežević Bojović, V. Ćorić, „Analiza efekata Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku”, 33, Zajednički program Evropske unije i Saveta Evrope „Horizontal Facility za Zapadni Balkan i Tursku 2019–2022”, u okviru projekta Saveta Evrope „Jačanje efikasnih pravnih sredstava za sprečavanje kršenja ljudskih prava u Srbiji”, Beograd, 2022, 31, <https://rm.coe.int/analiza-efekata-zakona-o-zastiti-prava-na-sudjenje-u-razumnom-roku-275/1680a8d29e>, 20. 11. 2023.

³⁰ Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova, Obrazloženje, 2013, 9, www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/3947-13Lat.pdf, 18. 11. 2023.

lokalni kontekst i izvesne potrebe prakse koje su identifikovane od strane sudija privrednih sudova.

Naime, izmenama ZZPSRR iz 2023. godine se ne menja samo režim primarne zaštite prava na suđenje u razumnom roku za poverioce iz postupaka namirenja protiv državnih preduzeća, već i budžetski razdeo sa koje se isplaćuju sredstva na ime naknade materijalne i nematerijalne štete usled povrede ovog prava. Tačnije, odredbom člana 89. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu propisano je da ovaj sud, u odluci kojom se usvaja ustavna žalba, odlučuje i o zahtevu za naknadu materijalne i nematerijalne štete i određuje državni organ koji je obavezan da tu naknadu isplati. Budući da je Ustavni sud do sada u odlukama po ustavnim žalbama zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku kao navedeni državni organ određivao Ministarstvo pravde, a ne pojedinačni sud, očekuje se da će se navedena praksa nastaviti i shodno tome, rasteretiti budžeti privrednih sudova. Na taj način se, u određenoj meri, izašlo u susret stavovima iznetim na godišnjem sastanku privrednih sudova na kojima je bila, između ostalog, razmatrana upravo mogućnost da se omogući u perspektivi isplata naknade nematerijalne štete za neizvršenje presuda sa drugog razdela državnog budžeta, a ne sa računa sudova, kako bi se sprečila njihova dalja blokada.³¹ Ipak, značajno je napomenuti da se budžeti privrednih sudova izmenama ZZPSRR iz 2023. godine rasterećuju samo u delu koji se odnosi na postupke namirenja protiv državnih preduzeća, dok teret isplate naknada štete za utvrđene povrede prava na suđenje u razumnom roku iz drugih stečajnih postupaka ostaje na ovim sudovima.

5. Izmene ZZPSRR iz 2023. godine iz ugla usklađenosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava

Nedavne izmene ZZPSRR u delu u kojem se odnose na zaštitu prava na suđenje u razumnom roku u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća potrebno je ispitati i sa stanovišta njihove usklađenosti sa relevantnom praksom ESLJP. Podsetimo, ESLJP je još u predmetu *Hornsby protiv Grčke*³² istakao da izvršenje bilo koje sudske presude mora da se smatra sastavnim delom „pravičnog suđenja” u smislu člana 6. EKLJP. Štaviše, u datom predmetu se ESLJP poziva na svoje ranije presude protiv Italije u kojima je takvo stanovište već bilo prihvaćeno u pogledu predmeta koji se odnose na dužinu trajanja postupka.³³ Dalje, ESLJP je taj svoj stav počeo da ekstenzivno primenjuje i na postupke namirenja protiv

³¹ M. Pavlović, U poslednjoj rundi nadzora nad sprovođenjem odluka ESLJP, Komitet ministara Saveta Evrope razmatrao probleme neizvršenja sudskih odluka protiv društvenih preduzeća, neizvršenja upravnih rešenja o rušenju nelegalnih objekata i zlostaljanja od strane policije, 3. 1. 2023, [www://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-drustvenih-preduzeca-neizvršenje-upravnih-naloga-za-rusenje-nelegal/](http://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-drustvenih-preduzeca-neizvršenje-upravnih-naloga-za-rusenje-nelegal/), 10. 12. 2023.

³² *Hornsby protiv Grčke*, predstavka broj 18357/91, presuda ESLJP od 19. marta 1997. godine, 40.

³³ *Pede protiv Italije*, predstavka broj 15797/89, presuda ESLJP od 26. septembra 1996. godine, st. 20–24, *Zappia protiv Italije*, predstavka broj 24295/94, presuda ESLJP od 26. septembra 1996. godine, 16–20.

državnih preduzeća, podvođeći ih na taj naćin pod polje primene „suđenja” u razumnom roku u smislu člana 6. EKLJP.³⁴

U odnosu na pružanje zaštite pravu na suđenje u razumnom roku u postupcima namirenja u najširem smislu,³⁵ bitno je imati u vidu da u pogledu pojedinih pitanja u toj oblasti, ESLJP uvađava specifićnost ovih postupaka. Tome u prilog, između ostalog, govori i presuda u predmetu *Kaćapor i drugi protiv Srbije*, u kojoj se navode neka od naćela koja se primenjuju u pogledu postupaka izvršenja. Reć je o tome da se „kašljenje u izvršenju presude mođe opravdati u posebnim okolnostima”, međutim „to ne sme biti takvo da ugrođava suštinu prava zaštićenog prema članu 6. stav 1. Konvencije”.³⁶ Pored toga, ESLJP u predmetu *Kaćapor i drugi protiv Srbije* istiće da je na državi da preduzme sve neophodne mere da se pravnosnađna sudska presuda izvrši i da pri tome obezbedi delotvorno ućešće njenog celog aparata bez obzira na to da li je duđnik privatni ili društveni akter.³⁷ Dakle, merila odnosno principi primenjivi na postupke izvršenja koji se navode u predmetu *Kaćapor* i na ćijoj se primenjivosti insistira nezavisno od statusa duđnika, znatno se razlikuju od merila iz člana 4. ZZPSRR.³⁸

U najnovijoj praksi protiv RS kriterijumi koje ESLJP primenjuje u pogledu postupka izvršenja kada se kao duđnik pojavljuje predućeće sa većinskim državnim kapitalom još su izošćeniji i na taj naćin su se dodatno udaljili od merila propisanih u članu 4 ZZSPRR.³⁹ Tako, ESLJP u presudi u predmetu *Lilić protiv Srbije* navodi da u toj vrsti postupaka, odnosno gde je duđnik predućeće sa većinskim državnim kapitalom, povreda razumnog roka postoji uvek kada period izvršenja premašuje godinu dana bez obzira na to da li se konkretna domaća odluka izvršava u izvršnom ili stećajnom postupku.⁴⁰

Upravo izlođena neprimenjivost merila iz člana 4. na postupke namirenja u najširem smislu, koji, dakle, obuhvataju i postupke namirenja protiv državnih preduzeća, predstavlja bitan razlog u prilog opravdanosti nedavnih zakonodavnih intervencija. U pogledu zaštite prava na suđenje u razumnom roku u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća, izmene ZZPSRR iz 2023. godine uspešno otklanjaju problem neadekvatnosti merila iz člana 4., budući da se nadleđnost za

³⁴ Vid. između ostalog *Kaćapor i drugi protiv Srbije*, predstavke broj 2269/06 3041/06 3042/06 3043/06 3045/06 3046/06, presuda ESLJP od 15. januara 2008. godine.

³⁵ Pod terminom „postupci namirenja u najširem smislu” su obuhvaćeni postupci izvršenja, kao i postupci kolektivnog namirenja, uključujući i stećaj.

³⁶ *Kaćapor i drugi protiv Srbije*, st. 107.

³⁷ *Kaćapor i drugi protiv Srbije*, st. 108.

³⁸ Podsetimo, članom 4. je propisano da se pri odlučivanju o pravnim sredstvima kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku uvađavaju sve okolnosti predmeta suđenja, a pre svega: složenost činjenićnih i pravnih pitanja, celokupno trajanje postupka i postupanje suda, javnog tuđilaštva ili drugog državnog organa, priroda i vrsta predmeta suđenja ili istrage, znaćaj predmeta suđenja ili istrage po stranku, ponašanje stranaka tokom postupka, posebno poštovanje procesnih prava i obaveza, zatim poštovanje redosleda rešavanja predmeta i zakonski rokovi za zakazivanje roćišta i glavnog pretresa i izradu odluka. Za više detalja o primeni ovih naćela vid: K. Manojlović-Andrić, Lj. Milutinović, S. Andrejević, V. Rodić, M. Kršikapa, M. Bajić, *Kriterijumi za ocenu povrede prava na suđenje u razumnom roku*, Savet Evrope, Beograd 2018.

³⁹ A. Knežević Bojović, V. Ćorić, 26.

⁴⁰ *Lilić i drugi protiv Srbije*, predstavka br. 16857/19 i 43001/19, presuda ESLJP od 14. januara 2021. godine.

postupanje u toj oblasti u potpunosti prebacuje na Ustavni sud. S druge, strane, nedavne izmene ZZPSRR iz 2023. godine ostavile su nerešenim problem neadekvatnosti merila iz člana 4. za pružanje zaštite u drugim vrstama postupaka namirenja, u pogledu kojih nadležnost nije prenetna na Ustavni sud. To dodatno potvrđuje parcijalnost pristupa koji je bio primenjen prilikom izmena ZZPSRR iz 2023. godine.

Dakle, da bi se na pravi način zadovoljile potrebe poverilaca, pa i pravna sigurnost u postupcima namirenja u najširem smislu, bilo bi uputno da se u RS prilikom odlučivanja o pružanju zaštite pravu na suđenje u razumnom roku ne primenjuju merila suprotna onima koje je ESLJP ustanovio.⁴¹ To se, čini se, može ostvariti paralelnim delovanjem na dva koloseka. Najpre, potrebne su dalje izmene ZZPSRR u pravcu usklađivanja sa praksom ESLJP u pogledu predmeta gde nadležnost primarnog pružanja zaštite nije prenetna na Ustavni sud, već je ostala na redovnim sudovima. Pored toga, potrebno je da Ustavni sud dosledno prati i pridržava se novih tendencija u praksi ESLJP o razumnom roku i to u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća gde pruža primarnu zaštitu, kao uostalom i u postupcima u kojima može da postupa po osnovu ustavne žalbe nakon delovanja sudova redovne nadležnosti.

Značajan pomak na tom putu Ustavni sud je učinio u svojoj u odluci donetoj 7. juna 2023. godine (dakle, donetoj pre usvajanja izmena ZZPSRR iz 2023. godine) u kojoj je postupio u skladu sa presudom ESLJP u predmetu *Lilić*, našavši da period neizvršenja duži od godinu dana u odnosu na data preduzeća uvek predstavlja povredu EKLJP. Ustavni sud se u datoj odluci neposredno pozvao i na odluku Komiteta ministra SE iz decembra 2022. godine.⁴²

Prethodno spomenuta presuda u *predmetu Lilić protiv Srbije*, značajna je i u pogledu toga što ESLJP u njoj dopušta znatno premašivanje perioda izvršenja od godinu dana jedino u situacijama kada se država opredeli za sveobuhvatno rešenje problema, pozivajući se u tom pogledu na odluku u predmetu *Muhović i drugi protiv Bosne i Hercegovine* iz 2020. godine.⁴³ Važno je istaći da ESLJP ne koristi sintagmu „opredeljivanja za sveobuhvatno rešavanje problema” kao dopušteni izuzetak jedino za odstupanje od kriterijuma dužine trajanja izvršnog postupka već i u odnosu na odstupanja u pogledu visine nematerijalne štete koja se u takvim situacijama dosuđuje. U tom pogledu značajna je presuda u predmetu *Radovanović i drugi protiv Srbije*⁴⁴, u kojoj ESLJP navodi da bi mogao da prihvati nižu naknadu isplaćenu na domaćem nivou, ukoliko se RS opredeli za sveobuhvatno rešenje problema tako što će zakonom preneti na sebe odgovornost za sve neizvršene domaće odluke donete protiv društvenih preduzeća, ukazujući pri tom na odluku

⁴¹ A. Knežević Bojović, V. Ćorić, 26–27.

⁴² Status of Execution, R. Kacapor v. Serbia, Leading & Repetitive, 2, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-7246>, 11. 11. 2023.

⁴³ *Muhović i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, predstavka br. 40841/13... 79698/17, odluka ESLJP od 15. septembra 2020. godine, st. 29–34.

⁴⁴ *Radovanović i drugi protiv Srbije*, predstavke br. 55003/16...77858/17, presuda ESLJP od 27. avgusta 2019. godine.

iz predmeta *Knežević protiv Bosne i Hercegovine*, gde je prihvaćen iznos naknade nematerijalne štete od 50 evra.⁴⁵ U stavu 11. odluke *Knežević protiv Bosne i Hercegovine* ukazuje se da je Republika Srpska 2016. godine usvojila plan izmirenja za isplatu ratne štete kako bi primenila opšte mere naznačene u prethodnoj presudi ESLJP. Plan izmirenja predviđa izvršenje konačnih presuda isplatom ratne štete u gotovini, u periodu od trinaest godina, počev od 2016. godine, redosledom kojim su primljene u Ministarstvu finansija. Ovaj plan je ESLJP predstavio kao primer „sveobuhvatne mere” koja predstavlja opravdanje za to da se u pojedinim slučajevima isplati niža naknada na ime nematerijalne štete zbog kašnjenja u izvršenju.

Pomenuta presuda *Radovanović i drugi protiv Srbije* je, dakle, posebno značajna za RS jer pokazuje da u okruženju postoje rešenja koja ESLJP pozitivno ocenjuje a u kojima se dodatnim zakonodavnim intervencijama na nacionalnom nivou omogućilo dosuđivanje iznosa nematerijalne štete ispod minimuma koji predviđa srpski ZZPSRR.

S tim u vezi, značajno je napomenuti da i pored toga što je RS bila prvobitno napustila strategiju popisa neizvršenih presuda i uspostavljanja mehanizama za isplatu duga, Komitet ministara SE je pozvao RS da započne konsultacije sa Sekretarijatom SE u cilju pronalaženja sveobuhvatnog rešenja u toku 2023. godine. Takav pristup je podržan i od strane stručne javnosti, te su na godišnjem sastanku privrednih sudova razmatrane pogodnosti po RS ukoliko bi sveobuhvatno rešila ovaj problem i prenela odgovornost po neizvršenim odlukama na državu.⁴⁶

Državni organi su nakon sastanka sa delegacijom SE i paralelno sa radom na izmenama ZZPSRR iz 2023. godine, formirali i radnu grupu za razvoj mehanizama putem kojih bi se izvršile odluke donete protiv preduzeća sa većinskim državnim ili društvenim kapitalom, u postupcima koji su pokrenuli njihovi bivši zaposleni, a kojima se nalaže isplata materijalne štete – neisplaćenih zarada. Ta grupa je do sada održala nekoliko sastanaka. Ova inicijativa, iako podstaknuta od strane Komiteta ministara SE, ne samo što oslikava stavove ESLJP, već istovremeno održava i iskazane potrebe stručne javnosti u RS. Komitet je, naime, ukazao da bi bilo celishodno da RS utvrdi, s jedne strane, tačan broj takvih neizvršenih odluka i ukupan iznos duga po navedenom osnovu, a da istovremeno, s druge strane, obezbedi da ona lica koja ne budu obuhvaćena mehanizmom imaju pristup delotvornom pravnom sredstvu.⁴⁷

⁴⁵ *Knežević protiv Bosne i Hercegovine*, predstava br. 15663/12, odluka ESLJP od 6. aprila 2017. godine.

⁴⁶ Ukazano je, između ostalog, na činjenicu da bi ESLJP prihvatio i duži rok za izvršenje i nižu naknadu zbog povrede prava ukoliko bi država sveobuhvatno rešila ovaj problem i prenela odgovornost po neizvršenim odlukama na državu. Vid. M. Pavlović, U poslednjoj rundi nadzora nad sprovođenjem odluka ESLJP, Komitet ministara Saveta Evrope razmatrao probleme neizvršenja sudskih odluka protiv društvenih preduzeća, neizvršenja upravnih rešenja o rušenju nelegalnih objekata i zlostavljanja od strane policije, 3. 1. 2023, [www://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-društvenih-preduzeca-neizvršenje-upravnih-naloga-zaruseenje-nelegal/](http://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-društvenih-preduzeca-neizvršenje-upravnih-naloga-zaruseenje-nelegal/), 10. 12. 2023.

⁴⁷ Status of Execution, R. *Kacapor v. Serbia*, Leading & Repetitive, 2-4, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-7246>, 10. 12. 2023.

Štaviše, iz započelih paralelnih procesa rada na izmenama ZZPSRR iz 2023. godine i ustanovljavanju radne grupe za uspostavljanje mehanizma u toku prve polovine 2023. godine, proizilazi potreba za njihovom kumulativnom primenom. U tom kontekstu, Komitet ministra SE u svom dokumentu iz 2023. godine eksplicitno ističe da izmene ZZPSRR iz 2023. godine u delu u kojem uređuju prenos nadležnosti Ustavnom sudu treba posmatrati kao jedno prelazno rešenje koji bi se primenjivalo do uspostavljanja mehanizma za isplatu duga. Dalje, u cilju smanjenja preopterećenosti, Komitet ministara SE predlaže da državni organi razmotre preuzimanje dodatnih mera u cilju jačanja kapaciteta Ustavnog suda, kao i da usvoje neophodne podzakonske akte u cilju obezbeđivanja nesmetanog prenosa predmeta sa redovnih sudova Ustavnom sudu i njihovo efikasno procesuiranje. Dakle, Komitet ministra SE u svom najnovijem dokumentu iz 2023. godine ne samo da prepoznaje i zagovara značaj uvođenja sveobuhvatnih rešenja problema u vidu pomenutog mehanizma, kao i potrebu za sprovođenjem drugih mera za jačanje kapaciteta Ustavnog suda, već na taj način i sam priznaje ograničenje kapaciteta Ustavnog suda. Samim tim i on prepoznaje opasnost u pogledu toga da će Ustavni sud usled novih nadležnosti biti preopterećen i nedovoljno ažuran u svom radu, uključujući dakle i u materiji pružanja zaštite prava na suđenje u razumnom roku.

6. Zaključna razmatranja

Izmene ZZPSRR iz 2023. godine bile su usmerene su na unapređenje postojećeg režima u nekoliko aspekata od kojih se, u obrazloženju zakonodavca, ključna pažnja posvećuje proširenju nadležnosti Ustavnog suda u pogledu razumnog roka u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća u RS. Tačnije, u Obrazloženju zakonskih izmena iz 2023. godine, kao uostalom i u odluci Komiteta ministra SE konstatuje se da primena ZZPSRR, između ostalog, nije rešila visok procenat odbijanja i odbacivanja pravnih lekova u stečajnom postupku što dalje sprečava izvršenje odluka, te da je njegova izmena neophodna jer se dosadašnja pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća nisu pokazala kao delotvorna.

Argumentacija koja je navođena u Obrazloženju izmena Zakona o uređenju sudova iz 2013. godine o potrebi da se Ustavni sud delimično rastereti od velikog broja tekućih predmeta u materiji razumnog roka prenošenjem nadležnosti u pogledu određenih kategorija predmeta na redovne sudove, ne može da posluži kao osnovan argument protiv nedavnih zakonskih izmena iz 2023. godine kojima se upravo proširila nadležnost Ustavnog suda u pogledu zaštite prava na suđenje u razumnom roku. Naime, proširenje nadležnosti Ustavnog suda do kojeg je došlo nedavnim izmenama ZZPSRR iz 2023. godine, čini se, na prvi pogled, bolje odmereno budući da se odnosi jedino na postupke namirenja protiv državnih preduzeća, dok se zadržava primarna nadležnost redovnog pravosuđa u pogledu

drugih grupa predmeta koji su regulisani ZZPSRR, praćena doduše nadležnošću Ustavnog suda da dalje postupa po ustavnoj žalbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u tim predmetima. Nasuprot tome, do 2013. godine, ustavna žalba bila je propisana kao jedino pravno sredstvo u pogledu izuzetno širokog spektra predmeta u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku, te stoga ne čudi što je takvo rešenje bilo dovelo do preopterećenosti Ustavnog suda.

Na značaj uspostavljanja „dobro odmerenog” mehanizma na osnovu rezultata ispitivanja različitih mogućih rešenja koja su sprovedena na opšti i sistematski način ukazala je VK prilikom ocene kvaliteta režima za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku uvedenog izmenama Zakona o uređenju sudova iz 2013. godine. Tako razvijene kriterijume VK smatramo značajnim naročito imajući u vidu da se VK nije izjašnjavala povodom rešenja iz nedavno usvojenog nacрта izmena ZZPSRR iz 2023. godine. Dakle, i pored toga što se rešenja izmena iz 2023. godine mogu smatrati bolje odmerenim od rešenja koja su postojala do 2013. godine u pogledu obima opterećenosti Ustavnog suda, zaključak o tome da su izmene ZZPSRR iz 2023. godine u skladu sa prethodno navedenim kriterijumima VK treba prihvatiti sa velikom dozom opreza.

Naime, smatramo, da preporuka VK nije u potpunosti uvažena budući da je izostao sistematičan i opšti pristup rešavanju problema, što se, između ostalog, ogleda i u činjenici da nije temeljno sagledano da li će usvojeno rešenje o prenosu nadležnosti zaista sprečiti nastupanje dodatne opterećenosti Ustavnog suda uz istovremeno efikasnije delovanje redovnog sudstva u oblastima u kojima ono ostaje nadležno da pruža primarnu zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. U pokušaju da se što preciznije anticipira opterećenost Ustavnog suda u kratkom i srednjem roku, uputno bi bilo da se izvršilo intenzivnije oslanjanje na sudsku statistiku, druge dostupne zvanične podatke, a i da se preduzelo sveobuhvatno sagledavanje složene nadležnosti Ustavnog suda, koja posledično utiče i na obim njegovog postupanja kako po ustavnim žalbama, tako i po drugim pravnim sredstvima. Ovde je bitno sagledati da Ustavni sud i nakon izmena iz 2023. godine nastavlja da postupa i u tekućim i budućim predmetima po ustavnoj žalbi u materiji zaštite prava na suđenje u razumnom roku, u kojima primarnu zaštitu pružaju redovni sudovi.

Uprkos izloženim manjkavostima koje su pratile postupak izmene ZZPSRR iz 2023, nedavne izmene donose i izvesna unapređenja. Najpre, sproveden pokušaj umanjavanja najvećeg gorućeg problema koji se odnosi na postupke namirenja protiv državnih preduzeća u oblasti zaštite prava na suđenje u razumnom roku posredstvom prenošenja nadležnosti na Ustavni sud odražava zahteve koje je postavio Komitet ministara SE pred RS, te stoga predstavlja značajan korak napred. Novousvojena rešenja istovremeno uvažavaju i lokalni kontekst i izvesne potrebe prakse koje su prethodno identifikovane od strane sudija privrednih sudova.

Dalje, bitan pomak predstavlja i rešenje iz izmena iz 2023. godine kojim se predviđa omogućava isplata naknade materijalne i nematerijalne iz drugog

razdela državnog budžeta, a ne sa računa sudova, čime bi se sprečila njihova česta blokada.⁴⁸ Ipak, značajno je napomenuti da se budžeti privrednih sudova izmenama ZZPSRR iz 2023. godine rasterećuju samo u delu koji se odnosi na postupke namirenja protiv državnih preduzeća, dok teret isplate naknada štete za utvrđene povrede prava na suđenje u razumnom roku iz drugih stečajnih postupaka ostaje na ovim sudovima.

Najzad, u pogledu zaštite prava na suđenje u razumnom roku u postupcima namirenja protiv državnih preduzeća, izmene ZZPSRR iz 2023. godine otklanjaju problem neadekvatnosti merila iz člana 4., budući da se izmenama nadležnost za postupanje u toj oblasti u potpunosti prebacuje na Ustavni sud. S druge, strane, date izmene su istovremeno ostavile nerešenim problem neadekvatnosti merila iz člana 4. kod pružanja zaštite u drugim vrstama postupaka namirenja, u pogledu kojih nadležnost nije prenet na Ustavni sud. To dodatno potvrđuje parcijalnost pristupa koji je bio primenjen prilikom izmena ZZPSRR iz 2023. godine.

Dakle, da bi se na pravi način zadovoljile potrebe poverilaca, pa i pravna sigurnost u postupcima namirenja u najširem smislu, bilo bi uputno da se u RS prilikom odlučivanja o pružanju zaštite pravu na suđenje u razumnom roku ne primenjuju merila suprotna onima koje je ESLJP ustanovio, a o kojima je bilo reči u okviru rada.

Konačno, značajno je napomenuti da i pored toga što je RS bila prvobitno napustila strategiju popisa neizvršenih presuda i uspostavljanja mehanizama za isplatu duga, državni organi su na poziv Komiteta ministara SE ponovo pristupili pronalaženju sveobuhvatnog rešenja u toku 2023. godine. U tom cilju, formirana je radna grupa za razvoj mehanizama putem kojih bi se izvršile odluke donete protiv preduzeća sa većinskim državnim ili društvenim kapitalom, u postupcima koji su pokrenuli njihovi bivši zaposleni, a kojima se nalaze isplata materijalne štete – neisplaćenih zarada. Dati korak bio je podstaknut od strane Komiteta ministara SE, a istovremeno odražava stavove ESLJP i potrebe stručne javnosti u RS.

Štaviše, iz započetih paralelnih procesa rada na izmenama ZZPSRR iz 2023. godine i ustanovljavanju radne grupe za uspostavljanje mehanizma u toku prve polovine 2023. godine, proizilazi potreba za njihovom kumulativnom primenom. U tom kontekstu, Komitet ministra SE u svom nedavnom dokumentu eksplicitno ističe da izmene ZZPSRR iz 2023. godine u delu u kojem uređuju prenos nadležnosti Ustavnom sudu treba posmatrati kao jedno prelazno rešenje koji bi se primenjivalo do uspostavljanja mehanizma za isplatu duga, kao i da je potrebno razmotriti preuzimanje dodatnih mera u cilju jačanja kapaciteta Ustavnog suda.

⁴⁸ Mihailo Pavlović, U poslednjoj rundi nadzora nad sprovođenjem odluka ESLJP, Komitet ministara Saveta Evrope razmatrao probleme neizvršenja sudskih odluka protiv društvenih preduzeća, neizvršenja upravnih rešenja o rušenju nelegalnih objekata i zlostaljanja od strane policije, 3. 1. 2023, [www://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-drustvenih-preduzeća-neizvršenje-upravnih-naloga-za-rusenje-nelegal/](http://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-drustvenih-preduzeća-neizvršenje-upravnih-naloga-za-rusenje-nelegal/), 10. 12. 2023.

Dakle, Komitet ministra SE u svom najnovijem dokumentu, baš kao i autorka u ovom radu, ukazuje na to da će izmene iz 2023. dovesti do problema preopterećenosti, kao i na moguće načine njihovog prevazilaženja. Čini se da stavovi Komiteta ministra SE u kojima se naglašavaju potencijalne opasnosti, kao i privremenost rešenja uvedenih izmenama iz 2023. godine, predstavljaju dodatnu potporu viđenju autorki da su izmene iz 2023, iako korisne, isključivi rezultat *ad hoc* i parcijalnog pristupa usmerenog na otklanjanje najdrastičnijih problema u oblasti zaštite prava na suđenje u razumnom roku.

Vesna ĆORIĆ

Senior Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

Ana KNEŽEVIĆ BOJOVIĆ

Senior Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

**2023 AMENDMENTS TO THE LAW ON THE PROTECTION
OF THE RIGHT TO TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME
– THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT**

Summary

The paper deals with the key facet of the 2023 amendments to the Law on the Protection of the Right to Trial within a Reasonable Time – the extended competence of the Constitutional Court in Serbia. It attempts to answer the question of whether and to what extent are the adopted amendments capable of ensuring efficient primary protection of the right to a trial within a reasonable time before the Serbian Constitutional Court. To address this question, the authors examine whether the given, extended competence is framed in a manner conducive for meeting the objectives and values expressed by the legislator in the explanatory statement of the 2023 Bill, the Venice Commission, the Committee of Ministers of the Council of Europe and the European Court of Human Rights jurisprudence. The paper first analyses the soundness of arguments put forward by the legislator in the Bill introducing amendments to the Law on the Protection of the Right to a Trial within a Reasonable Time, while also examining the underlying reasons for previous amendments of the national legal regime for the protection of the right to trial within a reasonable time. Subsequently, the authors examine the current tendencies in the case law of the European Court of

Human Rights and in the Council of Europe Committee of Ministers documents, in order to ensure a comprehensive outlook on the extended competence of the Serbian Constitutional Court vis-à-vis delayed enforcement procedures against socially or state-owned companies. The authors underscore the importance of data-driven assessment of the constitutional court's capacities prior to formulating solutions aimed to boost efficiency in a subject matter that is as complex as the one at hand. The 2023 amendments do not seem supported by such an assessment, which increases the risk of the Constitutional Court facing a case backlog.

Key words: *Constitutional complaint. – Right to a trial within a reasonable time. – Enforcement procedures against state-owned companies. – Amendments to the Law on the Protection of the Right to Trial within a Reasonable Time. – Kačapor.*

Literatura

- Bećirović-Alić M. (2018), *Suđenje u razumnom roku*, doktorska disertacija, Internacionalni univerzitet u Novom Pazaru.
- Carić S. (2015), *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Beograd.
- Lilić S. (2007), „Da li je ustavna žalba efikasni pravni lek za suđenje u razumnom roku?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2, 67–85.
- Manojlović-Andrić K., Milutinović Lj., Andrejević S., Rodić V., Kršikapa M., Bajić M. (2018), *Kriterijumi za ocenu povrede prava na suđenje u razumnom roku*, Savet Evrope, Beograd.
- Mojašević A., Jovanović A. (2021), „Razumni rok u stečajnom postupku: Analiza predmeta Privrednog suda u Nišu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 90, 97–118.
- Radović M. (2017), „Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u stečajnom postupku“, u: *Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme, prvi tom* (ur. Olga Jović-Prlainović), Kosovska Mitrovica, 301–322.
- Salma M. (2015), „Suđenje u razumnom roku – Pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3, vol. 49, 1001–1016.
- Stanić M. (2017), „Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u Republici Srbiji“, *Pravni život* 12, 683–690.

Pravni izvori

- Hornsby protiv Grčke*, predstavka broj 18357/91, presuda ESLJP od 19. marta 1997. godine.
- Lilić i drugi protiv Srbije*, predstavka br. 16857/19 i 43001/19, presuda ESLJP od 14. januara 2021. godine.

- Kačapor i drugi protiv Srbije*, predstavke broj 2269/06 3041/06 3042/06 3043/06 3045/06 3046/06, presuda ESLJP od 15. januara 2008. godine.
- Knežević protiv Bosne i Hercegovine*, predstavka br. 15663/12, odluka ESLJP od 6. aprila 2017. godine.
- Muhović i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, predstavka br. 40841/13... 79698/17, odluka ESLJP od 15. septembra 2020. godine.
- Pede protiv Italije*, predstavka broj 15797/89, presuda ESLJP od 26. septembra 1996. godine.
- Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama, *Službeni list SCG*, br. 6/2003.
- Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Образложење*, 2023, www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/13_saziv/1839-23%20-%20Lat..pdf, 15. 11. 2023.
- Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova, *Образложење*, 2013, www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/3947-13Lat.pdf.
- Radovanović i drugi protiv Srbije*, predstavke br. 55003/16...77858/17, presuda ESLJP od 27. avgusta 2019. godine.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.
- Zakon o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007.
- Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, redakcijski prečišćen tekst, br. 40/2015 i 92/2023, <https://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/skupstina/zakon/2015/40/1/reg>, 15. 11. 2023.
- Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2015, www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/skupstina/zakon/2015/40/1/reg, 10. 11. 2023.
- Zappia protiv Italije*, predstavka broj 24295/94, presuda ESLJP od 26. septembra 1996. godine.

Internet izvori

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on Draft Amendments to Laws on the Judiciary of Serbia, Adopted by the Venice Commission at its 94th Plenary Session (Venice, 8-9 March 2013) on the basis of comments by Mr. Johan Hirschfeldt (Substitute member, Sweden) Mr. Konstantin Vardzelashvili (Substitute member, Georgia), Strasbourg, 11 March 2013 Opinion no. 709 / 2012 CDL-AD(2013)005 Or. Engl, 17, [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)005-e), 16. 11. 2023.

- Knežević Bojović A., Ćorić V., Analiza efekata Zakona o zaštiti prava na suđenje na suđenje u razumnom roku, 22, Zajednički program Evropske unije i Saveta Evrope „Horizontal Facility za Zapadni Balkan i Tursku 2019–2022”, u okviru projekta Saveta Evrope „Jačanje efikasnih pravnih sredstava za sprečavanje kršenja ljudskih prava u Srbiji”, Beograd, 2022, 31, <https://rm.coe.int/analiza-efekata-zakona-o-zastiti-prava-na-sudjenje-u-razumnom-roku-275/1680a8d29e>, 20. 11. 2023.
- Pavlović M., U poslednjoj rundi nadzora nad sprovođenjem odluka ESLJP, Komitet ministara
- Saveta Evrope razmatrao probleme neizvršenja sudskih odluka protiv društvenih preduzeća, neizvršenja upravnih rešenja o rušenju nelegalnih objekata i zlostalivanja od strane policije, 3. 1. 2023, www://srb-ict.com/2023/01/03/u-poslednjoj-rundi-nadzora-nad-sprovođenjem-odluka-esljp-komitet-ministara-saveta-evrope-razmatrao-neizvršenje-sudskih-odluka-protiv-drustvenih-preduzeca-neizvršenje-upravnih-naloga-za-rusenje-nelegal/, 10. 12. 2023.
- Status of Execution, R. Kacapor v. Serbia, Leading & Repetitive, 1, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-7246>, 10. 12. 2023.

ДР ЈОВАН ЂИРИЋ КАО КРИВИЧАР

МАСОВНИ НАДЗОР ИНТЕРНЕТА И ДИГИТАЛНИХ КОМУНИКАЦИЈА

Сажетак

Након што је Едвард Сноуден јавно обелоданио постојање програма тајног надзора над интернетом од стране америчке обавештајне службе, проблематика масовног надзора комуникација дошла је под лупу јавности и наднационалних судских инстанци. Питање које се намеће је у којој и којој мери контрола криминалитета оправдава кршење елементарних права појединца и да ли су мере надзора ефикасан начин да се криминалитет суздије или је пак реч о уводу у селективну „контролу криминалитета” у складу са интересима и информацијама достављених од стране оних који њима располажу и увод у глобални мониторингизам по уледу на друштво које је Орвел описао у свом роману „1984”. У раду се најпре анализира сам начин дигиталног надзора а затим одлука Европског суда за заштити људских права у предмету „Велики брајт шпиритив Уједињеној краљевској вези” везана за ову проблематику.

Кључне речи: Интернет. – Масовни надзор комуникација. – Контрола криминалитета. – Право на приватност.

1. Увод

Сада већ давне 1964. године амерички професор Пакер (*Herbert L. Packer*) направио је поделу на два модела кривичног поступка у зависности од преовлађујућих схватања и идеологије једног друштва - модел контроле криминалитета (*Crime Control model*) и модел процесних гаранција (*Due Process model*).¹ Касније је у литератури ова подела допуњавана и прерађивана, креиране су њене подврсте и алтернативе,² али је њена суштина остала иста и кроз процесна решења у доброј мери осликава политичко идеолошке обресе једног друштва.

Основни циљ традиционалног модела контроле криминалитета је да заштити друштво брзом изолацијом преступника кроз јака полицијска овлашћења и инванзивне доказне мере без претераног обзирања на

* Ванредни професор, Универзитет у Београду- Правни факултет, bajovic@ius.bg.ac.rs

¹ H. L. Packer, „Two Models of Criminal Process”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 113, 1/1964, 1–68.

² K. Roach, „Four Models of the Criminal Process”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 2/1999, Vol. 89, 671–716.

права појединаца и процесне гаранције окривљеног, што на крају резултира строгим казнама и генерално строгом казненом политиком. Супротно томе либерални модел процесних гаранција инсистира на поштовању права сваког појединца, па и окривљеног, не би ли му на тај начин дао бар некакве шансе у борби са државом и њеним апаратом силе. Овај модел био је изражен у послератним и мирнодопским годинама прошлог века у време процвата идеологије хипи покрета, европског уједињења и доношења међународних инструмената за заштиту људских права, када је Врховни суд САД донео одлуке које су глобално мењале процесна законодавства. Тако, чувена одлука Миранда, којом је окривљеном дато право да не одговара на питања полиције пре него што буде обавештен о својим правима датира из 1966,³ у том периоду је и сваком окривљеном омогућено да има браниоца у поступку,⁴ а и правила о изузимању незаконито прибављених доказа и теорија о плодовима отровног дрвета такође су продукт тог времена.⁵

Верује се да су „либералне тенденције” изражене у моделу заштите процесних гаранција кулминирале у периоду од 1953. до 1969. године, у време када је судија Ворен (*Earl Warren*) био председник Врховног суда САД и када су били изражени напори да се смањи расна нетрпељивост у САД, али '80 година прошлог века са доласком републиканског судије Бергера (*Warren E. Burger*) на чело Врховног суда САД пракса овог суда полако мења правац ка заштитничком моделу,⁶ што поједини амерички аутори називају контра-револуцијом кривичног поступка САД-а.⁷

Напад на светски трговински центар у Њујорку 2001. године, означио је својеврсну прекретницу у решавању чувене Пакардове дилеме када су, под изговором борбе против тероризма, транспарентно или тајно усвојене многе мере инванзивне по прокламована права појединца.⁸ Напад на Лондонски метро 2005. године и редакцију листа Шарли Ебдо у Паризу 2015. године представљали су добар разлог или изговор да се и Европа махом определи за овај модел, јер је атмосфера страха увек идеалан моменат да се манипулише масом, која у страху за сопствени живот и безбедност неће жалити за одузетим јој правима.⁹

³ Одлука Врховног Суда САД, *Miranda v. Arizona* из 1966. године О овом случају: Ј. Ђирић, „Случај Миранда и његове репрекусије на казнену реакцију данас”, *Наука, безбедности, полиција- НБП* 3/2006, вол. 11, 17–37.

⁴ Одлука Врховног Суда САД, *Gideon v. Wainwright*, из 1963. године.

⁵ Одлука Врховног Суда САД, *Mapp v. Ohio* из 1961. године.

⁶ О томе: V. Bajović, „Illegally Obtained Evidence and Exclusionary Rule in Serbian and Comparative Law”, in: *Archibald Reiss Days*, Tom. I, Vol. I, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade 2015, 159–168.

⁷ A. Alschuler, „Failed Pragmatism: Reflections on the Burger Court”, *Harvard Law Review* 1986, vol. 100, 1436–1458.

⁸ Вид. В. Ђорић, „Нове методе у сузбијању тероризма у САД након 11. септембра”, *Стирани љравни животи* 1-3/2006.

⁹ Амерички професор Ричардс тврди да су након терористичких напада у Њујорку и Лондону западне технологије доста инвестирале у технологију надзора, а да је Велика Британија међу државама са највећом стопом надзора како јавног простора и саобраћаја путем надзорних камера, тако и услед широ-

О оваквим трендовима, пророчки и сликовито је писао др Јован Ђирић, некадашњи директор Института за упоредно право и судија Уставног суда Републике Србије, говорећи о тзв. паничном кривичном законодавству, када се подгревањем базичних људских страхова међу којима је и страх да се не буде жртвом криминалитета или терористичког напада, људи наводе да подрже и најнехуманија и најнедемократскија решења. Као пример за то наводи закон (*Patriot Act*) који је у САД усвојен након напада на куле близнакиње и који је у том моменту имао апсолутну подршку убедљиво највећег броја америчких гласача. „Указом Председника Буша из новембра 2001. године, формиране су војне комисије, које су у читавом низу случајева преузимале ингеренције редовних судова. То је наравно крајње проблематично са становишта људских права, али, кога је у тој ситуацији у америчкој јавности било брига за све те формалне „зачкољице“? О неовлашћеном прислушкивању и осталим „сноуденовским“ ситницама да и не говоримо. Све је било „покривено“ безрезервном подршком великог броја грађана и пуним легитимитетом, готово као да се ради о некој афричкој диктатури, или азијској деспотији” писао је Ј. Ђирић.¹⁰

Према извештају Европског Парламента из 2015. године управо је та 2001. година и напад на Светски трговински центар у Њујорку била преломни моменат када је тајно и индискретно пребачен фокус са циљаног на насумични или масовни надзор комуникација.¹¹ Сасвим парадоксално, интернет као средство које наводно омогућава кориснику анонимност у смислу „анонимног” претраживања одређених сајтова, „анонимног” оглашавања по форумима, „анонимног” отварања профила на друштвеним мрежама и сл., показао се као највећа шпијунка машинерија свих времена, која „Великом брату” омогућава увид у наше навике, интересовања, комуникацију. За то се, наравно, не би знало да најчувенији узбуњивачи и политички прогнаници данашњице, Џулијен Асанж (*Julian Assange*) и Едвард Сноуден (*Edward Snowden*) нису јавно проговорили о активностима NSA (*National Security Agency*)¹² и других обавештајних служби у погледу масовног надзора над дигиталном комуникацијом грађана,¹³ што је отворило дебату о ње-

ких могућности британских обавештајних служби да надзиру Интернет саобраћај. N. M. Richards, „The Dangers of Surveillance”, *Harvard Law Review* 2013, Vol. 126, 1939.

¹⁰ Ј. Ђирић, „Бројке право”, *CRIMEN* 3/16, 196–197.

¹¹ European Parliamentary Research Service, *Mass Surveillance- Risks, Opportunities and Mitigation Strategies*, Study, January 2015, 16, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/527409/EPRS_STU\(2015\)527409_REV1_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/527409/EPRS_STU(2015)527409_REV1_EN.pdf) 11. 10. 2023.

¹² *National Security Agency* је америчка обавештајна агенција основана 1952 године са овлашћењем да не надзире људе већ „сигнале” који се обављају путем различитих преносилаца комуникације. За разлику од агенција попут CIA или FBI, NSA је далеко мање позната јавности, да се понекад духовито наводи да јој скраћеница заправо значи „нема такве агенције” односно NSA- “no such agency”. B. D. P. Hadley, America’s “Big Brother”: A Century of U.S. Domestic Surveillance, https://origins.osu.edu/article/americas-big-brother-century-us-domestic-surveillance?language_content_entity=en, 15. 10. 2023.

¹³ Примера ради, у јуну 2013. обелодањено је да британска обавештајна агенција (GCHQ) пресреће, прикупља и чува податке о међународном телефонском и интернет саобраћају са оптичке кабловске мреже.

говој легитимности а недавно је резултирало и одлучивањем међународних судских инстанци у погледу масовног надзора, коришћења прибављених података и ограничења права на приватност појединца.

2. Како се спроводи масовни надзор дигиталних комуникација?

У савременом свету интернет постаје примарно средство комуникације. Класичне СМС поруке су замењене порукама преко *Viber-a*, *Whatsup-a*, Телеграма, *Messenger-a* и других дигиталних комуникационих платформи за чије је коришћење неопходно да смо „уловани на мрежу”, а све више позива се обавља на овај начин посебно када комуницирамо са рођацима и пријатељима у иностранству. На тај начин интернет оператери преузимају примат у преносу комуникације над телефонским оператерима, а мера тајног надзора комуникације из члана 166 Законика о кривичном поступку (ЗКП) не даје пуно резултата ако се надзиру само позиви и поруке преко домаћих мобилних оператера, а занемарују позиви и поруке преко осталих комуникационих платформи које нису непосредно везане за мобилног оператера.

Заправо је надзор интернета основни алат за спровођење масовног надзора над савременим видовима комуникације. Овај вид надзора неретко се назива насумично пресретање комуникације (*bulk interception*), како би се направила разлика у односу на циљано пресретање комуникације тачно одређених лица (*targeted interception*)¹⁴ а у страној терминологији се прави разлика између надзора над комуникацијом (*communication surveillance*) и пресецања комуникације (*communication interception*). Пресецање или пресретање комуникације је неопходан предуслов за њен надзор, али само пресретање комуникације не мора бити праћено и надзором њене садржине. Надзор над интернетом подразумева пресретање огромног броја података, од којих само одређени подаци и одређена комуникација, применом тзв. селектора бивају подвргнути и надзору саме садржине.¹⁵ Сходно томе док пресретање комуникације углавном подразумева само прибављање мета-података, надзор комуникације је шири појам и обухвата како надзор саме садржине комуникације, тако и пресретање, сакупљање и чување података о самој комуникацији тзв. мета-података.

The Guardian, *GCHQ taps fibre-optic cables for secret access to world's communications*, <http://www.theguardian.com/uk/2013/jun/21/gchq-cables-secret-world-communications-nsa>, 10. 10. 2023.

¹⁴ ЕСЉП користи термин *bulk interception* (насумично пресретање) што заправо представља један вид масовног надзора, где поред надзора над интернетом спада и надзор над осталим видовима комуникације грађана, као и технологија препознавања лица. ECtHR, *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*, App. Nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, Judgment of 25 May 2021.

¹⁵ Коришћење селектора је један од најважнијих корака у масовном надзору јер је то тачка где комуникација одређеног лица постаје предмет надзора обавештајних служби. Док неке државе, попут Шведске, захтевају да се селектори уврсте у наредбу којом се одобрава надзор, Холандија и Велика Британија сматрају да би таква пракса озбиљно ограничила ефикасност масовног надзора. ECtHR, *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*, para. 353.

2.1. Шта су мета подаци?

За разлику од класичне комуникације „уживо” или путем писама, електронска комуникација, као и сваки „улазак” у дигитални простор самим паљењем рачунара или посетом одређене интернет странице оставља велику количину дигиталних трагова тзв. мета података. Реч је о подацима који се најједноставније и најкраће дефинишу као „подаци о подацима” и они настају аутоматски, приликом коришћења телефона, рачунара или било ког другог „паметног” уређаја. Примера ради, свака дигитална фотографија у нашем телефону садржи мета податке о величини, дубини боје, резолуцији, датуму настанка и слично, док сваки документ писан у *Word*-у, садржи податке о дужини документа, аутору, датуму приступа, изменама и сл. Када је реч о комуникацији путем мобилних телефона, интернета и различитих комуникационих платформи, мета подаци не пружају информације о самом садржају комуникације, али се на основу њих може утврдити много тога - време позива, локација са које је позив обављен, трајање комуникације, број телефона или ИП адреса на коју је позив/порука послата и сл. Иако мета подаци не пружају информације о самој садржини комуникације, они могу пружити драгоцене информације о кретању неког лица (локација са које је позив обављен), његовим контактима, навикама, броју пријатеља па чак открити и политичку или верску припадност појединца.¹⁶

Интернет и телефонски оператери располажу овим подацима а европска и америчка регулатива их другачије третира. У САД се ови подаци не сматрају подацима о личности и начелно не постоји правна обавеза оператора да ове податке чувају, али у случају да полиција или правосудни органи захтевају приступ овим подацима, оператери су дужни да их чувају 180 дана од упућивања таквог захтева.¹⁷ У ЕУ се мета подаци третирају као лични подаци и постоји обавеза њиховог чувања од стране оператора, али на нивоу Уније није јединствено прописано колико се они морају чувати, имајући у виду да је Суд правде ЕУ поништио Директиву 2006/24/ЕС Европског Парламента од 8. априла 2014. године, која је налагала да се ови подаци морају чувати најмање 6 месеци а најдуже две године.¹⁸

¹⁶ Тако примера ради, време када неко комуницира телефоном или претражује интернет може да нам укаже када је лице било будно а када је спавало, Јевреји не телефонирају на Сабат, хришћани имају доста порука и позива на Бадњи дан и Божић, па се тврди да у неким случајевима мета подаци могу да дају више информација о неком лицу него сама садржина комуникације! Вид. European Parliamentary Research Service, 11.

¹⁷ У САД је то регулисано Законом о чувању комуникације (*Stored Communications Act -SCA*), 18 U.S.C.. О томе: J. Balsler, *Overview of Governmental Action Under the Stored Communications Act (SCA)*, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10801>, 11. 10. 2023.

¹⁸ Court of Justice of the European Union, Press Release No. 54/14, *Judgment in Joined Cases C-293/12 and C-594/12 Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054en.pdf>, 13. 10. 2023.

Закон о електронским комуникацијама Републике Србије (ЗЕК)¹⁹ у члану 129 набраја мета податке иако не употребљава овај термин. У смислу овог члана реч је о подацима потребним за праћење и утврђивање извора комуникације, утврђивање одредишта комуникације, утврђивање почетка, трајања и завршетка комуникације, утврђивање врсте комуникације, идентификацију терминалне опреме корисника, утврђивање локације мобилне терминалне опреме корисника, као и податке о успостављеним позивима на које није одговорено. Ове податке оператор је дужан да чува 12 месеци од дана обављене комуникације (чл. 128 ст. 6 ЗЕК), с тим да је изричито прописано да је забрањено задржавање података који откривају садржај комуникације. Члан 126 ЗЕК гарантује тајност електронских комуникација прописујући да пресретање електронских комуникација којим се открива садржај комуникације није допуштено без пристанка корисника, осим на одређено време и на основу одлуке суда, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.²⁰

2.2. Како функционише интернет и ко располаже нашим подацима?

Интернет је једно од достигнућа које сви користе, а мало ко зна „како ради” па ћемо се у ту сврху послужити најелементарнијим и најједноставнијим објашњењем ИТ стручњака, довољним за предмет нашег истраживања. Сваким повезивањем на интернет са рачунара, телефона или другог паметног уређаја повезујемо се на мрежу нашег интернет сервис провајдера (ИСП) који се затим повезује на неку већу мрежу. Све ове мреже заједно чине једну јединствену глобалну интернет мрежу, на којој сваки рачунар, телефон и интернет страница има своју ознаку - јединствену ИП адресу. WWW (*World Wide Web*) у буквалном преводу значи „мрежа преко целе планете” и представља све странице које се налазе на интернету. Инфраструктура преко које функционише интернет подразумева физичку инфраструктуру и електронске системе (рутере, сервере и сл.).²¹ Подаци се преносе преко различитих протокола, а интернет надзор најједноставније речено, представља надзор над свим активностима које се обављају на интернету

¹⁹ Закон о електронским комуникацијама, *Сл. гласник РС*, бр. 44/2010, 60/2013-одлука УС, 62/2014, 95/2018- др. закон и 35/2023- др. закон.

²⁰ Овде је приметна термиолошка неусклађеност између ЗЕК и ЗКП. Док ЗКП говори о надзору комуникације, ЗЕК помиње „пресретање” комуникација, верујемо услед дословног превода енглеског термина *interception* који се користи у страним документима. Логички посматрано, пресретање комуникације је шири термин од њеног надзора јер комуникација најпре мора бити „пресретнута” да би могла да буде надзирана, али комуникација исто тако може бити пресретнута а да уопште не буде надзирана, што је управо случај код насумичног, масовног пресретања где огромна количина пресретнутих података онемогућава њихов комплетан надзор.

²¹ Свет науке, *Како ради Интернет*, <https://www.svetnauke.org/13828-kako-radi-internet>, 16. 10. 2023.

(претрага одређених страница, куповина одређених производа, активност на друштвеним мрежама, електронска пошта, надзор комуникације преко дигиталних комуникационих платформи и сл.) и то пресретањем ових података на некој од тачака њене инфраструктуре, у зависности од тога које податке треба прибавити.²²

Прибављање података са интернета није само могућност тајних служби већ и многих других субјеката, с тим што се могућности различитих субјеката разликују у зависности од технологије и овлашћења којима располажу. Постоје интернет странице на којима добровољно остављамо своје податке, примера ради приликом отварања адресе за електронску пошту или профила на друштвеним мрежама,²³ куповине одређених производа, пријављивања на летове (*online check in*) итд. Сходно томе, сасвим је логично да приватне компаније чије смо производе или услуге наручивали преко интернета располажу нашим подацима, а не треба ни да нас изненађује када нам након претраживања аранжмана за летовање на Родосу или опреме за кућне љубимце, на свим страницама које посећујемо буду „излетале” рекламе са сличним понудама.²⁴ У вези са тим амерички професор Н. Ричардс наводи репортажу из часописа *New York Times* по којој су будући родитељи, које компаније препознају на основу производа које купују и претражују, посебно погодне „мете”, не само из разлога што долазак принове изискује куповину много нових производа, већ и из разлога што се њихове куповне навике у том посебном емотивном стању мењају, па су склонији куповини „свега и свачега”. „Ако успемо да препознамо трудницу у другом триместру, велике су шансе да ће годинама бити наша муштерија... Чим почне да купује пелене од нас, почеће да купује и остале производе”, наводе саговорници овог истраживања.²⁵

Проблем је што приватне компаније затим те личне податке корисника стављају на располагање другим субјектима, како државним у виду полиције или обавештајних служби, тако и другим комерцијалним субјектима, уз накнаду.²⁶ Европски Парламент у свом извештају указује на сарадњу комерцијалних компанија, интернет/мобилних оператера и обавештајних служби, што су неке компаније касније и саме признале док су се друге трудиле да оповргну ове наводе. Примера ради телефонски оператер

²² European Parliamentary Research Service, 1.

²³ Чак иако лице отвори профил или е-маил адресу под лажним именом или псеудонимом, отвара их са своје ИП адресе, под претпоставком да користи свој рачунар или телефон, што значи да је оператерима са којима има закључен уговор његов идентитет познат.

²⁴ Верује се да је овакав вид рекламирања огроман бизнис на основу кога су и изграђене компаније попут *Googla* или *Facebook* -а. D. Kirkpatrick, *The Facebook Effect: The Inside Story of the Company that is Connecting the World*, Simon & Schuster, 2010, 260–266.

²⁵ N. Richards, 1938–1939.

²⁶ Примера ради 2010. је избила велика афера када је откривено да је *Facebook* продао податке милиона својих корисника британској консултантској фирми *Cambridge Analytica*, што је компанију у касније покренутом спору коштало 5 милиона долара! C. Criddle, *Facebook sued over Cambridge Analytica data scandal*, <https://www.bbc.com/news/technology-54722362>, 11. 10. 2023.

Vodafone је признао да постоје каблови који омогућавају безбедносним агенцијама да пресрећу и надзиру све разговоре на овој мрежи, као и да је то широко распрострањена пракса у неким од тридесетак држава у којима овај оператер послује. Google је са друге стране оповргавао оптужбе да је сарађивао са америчком обавештајном агенцијом NSA и заједно са још неколицином најпознатијих интернет компанија²⁷ упутио је захтев америчком Конгресу да се реформише систем глобалног надзора који спроводи влада САД.²⁸

У истом извештају се истиче да се прикупљање ових података се у неким случајевима врши и преварним делатностима, па се илустрације ради наводи да је британска обавештајна служба GCHQ (*Government Communication Headquarters*) креирала лажну *LinkedIn* интернет страницу, како би прикупљала податке везане за одређене компаније и то преко њихових запослених, који би отварали профиле на овој мрежи,²⁹ док је америчка NSA користила лажни *Facebook* сервер како би прибавила податке корисника ове мреже а и слала је електронске поруке чијим би отварањем од стране примаоца добила приступ зараженом рачунару и свим подацима који се на њему налазе.³⁰

Корисницима интернета је по логици ствари немогуће да открију да ли их неко надзире и прикупља њихове податке док се налазе на мрежи и да ли је њихова интернет комуникација предмет надзора, а једини начин да се заштите је да уопште не комуницирају на овај начин, што је у савременом свету малтене незамисливо.³¹

2.3. Сноуденово ошкриће

Тајни документи америчке владе са којима је Едвард Сноуден упознао јавност, показују да америчка обавештајна служба NSA (*National Security Agency*) прибављала копије интернет саобраћаја који се преноси преко оптичких кабловских мрежа (тзв. *upstream collection*), а у складу са законом о контраобавештајној делатности.³² Такође је обелодањено коришћење тзв.

²⁷ Међу потписницима овог захтева нашли су се још Amazon, Apple, Dropbox, Microsoft, Snap Inc., Uber, Twitter, Meta i Yahoo. RGS, Advocating for Global Government Surveillance Reform, <https://www.reformgovernmentsurveillance.com/>, 17. 10. 2023.

²⁸ European Parliamentary Research Service, 12-13.

²⁹ SPIEGEL International, GCHQ Used Fake LinkedIn Pages to Target Engineers, <http://www.spiegel.de/international/world/ghcq-targets-engineers-with-fake-linkedin-pages-a-932821.html>, 17. 10. 2023.

³⁰ R. Gallagher, G. Greenwald, How the NSA Plants to Infect "Millions" of Computers with Malware, <https://theintercept.com/2014/03/12/nsa-plans-infect-millions-computers-malware/>, 11. 10. 2023.

³¹ European Parliamentary Research Service, 14.

³² Реч је о тзв. FISA закону (*Foreign Intelligence Surveillance Act*) донетим 1978. године, који мере надзора макар прокламаторно ограничава искључиво на страну територију и стране држављане и предвиђа да је за надзор потребна посебна наредба уз постојање основане сумње да ће се надзором прибавити страни обавештајни подаци. US Department of Justice, *The Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 (FISA)*, <https://bja.ojp.gov/program/it/privacy-civil-liberties/authorities/statutes/1286>, 12. 10. 2023.

BIG DATA технологије од стране NSA,³³ кроз посебан програм за анализу велике количине података, креиран да категоризује мета податке телефонске и интернет комуникације грађана (тзв. *Boundless Informant*).³⁴ У Јути је 2014. године основан посебан Центар за чување и обраду обавештајних података који се простире на 140.000 квадратних метара, у коме се, по неким тврдњама чувају и обрађују сви облици комуникације, укључујући садржину приватних електронских порука (*e-mail*-ова), разговори телефонима, интернет претраживања, као и остали дигитални трагови појединца - куповине преко интернета, реализована путовања и сл.³⁵ Из докумената која је Сноуден обелоданио даље произилази да NSA тајно и рутински пресреће и чува податке са рутера и сервера рачунара и рачунарске опреме коју САД доставља међународним купцима, па тако добија приступ комплетној интернет мрежи и подацима њених корисника.³⁶

И сама NSA је касније обелоданила постојање две операције које су се односиле на тајни надзор над интернет комуникацијом - операција *PRISM* којој је омогућавала да прибавља обавештајни материјал односно податке од интернет провајдера, док је операција *Upstream* омогућавала прибављање мета података и података о садржају комуникације са оптичких кабала и инфраструктуре у власништву провајдера из САД-а, али је сам програм имао широк приступ и глобалним интернет подацима.³⁷

Међутим, неосновано би било тврдити да се само САД баве тзв. сајбер шпијунажом. По неким извештајима, Велика Британија, Канада Аустралија, Нови Зеланд, Кина, Русија, Израел, Иран, Пакистан, као и државе чланице ЕУ (где се изричито наводе Немачка, Француска и Италија) такође имају јединице за сајбер шпијунажу финансиране од стране влада ових држава.³⁸ Овој листи треба додати и оне државе које користе шпијунски програм *FinFisher*, међу којима се интересантно нашла и Србија као једина држава бивше СФРЈ чије обавештајне службе користе ову технологију.³⁹ Реч је наиме о посебном програму за надзор комуникација креираном од стране

³³ *BIG DATA* је термин који означава коришћење техника за хватање, обраду, анализу и визуелизацију великих база података у разумном временском периоду, што није могуће стандардним ИТ технологијама. Платформе, алати и софтвери који се користе у том циљу називају се "Big data технологије" и оне обрађују огромну количину података, брзином која се све више приближава брзини њиховог протока у реалном времену. NESSI White Paper, *Big Data – A new world of opportunities*, December 2012, https://nessi.eu/wp-content/uploads/2020/09/NESSI_WhitePaper_BigData.pdf, 11. 10. 2023.

³⁴ European Parliamentary Research Service, 11.

³⁵ J. Bamford, *The NSA is Building the Country's Biggest Spy Center (Watch What You Say)*, <https://www.wired.com/2012/03/ff-nsadatacenter/>, 12. 10. 2023.

³⁶ G. Greenwald, *No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA, and the U. S. Surveillance State*, Metropolitan Books, New York 2014, 71–77.

³⁷ ECtHR, *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*, para. 24, 25.

³⁸ European Parliamentary Research Service, 36.

³⁹ Поред Србије на листи „купаца” овог програма нашле су се и Аустралија, Бахреин, Бангладеш, Брунеи, Канада, Чешка, Естонија, Етиопија, Немачка, Индија, Индонезија, Јапан, Литванија, Малезија, Мексико, Монголија, Холандија, Катар, Сингапур, Туркменистан. Уједињени Арапски Емирати, Велика Британија, САД И Вијетнам. European Parliamentary Research Service, 28.

британско-немачке компаније *Gamma Group*, а који функционише тако што корисницима на рачунар или телефон шаље вирус како би са уређаја придавио све податке који затим прослеђује централном серверу.

Ако су наводи из извештаја Европског Парламента тачни, у том случају наше обавештајне службе коришћењем *FinFisher* програма у најмању руку врше кривично дело прављења и уношења рачунарских вируса из члана 300 Кривичног законика, имајући у виду да наше право, за разлику од неких других законодавстава, не познаје доказну радњу *online* надзора или упада у рачунарски систем.⁴⁰ Аргумент по коме су ове радње законите када их спроводи полиција или обавештајне службе не пије воду, имајући у виду да Кривични законик уопште не дозвољава да прављење и уношење рачунарских вируса буде овлашћено. Илустрације ради, неовлашћено прислушкивање и снимање (чл. 143 КЗ) је кривично дело само када се врши без овлашћења односно без наредбе суда или сагласности лица које се снима, а полиција и обавештајне службе имају овлашћење да прислушкују и снимају грађане на основу судске наредбе.⁴¹ Прислушкивање грађана без наредбе од стране службеног лица чини тежи облик овог кривичног дела, чиме је законодавац настојао да грађанима пружи јачу заштиту од полицијске самовоље. За разлику од тога прављење и уношење рачунарских вируса не може да буде овлашћено, али до кривичног гоњења не долази јер је услов за постојање ове инкриминације „настанак штете” што у конкретном случају изостаје. Законодавац је овде имао у виду првобитне рачунарске вирусе осмишљене са циљем да оштете рачунар корисника, успоре одређене програме и слично, док ови модерни „шпијунски” вируси заправо не остављају никакав траг на рачунару корисника, осим што службама пребацују све податке из тог рачунара.⁴²

Поред тога, лица не могу ни знати да су под надзором осим ако се против њих не покрене кривични поступак или пак не дође до цурења информација на други начин, што је опет тешко доказати и остаје на нивоу сумње појединца или краткорочне медијске афере која у времену масовних информација убрзо бива заборављена и замењена неком новом стварном или фабрикованом афером.⁴³ Јавност оптерећена егзистенцијалним про-

⁴⁰ О томе: В. Бајовић, „EncroChat и Sky ЕСС комуникација као доказ у кривичном поступку”, *Crimen* 2/2022 (2022а), 158–159.

⁴¹ О тајном надзору комуникација од стране обавештајних агенција вид. В. Бајовић, „Тајни надзор од стране полиције и служби безбедности”, у: *Казнена реакција у Срдији- XII geo* (ур. Ђ. Игњатовић), Универзитет у Београду- Правни факултет, библиотека *Crimen*, Београд 2022 (2022b), 226–243.

⁴² Након вештачења рада комуникационе платформе за криптовану комуникацију *EncroChat* од стране британских стручњака, установљено је да је француска жандармерија, по наредби суда, заправо убацила вирус (“implant”) у *EncroChat* уређаје, тако што је свим корисницима послала поруку да је неопходно ажурирање софтвера. Након што би корисник приступио ажурирању вирус је бивао инсталиран у систем и омогућавао је да се полицији пренесу сви подаци који се налазе на уређају, а који су затим прослеђивани и Еурополу и полицијама широм Европе. О томе: В. Бајовић, (2022а), 164.

⁴³ „Цурење података” најбоље илуструје случај када је пре пар година један од министара Републике Србије коментарисао ауторски текст опозиционог политичара за један недељник и уз то је цитирао делове тог текста, што је већи број медија пренео. Проблем је једино представљала чињеница што тај ауторски

блемима не хаје пуно за право на приватност ни друга елементарна права, настојећи да са минималним примањима попуни елементарну потрошачку корпу, што није случај у богатијим друштвима, у којима је развијена свест да држава појединце не сме третирати као поданике који јој служе, већ као грађане чији је она сервис. Због тога је након Сноуденовог „открића” неколицина невладиних организација, компанија и појединаца поднела представку ЕСЉП са намером да се утврди да ли је британска обавештајна служба GCHQ насумичним пресретањем и надзором интернет комуникације као и прибављањем података од NSA у оквиру програма *PRISM* и *Upstream*, повредила права појединца загарантована Европском конвенцијом.

3. Случај „*Big Brother*” - Велики брат против Уједињеног Краљевства

Европски суд за заштиту људских права се и у ранијим одлукама бавио проблематиком масовног надзора комуникација који је био територијално ограничен на подручје одређене државе,⁴⁴ али са појавом интернета овај вид надзора поприма још масовнији такорећи глобални карактер. Случај је симболично назван Велики брат сходно Орвеловој метафори друштва под константним надзором. О значају теме сведочи и чињеница да се неколицина држава и организација „умешало у поступак” дајући своје виђење (не) оправданости насумичног, масовног надзора над интернет комуникацијом. Док су државе инсистирале на томе да је овај вид надзора неопходно и легитимно средство за одбрану од тероризма и савремених видова криминалитета,⁴⁵ Уједињене Нације и друге међународне и невладине организације су наглашавале да право на приватност, слобода мишљења и изражавања морају да буде адекватно заштићене, те да овај вид надзора мора да подлеже судској контроли и одговарајућим мерама заштите.⁴⁶

Европски суд за заштиту људских права је истакао да је неселективан, масовни надзор од виталног интереса за државе, како би препознале претње по националну безбедност, али је нагласио да постоје велики ризици да овакав надзор буде злоупотребљен на уштрб права појединаца посебно

текст заправо никада није објављен у недељнику за који је сачињен, нити у било ком другом медију, већ се само налазио у телефону уредника недељника?! Недељник, *Саопштење редакције Недељника: Одакле министру Вулину текс из Недељника који никада није објављен*, 20. 2. 2020. године <https://www.nedeljnik.rs/saopstenje-redakcije-nedeljnika-odakle-ministru-vulinu-tekst-iz-nedeljnika-koji-nikada-nije-objavljen/>, 25. 9. 2023.

⁴⁴ Вид. одлуке: *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6. 9. 1978., *Weber and Saravia v. Germany*, App. No. 54934/00, Decision 29. 6. 2006., *Liberty and Others v. the United Kingdom*, App. No. 58243/00, Judgment of 1. 7. 2008., *Kennedy v. the United Kingdom*, App. No. 26839/05, Judgment of 18. 5. 2010, *Roman Zakharov v. Russia*, App. No. 47143/06, Judgment of 4. 12. 2015., *Szabo and Vissy v. Hungary*, App. No. 37138/14, Judgment of 12. 1. 2016.

⁴⁵ Поднеске су уложиле Владе Француске, Холандије и Норвешке, *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*, para. 300–310.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 311–321.

права на приватност. Интересантно је и да је у одлуци наглашено како најмање седам држава чланица Савета Европе (Финска, Француска, Немачка, Холандија, Шведска, Швајцарска и Велика Британија) правно регулишу насумични надзор комуникација путем каблова или ваздушних путања, док је у Норвешкој нацрт таквог закона у процедури.⁴⁷

Суд је направио јасну разлику између циљаног и масовног надзора наглашавајући да „за разлику од циљаног пресретања комуникације које се првенствено користи у кривичном поступку, за доказивање кривичних дела, насумично и масовно пресретање се претежно користи за прикупљање обавештајних података и идентификацију претњи које долазе од стране знаних и незнаних актера”⁴⁸ У том смислу, док су код циљаног надзора мета надзора тачно одређени појединци и њихови комуникациони уређаји, код насумичног или масовног надзора мета су носиоци комуникације. Поред тога, масовни надзор махом обухвата комуникацију која се одвија ван државних граница, јер је у многим случајевима безбедносни интерес државе да надзире комуникацију особа које се налазе ван њене територије, што није могуће циљаним надзором.⁴⁹

Међутим, Суд у Стразбуру је одбио да се директно изјашњава о легитимности оваквог надзора, фокусирајући се на то да ли домаћи правни оквир државе која врши надзор (у конкретном случају Велике Британије) садржи довољно гаранција против злоупотреба.⁵⁰ Другим речима, наведено је да члан 8 ЕКЉП начелно не забрањује насумични (масовни) надзор када се ради о заштити националне безбедности и других виталних интереса, али примена овог надзора мора да буде регулисана тако да буде неопходна у демократском друштву, пропорционална циљевима који се њоме желе постићи, као и да је неопходно да се поштују мере заштите постављене у досадашњој пракси.⁵¹

Мере заштите од дискреционог поступања и злоупотреба подразумевају да унутрашњом регулативом јасно мора бити прописано следеће: 1. природа кривичних дела у погледу којих је могуће придећи мерама тајног надзора; 2. одређивање категорије лица чија комуникација може бити пресретана; 3. ограничење трајања надзора; 4. детаљно уређен поступак за испитивање, коришћење и чување прибављених података; 5. мере предострожности приликом достављања комуникације трећим лицима, 6. чување прибављеног материјала и околности под којима прибављени подаци

⁴⁷ *Ibid.*, para. 242–243.

⁴⁸ *Ibid.*, para. 322.

⁴⁹ *Ibid.*, para. 344–347.

⁵⁰ По законима Велике Британије насумични или масовни надзор (тзв. *bulk interception*) се може одобрити ако је то неопходно зарад заштите националне безбедности, δ) у циљу спречавања или откривања тешких кривичних дела или у ц) циљу заштите економске сигурности Уједињеног краљевства у мери у којој су ти интереси такође релевантни по националну безбедност (*Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, para. 368–371).

⁵¹ *Ibid.*, para. 347.

могу или морају бити уништени. Поред тога, након одлуке у предмету Роман Закхаров против Русије ове мере проширене су и захтевима за: 7. постојањем система независне контроле над применом мера тајног надзора, 8. постојањем механизма обавештавања лица чија је комуникација била предмет надзора и 9. постојањем делотворних правних лекова у националном законодавству.

Када се ради о насумичном или масовном надзору, прве две гаранције су непримењиве, али се уместо тога захтева следеће: 1. да је основ по коме се издаје наредба за пресретање комуникације довољно јасан; 2. да унутрашње право даје грађанима довољно јасне назнаке у којим случајевима њихова комуникација може бити пресретана и 3. да унутрашње право даје грађанима довољно јасне назнаке у којим случајевима њихова комуникација може бити селектована за анализу.⁵²

Како је у конкретном случају спорно било достављање података прибављених од стране америчке обавештајне службе (NSA) британској обавештајној служби (GCHQ), ЕСЉП се посебно бавио и питањем размене података са другим субјектима, најчешће страним државама. У том смислу је наглашено да је унутрашњим правом неопходно прописати када долази од овакве размене, као и да држава којој је материјал достављен гарантује његово безбедно чување и обелодањивање.⁵³ Повреда члана 8 ће постојати ако држава која доставља материјал није обезбедила да држава пријема поштује мере заштите у циљу спречавања злоупотреба, а посебно његово безбедно складиштење и ограничавање даљег обелодањивања.⁵⁴ Истакнуто је да у таквим случајевима појединац може поднети представку ЕСЉП само ако докаже постојање ризика да је његова комуникација била надзирана од стране страних обавештајних служби, те да су ти подаци касније достављени његовој матичној држави.

У конкретном случају Суд је нашао да је овај услов испуњен, будући да је NSA пре априла 2017. године примењивала 702 селектора (попут *e-mail* адреса), што значи да је постојао ризик да комуникација подносилаца представке буде пресретнута и задржана у оквиру програма *Upsteram*, а касније су ови подаци достављени британској обавештајној служби.⁵⁵ Наведено је да ЕСЉП не може наметнути САД-у ни другим државама које се не налазе под његовом јурисдикцијом да поштују мере заштите постављене у досадашњој пракси, али да је у конкретном случају британска обавештајна служба имала директан приступ подацима прибављеним од стране NSA. По мишљењу Суда када се захтев за размену прибављених података доставља држави која није чланица Савета Европе, такав захтев мора имати основа у унутрашњем праву, које мора бити доступно свим грађанима и предвидљиво у погледу

⁵² *Ibid.*, para. 274–275.

⁵³ *Ibid.*, para. 362.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 395.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 468–473.

својих дејстава. Грађанима се морају дати јасна, детаљна правила под којим условима и у којим ситуацијама државни органи могу поднети такав захтев и морају постојати гаранције да се оваквим захтевима не заобилазе заштитне мере и обавезе које држава има у складу са ЕКЉП.⁵⁶

Посебно је, у светлу члана 13 ЕКЉП који гарантује право на деловно правно средство, наглашавано да свакоме ко сумња да је његова комуникација била под надзором треба да буде омогућено ефикасно правно средство у циљу испитивања законитости самог надзора.⁵⁷ Међутим, да би неко уопште користио правно средство, мора да буде обавештен о томе да му је комуникација надзирана, како би захтевао да се испита законитост и оправданост ове мере. С тим у вези, ЕСЉП је истакао да, када се ради о насумичном, масовном надзору мања је вероватноћа да ће надзирана лица о томе бити обавештавана, имајући у виду да се овакав надзор махом користи за прикупљање страних обавештајних података, па је утолико значајније постојање независног тела које би, у адверзијалном поступку контролисало законитост самог надзора.⁵⁸ За разлику од већине европских држава, у Великој Британији постоји посебно тело (*Investigatory Powers Tribunal*) са овлашћењима да приступи свим подацима добијеним применом мера тајног надзора, да поништи налог за примену ових мера, захтева уништавање прибављеног материјала и нареди компензацију лицу које је било под мерама. Свако ко сумња да је био подвргнут некој од мера тајног надзора може се обратити овом телу како би се испитала основаност сумњи. Његове одлуке се јавно објављују на интернет страници Трибунала што омогућава транспарентно испитивање законитости и оправданости рада полиције и обавештајних служби када је тајни надзор грађана у питању.

Суд у Стразбуру је на крају истакао да су британска законска решења махом задовољавајућа и у складу са ЕКЉП, али је ипак нашао повреду члана 8 замерајући им што надзор не одобрава тело довољно независно од извршне власти, као и пар пропуста у вези са селекторима комуникације, конкретно пропуст да се селектори уврсте у наредбу којом се одобрава надзор као и пропуст да се селектори који се повежу са конкретном одређеним лицима подвргну додатном одобрењу.⁵⁹

Оваквим ставом ЕСЉП је одступио од досадашње праксе којом је насумични надзор комуникација сматрао недопустивим и неспојивим са захтевима Европске конвенције о људским правима.⁶⁰ Као разлоге за одсту-

⁵⁶ *Ibid.*, para. 497.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 357.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 357–359.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 425.

⁶⁰ Примера ради у предмету Роман Закхаров против Русије ЕСЉП је критиковао праксу којом се одобрава надзор свих комуникација на подручју где је извршено кривично дело. У предмету Szabo и Vissy против Мађарске суд је био још експлицитнији у осуди „неограниченог надзора великог броја грађана у циљу борбе против тероризма (*Szabo and Vissy v. Hungary*, para. 63, 67). У другом случају, ЕСЉП је кри-

пање Суд је навео то да је циљ насумичног или масовног надзора заправо надзор комуникације особа које се налазе ван територијалне надлежности дате државе, па сходно томе не могу бити надзирани циљаним надзором, као и да се овај вид надзора не користи у кривичном поступку већ за обавештајне сврхе, па се не може посматрати по истим мерилима.⁶¹ Међутим поједини предмети пред овим судом,⁶² као и пракса Суда правде ЕУ,⁶³ не говоре у прилог тврдњи да се овај вид надзора користи искључиво за надзор лица која се налазе ван територијалне надлежности дате државе, већ управо супротно - да се тако надзиру и лица на домаћој територији.

Критикујући овакву одлуку португалски судија Албукерки (*Pinto de Albuquerque*) је у свом издвојеном мишљењу нагласио да на тај начин насумични, масовни надзор постаје „рупа у закону” којом се избегава заштита процесних гаранција које се захтевају у случајевима циљаног надзора, чак и у оним случајевима када би циљаним надзором било могуће прибавити предметну комуникацију.⁶⁴ Нагласио је и да је недопустиво да Суд одлучује у предмету од оваквог значаја на основу ограничених информација о томе како функционише сам режим насумичног, масовног надзора, како се утврђује број и избор селектора, носиоци комуникације који се надзиру и сл., као и да прикупљање електронске комуникације преко носилаца изабраних од стране обавештајних служби представља далеко инванзивнији начин задирања у права загарантована чланом 8 Конвенције него класично надзирање телефона осумњиченог.⁶⁵ У том смислу, дозвољавање неселективног, масовног надзора представља фундаменталну промену од надзора конкретно одређеног осумњиченог до третирања свакога као потенцијално осумњиченог, а друштва заснована на оваквим поставкама ближа су полицијској него демократској држави,⁶⁶ закључује судија Албукерки.⁶⁷

тиковао одлуку турског суда којом се дозвољава надзор електронске и телефонске комуникације било кога у Турској, а у циљу спречавања активности криминалних организација (*Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*, App. No. 27473/06, Judgment of 18. 7. 2017.

⁶¹ *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, para. 344–346.

⁶² *Szabo and Vissy v. Hungary*, *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*.

⁶³ Вид. Одлуке: *Digital Rights Ireland Ltd*, Judgment of the Court (Grand Chamber), 8 April 2014, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2015., *Privacy International v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2020, *La Quadrature du Net and Others v Premier ministre and Others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2020.

⁶⁴ *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*, *Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*, para. 11.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 12.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 22.

⁶⁷ Поред судије Албукеркија, мишљења у овом предмету су издвојиле и судије Леменс, Вехабовић и Бошњак посебно критикујући чињеницу да је ЕСЉП више пажње посветио значају оваквог надзора у борби против тероризма и других савремених видова криминалитета, него што је посветио праву на приватност и његовом значају за развој личних и друштвених слобода. Вид. *Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*, *Joint partly concurring opinion of judges LAemmens, Vehabović and Bošnjak*.

4. Уместо закључка или „па шта иако ме надзиру?“

Савремена технологија која подразумева постојање GPS-а, сателита, дрона, надзорних камера и дигиталних комуникационих платформи описана је у Орвеловом роману „1984” први пут објављеном још давне 1949. године! Књига описује тоталитарно друштво под константним надзором и цензуром, са идејом да се обезбеди тотална лојалност грађана властодршцима, као и да се благовремено угуши свака помисао критике или побуне. Чини се да је појава и развој интернета допринела реализацији ових идеја које су се својевремено налазиле у сфери научне фантастике, а у глобалном поретку повезаном путем „мреже” властодршци постају они који располажу информацијом.

Дилема између потребе за сигурношћу и потребе за слободном стара је колико и сам људски род. Заштита грађана и ефикасна борба против криминалитета је добар изговор за масовни надзор комуникација, постављање надзорних камера на свим јавним површинама или законско увођење технологије препознавања лица (*face recognition technology*) али у таквом свету сасвим је апсурдно и лицемерно прокламовати право на приватност, заштиту личног и породичног живота и неповредивост преписке, када такве приватности заправо нема.

Чему уопште и толико инсистирање на приватности када смо сведоци да је данас, у време интернета и друштвених мрежа, добровољно „износимо на тацни” објављујући фотографије и најситније детаље из приватних живота - где смо путовали, шта смо јели, шта смо обукли, коју музику слушамо, које филмове гледамо, са ким се дружимо, за кога гласамо, о чему размишљамо и сл. У таквим временима произилази тачност констатације да „ако немам шта да кријем немам чега ни да се плашим” па би се тако посматрано помислило да масовни надзор не представља никакву претњу за „поштеног” човека који живи у складу са прописима.

Међутим, не постоји особа која нема шта да крије (макар се радило о аутентичној фотографији необрађеној у „филтерима”) нити постоји информација која не може бити на различите начине представљена или злоупотребљена. Проблем је само ко све располаже овим информацијама и када ће их злоупотребити.

Огромна количина прибављених података ће логично онемогућавати да се процесуира велика већина кривичних дела и преступа, што онда доводи до кажњавања само неких појединаца односно до тзв. егземпларног кажњавања о коме је Ј. Ђирић писао да је „нарочито карактеристично за оне ситуације где и када има много учињених кривичних дела, па држава није у стању да све открије, процесуира и казни, али у јавности постоји свест о томе да има и много оних који су избегли заслужену казну. Тада они који буду ухваћени и кажњени плаћају цех за све друге, па и за то што

држава није била успешна, није била у стању да све открије и процесуира.”⁶⁸ Као један од примера егземпларног кажњавања наводи управо кажњавање за говор мржње на интернету или тзв. интернет насиље - „упркос чињеници да су друштвене мреже преплављене оваквим порукама, само одређени бивају откривени и кажњени као пример другима да држава ипак ради свој посао, штитећи грађане од овог дигиталног насиља или пропагирања одређених идеја. У таквим околностима стиче се утисак као да је појединац који је егземпларно кажњен извучен из „дубња” из „шешира”, како је кажњен не зато што је заслужио да буде кажњен већ зато што је имао злу срећу да само он буде кажњен.”⁶⁹ У вези са тим, Ј. Ђирић поставља кључно питање - „коме је у ствари упућена порука егземпларног кажњавања - потенцијалним учиниоцима кривичних дела или потенцијалним гласачима на следећим политичким изборима?”⁷⁰

Слично томе, може се поставити питање ко заправо профитира, односно има користи од масовног надзора над интернетом? Да ли ће на тај начин интернет постати безбедна сфера за пословање појединаца, различите трансакције, слободу говора и изражавања, заштиту грађана од тероризма и криминала, или ће пак то користити само онима који надзиру тзв. „контролорима”, да држе у шаци сваког појединца на свету подацима којима у погледу њега располажу? Сумњамо да ће овај вид надзора допринети откривању и кажњавању особе А која је са нашег платног рачуна „скинула” 50 евра или особе Б која је отворила *Instagram* налог користећи наше име и нашу фотографију или пак особе Ц која је слала електронске поруке различитим институцијама, тржним центрима, школама или судовима са упозорењем о постављеној бомби у намери ширења панике и страха, слободни смо да изразимо сумњу да ће овај вид надзора чак спречити и терористички напад у одређеној држави ако је напад у интересу велесиле која овим подацима располаже, а засигурно да неће спречити ни организовани криминалитет осим ако се не ради о криминалу који на неки начин угрожава њене интересе. Поједине анализе показују да је неселективан масовни надзор недовољно ефикасан у борби против тероризма и осталих облика криминалитета, па поред тога што је штетан по права појединца, представља и беспотребно трошење финансијских ресурса.⁷¹

Проблем са масовним надзором интернета је и у томе што само неколицина држава поседује технологију за такав надзор, па од њиховог нахођења, добре воље или тренутних интереса зависи ко ће бити кривично гоњен односно које ће податке достављати оним другим државама које таквом технологијом не располажу. Јер ако поседујете „све о свима” лако је из тог материјала извући нешто за обрачун, уцену или дискредитацију било

⁶⁸ Ј. Ђирић, „Егземпларно кажњавањ”, *CRIMEN* (III) 1/2012, 27.

⁶⁹ *Ibid.*, 28.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Council of Europe- Commissioner for Human Rights, *Memorandum on Surveillance and Oversight Mechanisms in the United Kingdom*, CommDH (2016) 20, May 2016, 10. <https://rm.coe.int/16806db72c>, 17. 10. 2023.

ког појединца на свету- не мора се само радити о подацима везаним за припремање или извршење неког кривичног дела, довољно је да се ради о компромитујућем материјалу који појединца дискредитује и очима јавности, пријатеља или породице. Обавештајне службе су се таквим методама одувек служиле, само што им интернет и нове технологије пружају неслућене могућности да своје дејствовање у том смеру глобално прошире, утичући на тај начин на формирање јавног мњења, политичке прилике и формирање или свргавање владајућих структура у свим „сувереним” државама. У таквом свету и таквим околностима, право најчешће завршава на стрампутицама, примењујући се селективно и у зависности од преовлађујућих интереса.

Vanja BAJOVIĆ

Associate Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

MASS SURVEILLANCE OF INTERNET AND DIGITAL COMMUNICATIONS

Summary

After Edward Snowden publicly disclosed the existence of secret internet surveillance programs by U.S. National Security Agency, the issue of mass surveillance of communications came under scrutiny of the public and judicial bodies. The question that arises is to what extent and in what measure does controlling criminal activity justify the violation of basic individual rights? Are surveillance measures an effective way to combat crime, or is it more of an introduction to selective “crime control” in line with the interests and information provided by those who possess them, potentially leading to global totalitarianism, reminiscent of the society depicted in George Orwell’s novel “1984”? The dilemma between the need for security and the need for freedom has been as old as humanity itself. Protecting citizens and effectively fighting crime provides a compelling justification for mass surveillance of communication and public places. However, in such a world, it becomes absurd to proclaim the right to privacy, when such privacy essentially does not exist. The problem with mass internet surveillance lies in the fact that only a few countries possess the technology for such surveillance. Therefore, sharing data with other countries depends on the discretion, goodwill, or immediate interests of those possessing it. When you have access to “everything about everyone”, it’s easy to extract something for setting scores, blackmail, or discrediting any individual worldwide. Intelligence agencies have always used such methods, but the internet

and new technologies provides unprecedented opportunities to expand their actions globally, influencing public opinion, political developments, and the formation or overthrow of governments in all “sovereign” states. The paper first analyzes the digital surveillance and then discusses the ECHR decision in the case of “Big Brother v. the United Kingdom”, related to this issue.

Key words: Internet. – Mass surveillance. – Crime control. – Right to privacy.

Литература

- Alschuler, A (1986), „Failed Pragmatism: Reflections on the Burger Court”, *Harvard Law Review*, vol. 100, 1436–1458.
- Bajović, V. (2015), „Illegally Obtained Evidence and Exclusionary Rule in Serbian and Comparative Law”, in: *Archibald Reiss Days, (Thematic Conference Proceedings)*, Tom. I, Vol. I, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, 159–168.
- Бајовић, В. (2022), „EncroChat и Sky ЕСС комуникација као доказ у кривичном поступку”, *CRIMEN (XIII)* 2, (2022a), 154–179.
- Бајовић, В. (2022), „Тајни надзор од стране полиције и служби безбедности”, у: *Казнена реакција у Србији - XII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Универзитет у Београду - Правни факултет, библиотека *Crimen*, Београд, (2022b), 226–243.
- Balser, J. (2023), *Overview of Governmental Action Under the Stored Communications Act (SCA)*, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10801>, 11. 10. 2023.
- Bamford, J.(2023), *The NSA is Building the Country’s Biggest Spy Center (Watch What You Say)*, <https://www.wired.com/2012/03/ff-nsadatacenter/>, 12. 10. 2023.
- Gallagher, R. G. Greenwald, G. (2023), *How the NSA Plants to Infect „Millions” of Computers with Malware*, <https://theintercept.com/2014/03/12/nsa-plans-infect-millions-computers-malware/>, 11. 10. 2023.
- Greenwald, G. (2014), *No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA, and the U. S. Surveillance State*, Metropolitan Books, New York.
- Kirkpatrick, D. (2010), *The Facebook Effect: The Inside Story of the Company that is Connecting the World*, Simon & Schuster.
- Packer, H. L. (1964), „Two Models of Criminal Process”, *University of Pennsylvania Law Review* 1, Vol. 113, 1–68.
- Richards, N. M. (2013), „The Dangers of Surveillance”, *Harvard Law Review* Vol. 126, 1934–1965.
- Roach, K. (1999), „Four Models of the Criminal Process”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 2, Vol. 89, 671–716.

- Ђирић, Ј. (2006), „Случај Миранда и његове репрекусије на казнену реакцију данас”, *Наука, безбедносћ, њолицја* 3, вол. 11, 17–37.
- Ђирић, Ј. (2012), „Егземпларно кажњавање”, *CRIMEN (III)* 1/2012, 21–38.
- Ђирић, Ј. (2016), „Бројке право”, *CRIMEN* 3, 183–202.
- Ђорић, В. (2006), „Нове методе у суздијању тероризма у САД након 11. септембра”, *Сћрани њравни живој* 1-3, 381–399.

Правни извори

- ECtHR, *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6. 9. 1978.
- ECtHR, *Weber and Saravia v. Germany*, App. No 54934/00, Decision 29. 6. 2006.
- ECtHR, *Liberty and Others v. the United Kingdom*, App. No. 58243/00, Judgment of 1. 7. 2008.
- ECtHR, *Kennedy v. the United Kingdom*, App. No. 26839/05, Judgment of 18. 5. 2010.
- ECtHR, *Roman Zakharov v. Russia*, App. No. 47143/06, Judgment of 4. 12. 2015.
- ECtHR, *Szabo and Vissy v. Hungary*, App. No. 37138/14, Judgment of 12. 1. 2016.
- ECtHR, *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*, App. No. 27473/06, Judgment of 18. 7. 2017.
- ECtHR, *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*, App. Nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, Judgment of 25. May 2021.
- U.S. Supreme Court, *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963)
- U.S. Supreme Court, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)
- U.S. Supreme Court, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)
- CJEU, *Digital Rights Ireland Ltd*, Judgment of the Court (Grand Chamber), 8 April 2014.
- CJEU, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2015.
- CJEU, *La Quadrature du Net and Others v Premier ministre and Others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2020.

Интернет извори

- European Parliamentary Research Service, *Mass Surveillance- Risks, Opportunities and Mitigation Strategies*, Study, January 2015, 16, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/527409/EPRS_STU\(2015\)527409_REV1_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/527409/EPRS_STU(2015)527409_REV1_EN.pdf) 11. 10. 2023.
- Недељник, *Саојшћене редакције Недељника: Одакле минисћуру Вулину њексћ из Недељника који никада није објављен*, 20. 2. 2020. године

- <https://www.nedeljnik.rs/saopstenje-redakcije-nedeljnika-odakle-ministru-vulinu-tekst-iz-nedeljnika-koji-nikada-nije-objavljen/>, 25. 9. 2023.
- NESSI White Paper, *Big Data– A new world of opportunities*, December 2012., https://nessi.eu/wp-content/uploads/2020/09/NESSI_WhitePaper_BigData.pdf, 11. 10. 2023.
- RGS, *Advocating for Global Government Surveillance Reform*, <https://www.reformgovernmentsurveillance.com/>, 17. 10. 2023.
- Свет науке, *Како ради Интјернејт*, <https://www.svetнауке.org/13828-kako-radi-internet>, 16. 10. 2023.
- SPIEGEL International, *GCHQ Used Fake LinkedIn Pages to Target Engineers*, <http://www.spiegel.de/international/world/gchq-targets-engineers-with-fake-linkedin-pages-a-932821.html>, 17. 10. 2023.
- The Guardian, *GCHQ taps fibre-optic cables for secret access to world's communications*, <http://www.theguardian.com/uk/2013/jun/21/gchq-cables-secret-world-communications-nsa>, 10. 10. 2023.
- U.S. Department of Justice, *The Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 (FISA)*, <https://bja.ojp.gov/program/it/privacy-civil-liberties/authorities/statutes/1286>, 12. 10. 2023.
- Hadley, B. D. P. *America's "Big Brother": A Century of U.S. Domestic Surveillance*, https://origins.osu.edu/article/americas-big-brother-century-us-domestic-surveillance?language_content_entity=en, 15. 10. 2023.
- Council of Europe- Commissioner for Human Rights, *Memorandum on Surveillance and Oversight Mechanisms in the United Kingdom*, CommDH (2016) 20, May 2016, 10. <https://rm.coe.int/16806db72c>, 17. 10. 2023.
- Court of Justice of the European Union, Press Release No. 54/14, *Judgment in Joined Cases C-293/12 and C-594/12 Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054en.pdf>, 13. 10. 2023.
- Criddle, C. *Facebook sued over Cambridge Analytica data scandal*, <https://www.bbc.com/news/technology-54722362>, 11. 10. 2023.

О УВРЕДИ – АКТУЕЛНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У КРИВИЧНОПРАВНОЈ ЗАШТИТИ

Сажетак

У раду се разматрају претходставке кривичног дела увреде. Након декриминализације клевете, кривичноправна заштитна части и угледа је у српском праву поново искључиво сведена на увреду. Иако је реч о традиционалном деликту које је већ дуго део наше кривичног законодавства, њега у судској пракси и даље праће извесне неизвесности. Аутор тумачи обележја овог дела и актуелне правце развоја у савременој доктрини и домаћој јудикатури.

Кључне речи: Увреда. – Части и улед. – Искључење претходравности.

Према члану 170. Кривичног законика,¹ ко увреди другог, казниће се новчаном казном од 20 до 100 дневних износа или новчаном казном од 40.000 до 200.000 динара. Кривично дело увреде је особено по томе што је прописана *једино новчана казна* као главна казна. Због тога је законодавац предвидео конкретне распоне, јер су код новчане казне распони у Општем делу везани за прописану казну затвора која овде недостаје. И поред другачијих предлога, увреда није декриминализована већ и даље представља кривично дело, иако у српском праву *врећање* може представљати и *прекршај* против јавног реда и мира (члан 9. Закона о јавном реду и миру).²

Начелно, у односу на добра *части* и *уледа* примарна је *грађанскоправна* заштита и накнада *материјалне* (за случај клевете, то јест изношења или проношења неистинитих навода о прошлости, знању, способности другог лица, или о чему другоме, уз свест да су наводи неистинити [чл. 198. Закона о облигационим односима]) односно *нематеријалне* (за претрпљене душевне болове због повреде части или угледа у виду правичне новчане накнаде [чл. 200. ЗОО]) штете. Ипак, како се сматра, није довољно имати само грађанскоправне механизме, јер би у озбиљнијим случајевима повреде части у изостанку кривичне реакције постојао незанемарљив ризик од повратка на приватну реакцију. У озбиљној криминално-политичкој

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, gospodepomiluj@gmail.com

¹ Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19, у даљем тексту КЗ.

² Службени гласник РС, бр. 6/16 и 24/18, у даљем тексту ЗЈРМ.

дискусији се утолико и даље не препоручује декриминализација увреде или њено деградирање у правцу прекршајноправне заштите.³ Кривичноправну заштиту отежава чињеница да се за ова дела углавном гони по приватној тужби, што због потешкоћа у доказивању често демотивише потенцијалне тужиоце. Иако у односу на укупан криминалитет дела против части и угледа имају незнатан удео (1,2%), увреда у структури ових деликата заузима неприкосновено место (преко 98% осуђених).⁴

1. Част као објект заштите

Појам увреде законом није одређен, будући да се описом само (тау-толошки) означава да увреду чини онај ко „увреди другог”. Тиме се садржај увредљивог препушта доктрини и судској пракси. Увреда је *изјава којом се омаловажава часи* неког лица. Сваком појединцу припада захтев да се према њему други односе са (макар минималним) уважавањем које одговара његовој моралној и социјалној вредности (људскости). Сходно традиционалном разумевању ових појмова, разликују се унутрашња и спољашња част.⁵ *Унуђрашња* (субјективна) част је *осећање свакој лица о сојсјивеној вредности* – о себи као људском бићу и члану друштва. У питању је персонално добро појединца. У међувремену је, међутим, субјективно обојена представа појединца о властитом квалитету као мерило увредљивог замењена објективизираним социјалним и персоналним критеријумом јер појединац може имати ишчашену представу о сопственој вредности (части коју нпр. уважава у криминалном миљеу).⁶ *Спољашња* част је *уважавање и њошњовање једној лица у друшћиву* и поклапа се са *уледом* („добар глас” у друштву и очима других). Унутрашња част, за разлику од угледа, не заслужује степеновање (навише, изнад прага повреде), с обзиром на то да заштиту части заслужују субјекти различитог друштвеног ранга и статуса, независно од угледа који уживају. Са овом поделом се у литератури преплиће и разликовање *факћичке* и *норматћивне* части. Док се под првом подразумева поштовање које се *реално* осећа или ужива од других као социјално-психолошки феномен, нормативни појам више одговара правничком погледу, с обзиром на то да заштиту части уживају и они који се сматрају нечасним или који то не осећају (деца и душевно болесни), као и они који због нпр. професије којом се баве не уживају углед у друштву.⁷ Будући да појам части несумњиво обухвата обе категорије, истицање и части у угледа као објектата

³ P. Regge, C. Pegel, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4*, C. H. Beck, 2021⁴, Vor. zu § 185, 66.

⁴ Вид. Пунолейни учиниоци кривичних дела, Саопштење бр. 184, год. LXXIII, Републички завод за статистику, 2022, 8.

⁵ Вид. Т. Живановић, *О увреди и клевети*, Геца Кон, Београд 1927³, 8.

⁶ E. Hilgendorf, *Leipziger Kommentar. StGB. Band 5*, De Gruyter, 2009¹², vor § 185, 6.

⁷ С правом В. Ранђеловић, Ј. Спасић, „Кривично дело увреде: законска регулатива и језичка анализа увреде у судским пресудама”, *Комуникација и медији* 51/2022, 75.

заштите код деликата из ове главе на први поглед делује излишно, али то није тако, будући да многа дела из ове главе првенствено штите спољашњу част. У сваком случају, објект напада у случају увреде је првенствено унутрашња част а тек у другом плану углед, који је примарно штитила код нас данас (од 2012. године) декриминализована клевета.

Част као добро представља сегмент *људској достојанстви*, које припада сваком живом човеку. Она је утолико *лично њраво* али и *социјална вредност*, која подразумева да лица и институције буду уважени у друштву у којем постоје и делују. Ова социјална компонента донекле условљава обим заштите, што се види најбоље код објективних критеријума повреде части. Због тога је повреда части и угледа могућа и код оних субјеката који не схватају одређену изјаву или радњу омаловажавајуће.⁸ Али, због тога некада и интереси друштва могу допустити искључење противправности иако су ове вредности повређене.

Осим као општа вредност у смислу аспекта људског достојанства, част има и своје посебне видове. Тако се уобичајено разликују национална (вредност коју човек има као припадник нације), морална (вредност позитивних моралних особина), полна, професионална, културна част итд. Треба, међутим, имати у виду да увреда нема улогу *резервној* деликта који би могао да буде остварен у случају сваке повреде људског достојанства. Стога су у праву они аутори који наглашавају да увреда штити само један нарочити сегмент права личности а не ово право или људско достојанство у целини.⁹

Увреда се сматра општим делом против части и угледа, које може постојати само ако није остварен неки други деликт из главе XVII Кривичног законика.¹⁰ Осим тога, вређање је неретко садржано и у кривичним делима која примарно повређују нека друга добра, у односу на које је *суйсигијарно*. С обзиром да се *јолно узнемиравање* дефинише као свако вербално, невербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица у сфери полног живота (члан 182а, став 3. КЗ), увреде сексуалне природе (нпр. тапшање по бутини у возилу градског превоза)¹¹ по правилу ће бити квалификоване унутар овог деликта. Увредљиви карактер могу имати многа дела која нападају сферу људске интимае и **приватности**, нпр. у виду неовлашћеног фотографисања, посматрања сексуалног чина пара у шуми, отварања љубавног писма, прислушкивања поверљивог разговора и тсл. У том случају би било остварено одговарајуће дело против слобода и права човека (нарочито из чл. 142–145. КЗ).

⁸ Б. Краус, у: *Коментар кривичних закона СР Србије, САП Косова и САП Војводине* (ур. Срзентић *et al.*), Савремена администрација, Београд 1986, 286.

⁹ W. Kargl, in: *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (eds. Kindhäuser *et al.*), Nomos, 2023⁶, § 185, 21.

¹⁰ Вид. у том смислу Апелациони суд у Београду [у даљем тексту АСБ], Кж1 2913/10 од 13. 4. 2010, *Ing-Pro*, у даљем тексту *IP*.

¹¹ ВС у Београду, Кж1 593/19 од 2. 10. 2019, *IP*.

2. Носиоци части

Будући да је реч о сегменту личног достојанства, носиоци части су најпре *сва физичка лица* (не и животиње), независно од старости, пословне способности или стања душевног здравља. Сваком човеку је неутуђиво својеврсно *језиро* људскости као сегмента личног достојанства, независно од евентуалних мањкавости његовог моралног и социјалног бића. Ни осуђени на казну нпр. доживотног затвора није без части, због чега може бити пасивни субјект.¹² Пасивни субјект може бити и *дете*. Наравно, и овде је услов да увреда буде сазната као нешто увредљиво, што може изостати ако се исказује искључиво у присуству детета. Дететова способност да буде увређено вредновала би се према достигнутом степену развоја, а у сваком случају треба имати у виду да оно што је објективно увредљиво за одраслог човека не мора бити увредљиво за једног петогодишњака. Разуме се, чим треће лице (нпр. родитељ) независно од детета спозна такву увредљиву изјаву (којом се нпр. петогодишњаку паушално пребацује да је лажљив) постојање дела није спорно.¹³

Оштећена могу бити и *душевно болесна лица*, с тим што би овде требало узети у обзир да различити душевни поремећаји различито утичу на когнитивне и комуникативне способности. Обраћање душевно заосталом са „идиоте” или „кретенчино” (у једном примеру из домаће праксе особи са Дауновим синдромом са „монголоиду”)¹⁴ може према околностима несумњиво представљати увреду,¹⁵ као што, обрнуто, увреда може и изостати ако изјава нема омаловажавајући карактер. Ипак, сходно већ реченом, увреда може постојати и када присутни душевни болесник не разуме увредљиви садржај, ако изјаву чује и разуме присутно треће лице.¹⁶ Не представља реткост ни да се код неког ко нема одговарајућу медицинску дијагнозу доводи у питање стање менталног здравља, што, зависно од околности, не мора бити увредљиво (нпр. у изјави туженика, који у поднеску изражава своје мишљење „да тужилац није здрав човек”, и „да га треба послати на лекарски преглед да би се утврдило његово психичко стање”,¹⁷ или речима окривљене за оштећену „да је болесна особа која не може да контролише своје понашање и да је била позивана на преглед ради утврђивања дијагнозе и евентуалног лечења”).¹⁸

У литератури је нарочито спорно које правно добро се штити у погледу *умрлої*, имајући у виду да увреда према изричитој законској одредби

¹² T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C. H. Beck, München, 2011⁵⁸, vor § 185, 5.

¹³ W. Kargl, Vor. zu §§ 185–200, 57.

¹⁴ Основни суд у Крагујевцу, 9К 86/22 од 21.2.2022 (вид. В. Ранђеловић, Ј. Спасић, 85).

¹⁵ J. Eisele, U. Schittenhelm, in: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (eds. Schönke, Schröder), C. H. Beck, 2019³⁰, Vor. zu den §§ 185, 2.

¹⁶ Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичној законика*, Правни факултет Унион, Београд 2011², 595.

¹⁷ Окружни суд [у даљем тексту ОкС] у Чачку, Кж 16/05 од 17.1.2005, *Paragraf Lex*, у даљем тексту *PL*.

¹⁸ ОкС у Београду, Кж 255/01 од 23.2.2001, *ЗСОКМ*, Књига 4, Београд 2002, 116.

(члан 177, став 2. КЗ) несумњиво може бити учињена и „према умрлом лицу”. Дивергентна тумачења упућују, примера ради, на повреду части умрлог, својеврсне „породичне части”, части сродника, повреду права личности *sui generis* итд. У литератури је нарочито често позивање за заштиту осећаја *ицјейейџа*,¹⁹ који на плану заштите достојанства личности помиње и Закон о јавном информисању и медијима (члан 79).²⁰ На први поглед, умрли се не може увредити јер је правни субјект престао да постоји, због чега више не може бити носилац добра. Иако неки аутори сматрају да част може и да надживи умрло лице и престалу правну способност, као својеврсно право без субјекта и вредност која надилази физичко постојање,²¹ право на част се као лично право и својство личности гаси смрћу. Али, повреда части и угледа умрлог погађа његове ближње, због чега и они имају право да траже кривичноправну заштиту. Наиме, ако су увреда или изношење личних и породичних прилика (изношење или проношење штогод из личног или породичног живота неког лица што може шкодити његовој части или угледу) учињени према умрлом, гоњење се предузима по приватној тужби брачног друга или лица које је са умрлим живело у трајној ванбрачној заједници, сродника у правој линији, усвојиоца, усвојеника, брата или сестре умрлог (члан 177, став 2. КЗ).

Правна лица се у неким правним системима (нпр. аустријском)²² не штите од вређања, док су у другим (нпр. швајцарском)²³ заштићена. Реч је о концепту који није једноставно објаснити из перспективе теоријских поставки, с обзиром на то да се част традиционално посматра као аспект достојанства првенствено људске личности. Ипак, иако овде таква карактеристика изостаје, у савременој доктрини се већински признаје да и правна лица и други облици повезивања заслужују заштиту свог *угледа*, под претпоставком да обављају одређену социјалну функцију, да образују заједничку вољу и да на њихово постојање не утиче евентуална промена чланова.²⁴ Свакако није спорно да се углед правних лица разликује од части њихових органа и чланова. Заједница као објект се овде схвата *екстензивно*, па се заштита признаје и извесним колективитетима који немају својство правног лица (нпр. кућни савет)²⁵, али то треба свести само на оне облике повезивања који су организационе целине које делатност врше на основу позитивних прописа. Стога заштиту уживају и спортска друштва, политичке странке итд. У српском праву заштиту части уживају и националне, расне, верске, етничке и друге *друшћивене јрује* које повезује неко лично својство,

¹⁹ Тако нпр. Б. Краус, 288. У страниј доктрини слично М. Heger, in: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (eds. Lackner, Kühn, Heger), С. Н. Beck, 2023³⁰, § 189, 1.

²⁰ *Службени гласник РС*, бр. 83/14, 58/15 и 12/16, у даљем тексту ЗЈИМ.

²¹ Е. Hilgendorf, § 189, 2.

²² Вид. М. Rami, in: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (eds. Höpfel, Ratz), Wien, 2011, vor §§ 111–117, 9.

²³ F. Riklin, in: *Strafrecht II. Art. 111–392 StGB. Basler Kommentar* (eds. Niggli, Wiprächtiger), Basel 2007², vor Art. 173, 30.

²⁴ Е. Hilgendorf, vor § 185, 27.

²⁵ Б. Краус, 288.

које су изричито именоване као могући објект напада (вид. члан 174. КЗ). Ако је нападом на част повређено неко правно лице од околности случаја зависи да ли су тиме обухваћена и нека физичка лица у његовом саставу, док обрнуто не важи, па штетна изјава против већине или свих чланова неког привредног друштва не представља нужно и поругу самог друштва. У упоредном праву се углавном штите само домаћа правна лица, док код нас заштиту уживају и страни субјекти, па је тако, поред повреде угледа Србије (члан 173. КЗ) кажњиво и јавно излагање порузи стране државе и међународне организације (члан 175. КЗ). Иако у том смислу постоје различита гледишта, заштиту не уважавају само *јавне* институције и установе (нпр. судови или Влада), које су у југословенском законодавству биле и изричито именоване као објект заштите, већ и приватне (нпр. банке као приватна акционарска друштва). Супротно гледиште основано се тумачи као превазиђено, јер би заправо штитило не част већ ауторитет јавноправних институција.²⁶ Делатност приватних субјеката такође се може омаловажавати, чиме се нарушава репутација који уживају у друштву. Ако се у односу на правна лица износе неистинити подаци, по правилу ће бити остварено дело нарушавања пословног угледа и кредитне способности (члан 239. КЗ).

Међутим, у једном делу литературе се доводи у питање да ли и у којој мери правна лица могу бити *увређена*, с обзиром на то да је част атрибут личности и да колективитети *немају осећања*.²⁷ Већина теоријских објашњења објекта заштите, уосталом, указује да се увредом штити првенствено субјективна част, коју правна лица и не би требало да имају, иако смо констатовали да се њеним објективизирањем и уношењем *социјалној* момента осећај личне увређености као претпоставка остварености дела данас сматра превазиђеним. Такав став среће се и у новијој домаћој судској пракси, где се у једној одлуци допушта само повреда угледа одређених колективитета и правних лица, због чега се искључује да пасивни субјект увреде може бити Центар за заштиту одојчади, деце и омладине.²⁸ У југословенском праву се таква могућност, међутим, није доводила у питање, јер је било изричито прописано да се „увреда учињена према територијалној јединици или државном органу” гони по службеној дужности (вид. члан 101, став 2. КЗ РС). Због тога се у једном примеру вређања суда као државног органа констатује да све судије односног суда представљају оштећене, због чега не могу поступати у том кривичном предмету.²⁹ Иако такве одредбе у Кривичном законик у више нема, тешко се може тврдити да је разлог њеног брисања промена догматског става у погледу овог питања. У прилог закључку да повређено правно лице делимично задовољење може добити бар на плану

²⁶ W. Kargl, Vor. zu §§ 185–200, 68.

²⁷ *Ibid.*, 82; F. Riklin, vor Art. 173, 30.

²⁸ Виши суд [у даљем тексту ВС] у Београду, Кж1 708/20 од 2.2.2021, *Билтен ВС у Београду*, бр. 92/2021, *Intermex*, у даљем тексту *IM*.

²⁹ Врховни суд Србије [у даљем тексту ВСС], Кзз 69/04 од 16.11.2004, *PL*.

кривичноправне заштите води и неспремност *ирађанских* судова да правним лицима признају могућност накнаде нематеријалне штете због повреде пословног угледа, уз аргумент да колективитети не могу осетити бол и страх као претпоставку досуде накнаде.³⁰

Од увреде правног лица као институције треба разликовати вређање *више лица* који припадају одређеној заједници, на начин да се паушално вређају *сви* припадници одређеног колективитета које учинилац хоће да понизи. У домаћој литератури се углавном негира да паушалне оцене (нпр. „сви полицајци су корумпирани”)³¹, или уопштене изјаве из којих се не може јасно закључити на кога се непосредно односе („нпр. изјава да међу трговцима има много превараната и лопова”)³² задовољавају услов одредивости. У немачкој доктрини се у том смислу говори о *колективном означавању* увређених. Претпоставка је да колективитет не буде преширок (нпр. у виду исказа „сви полицајци су свиње”) већ сведен на релативно мању групу лица (нпр. полицајце у једној станици), као што не сме остати нејасно да ли се изјава односи и на конкретног припадника колективитета.³³ У том случају се сваки припадник групе сматра легитимисаним да поднесе приватну тужбу. Тако је и у једном примеру из домаће праксе суд потврдио постојање увреде у изјави окривљеног да се у заводу „све ради мимо закона”, с тим што је приватну тужбу поднео директор.³⁴

Као форма вређања у овом смислу замисливо је и да изјава неодређено обухвати *једној или више припадника* групе, а да говорник не обелода ни на кога конкретно мисли (нпр. изјава да један од фудбалера именованог фудбалског клуба „посећује проститутке”). У једном сличном примеру је немачки Савезни суд (*BGH*), уз захтев да круг лица буде несумњиво *мањи*, закључио повреду части *свакој припадника* колективитета (у нашем примеру би то били фудбалери конкретног клуба).³⁵ У домаћој литератури Таховић одбацује такву могућност, сматрајући да сличне изјаве (нпр. „један од вас је лопов”), код којих није утврдиво на кога се конкретно односе, нису релевантне.³⁶ Разуме се, ако се према околностима може закључити на кога се изјавом конкретно мислило, делом би било погођено само то лице.

У савременој доктрини је спорно је да ли се вређањем може повредити *породична част*, у смислу да омаловажавање једног члана породице може водити повреди части блиских лица. У време пре стотинак година се тако нешто није доводило у питање. Тако се у предратном европском праву тумачило да је прељубом са удатом женом љубавник истовремено повређивао

³⁰ Вид. А. Вишекруна, „Право правног лица на накнаду нематеријалне штете”, *Право и привреда* 4–6/2015, 183.

³¹ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2020¹⁰, 568.

³² Љ. Лазаревић, 594.

³³ М. Heger, Vor. zu den §§ 185, 3.

³⁴ ОкС у Београду, Кж 3306/06 од 30.1.2007, ЗСОКМ, Књига 8, Београд 2008, 96.

³⁵ Вид. Р. Regge, С. Pegel, Vor. zu § 185, 57.

³⁶ Ј. Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Савремена администрација, Београд 1956, 387.

и част превареног мужа.³⁷ Декриминализацијом прељубе као деликта против брака (што се десило и у српском праву) након Другог светског рата се и на плану повреде части може констатовати сличан процес, па је данас у немачкој доктрини владајуће гледиште да се у случају напада трећих лица управљених против њихове деце истовремено не вређа и част родитеља.³⁸ Однос родитељства сам по себи не би био довољан да се закључи повреда части у околностима нпр. сексуалних полних радњи које учинилац врши у односу на дете или шамара који учитељ опали ученику у присуству родитеља. Тако су и у југословенској доктрини нападане одлуке у којима је заступано да приватну тужбу за увреду може поднети и мајка пунолетне ћерке којој је увреда била упућена, уз аргумент да „ако је увредљива изјава ограничена на једно лице, друго лице не може се сматрати пасивним субјектом у том кривичном делу само с обзиром на блиски сроднички однос са увређеним”.³⁹ С друге стране, у домаћој литератури могу се срести и супротна гледишта. Тако Лазаревић указује да „изношење неистина за неко лице, његово клеветање, може у исто време значити вређање другог лица; такав би случај постојао нпр. кад се муж омаловажава тако што се износе неистине за његову супругу, или кад се достојанство родитеља повређује тако што се износе неистине за његово дете”.⁴⁰ У швајцарској јудикатури такође се наилази на одлуке где је вређањем супруге (изјавом да је „курва”) била закључена повреда части и супруга.⁴¹ Стога је интересантно видети у ком правцу ће у погледу овог питања ићи савремена српска пракса.

3. Обележја увреде

Понашања која се сматрају увредљивим могу бити врло различита и све их одликује непоштовање људског достојанства, исмевање, потцењивање, једном речју омаловажавање другог. За разлику од клевете, овде по правилу не постоји тврђење неке чињенице која би се могла доказивати, али то и не мора бити тако. У питању су различити омаловажавајући ставови, мишљења и закључци, дакле углавном негативни вредносни судови о другоме, који се или њему непосредно саопштавају као оштећеном, или се то чини преко трећих лица. *Омаловажавање* подразумева умањивање нечије „интелектуалне, карактерне, моралне, физичке и друге особине и вредности”,⁴² нпр. истицањем каквог његовог физичког недостатка или мане (нпр. обраћање лицу без косе са „ћелоња”,⁴³ гојазној

³⁷ Е. Hilgendorf, vor § 185, 35.

³⁸ Т. Fischer, vor § 185, 11а.

³⁹ Б. Краус, 304.

⁴⁰ Љ. Лазаревић, 593.

⁴¹ Вид. F. Riklin, vor Art. 173, 29.

⁴² Врховни касациони суд [у даљем тексту ВКС], Кзз 1068/15 од 15. 12. 2015, *IP*.

⁴³ ОкС у Београду, Кж 2633/04 од 21. 10.2 004, ЗСОКМ, Књига 6, Београд, 2005, 89.

особи са „мршавко”,⁴⁴ или оболелој од шећерне болести са „шећерушо”⁴⁵. Увредљиве *вредносне судове* одликује придавање неком објекту извесних карактеристика које га као човека оцрњују. Најчешће се ради о једноставним изразима непоштовања који нису поткрепљени неким чињеницама које би се могле доказивати (нпр. да је неко „ништарија” или „хуља”). По својој садржини то најпре може бити изражавање негативних квалитета о некоме, то јест *нећирање* нечије вредности (нпр. указивање да је „незналица и неписмењаковић”)⁴⁶. Осим тога, другоме се може пребацити да је учинио нешто *неморално* (да „пијанчи са својим запосленим рођацима у школи” и „користи разне опијате”)⁴⁷ или *незаконитио* (нпр. да је криминалац⁴⁸ односно „преварант”,⁴⁹ или да је између њега и његове сестре „постојао инцест”)⁵⁰. То може бити учињено и на један *ћосредан* начин, давањем нпр. другоме непристојне понуде да украде (чиме му се индиректно даје до знања да се сматра способним за тако нешто) или да за новац учини сексуалну услугу. Може се радити и о *ћоћцењивању* нечије моралне слике, често уз приписивање квалитета неке *живоћиње* (да је „ћукела”⁵¹ или да „ћрокће”)⁵² или (прљаве) *сћвари* (истицањем да је нпр. „ћубре” или „ћовно”). Другоме се може ускраћивати и елементарни квалитет људскости (нпр. указивањем да је „идиот” или „ћретен”). Увреда се може односити и на исказивање какве социјалне невредности, нарочито у сфери *ћозива* који други обавља (нпр. указивање адвокату да је „ћадриписар”). Ипак, ако би се социјална компонента части прешироко тумачила, то би довело до неприхватљивог проширивања кривичноправне заштите и у односу на обичну нељубазност и евентуално нижи праг повреде части неких конзервативних националних и верских заједница, што се данас ипак не сматра пожељним.⁵³

Иако се у случају врећања по правилу не указује на неке чињенице, нису искључена ни *чињенична ћиврћења* ако се други њима омаловажава („ти си убио човека, ја имам доказе да си то учинио”;⁵⁴ изјава да је приватна тужиља „воћа организоване криминалне групе и да има око 57 некретника које је стекла криминалним радњама”;⁵⁵ тврђење да је други сваки дан пијан)⁵⁶. По правилу се ради о спољним стањима и процесима, али у обзир долазе и унутрашњи садржаји ако су опазиви. Иако чињеницу може

⁴⁴ В. Ранђеловић, Ј. Спасић, 82.

⁴⁵ ОкС у Београду, Кж 1678/05 од 30. 6. 2005, ЗСОКМ, Књига 7, Београд, 2006, 91.

⁴⁶ ВКС, Кзз 1257/19 од 28. 11. 2019, *IP*.

⁴⁷ ВКС, Кзз 1067/21 од 28. 10. 2021, *PL*.

⁴⁸ ОкС у Београду, Кж 906/99 од 30. 4. 1999, ЗСОКМ, Књига 3, Београд, 2000, 99.

⁴⁹ ВКС, Кзз 23/19 од 30. 1. 2019, *PL*.

⁵⁰ ВС у Пожаревцу, 2Кж 25/15 од 22.1.2015, *Билћен ВС у Пожаревцу*, бр. 1/2015, *IM*.

⁵¹ ВКС, Кзз 384/17 од 11. 5. 2017, *IP*.

⁵² ОкС у Београду, Кж 130/05 од 10.2.2005, ЗСОКМ, Књига 6, Београд, 2005, 88.

⁵³ Е. Hilgendorf, vor § 185, 21.

⁵⁴ ВКС, Кзз 355/23 од 20. 4. 2023, *PL*.

⁵⁵ ВСС, Кзз 1119/20 од 6. 10. 2020, *IP*.

⁵⁶ ВС у Чачку, Кж 6/20 од 23. 1. 2020, *IP*.

представљати само нешто што постоји у садашњости или је постојало у прошлости, због чега је исказивање о нечем будућем редовно само *мишљење*, чињенична тврђења о будућем могу бити поткрепљена чињеницама у форми *ипронозе*.⁵⁷ Оно што се тврди може бити према објективном суду и делом тачно, ако је омаловажавајуће природе (непривлачној жени се у друштву говори да је ружна „као лопов“)⁵⁸.

Иако се чињенице односе на нешто што се догодило или што постоји у стварности, и што је као такво подложно доказивању, то овде не би био случај. Изјава омаловажавања може садржати и *неистинити* чињенична тврђења. „Увредљив карактер изјаве не зависи од њене истинитости”,⁵⁹ због чега се „истинитост или неистинитост навода код овог кривичног дела не утврђује и није од утицаја на чињенично стање”.⁶⁰ Раније је због разликовања са *клеветом*, која је морала бити сазната од *тврђења лица* (у присуству или одсуству оштећеног), увреда могла да се оствари само под условом да су неистините чињенице саопштаване оштећеном у *четири ока*. Како је клевета у међувремену декриминализована, ова разликовање више није релевантно, па би се као увреда квалификовала и омаловажавања лажним тврђењима у присуству трећих лица. У сваком случају, некажњивост клевете не искључује одговорност за вређање, ако буду остварена обележја оба типа понашања. То ствара извесне системске нелогичности јер се у заштити части и угледа, речима Ђирића, „више не мора доказивати истинитост и лаж неке изречене констатације”. Другим речима, ако „особа Х (у јавном дискурсу) каже за некога (за особу Y) да је он примио мито... суд се уопште не мора упуштати у расправу о томе да ли је то тачно, или није тачно, већ само у расправу о томе да ли је то увреда”.⁶¹ Штавише, и када се вређа под околностима који могу изузетно да искључе противправност дела (нпр. у одбрани неког права), учинилац не би могао да буде оправдан чак и ако докаже истинитост свог тврђења или да је имао основаног разлога да поверује у истинитост онога што је износио или проносио.

Увреда може да се састоји само у изношењу *власити* увредљивих ставова а не и у *ипроношењу* онога што су *групи* изјавили. Ако се увредљиви садржаји преносе путем штампе, увреда не би била искључена ако споран текст није стављен под знаке навода или уз напомену да се преноси изјава из других листова, независно од тога што је иста информација објављивана и другде.⁶² У пракси се поставило питање да ли увреду представља само саглашавање присутних са омаловажавајућим изјавама („у праву си”, „то је тачно”), где се већински заступа да саме те речи по себи нису увредљиве.

⁵⁷ Е. Hilgendorf, § 185, 4.

⁵⁸ Т. Живановић, 30.

⁵⁹ ВС у Новом Саду, Кж2 782/18 од 14. 12. 2018, PL.

⁶⁰ ВС у Београду, Кж1 350/21 од 28. 10. 2021, IP.

⁶¹ Ј. Ђирић, „Увреда”, у: *Суђење у разумном року и групи кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*. 55 редовно годишње саветовање Удружења, Београд 2015, 10.

⁶² ОкС у Београду, Кж 673/06 од 5.7.2006, ЗСОКМ, Књига 8, Београд 2008, 102.

У том смислу је и у југословенској пракси вербално солидарисање истим речима код кривичних дела против части и угледа (у конкретном случају повреде угледа државе) тумачено као некажњиво.⁶³ По правилу није довољно да се само преноси штогод увредљиво што потиче од трећих лица (дели [„шерује”] увредљиви садржај другима на интернету). Ако се, међутим, учинилац неким коментаром уз дељење туђег садржаја и идентификовао са објавом, увреда не би била искључена.⁶⁴ Према владајућем гледишту у литератури тзв. „лајковање” туђих постова на интернету не тумачи се као вређање,⁶⁵ уз објашњење да се тиме само одобрава туђа изјава. Иако значење симбола овде несумњиво упућује да се учесник на такав начин не само солидарисао са изјавом већ и сам изјавио да му се такав (увредљиви) садржај свиђа, односно да он исто или слично мисли, криминално-политички разлози ипак налажу да такви акти остану изван зоне кажњивог. Али, ако након „лајковања” буде остављан и какав увредљиви коментар („Ко је бре то лопов... да брине...”)⁶⁶, увреда може бити остварена.

Омаловажавање не сме остати интерно, већ мора бити на неки начин *испољено*. Утолико разликујемо вербалну, реалну и увреду симболима. Вербална увреда је најчешћа и представља омаловажавање *изговореним или писаним* (нпр. у *e-mail* преписци⁶⁷ или у смс-поруци)⁶⁸ изјавама (да је нпр. неко „покарен”⁶⁹ односно „лош” човек,⁷⁰ „јајара”, „лажов”, „курва”). Могући су и различити погрдни називи и *исовке*, нарочито уз помињање мајке и других чланова ударце отвореном шаком,⁷¹ па чак и песницом⁷² (под условом да не доведу до неке породице.⁷³ Није од значаја да ли је садржај саопштен непосредно или путем неког медија (нпр. потурањем неког компромитујућег огласа под именом жртве), као што може бити изјављен и на неком страном језику који оштећени разуме.⁷⁴ У сваком случају, поред језичког значења да би се закључио смисао изреченог неопходно је узети у обзир читав контекст (укључујући интонацију).⁷⁵ *Увреда симболима* (конклюдентним радњама) се своди на опште познате непристојне гестове (показивање средњег прста или лакта)⁷⁶, непристојне покрете тела (држање за

⁶³ Вид. ВСС, Кж1 1091/76, *Збирка судских одлука из области кривичног права 1973–1986*, Београд, 63.

⁶⁴ С. Д. Петрашиновић, „Фејсбук и увреда”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 480.

⁶⁵ *Ibid.*; J. Eisele, U. Schittenhelm, § 185, 1. Супротно W. Kargl, § 185, 40, који такав чин сматра видом помагања.

⁶⁶ ВКС, Кзз 327/20 од 3. 6. 2020, *IP*.

⁶⁷ ВКС, Кзз 398/23 од 27. 4. 2023, *PL*.

⁶⁸ ВС у Чачку, Кж 81/21 од 8. 4. 2021, *IP*.

⁶⁹ ОкС у Београду, Кж 885/94 од 21. 9. 1994, ЗСОКМ, Књига 2, Београд, 1998, 92.

⁷⁰ ВС у Чачку, Кж 23/16 од 8. 2. 2016, *IP*.

⁷¹ ВКС, Кзз 710/20 од 28. 10. 2020, *IP*.

⁷² ВКС, Кзз 687/18 од 5. 7. 2018, *PL*.

⁷³ В. Ранђеловић, Ј. Спасић, 83.

⁷⁴ Вид. ВС у Пожаревцу, Кж 273/14 од 27.5.2014, *PL*.

⁷⁵ ВСС, Кж1 1440/73, ЗСОКП, 60.

⁷⁶ ОкС у Београду, Кж 1123/01 од 24. 7. 2001, *IP*.

међуножје), неартикулисане звуке (подражавање животињских гласова), сликовне представе (нарочито карикатуре) итд. Реална увреда подразумева извесно деловање на тело другог лица (пљување,⁷⁷ повлачење за нос,⁷⁸ просипање прљаве воде из лавора,⁷⁹ чупање браде или за косу,⁸⁰ шамар⁸¹ и сличне повреде), штимање, повлачење за крагну,⁸² вучење за уво, измицање столице, под претпоставком да није остварено неко друго теже кривично дело. Ове ситуације се нешто строже вреднују него у случају вербалне увреде или увреде симболима.

У домаћој доктрини неки аутори негирају могућност (конклюдентног) вређања *нечињењем* нпр. неуказивањем поштовања непружањем руке.⁸³ Живановић је у праву када каже да изјава омаловажавања није исто што и очекивано неуказивање уважавања, мада признаје да некада и нечињење може имати такав карактер.⁸⁴ Стога већинско гледиште у литератури ипак и у таквим ситуацијама не искључују вређање ако се ради о грубом изражавању презира у друштву, праћеног демонстративним стављањем руке у џеп или окретањем леђа.⁸⁵ У странијој доктрини се као вређање нечињењем тумаче нпр. ситуације код којих учинилац не спречава да неку његову увредљиву изјаву (написану рецимо у дневнику) прочита треће лице. Због захтева да вређање нужно изражава омаловажавајући став *самој* учиниоца, евентуално неспречавање вређања у присуству гаранта од стране лица чије понашање надзире (нпр. његовог малолетног детета) према овом тумачењу може представљати само радњу помагања.⁸⁶

Увреда се мора односити на *одређено* или бар *одредиво* лице, које не мора бити *поименично* именовано, али се свакако мора знати на кога се односи.⁸⁷ У сваком случају, учинилац не мора познавати жртву.

Увреда мора бити *сазнајна*, и то од *било* кога, не нужно адресата којем је омаловажавајући садржај био намењен. То је тренутак када се увреда чује, опази или прочита. Дакле, увредљиво писмо које се неуручено враћа пошљаоцу не представља увреду. Али, ако писмо адресирано на другога отвори и прочита треће лице којем није било намењено, или се садржај писмена диктира секретарици, дело је ипак довршено јер је писмено ипак било написано (односно прочитано) како би његов садржај други сазнао. Обрнуто, ако се написано писмо не пошаље, али га неко нађе на столу и прочита,

⁷⁷ ОкС у Београду, Кж 2399/99 од 21. 12. 1999, ЗСОКМ, Књига 3, Београд, 2000, 100.

⁷⁸ ВКС, Кзз 1020/15 од 2. 12. 2015, РЛ.

⁷⁹ ОкС у Београду, Кж 374/00 од 31. 5. 2000, ЗСОКМ, Књига 4, Београд 2002, 113.

⁸⁰ ОкС у Београду, Кж 456/03 од 27. 2. 2003, ЗСОКМ, Књига 5, Београд 2004, 92.

⁸¹ ВС у Пожаревцу, Кж 350/14 од 24. 9. 2014, ИМ.

⁸² ОкС у Београду, Кж 877/94 од 26. 8. 1994, ЗСОКМ, Књига 2, Београд 1998, 91.

⁸³ Б. Краус, 304.

⁸⁴ Вид. Т. Живановић, 39.

⁸⁵ Ј. Таховић, 387; у предатној литератури вид. М. Чубински, *Научни и њушеви коментари Кривичног законика Краљевине Југославије од 27. јануара 1929. год.*, Београд 1930, 454.

⁸⁶ Р. Regge, С. Pegel, § 185, 36.

⁸⁷ Вид. нпр. ВС у Београду, Кж1 165/18 од 14. 3. 2018, ИР.

дело неће постојати јер умишљај подразумева да се хоће или пристаје на сазнавање од стране другог лица, што овде није био случај. Изјава која уопште и није била намењена другима (нпр. лична размишљања написана у дневнику, говорник говори сам са собом не знајући да га неко слуша) не представља вређање, чак и ако написано или изговорено буде прочитано или уопште сазнато противно вољи аутора.

Увредљивост се према домаћој и страниј доктрини и судској пракси одређује *нормативно*, на основу *објективної кријтеријума*,⁸⁸ „са аспекта обичајних, моралних и других норми у одређеној средини”⁸⁹ (према мерилу разумног посматрача), „што значи да није од значаја како је то схваћено од лица коме је увредљива изјава упућена”.⁹⁰ О објективној увредљивости изреченог говори свеукупност спољних и унутрашњих околности исказивања (социјални слој саговорника, ироничан, циничан или саркастичан тон, начин изражавања у одређеној поткултури, регионалне особености, степен образовања итд.). Иако се у пракси неки увредљиви изрази срећу чешће, исправније је поћи од претпоставке да ниједна изјава није генерално омаловажавајућа већ да увредљиви садржај увек коначно обликују управо пратеће околности конкретног чињеничног стања.⁹¹ Утолико изговарање непристојних речи и псовки не мора представљати вређање ако на такав закључак указује природа односа саговорника,⁹² као што и псовање у друштву и иначе по себи не представља вређање.⁹³ У једном примеру домаћи суд закључује да чак ни псовање мајке бившем супружнику у контексту његовог неплаћања доприноса за издржавање заједничке малолетне кћерке нема омаловажавајући карактер већ функцију „узречице”.⁹⁴

Будући да се став друштва о увредљивости неке изјаве може мењати, релевантно је *време њредузимања радње*. Како се, примера ради, због промене друштвене климе на социјалном плану хомосексуалци у Немачкој више не сматрају мање вредним члановима заједнице, означавање другог као „педера” више се начелно не осећа као деградирање и омаловажавање.⁹⁵ Разуме се, овде је према околностима могућ и другачији закључак. Ако је конкретна изјава *вишезначна*, суд неће закључити да је учињена увреда ако не може са извесношћу искључити по окривљеног повољнија значења употребљених израза (нпр. саопштавање пријатељу да је „луд”)⁹⁶.

Објективизирањем критеријума се из криминалне зоне желе искључити ситуације *преосејљивосћи* жртве, коју повређују изјаве које нису

⁸⁸ Тако већ Т. Живановић, 34.

⁸⁹ ВС у Новом Саду, Кж2 782/18 од 14. 12. 2018, *PL*.

⁹⁰ ВС у Београду, Кж1 176/18 од 5. 4. 2018, *PL*.

⁹¹ Т. Живановић, 29; W. Kargl, § 185, 6.

⁹² Ј. Таховић, 387.

⁹³ Т. Живановић, 31.

⁹⁴ ВС у Краљеву, Кж1 157/18 од 22. 8. 2018, *PL*.

⁹⁵ М. Heger, § 185, 4а.

⁹⁶ Вид. ВС у Ваљеву, Кж1 209/21 од 20. 1. 2022, *PL*.

вредносно омаловажавајуће. Тако је у једном примеру основано негирано вређање иако се приватна тужитељка осећала понижено јер је због „зујања” уређаја била заустављена на излазу из продајног објекта.⁹⁷ По правилу је *вредносно неутрално* означавање другог по националној, расној, верској или другој карактеристици (као „православца”, „црнца”, „Србина” или „странца”),⁹⁸ независно од тога да ли се таква изјава од стране погођеног осећа као увреда. Тако у једној пресуди Апелационог суда у Крагујевцу обраћање окривљеног тужитељки са „муслиманко, Шиптарко” није оцењено као увредљиво, иако је „за противтужиљу имало очигледно увредљив карактер, а што неспорно произлази и из садржине њене жалбе, где наводи да је вређана на националној основи. Међутим, са становишта општег схватања, речи ‘муслиман’ и ‘Шиптар’ представљају припаднике националне мањине који живе на територији наше и других држава”.⁹⁹ Слично је аргументовано и у другој ситуацији где је окривљена тужиоцу рекла да је „гори од Шиптара”.¹⁰⁰ Појам „Циганин”, такође, може имати различите конотације, које не морају увек имати увредљив карактер,¹⁰¹ па је у једном примеру из домаће праксе суд искључио вређање у изјави да је приватна тужиља „ишла са Циганима”.¹⁰² Штавише, обраћање другоме изразима који по себи не означавају нешто негативно не представљају увреду (већ само њен *некажњиви* покушај) чак и ако онај ко то изговара иде за тим да другог омаловажи. Обрнуто, постојаће увреда и када оштећени изјаву не схвати као омаловажајућу ако она то објективно јесте, а што буде сазнато од трећег. Правни значај овог разликовања није међутим превелики, јер се за дело гони по приватној тужби, која ће свакако изостати ако се оштећени не осећа увређено. Разуме се, и у наведеним примерима контекст може указивати на увредљиви садржај, ако пратеће околности изјаве, гестови и сл. дају погрдно конотацију. То је нарочито случај ако се омаловажавање појачава употребом *џридева* („прљави Циганине”) или у *џејорайшиву* („црнчуго”).¹⁰³

Треба имати на уму да излагање порузи лица или групе по основу неког *личној својства* (укључујући и расну, верску, етничку и другу припадност), под условом да буде учињено јавно, остварује дело повреде угледа због расне, верске, националне или друге припадности (члан 174. КЗ), а не обичну увреду. За такву (тежу) квалификацију редовно не би било довољно само погрдно обраћање којим се наглашава припадност заштићеном колективитету. Осим тога, вређање често порађа *мржњу*, због чега није јасно разграничити када увреда постаје говор мржње.¹⁰⁴ Због значајно више

⁹⁷ ОкС у Чачку, Кж 39/09 од 21. 1. 2009, *IP*.

⁹⁸ Т. Fischer, § 185, 8b.

⁹⁹ АСК, Кж1 5208/10 од 9.11.2010 (вид. <http://www.kg.ap.sud.rs/krivicno-delo-uvreda-cl.-170-kz.html>)

¹⁰⁰ ОкС у Београду, Кж 3533/06 од 30. 1. 2007, ЗСОКМ, Књига 8, Београд, 2008, 101.

¹⁰¹ Тако изричито Р. Regge, С. Pegel, § 185, 12.

¹⁰² ВС у Ваљеву, Кж1 141/21 од 12. 11. 2021, *PL*.

¹⁰³ В. Ранђеловић, Ј. Спасић, 82.

¹⁰⁴ Ј. Ђирић, *Књија о мржњи*, Службени гласник, Београд 2020, 95.

прописане казне (од шест месеци до пет година затвора) као изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости (члан 317. КЗ) заслужују да буду вредновани само драстичнији облици вређања, праћени и другим отежавајућим околностима. Ускраћивање другоме да по основу неког личног својства приступи у одређени *јросѿор* (нпр. натпис којим се забрањује улаз муслиманима), независно од извесног иманентног увредљивог садржаја, остварује обележја повреде равноправности (члан 128. КЗ) односно расне и друге дискриминације (члан 387. КЗ).

Шаљиви коментари, зафркавање и подсмевање другоме неће представљати увреду ако се не прелази граница друштвено прихватљивог. Слично би по правилу могло да се закључи и за неке младалачке несташлуке (нпр. мешање ципела верника у претпростору џамије). То важи и за форме шаљивог уметничког изражавања (нпр. тзв. *сѿендај* комедије), где се признаје висок степен слободе у изражавању. Супротно је ако се тиме оштећени излаже спрдњи и руглу, нарочито ако је из околности јасно да другога такве изјаве и поступци погађају, независно од тога да ли је учинилац имао намеру да се „мало нашали”.¹⁰⁵ *Клейва* у виду изражавања жеље да се неком догоди неко зло начелно не представља увреду,¹⁰⁶ али то није исто што и псовање Бога (свештенику или уопште религиозном појединцу), које се у домаћој јудикатури несумњиво сматра вређањем.¹⁰⁷

Карикаѿурално, сатѿирично, колажно и друго слично приказивање лица се према Закону о јавном информисању и медијима (члан 79, став 4) „не сматра повредом достојанства”, што се може тумачити као нарочито прописан *основ искључења кривичне ѿроѿивѿравносѿи*. Међутим, иако је пренаглашавање људских слабости својствено овим формама,¹⁰⁸ треба имати у виду да искључење повреде достојанства према претежном кривичноправном погледу заслужују само они садржаји код којих такво карикирање не подразумева драстично унижавање достојанства,¹⁰⁹ док домаћа одредба противправност искључује паушално, без икаквих даљих претпоставки. Штавише, имајући у виду да исти пропис у истом члану за друге ситуације повреде части, угледа или пијетета изрочито успоставља критеријум претежности интереса (вид. члан 79, став 3), јасно је да се у случају форми сатире и карикатуре оправдање сматра *безусловним*, што свакако није оправдано. То је, осим тога, у колизији са кривичноправним тумачењем потенцијалног конфликта *уметничкоѿ* изражавања, о којем се у овим формама такође ради, са повређивањем части и угледа, будући да се сматра опште прихваћеним да слобода уметничког изражавања *не важи неоѿраничено*.¹¹⁰ Уосталом, домаћи

¹⁰⁵ Вид. ВС у Пожаревцу, ЗКЖ 273/14 од 25.7.2014, *Билѿен ВС у Пожаревцу*, бр. 1/2015, *ИМ*.

¹⁰⁶ ВКС, Кзз 39/11 од 25. 5. 2011, *ИР*.

¹⁰⁷ ВСС, Кзз 34/78, *ЗСОКП*, 61.

¹⁰⁸ Вид. И. Марковић, „Кривичноправни значај сатире”, у: *Казнена реакција у Србији. VII geo*, Београд, 2017, 252.

¹⁰⁹ Т. Fischer, § 185, 8а.

¹¹⁰ Р. Regge, С. Pegel, § 185, 23.

кривични законодавац у погледу критичког исказивања у форми уметничкога дела предвиђа друге претпоставке искључења противправности које, иако не подразумевају испитивање претежности уплетених интереса, ипак постављају важне предуслове евентуалног оправдања (вид. члан 170, став 4. КЗ). Иако се у упоредној кривичној доктрини сматра примереним упоређивање да ли *језиро* оног што се карикатурално и сатирично исказује већ представља нешто (истина, у *вишем степену*) објективно увредљиво (када би ипак постојало вређање), или је само „обланда” којом се тај садржај „покрива” по себи подсмешљива (у ком случају деликта не би било),¹¹¹ такав одмерени приступ не може имати никакав практичан значај тамо где суду на располагању стоји безусловно искључење противправности, какав је случај у нашем праву према ЗЈИМ.

Овим делом се не штити *нељубазности* (саопштавање нпр. другом повишеним тоном да изађе из просторије)¹¹², упорно досађивање или нетактичност. Вређање према већинском гледишту није ни *нейрисивојности* у опхођењу, исказивање непоштовања према форми (нпр. обраћање другоме са „ти” уместо са „Ви”, или необраћање са „господине”).¹¹³ Вређање не представља порицање другоме извесних (нпр. научних или политичких) особина, предности или друштвених заслуга које је овај остварио или које сматра да поседује (нпр. намерно омашивање у погледу војног чина). Иако се у упоредној литератури указује да увреду начелно не представља ни порицање нечије несрећне судбине, нпр. избегличког статуса или стања болести, страна пракса ту различито поступа, па су нпр. немачки судови кажњавали као вређање негирање да су у Аушвицу страдали милиони Јевреја, иако таквим тврђењем Јеврејима нису биле приписиване неке негативне особине.¹¹⁴

Сваки негативно обојено мишљење које се може изнети (нпр. изјава једног родитеља за другог у центру за социјални рад да његов психички статус и религијска убеђења негативно утичу на психички развој детета)¹¹⁵ још увек не представља увреду. „У супротном, међуљудски односи били би оптерећени сталним санкционисањем било каквог па и најбезначајнијег негативног става, а поступци пред судом где постоје супротстављене стране били би непресушни извор бесконачног броја приватних тужби због кривичног дела увреде”.¹¹⁶ Налаз и мишљење лекара (нпр. психијатра) о личности онога кога вештачи (нпр. да је пацијент „социјално дистанциран” и да настоји да „доказује ‘истину’ судским путем”)¹¹⁷ јесте суд који се износи у оквиру специјалности и предмета вештачења, због чега по правилу такође не представља вређање. У домаћој јудикатури применом објективног

¹¹¹ W. Kargl, § 185, 20.

¹¹² ВС у Чачку, Кж 84/17 од 31. 3. 2017, PL.

¹¹³ P. Regge, C. Pegel, § 185, 12; супротно W. Kargl, § 185, 19.

¹¹⁴ P. Regge, C. Pegel, § 185, 13.

¹¹⁵ ОкС у Београду, Кж 153/04 од 21. 1. 2004, ЗСОКМ, Књига 6, Београд, 2005, 90.

¹¹⁶ ОкС у Београду, Кж 3530/06 од 27. 12. 2006, IP.

¹¹⁷ ВС у Београду, Кж2 427/18 од 8. 5. 2018, *Билтен Вишег суда у Београду*, бр. 89/2018, IM.

критеријума није закључено вређање ни у изјави окривљеног за приватне тужиоце да се „понашају као лудаци јер се три пута месечно суде са неким”,¹¹⁸ нити у изјави да тужилац „свако мало тужака школу за тешке прекршаје инспекцијама” и да је „дежурни душебрижник”.¹¹⁹

Није спорно да то што неко другоме казује о трећем нешто увредљиво у *поверењу* начелно није од утицаја на постојање дела.¹²⁰ Ипак, у немачкој литератури неподељено је гледиште да *узак њородични круї* (у који улазе пре свих супружници и деца) али и други односи највишег поверења (нпр. између љубавника, ванбрачних партнера или најбољих пријатеља) заслужују да представљају својеврсну *инишерну сферу* у којој се може слободно исказивати о *шрећима*, без страха од прогона за кривично дело увреде. Уосталом, члан 8. Европске конвенције о људским правима утврђује право на поштовање приватног и породичног живота, што се нпр. у аустријској доктрини тумачи као јамчење „интимне сфере слободне од увреда”, то јест као право да се у најужој породици слободно изражава мишљење.¹²¹ Објашњења су различита, али је свима заједничко то што у међусобним разговорима између блиских лица не треба мерити сваку реч, док год је такав однос очуван. Док неки аутори до таквог закључка долазе примењујући члан 193. *dStGB*,¹²² који осим изричито набројаних основа оправдања садржи и *јенералну клаузулу* (којом се искључује противправност и „сличних случајева”), други негирају да се овде уопште ради о исказивању.¹²³ У српској литератури се против такве зоне некажњивости изјашњавао Живановић, сматрајући да нема гаранција да члан породице увредљиву изјаву о трећем неће ширити даље.¹²⁴ Премда је и у српском праву могуће искључење противправности учињеног омаловажавања по већем броју основа, одредба члана 170, став 4. КЗ не омогућава да се под њу подведу и ситуације из породичног миљеа. Ако би се извесно сужавање криминалне зоне ипак сматрало примереним, као могућност преостаје или да се због евентуалне социјалне адекватности таквих породичних разговора закључи дело малог значаја,¹²⁵ или примена *штелеолошке редуције*¹²⁶ (циљног искључења примене законског описа у односу на лица из најужег породичног круга).¹²⁷ Иако се у немачкој јудикатури таква сфера слободног изражавања *проширује* и на неке друге односе (нпр. између затвореника или у односу на психотерапеута којем се исповеда емоционално стање), мерило због недовољне уобличености још увек не заслужује прихватање.

¹¹⁸ ВС у Ваљеу, Кж1 161/20 од 27. 1. 2021, *PL*.

¹¹⁹ АСБ, Кж2 771/13 од 28. 2. 2013, *PL*.

¹²⁰ Т. Живановић, 38.

¹²¹ М. Rami, vor §§ 111–117, 3.

¹²² Е. Hilgendorf, § 185, 14.

¹²³ Н. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, 1969¹¹, 308.

¹²⁴ Т. Живановић, 37.

¹²⁵ Вид. И. Вуковић, *Кривично право Оишїи гео*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022², 190.

¹²⁶ Вид. *ibid.*, 23.

¹²⁷ М. Heger, § 185, 9.

Премда се упућивање увреде и њено сазнавање често поклапају, за *довршење* дела релевантан је моменат сазнавања увреде, и то било од адресата било од трећег лица. Иако су у погледу овог питања гледишта супротстављена, исказ мора бити схваћен као омаловажавајући, због чега ако други не разуме *увредљиви садржај* (странац, дете) дело није довршено док год смисао не спозна и присутно треће лице.¹²⁸ Ако је увреда *најиспана* дело није довршено писањем или слањем, већ *чишћањем* изјаве. *Место* кривичног дела је према судској пракси и место радње и место где је вређање сазнато (нпр. где је прочитано писмо са увредљивим садржајем)¹²⁹. Ово схватање је ваљано, јер је реч о последичном делу, чији *фокусај*, међутим, није кажњив.

Дело се чини само са *умишљајем*. Довољно је да се објективно ради о вређању другог, али учинилац мора имати свест да изјава има омаловажавајући карактер.¹³⁰ Судови су у пракси закључивали да недостаје умишљај у случају звиждања за девојком (уз аргумент да „изражавање симпатија” није вређање),¹³¹ или у примеру саопштавања другоме у кафани „да му среди стрину да се с њом воли”.¹³² Пасивни субјект не мора бити конкретизован у представи учиниоца, те се евентуална заблуда о личности (увреда је упућена погрешном адресату) сматра ирелевантном.¹³³

Иако има и другачијих мишљења,¹³⁴ према већинском схватању у литератури *намера омаловажавања (animus iniuriandi)* не представља субјективно обележје деликта, због чега је довољан и евентуални умишљај. Овај већински став је несумњиво прихваћен у новијој судској пракси.¹³⁵ Због тога се у актуелним одлукама често наглашава да намера омаловажавања не мора бити обухваћена изреком пресуде, осим у случајевима из става 4.¹³⁶ Ипак, имајући у виду широко постављене основе оправдања из тог става, окривљени редовно у поступку може тврдити да је штитио какав оправдани интерес, због чега утврђивање постојања или непостојања намере омаловажавања пре представља правило него изузетак.

Извршилаштво претпоставља *власитиштво* омаловажавања другог, због чега нпр. спикери радио или телевизијских емисија или глумци не одговарају за увреду зато што се од саопштеног нису дистанцирали, већ тек када се са изнетим на неки начин идентификују.¹³⁷ Саизвршилаштво под наведеним условом није искључено (нпр. заједничко ношење неког увредљивог

¹²⁸ Б. Краус, 303; Р. Регге, С. Регге, Vor. zu § 185, 43.

¹²⁹ ОкС у Ваљеву, Кж 73/03 од 14. 2. 2003, *IP*.

¹³⁰ ВС у Ваљеву, Кж1 161/20 од 27. 1. 2021, *PL*.

¹³¹ ОкС у Ваљеву, Кж 377/05 од 8. 8. 2005, *PL*.

¹³² ОкС у Ваљеву, Кж 377/05 од 8. 8. 2005, *IP*.

¹³³ Р. Регге, С. Регге, § 185, 41.

¹³⁴ З. Стојановић, 572.

¹³⁵ Вид. нпр. ВКС, Кзз 722/20 од 20.10.2020, *PL*; ВКС, Кзз 576/19 од 6.6.2019, *IP*.

¹³⁶ ВКС, Кзз 1061/20 од 7. 10. 2020, *PL*.

¹³⁷ J. Eisele, U. Schittenhelm, § 185, 17.

транспарента), док је *саучесништво* могуће према општим правилима, иако ретко у пракси.

Једном радњом може се увредити *више лица*, када ће постојати прави стицај јер је реч о *личном добру* (нпр. истом приликом су у расправи око паркирања три жене назване „дрољама”, уз псовање мајке)¹³⁸. Како закон користи тренутни глаголски облик, више увреда упућених истом лицу у различитим приликама представљало би више кривичних дела, али је реалнија у пракси врло заступљена конструкција *јродуженој* кривичног дела (нпр. у временском периоду од два дана¹³⁹ или два месеца¹⁴⁰). Ако је у истој прилици коришћено више увредљивих израза, по правилу ће се радити о једном делу увреде. Ако је увредом обухваћено више припадника исте групе по неком *личном својству*, неће постојати стицај већ повреда угледа због расне, верске, националне или друге припадности (члан 174. КЗ), под условом да је вређано јавно. Ако то није случај, замислива је увреда и ако погрдно означавање обухвата извештан колективитет (нпр. одређену адвокатску канцеларију) по раније изложеним претпоставкама.

4. Квалификовани облик

Ако је увреда учињена путем *штампане, радија, телевизије* или сличних средстава или на јавном скупу, учинилац ће се казнити новчаном казном од 80 до 240 дневних износа или новчаном казном од 150.000 до 450.000 динара (члан 170, став 2. КЗ). Према Закону о јавном информисању ранији појам јавног гласила замењен је појмом медија, као средства јавног обавештавања које речима, сликом, односно звуком преноси уреднички обликоване информације, идеје и мишљења и друге садржаје намењене јавној дистрибуцији и неодређеном броју корисника. Ту спадају: дневне и периодичне новине, сервис новинске агенције, радио-програм и телевизијски програм укључујући и њихова електронска издања, као и самостална електронска издања (интернет странице и портали, али не и друштвене мреже). Врховни суд сматра да није искључено да се и неким материјалом који према Закону о јавном информисању не представља јавно гласило (у конкретном случају билтенем синдиката фирме) може извршити јавно вређање, под условом да је такав материјал био „намењен јавности”. За тежи облик није довољно да једно лице нејавно увреди друго, а да то казније медији пренесу.¹⁴¹ Код овог тежег облика могу доћи у обзир и посебна правила о одговорности за дела учињена путем штампе и других средстава јавног информисања (чл. 39–41. КЗ).

¹³⁸ АСК, Кж 2230/10 од 17. 3. 2010, *IP*.

¹³⁹ ОкС у Београду, Кж 366/02 од 15.3.2002, *ЗСОКМ*, Књига 4, Београд, 2002, 115–116.

¹⁴⁰ ВКС, Кзз 453/19(1) од 14. 5. 2019, *PL*.

¹⁴¹ Вид. ОкС у Београду, Кж 2936/86, *ЗСОКП*, 60.

Иако се формално не ради о медијима, у судској пракси се под „слична средства” подводе и *друштвене мреже* (нпр. Фејсбук)¹⁴². Тако је у једном примеру Врховни суд закључио постојање тежег облика у погледу објаве увредљиве садржине коју је потенцијално могло видети 300 пратилаца.¹⁴³ Писани увредљиви садржаји на интернету и иначе носе појачано унижавајуће дејство, с обзиром на могућност да буду прочитани велики број пута у неограниченом виртуелном простору, техничке потешкоће да се избришу и потенцијал трајне видљивости записа. Ипак, питање је да ли би у сваком случају вређања преко друштвених мрежа требало *a priori* закључити да је у питању овај тежи облик (нпр. у погледу објављивања пријатељима), или би, како се то у литератури с правом примећује,¹⁴⁴ то требало ограничити само на оне објаве код којих је корисник оптирао да буду *јавно доступне*.

С обзиром на значај интернета у савременом друштву и чињеницу да саговорници на разним форумима по правилу користе директнији и провокативнији језик, *њра њовреде часњи* у том случају мора бити унеколико *њодијнуњ*.¹⁴⁵ Ослобођеност социјалних стега и грубост у комуникацији нарочито су изражени у младалачком жаргону, као и ако су учесници у дискусији сакривени иза псеудонима односно *анонимни*. Овде је још важнији него иначе уобичајени начин комуникације у циљној групи, старост саговорника и укупан контекст. С друге стране, у литератури се оправдано истиче да нарочито млади често нису свесни свих потенцијалних последица могућег даљег дељења објављивања од стране других лица, што због губитка контроле донекле умањује невређеност вређања на друштвеним мрежама.¹⁴⁶

Јавни скуњ је скуп индивидуално неодређеног броја лица која су се окупила у циљу остваривања неких заједничких интереса. То могу бити демонстрације, спортске приредбе, митинзи, итд., независно од тога да ли окупљање подлеже некој формалној пријави и да ли се организује у складу са законом. Према традиционалном погледу,¹⁴⁷ скуп није јаван ако се на њега позивају само *њоименично одређена лица* (нпр. седница скупштине општине,¹⁴⁸ скупштине акционара¹⁴⁹ или скупштине станара зграде)¹⁵⁰. Међутим, у новијој јудикатури су под овај облик подвођене и увреде на седници скупштине стамбене заједнице,¹⁵¹ што се може критиковати. У литератури се тумачи да би разлог за ову промену могла представљати измена законске дефиниције која јавно окупљање у смислу Закона о јавном окупљању везује

¹⁴² ВКС, Кзз 20/21 од 27. 1. 2021, *PL*; ВКС, Кзз 1058/16 од 20. 9. 2016, *PL*.

¹⁴³ ВС у Чачку, Кж 166/21 од 14. 9. 2021, *IM*.

¹⁴⁴ Петрашиновић, 479.

¹⁴⁵ P. Regge, C. Pegel, § 185, 12.

¹⁴⁶ W. Kargl, § 185, 37.

¹⁴⁷ Б. Краус, 295.

¹⁴⁸ ОкС у Београду, Кж 1714/06 од 8. 9. 2006, ЗСОКМ, Књига 8, Београд 2008, 102.

¹⁴⁹ ОкС у Београду, Кж 1620/04 од 17. 6. 2004, ЗСОКМ, Књига 6, Београд 2005, 90.

¹⁵⁰ ОкС у Београду, Кж 1927/00 од 6. 11. 2000, ЗСОКМ, Књига 4, Београд 2002, 117.

¹⁵¹ ВКС, Кзз 355/23 од 20. 4. 2023, *PL*.

за скуп више од 20 лица,¹⁵² независно од њихове одређености или неодређености,¹⁵³ што свеједно није морало да утиче на тумачење овог облика, будући да одредница јавног окупљања из ЗЈО (вид. члан 3) везује само у смислу тог закона. Изјава, притом, мора бити упућена *целом* скупу. Није довољно да само неко у маси (нпр. на организованом весељу) узвикне нешто што чују само они у непосредној близини.¹⁵⁴ Такође, није довољно ни да се група људи само фактички окупила на неком месту (нпр. кафани).

У погледу генералне клаузуле (увреде учињена путем „сличних средстава“) сличност претпоставља да средства морају бити према домашају упоредива са јавним гласилима. Тако је у једном примеру закључен овај облик и у лепљењу налепница са увредљивим садржајем у згради где тужиља станује, на стубовима око зграде, у згради где ради и на оближњој аутобуској станици.¹⁵⁵

5. Основи оправдања

Некада је *друштвено оправдано* да се укаже на извесне штетне појаве, макар и по цену повреде части неког лица. Неће се казнити за увреду учинилац, ако је излагање дато у оквиру озбиљне критике у научном, књижевном или уметничком делу, у вршењу службене дужности (нпр. на захтев директора буде написано мишљење у којем се за приватног тужиоца наведе да је алкохоличар који одбија да се лечи и да та тешка болест има негативан утицај на његово понашање на радном месту)¹⁵⁶, новинарског позива, политичке делатности, у одбрани неког права или заштити оправданих интереса, ако се из начина изражавања или из других околности види да то није учинио у намери омаловажавања (члан 170, став 4. КЗ). Пошто детаљније разматрање ових ситуација превазилази размере овог рада, овде ћемо само указати на неке основне правце тумачења у домаћој судској пракси. С обзиром на употребљену формулацију („неће се казнити“, вид. члан 112, став 29. КЗ), реч је о нарочитим *основима искључења прошивљивости*.¹⁵⁷ Иако се у домаћој литератури тумачи да они претпостављају да су право или интерес у питању *ирејтежнији* од повреде части и достојанства,¹⁵⁸ такво објективно процењивање се овде не захтева. Довољно је да учинилац вређа *унушар* неке од дефинисаних позиција, уз услов да није имао намеру да омаловажи.

¹⁵² Службени гласник РС, бр. 6/16, у даљем тексту ЗЈО.

¹⁵³ D. Kostić, „Exclusion of Illegality of Offensive Speech Given in Defence of a Right or Protection of Justified Interests”, *Facta Universitatis* 2/2020, р. 96. Само се у погледу места окупљања (члан 4. ЗЈО) захтева да то буде простор „доступан индивидуално неодређеном броју лица“.

¹⁵⁴ Вид. ОкС у Ваљеву, Кж 146/03 од 26. 3. 2003, *IP*.

¹⁵⁵ ОкС у Београду, Кж 1322/03 од 9. 5. 2003, *ЗСОКМ*, Књига 5, Београд 2004, 93.

¹⁵⁶ ОкС у Београду, Кж 1828/01 од 2. 12. 2001, *ЗСОКМ*, Књига 4, Београд 2002, 117–118.

¹⁵⁷ Тако нпр. изричито ОкС у Ваљеву, Кж 22/03 од 3. 2. 2003, *PL*.

¹⁵⁸ Љ. Лазаревић, 597.

Иако је теоријски замисливо да се вређање у одбрани некој права ве-зује и за ситуације акутних напада на добра, у односу на које се у смислу својеврсне нужне одбране учинилац брани вређањем, овде нису обухваћене такве ситуације већ случајеви заштите права учесника у неком *посиуику*,¹⁵⁹ нпр. вређањем у поднеску¹⁶⁰ или током извршења,¹⁶¹ где се сматра оправда-ним да у циљу достизања истине учесници употребљавају и снажније изра-зе да би објаснили своје аргументе. Разуме се, и овде је претпоставка оправ-дања да оно што се исказује представља средство које је уопште примерено да се право заштити (нпр. навод за приватног тужиоца да „покварено у адвокатском стилу увијајући у обланду своју жалбу назива допуном жалбе-“,¹⁶² указивање у поднеску за приватног тужиоца да је „оно што ради и начин на који то ради ван сваког достојанства, части и морала, без бриге савести и са толиким цинизмом да је то за нормалног човека неприхватљиво“,¹⁶³ или обраћање пуномоћнику приватног тужиоца речима: „Каква глупа питања постављаш, иако си адвокат“)¹⁶⁴. Међутим, увреда неће бити оправдана ако се други грубо омаловажава и псује независно од одбране права, без обзира што је то учињено у току поступка. Краус с правом закључује да постоји на-мера вређања ако окривљени, побијајући веродостојност сведока, употреби изразе који се не ограничавају на функцију сведока, „већ се њима омалова-жава личност сведока уопште“.¹⁶⁵ Стога је у једном примеру у указивању у судници за другу страну да је „жена нимфоманка“ правилно закључено да се „очигледно ради о произвољном личном нападу који је усредсређен на приватни живот тужиље“.¹⁶⁶ Домаћи судови некада по овом основу оправ-давају и нешто грубље изјаве (нпр. сведока који је изјавио да је „чуо од једне мушке особе да је он од ње извукао 10.000 еура током трајања нашег брака, с обзиром да се она са њим кур...ла“)¹⁶⁷, што ипак подлеже вредновању суда, имајући у виду да сведоци не треба да буду приморани да прећуте извесне важне чињенице ако је то од значаја за разјашњење правне ствари. У другом примеру је суд, штавише, одбацио могућност да исказивање у својству *све-дока* уопште представља одбрану неког права,¹⁶⁸ што се не би могло прихва-тити, јер се на овај основ могу позвати правни заступници пред судовима, сведоци, вештаци и други учесници у поступку. Новчано кажњавање због вређања других учесника у поступку или суда (вид. нпр. члан 186. Закона о парничном поступку) представља кршење правила *процесне дисципли-не* које не искључује кривично гоњење за увреду у смислу начела *ne bis in*

¹⁵⁹ Б. Краус, 313.

¹⁶⁰ ВС у Чачку, Кж 61/20 од 11. 6. 2020, *ИМ*.

¹⁶¹ ОкС у Нишу, Кж 144/06 од 10. 2. 2006, *PL*.

¹⁶² ОкС у Београду, Кж 57/97 од 8. 4. 1997, *ЗСОКМ*, Књига 2, Београд 1998, 92.

¹⁶³ ОкС у Београду, Кж 980/01 од 19. 6. 2001, *ЗСОКМ*, Књига 4, Београд 2002, 116.

¹⁶⁴ ВС у Зајечару, 4Кж1 135/15 од 27. 7. 2015, *ИМ*.

¹⁶⁵ Б. Краус, 314.

¹⁶⁶ ВС у Чачку, Кж 41/21 од 25. 2. 2021, *IP*.

¹⁶⁷ ВКС, Кзз 625/22 од 23. 6. 2022, *PL*.

¹⁶⁸ ВКС, Кзз 1208/21 од 4. 11. 2021, *PL*.

idem.¹⁶⁹ Указивање на другога као могућег учиниоца кривичног дела („да је украо дрва“) у виду подношења кривичне пријаве свакако се врши у циљу одбране својих права.¹⁷⁰

Извесна недоследност у примени ових основа може се закључити и у погледу искључења противправности по основу *заштита ојравданих интјереса*. Тако је у једном примеру суд закључио искључење противправности по том основу иако је окривљени на форуму написао да је приватни тужилац „говно“ и „будала“, правдајући то тиме да је у својству незадовољног корисника „чињенице увредљиве садржине изнео само као своје негативно искуство и критику поступања приватног тужиоца који обавља делатност пружања механичарских услуга”.¹⁷¹ Уз такво објашњење могле би бити оправдане (такође наведене) изјаве да тужилац „нема везе с везом“, да је „дефектни квази-мајстор“, али је питање да ли би се то односило и на изречене квалификације. У неким одлукама се у ситуацијама вређања независно од конкретног разлога расправе („шта ти хоћеш буђино једна?“¹⁷² или „ђубрад једна, губите се, марш напоље из моје куће“ [у односу на службена лица,]¹⁷³) правилно закључује изостанак оправдања. Није спорно да заштита интереса подразумева знатно шири круг односа у односу на одбрану неког права (нпр. иступање председника у заштити интереса месне заједнице,¹⁷⁴ заштита интереса животиња,¹⁷⁵ или породичних и личних интереса [одгуривање друге жене уз постављање питања зашто се меша у њену породицу]¹⁷⁶). Није од значаја да ли су интереси имовински или неимовински, јавни или приватни, али се не би могли односити на нешто противправно или неморално. Док у погледу заштите јавних интереса не би било ограничења, у заступању приватних интереса поред властитих у обзир долазе и интереси других лица, али би то по природи ствари морала бити нека лица повезана са учиниоцем.

Иако *намера омаловажавања* не представља обележје дела, учинилац по овом основу може бити оправдан само под условом да вређање није било учињено у таквој намери, због чега је њено утврђивање ипак често у пракси. Изјава не сме имати *ћојрдну* природу. Нарочито уредници и новинари у вршењу свог позива и објављивању информација не смеју ширити непроверене неистините информације чију истинитост, с пажњом примереном околностима, нису претходно проверили (члан 9, став 1. ЗЈИМ).

Према Закону о јавном информисању и медијима (чл. 79), *објављивање информације* којом се врши повреда части, угледа или пијетета, односно

¹⁶⁹ И. Вуковић, 6.

¹⁷⁰ Вид. нпр. ОкС у Чачку, Кж 57/02 од 29. 8. 2002, *IP*.

¹⁷¹ ВКС, Кзз 498/22 од 18. 5. 2022, *PL*.

¹⁷² ВКС, Кзз 326/21 од 6. 4. 2021, *PL*.

¹⁷³ ОкС у Чачку, Кж 19/06 од 14. 2. 2006, *PL*.

¹⁷⁴ ОкС у Чачку, Кж 322/05 од 8. 7. 2005, *PL*.

¹⁷⁵ ВКС, Кзз 5012/19 од 22. 5. 2019, *IP*.

¹⁷⁶ ВС у Чачку, Кж 85/21 од 22. 4. 2021, *IP*.

лице приказује у лажном светлу, приписивањем особина или својстава које оно нема, односно одрицањем особина или својстава које има, *није доушћено* ако интерес за објављивањем информације не претеже над интересом заштите достојанства, а нарочито ако се тиме не доприноси јавној расправи о појави, догађају или личности на коју се информација односи. Нејасно да ли би се овај нарочити основ оправдања који покрива делатност *новинара* и других лица која имају улогу у процесу информисања, односио и на дело увреде, будући да се у централном делу говори искључиво и објављивању *неистинитих* чињеница (особина и својстава) о лицима, што се првенствено односи на (декриминализовану) клевету. С обзиром да члан 79. штити достојанство личности (част, углед и пијетет) у целости, језичко и логичко тумачење пре говоре у прилог закључку да се прилог „односно” овде примењује у функцији везника „или”, због чега би по овом основу, под претпоставком да је интерес за објављивањем информације *јрејешнији* од заштите достојанства, могла бити искључена и противправност вређања. Важно је приметити да се овде не поставља као услов да новинар односно друго лице нису поступали у намери омаловажавања већ је критеријум упоређивања интереса посве *објективан*. И овде би међутим важила општа правна мерила градирања претежности, па увреда свакако не би била оправдана ако је објављивање било мотивисано искључиво јурењем сензације или компромитацијом другог.¹⁷⁷

Треба приметити да је *Европски суд за људска љрава* у односу на Србију до сада у више случајева доносио пресуде у којима је констатована повреда права на слободу изражавања подносилаца представки осуђених за (клевету или) увреду, гарантована чл. 10. Европске конвенције о људским правима и основним слободама.¹⁷⁸ Кривично одељење Врховног суда Србије је 2008. године заузело правно схватање да су „границе прихватљиве критике шире када је реч о *јавним личностима* у односу на приватна лица. За разлику од обичних грађана који то својство немају, јавне личности су неизбежно и свесно изложене помном испитивању сваке своје речи и дела, како од новинара, тако и од јавности уопште, те стога морају испољити већи степен толеранције”.¹⁷⁹ Овај став – да су јавне личности дужне да трпе већи степен критике него обични грађани – изражен је у више одлука. Тако у једном примеру није закључено да је учињена увреда када је окривљена за тужиоца – јавну личност – истакла да о њој „у Србији говоре са презиром”.¹⁸⁰

На плану просторног важења српског кривичног законодавства треба приметити да увреда представља последично дело које се довршава њеним сазнавањем. Стога би у погледу вређања на *интернету* (нпр. путем

¹⁷⁷ W. Kargl, § 193, 37.

¹⁷⁸ Вид. нпр. одлуке у предметима Филиповић против Србије (представка бр. 27935/05, PL) и Бодрожић против Србије (представка бр. 32550/05, PL).

¹⁷⁹ Правно схватање КО ВСС, усвојено на седници од 25. 11. 2008, PL.

¹⁸⁰ ОкС у Београду, Кж 673/06 од 5. 7. 2006, ЗСОКМ, Књига 8, Београд 2008, 99. Вид. и ВС у Београду, Кж1 68/20 од 27. 5. 2020, IP.

друштвених мрежа) било могуће применити домаће право према територијалном принципу (месту последице) без обзира на то из ког дела света је увреда била упућена. У сличном правцу поступају и домаћи судови, па се у случајевима слања каквог увредљивог писмена путем неке друштвене мреже местом извршења сматрано како место где је писмено састављено, тако и место у које је било упућено.¹⁸¹

6. Реторзија увреде и друга питања

Ако је увређени увреду узвратио (тзв. *реторзија* увреде), суд може обе или једну страну казнити или ослободити од казне (члан 170, став 3. КЗ). Потребна је узрочна веза и изванвременски континуитет (непосредност повраћене увреде). Ако је реч о два потпуно одвојена догађаја, нпр. вређање у две различите прилике и дана – ова могућност не постоји. Ово овлашћење суда условљено је подношењем *приватне тужбе*, јер се неко без оптужбе не може огласити кривим. Наиме, ако је подигнута приватна тужба због дела увреде, Законик о кривичном поступку (члан 66) предвиђа да окривљени може до завршетка главног претреса (и после рока од три месеца од сазнања за дело и учиниоца) подићи противтужбу против тужиоца који му је увреду нанео истом приликом, у ком случају суд доноси једну одлуку.¹⁸²

Ако Кривични законик не дефинише увреду, то у својим интерпретативним одредбама чини Закон о јавном реду и миру (члан 3, став 8), према којем увреда подразумева вршење радњи „којима се омаловажава личност другог лица”. Ако је *вређањем* другог нарушен јавни ред и мир, постојаће *прекршај* за који се прекршилац кажњава новчаном казном од 20.000 до 100.000 динара или казном затвора од 10 до 30 дана (члан 9, став 1. ЗЈРМ). Тако је увреда као прекршајни деликт строже санкционисана од кривичног деликта, за који није прописана казна затвора. То је донекле оправдано, имајући у виду да се овде као обележје захтева и нарушавање јавног реда и мира, али начелно не одговара степеновању прекршаја као лакшег вида казног неправда. На плану саме радње, између прекршајног вређања и кривичне увреде није могуће извести неку квалитативну разлику.¹⁸³ Правноснажно окончање поступка за овај прекршај искључује могућност вођења кривичног поступка за кривично дело увреде.¹⁸⁴ Још строже (новчаном казном од 50.000 до 150.000 динара или затвором од 30 до 60 дана) је прекршајно санкционисано *вређање службеног лица у вршењу службене дужности* (члан 22. ЗЈРМ). Критеријум увредљивости је и у погледу прекршаја

¹⁸¹ ВКС, Кс 55/19 од 8. 10. 2019, *ИП*.

¹⁸² ВС у Ваљеву, Кж1 61/21 од 23. 6. 2021, *ИП*.

¹⁸³ Вид. нпр. Виши прекршајни суд у Београду, Одељење у Новом Саду, III-306, Прж 16839/13 од 13. 8. 2013, *ИП*.

¹⁸⁴ ВКС, Кзз 241/22 од 7. 4. 2022, *ИП*.

објективан, па у једном примеру није закључено вређање полицијских службеника у речима „ко сте ви, шта глумите”.¹⁸⁵

7. Закључне напомене

Увреда спада у класична кривична дела. И поред актуелних тенденција у правцу њене декриминализације на тлу Европе, водећа европска кривична законодавства се том процесу и даље одупиру. То не изненађује, будући да горди човек XXI века, иако високо цени слободу изражавања, високо вреднује и част као сегмент људског достојанства.¹⁸⁶ Баланс између ових добара није једноставно успоставити. Или, како је наш драги Јован Ђирић приметио: „Са једне стране, људи не смеју уништавати људске животе других тако што ће се говорити лажи о тим другима, али на другој страни људима се мора створити могућност, тј. прилика да говоре слободно без страха од оптужби за било какву повреду, за изражено, исказано неслагање, или било какву погрешку. Политичка и друштвена неслагања од кључног су значаја за успостављање једног слободног друштва”.¹⁸⁷

Igor VUKOVIĆ

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

ON INSULT – CURRENT TENDENCIES IN CRIMINAL LAW PROTECTION

Summary

The paper discusses the elements of the criminal offense of insult. After the decriminalization of defamation, criminal protection of honor and reputation in Serbian law is almost exclusively reduced to insult. Although it is a traditional delict that has been a part of our criminal legislation for a long time, it is still accompanied by certain unknowns in judicial practice. The author interprets the elements of this crime and current directions of development in contemporary doctrine and domestic jurisprudence.

Key words: *Insult. – Honor and reputation. – Exclusion of unlawfulness.*

¹⁸⁵ Прекршајни апелациони суд, Одељење у Новом Саду, III-111, Прж 23909/17 од 18. 12. 2017.

¹⁸⁶ У том смислу, члан 10, став 2. Европске конвенције о људским правима допушта да уживање ове слободе може бити подвргнуто и кажњавању у интересу „заштите угледа и права других”.

¹⁸⁷ Ј. Ђирић (2015), 7–8.

Литература

- Вишекруна, А. (2015), „Право правног лица на накнаду нематеријалне штете”, *Право и њивреда* 4–6.
- Вуковић, И. (2022²), *Кривично њраво Ојшћи гео*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Живановић, Т. (1927²), *О увреди и клевети*, Геца Кон, Београд.
- Краус, Б. (1986), у: *Коменћар кривичних закона СР Срдије, САП Косова и САП Војводине*, Савремена администрација (ур. Срзентић *et al.*), Београд.
- Лазаревић, Љ. (2011²), *Коменћар Кривичној законика*, Правни факултет Унион, Београд.
- Марковић, И. (2017), „Кривичноправни значај сатире”, у: *Казнена реакција у Срдији. VII гео*, Београд.
- Петрашиновић С. Д. (2020), „Фејсбук и увреда”, *Зборник радова Правној факултетној у Новом Саду*, 1.
- Ранђеловић, В., Спасић, Ј. (2022), „Кривично дело увреде: законска регулатива и језичка анализа увреде у судским пресудама”, *Комуникација и медији* 51.
- Стојановић, З. (2020¹⁰), *Коменћар Кривичној законика*, Службени гласник, Београд.
- Таховић, Ј. (1956), *Коменћар Кривичној законика*, Савремена администрација, Београд.
- Тирић, Ј. (2020), *Књија о мржњи*, Службени гласник, Београд.
- Тирић, Ј. (2015), „Увреда”, у: *Суђење у разумном року и друји кривичнојравни инструменти адекватности државне реакције на криминалишеј. 55 редовно јодише саветовање Удружења*, Београд.
- Чубински, М. (1930), *Научни и ѡрактични коменћар Кривичној законика Краљевине Јуославије од 27. јануара 1929. јод.*, Београд.
- Eisele, J., Schittenhelm, U. (2019³⁰), in: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (eds. Schönke, Schröder), C. H. Beck.
- Fischer, T. (2011⁵⁸), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C. H. Beck, München.
- Heger, M. (2023³⁰), in: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (eds. Lackner, Kühl, Heger), C. H. Beck.
- Hilgendorf, E. (2009¹²), in: *Leipziger Kommentar. StGB. Band 5*, De Gruyter.
- Kargl, W. (2023⁶), in: *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (eds. Kindhäuser *et al.*), Nomos.
- Kostić, D. (2020), „Exclusion of Illegality of Offensive Speech Given in Defence of a Right or Protection of Justified Interests”, *Facta Universitatis*, № 2.
- Rami, M. (2011), in: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (eds. Höpfel, Ratz), Wien.

- Regge, P., Pegel C. (2021⁴), in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4*, C. H. Beck.
- Riklin, F. (2007²), in: *Strafrecht II. Art. 111-392 StGB. Basler Kommentar* (eds. Niggli, Wiprächtiger), Basel.
- Welzel, H. (1969¹¹), *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlin.

MARGINALIJE O MRŽNJI U SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

„Da imam veliku moć, makar i na kratko,
učinio bih da nestanu mržnja i zlo,
da ljudi međusobno dele ljubav”.

Toše Proeski

Sažetak

Rad se bavi kompleksnim pitanjem krivičnog značaja mržnje. Naime, 2012. godine mržnja je prvi put, u vidu mržnje zasnovane na diskriminaciji, izdvojena iz okolnosti „pobude iz kojih je krivično delo učinjeno” i predviđeno je da ima značaj obavezne otežavajuće okolnosti. Shodno tome, u prvom delu rada u fokusu interesovanja su opšta pravila prema kojima mržnja svoje krivičnoopravno dejstvo ostvaruje na planu kažnjavanja: kao fakultativna otežavajuća okolnost (čl. 54 st. 1 KZ) i kao obavezna otežavajuća okolnost (čl. 54a KZ). Teorijsko razmatranje dopunjeno je kraćim izvodima iz ilustrativnih odluka domaćih sudova i Evropskog suda za ljudska prava. U ovom delu rada dato je i nekoliko predloga de lege ferenda. Budući da su u odredbi čl. 54a ključni pojmovi mržnja, kao vrsta negativne emocije i diskriminatorski stav, kao vrsta predrasude, krivičnoopravna analiza je sadržinski bogaćena odgovarajućim psihološkim znanjima. U drugom delu rada, pažnja je usmerena na zakonske opise krivičnih dela u kojima se mržnja neposredno javlja kao obeležje bića, to su sledeća krivična dela: izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (čl. 317 st. 1 KZ), nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu (čl. 344a st. 1 KZ) i rasna i druga diskriminacija (čl. 387 st. 3, 4 i 5 KZ). Umesto zaključka, apostrofirano je nekoliko značajnih pitanja koja su okupirala pažnju J. Čirića tokom sveobuhvatne i produbljene multidisciplinarnе teorijske obrade fenomena mržnje „uopšte” i govora mržnje, a sadržinski su povezana sa prethodno obrađenom problematikom.

Ključne reči: Redovno odmeravanje kazne. – Olakšavajuće i otežavajuće okolnosti. – Mržnja. – Diskriminatorski stav. – Zločin iz mržnje. – Krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti. – Krivično delo nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu. – Krivično delo rasna i druga diskriminacija.

* Prof. dr Nataša Delić, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, ndelic@ius.bg.ac.rs

** Prof. dr Dragana Kolarić, Kriminalističko-policijski univerzitet i sudija Ustavnog suda Republike Srbije, dragana.kolaric@kpu.edu.rs i dragana.kolaric@ustavni.sud.rs

1. Uvodne napomene

U srpskom krivičnom pravu mržnja ima polivalentan značaj. U opštem delu krivičnog prava mržnja u izvornom pojmovnom obliku egzistira jedino u odredbi čl. 54a Krivičnog zakonika (u daljem tekstu: KZ¹). U posebnom delu mržnja se, kao integralni deo određenog objektivnog obeležja bića, eksplicitno javlja kod tri krivična dela: izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (čl. 317 st. 1), nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu (čl. 344a st. 1) i rasna i druga diskriminacija (čl. 387). Svoje krivičnopravno dejstvo, u svim ostalim slučajevima, mržnja ostvaruje u okviru odgovarajućeg konteksta, tačnije rečeno, preko pojma pobude, odnosno pojma niske pobude i pojma jaka razdraženost.

U referentnoj psihološkoj literaturi se navodi da je mržnja vrsta osećanja (po svojoj trajnosti je sentiment) koje postoji prema nekom licu za koga se veruje da je zlo i da ugrožava određenu vrednost lica koje oseća mržnju. Da bi se neko smatrao zlim mora se verovati da taj koji se mrzi ispunjava tri uslova: da bitno ugrožava neku visoko rangiranu vrednost lica koje mrzi; da to čini bez odgovarajućeg povoda ili opravdanja i da to čini svesno i voljno. U suštini svaka mržnja predstavlja reakciju na stvarnu ili umišljenu prethodnu mržnju onoga ko se mrzi. To znači da onaj ko mrzi na neki način sebe doživljava kao žrtvu omrznutog i veruje da bi sve bilo dobro kada omrznuti ne bi postojao. Omrznutom se pripisuju vrhovne anti-vrednosti i on se u odnosu na sistem vrednosti onog koji mrzi postavlja kao njegova inverzija i negacija. Shodno tome, mržnja predstavlja manifestaciju vrednosnog sistema onoga ko mrzi i otuda onaj ko učini neko društveno neprihvatljivo ponašanje iz mržnje, ma kako ono drugima izgledalo surovo i nečovečno, ne samo da neće osećati krivicu i kajanje zbog svog postupka, već naprotiv može osećati ponos i zadovoljstvo. U određenim slučajevima, a to je uglavnom kada onaj ko mrzi dođe u perceptivni kontakt sa omrznutim, mržnja može prerasti u jak afekat mržnje, tj. gnev. Međutim, u većini slučajeva u pitanju su ponašanja/delatnosti/akcije koje se hladnokrvno i promišljeno planiraju. Svim ponašanjima kojima se objektivizira osećanje mržnje zajednička je destrukcija, odnosno nastojanje da se omrznuti na određeni način povredi, da mu se nanese šteta. Svrha destruktivnih akcija jeste da se omrznuti natera da pati, da ispašta. Stepem destrukcije može varirati, ali uglavnom krajnji cilj mržnje jeste da se omrznuti uništi (destruktivna akcija trećeg stepena). Ono što primarno odlikuje destruktivnost proisteklu iz mržnje jesu svirepost i brutalnost. Destruktivnost koja dolazi iz osećanja mržnje uobičajeno je osveta u očima onoga ko mrzi.²

¹ Službeni glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

² Z. Milivojević, *Emocije, Psihoterapija i razumevanje emocija*, Psihopolis institut, Novi Sad 2014, 435–444.

2. Mržnja u opštem delu krivičnog prava

U opštem delu krivičnog prava, na planu redovnog odmeravanja kazne mržnja je relevantna na dva načina: posredno – u okviru generalne klauzule pobude iz kojih je krivično delo učinjeno (čl. 54 st. 1) i neposredno – u vidu mržnje zasnovane na diskriminaciji (čl. 54a).

Opšte pravilo koje u krivičnom pravu važi za redovno odmeravanje kazne jeste da sud kaznu odmerava u propisanim granicama (sistem relativno određenih kazni), imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća - olakšavajuće i otežavajuće okolnosti (čl. 54 st. 1). Shodno tome, olakšavajuće i otežavajuće okolnosti predstavljaju najvažnije okolnosti koje sud treba da ima u vidu, ceneći pri tome pojedinačni značaj svake okolnosti, značaj koji određena okolnost ima u konstelaciji sa drugim okolnostima kao i sve okolnosti u njihovom interaktivnom totalitetu. Zakonodavac nije unapred, u smislu *numerus clausus*, definitivno odredio krug (katalog) relevantnih okolnosti, niti njihov značaj. Usvojen način regulisanja ima dve posledice. Prva posledica se sastoji u tome što je sud prilikom odmeravanja kazne dužan da osim okolnosti koje su navedene u zakonu u obzir uzme i sve druge okolnosti koje u konkretnom slučaju postoje, a koje se ne mogu podvesti pod neku od nabrojanih. Druga posledica se sastoji u tome što zbog svoje normativne ambivalentnosti, jedna ista okolnost, u zavisnosti od konkretnog slučaja, može biti olakšavajuća ili otežavajuća. Predviđene okolnosti su subjektivne ili objektivne.³

Jedna od subjektivnih okolnosti jesu „pobude iz kojih je krivično delo učinjeno”. Budući su pobude podložne etičkom vrednovanju, odnosno u svakom slučaju zahtevaju procenu koja neposredno ili posredno počiva na usvojenim društvenim shvatanjima i moralnim imperativima – moral je primarni svodni imenitelj - jasno je da po svojoj prirodi mogu biti pozitivne ili negativne i otuda, kao i druge relevantne okolnosti, mogu biti valorizovane kao olakšavajuće ili otežavajuće. Nesporno je da u datom kontekstu mržnja predstavlja nisku/negativnu pobudu i uvek ima značaj otežavajuće okolnosti (VSS Kž. I 1462/04). Otuda, ukoliko je neko (bilo koje) krivično delo učinjeno iz (bilo kakve) mržnje, prilikom odmeravanja kazne, primenom analitičko-sintetičkog metoda, sa naglaskom na pojedinačnom vrednovanju relevantnih okolnosti, data okolnost treba da ima značaj otežavajuće okolnosti tj. okolnosti koja može opravdati (argumentovati) odmeravanje kazne koje se kreće u pravcu maksimuma kazne propisane za određeno krivično delo.

Reformom krivičnog zakonodavstva iz 2012. godine krug okolnosti koje sud mora da ceni prilikom redovnog odmeravanja kazne proširen je uvođenjem, uslovno rečeno, jedne nove obavezne otežavajuće okolnosti. Odredbom čl. 54a predviđeno je da će okolnost da je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog

³ Vid. N. Delić, „Zabrana (isključenje) ublažavanja u određenim slučajevima”, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, Četvrti deo (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 177–179.

pripadnosti rasi i veroispovesti, nacionalne ili etniăke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica imati znaăaj oteŃavajuće okolnosti, ukoliko ona nije propisana kao obeleŃje kriviănog dela. Na ovaj naăin, zakonodavac iz prethodno pomenute okolnosti „pobude iz kojih je kriviăno delo uăinjeno”, izdvaja jednu nisku/negativnu pobudu – mrŃnju, i daje joj znaăaj obavezne oteŃavajuće okolnosti.⁴ Treba naglasiti da jeziăko tumaăenje zakonske odredbe govori da znaăaj obavezne oteŃavajuće okolnosti nema mrŃnja „kao takva”, odnosno bilo kakva mrŃnja, već samo mrŃnja zasnovana na diskriminaciji. To znaăi da je mrŃnja kao negativna pobuda dodatno sadrŃinski precizirana izvorom svog nastanka – odgovarajućim diskriminatorским stavom, odnosno predrasudama, i da ima kriviănopравни znaăaj koji predstavlja izuzetak u odnosu na opŃte pravilo koje se primenjuje prilikom redovnog odmeravanja kazne. Budući da se data norma moŃe primeniti u odnosu na bilo koje kriviăno delo, bez obzira na vrstu, moŃe se zakljuăiti da se u kriminalno-politiăkom smislu reŃenje iz ăl. 54a nesporno nalazi na liniji jaăanja kriviănopравne represije.⁵

Ovde takođe treba reći da je u kriviănim zakonodavstvima evropskih zemalja na razliăite naăine omogućeno stroŃije kaŃnjavanje uăinilaca kriviănih dela motivisanih mrŃnjom zbog pripadnosti pasivnog subjekta nekoj od osetljivih društvenih grupa. U tom smislu moguće je razlikovati nekoliko modaliteta. Prvi, koji je do skoro bio dominantan, a u naŃoj zemlji prihvaćen do 2012. godine, i podrazumeva primenu opŃtih pravila za redovno odmeravanje kazne pri ăemu sud, pored ostalog, moŃe da uzme u obzir i pobude iz kojih je delo uăinjeno, pa prema tome i mrŃnju. Drugi, koji podrazumeva uvođenje posebnih kvalifikovanih oblika kod pojedinih kriviănih dela koja se, po pravilu, vrŃe zbog mrŃnje prema određenim licima (na primer, kriviăna dela protiv Ńivota i tela). Treći, koji pretpostavlja, u opŃtem delu kriviănog zakonodavstva, propisivanje posebne okolnosti relevantne prilikom redovnog odmeravanja kazne za kriviăno delo uăinjeno iz mrŃnje - radi se o reŃenju koje je kod nas uvedeno 2012. godine. Najzad, postoji i meŃoviti model, kombinacija drugog i trećeg modela, primera radi, prihvaćen je u hrvatskom zakonodavstvu gde je predviđeno da zloăin iz mrŃnje predstavlja kriviăno delo uăinjeno zbog rasne pripadnosti, boje koŃe, veroispovesti, nacionalnog ili etniăkog porekla, invaliditeta, pola, polnog opredeljenja ili rodnog identiteta druge osobe i da će takvo postupanje biti uzeto kao oteŃavajuća okolnost, ako (kriviănim) zakonom nije izriăito propisano teŃe kaŃnjavanje (ăl. 87 st. 21), kao Ńto je recimo, uăinjeno kod kriviănih dela teŃke telesne povrede (ăl. 118), osobito teŃke telesne povrede (ăl. 119), obljuje bez pristanka (ăl. 152), silovanja (ăl. 153) i drugih kriviănih dela, kod kojih mrŃnja predstavlja kvalifikatornu okolnost.⁶

⁴ Do sada je iz navedene generalne klauzule u opŃtem delu kriviănog prava bio izdvojen samo motiv koristoljublja (ăl. 48, st. 2).

⁵ N. Delić, „Kriviănopравни znaăaj mrŃnje u svetlu identitetskog preobraŃaja Srbije”, u: *Identitetski preobraŃaj Srbije, Prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija*, (ur. R. Vasić, M. Polojac), Beograd 2016, 132–133. Vid. takođe, D. Kolarić, „Kriviăno zakonodavstvo Republike Srbije i kriviăna dela uăinjena iz mrŃnje”, *Teme* 2/2015, 489–490.

⁶ *Ibid.*, 502–507.

Jasno je da je intencija našeg zakonodavca 2012 godine bila da opštom normom propiše tzv. zločin iz mržnje i da pruži posebnu zaštitu pripadnicima određenih osetljivih/senzibilnih grupa - koje su u zakonu taksativno nabrojane, ali ne i preciznije definisane. U literaturi se ističe da je razlog za unošenje ovakve odredbe u krivično zakonodavstvo očigledna potreba za pojačanom zaštitom pripadnika određenih društvenih grupa koje su posebno „ranjive” i zbog toga predstavljaju lakšu „metu” ili su objekat čestih napada.⁷ Suštinsko pitanje ovde jeste koje društvene grupe treba da budu posebno zaštićene, što pored ostalog, zavisi od konkretnih istorijskih, društvenih i drugih okolnosti. U tom smislu treba treći da je Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) prvi put u svojoj istoriji, u slučaju Đorđević protiv Hrvatske, istakao obavezu države da obezbedi posebnu zaštitu licima sa psiho/fizičkim invaliditetom, od svakog oblika fizičkog ili psihičkog nasilja zasnovanog na mržnji, a što bi svakako trebalo imati u vidu prilikom (eventualnog) revidiranja postojećeg srpskog rešenja.⁸

U krivičnoppravnom smislu mržnja „kao takva”, odnosno mržnja zasnovana na diskriminaciji predstavlja jednu vrstu niske/negativne pobude. Budući da se u krivičnom pravu pojmovi pobude i motivi koriste kao sinonimi, nesporno je da je u članu 54a reč o krivičnim delima koja su motivisana mržnjom zasnovanom na diskriminaciji – tzv. zločinima iz mržnje. Jezičko tumačenje relevantne norme implicira da učinjeno krivično delo treba da bude motivisano mržnjom koja je proistekla iz diskriminatorskog stava prema određenim društvenim grupama. Drugim rečima, zahteva se da je diskriminatorski stav prema određenim društvenim grupama rezultirao mržnjom koja je motiv učinjenog krivičnog dela. Shodno tome, ovde su ključna dva pojma: mržnja – kao vrsta emocije i diskriminatorski stav – kao vrsta predrasuda.

Poznato je da postoji veliki broj motiva koji određuju ljudsko ponašanje i nijedno nabranjanje ne može da ih iscrpe. Najčešća podela motiva je na biološke, socijalne i personalne. Značaj motiva mogu imati različite navike, interesi, stavovi i emocije. Za emocije je karakteristično to da kada se u konkretnom slučaju ne javljaju u „ulozi” motiva, one ipak imaju poseban značaj za motivaciju jer na odgovarajući način mobilišu energiju čoveka. Tada emocije „pomažu” ostvarenje

⁷ J. B. Woods, „Taking the Hate out of the Hate Crimes: Applying Unfair Advantage Theory to Justify the Enhanced Punishment of Opportunistic Bias Crimes”, *UCLA Law Review* 56(2)/2008, 489–541.

⁸ *Đorđević v. Croatia*, predstava br. [41526/10](#), odluka od 24. decembra 2012. godine – Predmet je formiran na osnovu predstave podnete od strane dvoje hrvatskih državljana, srpske nacionalnosti, majke i sina, lišenog poslovne sposobnosti zbog psiho-fizičkog invaliditeta, koji su na različite načine u dužem vremenskom periodu bili zlostavljani od strane grupe maloletnika, posebno sin, tako što je ismevan i grubo vređan, da bi jednom prilikom na obe ruke zadobio opekotine od cigareta. Iako se majka konstantno obraćala nadležnim državnim organima, dalje zlostavljanje nije bilo sprečeno. ESLJP je ocenio da je država Hrvatska, pored ostalih obaveza, ozbiljno prekršila obavezu da zaštiti žrtve od ponižavajućeg i nečovečnog postupanja i obavezu da obezbedi zaštitu od krivičnih dela koja se čine iz mržnje zbog nacionalne pripadnosti i netrpeljivosti prema licima sa psiho-fizičkim invaliditetom. Vid. takođe, D. Kolarić, „Vaninstitucionalne mere i drugi krivičnopравни instrumenti reakcije na kriminalitet i pozitivno krivično zakonodavstvo Srbije (ispunjena očekivanja ili ne?)”, u: *Vaninstitucionalne mere, pojednostavljene forme postupanja i drugi krivičnopравни instrumenti reakcije na kriminalitet i pozitivno kazneno zakonodavstvo (ispunjena očekivanja ili ne?)* (ur. V. Turanjanin, D. Čvorović), Intemex, Zlatibor- Beograd 2022, 11–34.

postojćih motiva, tako Ńto daju intenzitet i snagu aktivnosti koja je izazvana delovanjem motiva. Stavovi se za potrebe krivićnog prava mogu odrediti kao tendencija da se pozitivno ili negativno reaguje ne neku osobu, pojavu ili situaciju. Stavovi mogu biti pozitivni i negativni, manifestuju se u izjavama i akcijama i po prirodi stvari uvek su praćeni emocijama. Posebna vrsta stavova jesu predrasude kao intenzivni i izrazito negativni neosnovani stavovi koji se teŃko menjaju⁹. Kao i drugi stavovi i predrasude utiću na miŃljenje i akcije i praćene su intenzivnim negativnim¹⁰ emocijama poput gađenja, ljutnje, prezira i mrŃnje. Ono Ńto u datom kontekstu mrŃnju kvalitativno diferencira u odnosu na druge navedene negativne emocije jeste činjenica da osećanje mrŃnje rezultira destrukcijom i upravo je to osnovni razlog zbog kojeg je zakonodavac predvideo da znaćaj obavezne oteŃavajuće okolnosti ima samo mrŃnja zasnovana na diskriminaciji, a ne i neka druga negativna emocija. Sledstveno zakonskom tekstu mrŃnja se javlja kao neposredni motiv krivićnog dela i stoga je u uzroćno-posledićnom smislu „bliŃa” ućinjenom krivićnom delu nego postojeći diskriminatori stav – predrasude. Budući da je u ovako postavljenoj konstelaciji znaćaj mrŃnje odlučujuć, njeno postojanje, poreklo i motivacioni znaćaj za nastanak krivićnog dela u svakom konkrećnom slućaju moraju biti nedvosmisleno utvrđeni. Za sudove to nije nimalo lak zadatak, pre svega zbog toga Ńto je svaki diskriminatori stav kao vrsta predrasuda po pravilu, praćen većim brojem negativnih emocija. To bi moglo da znaći da u „spletu” prisutnih emocija u trenutku izvrŃenja krivićnog dela najpre treba detektovati mrŃnju, a potom sa visokim stepenom izvesnosti utvrditi da je u postojećoj hijerarhiji negativnih emocija mrŃnja bila dominantna i imala ulogu iskljućivog motiva. Međutim, prema stavu ESLJP, mrŃnja ne mora biti odlučujuć motiv, dovoljno je da bude jedan od motiva (*Balazs v. Hungary*, predstavka br. 15529/12, odluka od 14. marta 2016. godine). Takođe, ESLJP istiće da kod ućinioca ne treba da postoji sklonost, već samo prisustvo mrŃnje prilikom vrŃenja krivićnog dela (*Ńkorjenac v. Croatia*, predstavka br. 25536/14, odluka od 28. juna 2017. godine). Odsustvo pouzdanih kriterijuma na osnovu kojih bi sud utvrdio i eventualno valorizovao mrŃnju, u najvećem broju slućajeva, zahteva sprovođenje psiholoŃkog veŃtaćenja ućinioca. Pri tome, problem mogu da prave sledeće okolnosti: a) moguće je da mrŃnja bude nesvesni motiv; b) postojeće predrasude ne moraju uvek rezultirati mrŃnjom i c) krivićno delo moŃe biti ućinjeno iz mrŃnje i kada nema diskriminatori stava. Ukoliko pak, mrŃnja kao motiv bude nedvosmisleno utvrđena, postavlja se pitanje da li je potrebno, i na koji naćin, utvrditi njen intenzitet. Drugim rećima, da li to Ńto sud mrŃnju zasnovanu na diskriminaciji treba da ceni kao oteŃavajuću okolnost znaći da će u svakom slućaju morati da odmeri teŃu kaznu od one koju bi odmerio da krivićno delo nije ućinjeno iz mrŃnje zasnovane na diskriminaciji, odnosno da li to znaći da će teŃina odmerene kazne prevashodno zavisti od intenziteta mrŃnje. Sve rećeno, na kraju otvara i pitanje, koje bi se

⁹ Vid. N. Rot, *Socijalna psihologija*, Zavod za udŃbenike, Beograd 2010, 367–418.

¹⁰ O pojmu „negativne” emocije vid. N. Rot, *OpŃta psihologija*, Zavod za udŃbenike, Beograd 2000, 194. i Z. Ćirić, *Sudska psihijatrija*, Centar za publikacije Pravno fakulteta Univerziteta u NiŃu, NiŃ 2013, 81.

moglo označiti kao suštinsko, a to je da li evidentna „relativnost” pravila sadržanog u odredbi člana 54a otvara prostor za (moguću) zloupotrebu.¹¹

U vezi s pitanjem da li je postojala realna potreba za unošenje ove odredbe u naše zakonodavstvo tj. da li je bilo razloga da se mržnja izdvaja iz čl. 54 st. 1 iako joj je u okviru okolnosti „pobude iz kojih je krivično delo učinjeno” bio obezbeđen odgovarajući krivičnopravni značaj¹² u relevantnoj literaturi nailazimo na različite stavove.¹³

Uzevši u obzir da je norma sadržana u članu 54a svoju egzistenciju u sistemu opšteg dela krivičnog prava obezbedila na osnovu autoriteta odgovarajućih međunarodnih pravila, stojimo na stanovištu da njena iole efikasna primena nužno pretpostavlja određene sadržinske izmene koje bi se najpre mogle sastojati u eliminisanju mržnje kao substantivnog zakonskog pojma i stavljanja težišta na diskriminatorni stav.

Shodno tome, ovde su u nomo-tehničkom smislu moguće dve koncepcije. Prva koncepcija, prema kojoj bi diskriminatorni stav imao značaj motiva, a zakonska norma glasila: „Ako je krivično delo učinjeno „zbog” (ili „na osnovu”) pripadnosti određenim društvenim grupama (ili svim društvenim grupama formiranim po bilo kojem kriterijumu). Druga koncepcija, prema kojoj bi diskriminatorni stav imao značaj namere, a zakonska norma glasila: „Ako je krivično delo učinjeno `u nameri` diskriminacije zbog pripadnosti određenim (ili svim) društvenim grupama”.

Osim navedenog rešenja koje bi, kao i sada, bilo sadržano u opštem delu krivičnog prava, što svakako ima svoje sistemske nedostatke, moguće je i rešenje, koje bi se nalazilo u okviru posebnog dela krivičnog prava i shodno kojem bi, po uzoru na motiv koristoljublja, kod pojedinih krivičnih dela, pre svega krivičnih dela iz glave protiv života i tela, trebalo predvideti kvalifikovane oblike koji bi postojali ukoliko je osnovni oblik krivičnog dela učinjen „zbog” (ili „na osnovu”) pripadnosti pasivnog subjekta određenim društvenim grupama ili „u nameri” diskriminacije. Ukoliko je reč o osnovnom obeležju bića, tada bi trebalo predvideti da značaj motiva (ili namere) ima neposredno diskriminatorni stav, a ne mržnja.¹⁴ Mada, u takvoj situaciji, uvek postoji mogućnost da se neko značajno krivično delo izostavi.

Nadalje, ukoliko pojam mržnje bude zadržan u zakonskom tekstu, trebalo bi razmotriti i tzv. mešovito rešenje koje podrazumeva „kombinaciju” opšte norme i posebno predviđenih kvalifikatornih okolnosti u vidu motiva mržnje i

¹¹ Vid. N. Delić, „Krivičnopravni značaj mržnje u svetlu identitetskog preobražaja Srbije”, u: *Identitetski preobražaj Srbije, Prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija* (ur. R. Vasić, M. Polojac), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 147–148.

¹² Istine radi, istraživanja pokazuju da je u sudskoj praksi prilikom odmeravanja kazne motiv u velikoj meri zanemaren. J. Čirić, Đ. Đorđević, R. Sepi, *Kaznena politika sudova u Srbiji*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Beograd 2006, 90–91.

¹³ Vid. N. Delić (2016), 149; D. Kolarić, (2/2015), 492. i T. Drobnyak, „Krivičnopravna zaštita od diskriminacije”, u: *Antidiskriminacioni zakon*, Centar za unapređenje pravnih studija, Beograd 2010, 77–99.

¹⁴ N. Delić, (2016), 150.

shodno tome, u opŕtoj normi propisati da vrŕenje kriviĕnog dela iz mrŕnje prema pripadniku neke od zaŕtiĕenih grupa ima znaĕaj oteŕavajuĕe okolnosti, „osim ako to ovim zakonikom nije propisano kao osnovno ili dopunsko obeleŕje kriviĕnog dela.”¹⁵

Najzad, ovde se moŕe postaviti i pitanje kako liĕna percepcija i subjektivni doŕivljaj o pripadnosti lica nekoj od posebno zaŕtiĕenih druŕstvenih grupa utiĕe na kvalifikaciju dela tj. na odmeravanje kazne. Naime, moguĕe je da uĕinilac polazi od pretpostavke da je neko lice recimo, pripadnik *LGBT* populacije i zbog toga prema njemu vrŕi kriviĕno delo. Ukoliko se uspostavi da se ne radi o pripadniku date druŕstvene grupe, ostaje dilema da li ima „mesta” za mrŕnju kao obaveznu oteŕavajuĕu okolnost. Shodno tome, u zakonskom tekstu kao relevantnu treba propisati „stvarnu ili pretpostavljenu” pripadnost nekoj od zaŕtiĕenih druŕstvenih grupa.¹⁶

Sliĕno, ali u veĕoj meri ekstenzivno reŕenje, primera radi, postoji u finskom zakonodavstvu koje ne zahteva da pasivni subjekt bude pripadnik odreĕene zaŕtiĕene grupe, veĕ da pasivni subjekt ili imovina koja je objekt napada, prema percepciji uĕinioca kriviĕnog dela ima veze sa odreĕenom grupom, a to primer radi moŕe biti prijatelj pripadnika zaŕtiĕene grupe.¹⁷

Na kraju treba reĕi joŕ i to da smo svesni ĕinjenice da je afirmisanje stanoviŕta prema kojem je „bolje” reŕenje ukoliko se odgovarajuĕi kriviĕnopravni znaĕaj daje predrasudama ispoljenim u vidu diskriminatornog stava, a ne emocijama ispoljenim u vidu mrŕnje, sa kriminalno-politiĕkog aspekta vrlo diskutabilno jer represija samo u odreĕenoj (veoma ograniĕenoj) meri moŕe prevenirati ispoljavanje predrasuda na naĕine kojima se ugroŕavaju ili povreĕuju najvaŕnija dobra. Jasno je da borbu protiv predrasuda treba fokusirati na spreĕavanje njihovog nastanka i ŕirenja. Najdelotvornije sredstvo u toj borbi nesumnjivo jeste prosvetĕivanje i informisanje o neopravdanosti predrasuda i na prvom mestu, sistematsko humanistiĕko vaspitanje protiv predrasuda. Pri tome, ni ovde naŕalost, ne treba imati prevelika oĕekivanja, jer zbog nepovoljne opŕte druŕstvene klime uloŕeni napor teŕko da moŕe biti srazmeran postignutom uĕinku.¹⁸

3. Mrŕnja u posebnom delu kriviĕnog prava

Kriviĕno delo *izazivanje nacionalne, rasne i verske mrŕnje i netrpeljivosti* (ĕl. 317 st. 1) spada u glavu kriviĕnih dela protiv ustavnog ureĕenja i bezbednosti

¹⁵ Viŕe o pojedinim konstruktivnim predlozima za pobolŕšanje postojeĕe regulative vid. takoĕe, D. Kolariĕ, (2/2015), 495–500.

¹⁶ *Ibid.*, 501.

¹⁷ *Hate crimes in OSCE Region*, Incidents and Responses, Report for 2011, Warsaw 2011, 27.

¹⁸ Vid. N. Delić, „Derogacija opŕtih kriviĕnopravnih instituta – izuzetak ili pravilo”, u: *Vaninstitucionalne mere, pojednostavljene forme postupanja i drugi kriviĕnopravni instrumenti reakcije na kriminalitet i pozitivno kazneno zakonodavstvo (ispunjena oĕekivanja ili ne?)* (ur. V. Turanjanin, D. ĕvorović), Intemex, Zlatibor- Beograd 2022, 108–112.

Republike Srbije. Neposredni objekt zaštite ovog krivičnog dela jesu skladni i demokratski odnosi između naroda, nacionalnih manjina i etničkih zajednica koje žive u Srbiji. Radnja izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela sastoji se u izazivanju ili raspirivanju¹⁹ nacionalne, rasne ili verske mržnje ili netrpeljivosti²⁰ među narodima, nacionalnim manjinama ili etničkim zajednicama koje žive u Srbiji. Značaj radnje izvršenja, osim odgovarajućih izjava, mogu imati i postupci koji se preduzimaju prema licima, kao na primer, fizički napad (AS u Beogradu Kž.1 4/14) ili postupci koji se preduzimaju prema objektima ili stvarima, kao na primer, razbijanje prozora (AS u Beogradu Kž.1 6923/12). Uprkos tome što u literaturi nailazimo na mišljenje da stvaranje, odnosno produbljivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti među narodima, nacionalnim manjinama i etničkim zajednicama koje žive u Srbiji, jeste posledica krivičnog dela,²¹ treba uzeti da za krivično delo nije nužno da je izazvana mržnja ili netrpeljivost, odnosno da je povećan intenzitet postojeće mržnje ili netrpeljivosti.²² Krivično delo je dovršeno okončanjem delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja. Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost. U skladu sa navedenim je i stav sudske prakse da je za krivično delo dovoljno da su u pitanju delatnosti koje objektivno mogu da dovedu do izazivanja ili širenja nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (VSS Kžm. 88/09). Iako u zakonskom tekstu nije izričito navedeno, treba uzeti da je radnja izvršenja neposredno usmerena na izazivanje ili širenje odgovarajućeg osećanja, a posredno preko osećanja mržnje ili netrpeljivosti na donošenje odluke o preduzimanju odgovarajućih aktivnosti - diskriminatorских aktivnosti. Izjava određene sadržine kao radnja izvršenja krivičnog dela izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti može biti saopštena određenom licu ili određenim licima kao i neodređenom krugu lica.

Prema zakonskom tekstu krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti podrazumeva da se nacionalna, rasna i verska mržnja

¹⁹ Raspiriti – učiniti da se nešto pojača, podstaći. Grupa autora, urednik M. Nikolić, *Rečnik srpskog jezika*, Matica srpska, Novi Sad 2007, 1134.

²⁰ Netrpeljiv – isključiv, netolerantan. Netrpeljivost – osobina onog koji je netrpeljiv, onoga što je netrpeljivo (Grupa autora, urednik M. Nikolić, 830). Netrpeljivost je emocionalni doživljaj iz procene da neko ili nešto ometa zadovoljenje neke naše potrebe, pri čemu je ta smetnja savladiva, nepopravljiva i nije lična. Kod netrpeljivosti ne postoji psihološki doživljaj pretnje u vidu eksplicitne prepreke na putu zadovoljenja neke naše potrebe, nego smetnja u vidu nečega što troši našu energiju na putu ostvarenja onoga što nam je zaista važno. Motivacioni supstrat netrpeljivosti se po pravilu svodi na udaljavanje od objekta u odnosu na koji postoji netrpeljivost. (M. Milić, *Čovek u istini, potrebe i emocije*, RACIO, Beograd 2017, 331). Netrpeljivost, antipatija, averzija pretpostavlja izražavanje osećanja prema drugom licu i po svojoj prirodi je komunikacioni čin koji definiše neprijateljski odnos između dva lica. U konkretnom slučaju osećanje koje se izražava pred drugim licem može biti usmereno prema tom licu ili drugo lice može biti samo svedok izražavanja osećanja prema nekom trećem licu. Neprijateljski odnos može biti definisan kao odnos antipatije ili odnos apatije, ravnodušnosti (pasivno neprijateljstvo). Antipatija može biti reaktivna i proaktivna. U odnosu reaktivne antipatije drugo lice na neprijatna osećanja koja izražava neko lice reaguje prijatnošću i tada je reč o zluрадosti. Ako je antipatija proaktivna tada jedno lice teži da se ponaša tako da kod drugog lica izaziva neprijatna osećanja, a izbegava da se ponaša na način koji mu izaziva prijatna osećanja. Proaktivna antipatija je znak većeg stepena neprijateljstva nego aktivna antipatija. Z. Milivojević, 113–116.

²¹ Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije Posebni deo*, Savremena administracija, Beograd 1995, 65.

²² Z. Stojanović, *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd 2020, 969.

izaziva ili raspiruje, širi među narodima, nacionalnim manjinama ili etničkim zajednicama koje žive u Srbiji. Sudska praksa stoji na stanovištu da „izvršilac ovog krivičnog dela ne može biti iste nacionalnosti, rase i vere kao oštećeni” (AS u Beogradu Kž.2 1166/15). Nadalje, u doktrini je prisutan stav da pasivni subjekt krivičnog dela jesu narodi, nacionalne manjine i etničke zajednice koje žive u Srbiji.²³ Treba naglasiti da to ne znači da se delatnost koja ima značaj radnje izvršenja ovog krivičnog dela uvek preduzima prema nekom/u odnosu na nekog od pripadnika naroda, nacionalnih manjina i etničkih zajednica koje žive u Srbiji, već da su pripadnici naroda, nacionalnih manjina i etničkih zajednica koje žive u Srbiji nosioci dobra koje se štiti ovim krivičnim delom, a to su, kao što je napred navedeno, skladni i demokratski odnosi između naroda, nacionalnih manjina i etničkih zajednica koje žive u Srbiji. Sledstveno navedenom je i stav sudske prakse da izazivanje ili širenje rasne mržnje kao način izvršenja ovog krivičnog dela postoji kada je radnja izvršenja preduzeta prema jednom pripadniku crne rase koji je državljanin Republike Gane, „a koji je bio napadnut od strane okrivljenih koji su ga vređali i nazivali ‘crnčugom’ kada se vraćao sa fudbalske utakmice gde je bio gledalac” (VSS Kzz. 2917/08). U istom smislu je i deo sudske odluke u kojoj se naglašava da se izazivanje rasne mržnje prema jedinom crncu fudbaleru na terenu može izvršiti isticanjem transparenata uvredljivog sadržaja, stavljanjem kapuljača na glavu sa prorezima za oči i uzvikivanjem pogrđnih poruka uz odsečno podizanje desne ruke (AS u Kragujevcu Kž. 4590/11). Navedeno proizlazi iz činjenice da narodi, nacionalne manjine i etničke zajednice koje žive u Srbiji pripadaju istoj rasi u užem smislu te reči - rasi kao kategoriji lica koja su povezana izrazito frekventnim markantnim genetički determinisanim morfološkim osobinama - što praktično isključuje mogućnost izazivanja ili raspirivanja rasne mržnje preduzimanjem delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja prema nekom/u odnosu na nekog pripadnika naroda, nacionalnih manjina i etničkih zajednica koje žive u Srbiji. Kao što je poznato, većinski narod u Srbiji predstavljaju Srbi koji imaju etnički koncept nacije, prema kojem se svi ljudi koji imaju zajedničke etničke karakteristike - jezik, veru i poreklo koje podrazumeva distribuciju genetički determinisanih faktora - smatraju pripadnicima te nacije, nezavisno od mesta rođenja. Suprotno tome, u građanskom konceptu nacije - koji postoji u zemljama sa multirasnim stanovništvom, kao što su Francuska i SAD - pripadnici nacije se određuju prema njihovom političkom opredeljenju koje se pre svega manifestuje kao državljanstvo i otuda, za razliku od Srbije, u tim zemljama bi postojala mogućnost izazivanja ili širenja rasne mržnje preduzimanjem odgovarajućih delatnosti prema nekom/u odnosu na nekog pripadnika iste nacije.²⁴

Radnju izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela *nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu* (čl. 344a st. 1), sistematizovanog u glavi

²³ *Ibid.*

²⁴ Vid. M. Jerry, „Us and Them: The Enduring Power of Ethnic Nationalism”, *Foreign affairs*, Council on Foreign Relations, 87/2008, 9–14. O krivičnom delu iz čl. 317 vid. više, N. Delić, *Krivično pravo Posebni deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2023, 345–348.

krivičnih dela protiv javnog reda i mira, predstavljaju više alternativno predviđenih delatnosti. Pored ostalog, krivično delo se može izvršiti tako što neko svojim ponašanjem ili parolama izaziva nacionalnu, rasnu, versku ili drugu mržnju ili netrpeljivost zasnovanu na nekom diskriminatorском stavu usled čega dođe do nasilja ili fizičkog obračuna sa učesnicima sportske priredbe ili javnog skupa. Sa gledišta zakonske odredbe, potrebno je da je reč o izazivanju, ne i raspirivanju, nacionalne, rasne, verske ili druge mržnje ili netrpeljivosti. Jezičkim tumačenjem zakonskog teksta može se zaključiti da krivično delo postoji samo ukoliko nacionalna, rasna, verska i druga mržnja ili netrpeljivost ne postoji, već se izaziva odgovarajućim ponašanjem ili parolama. To se može činiti preduzimanjem različitih delatnosti koje su po svojoj prirodi podobne da izazovu nacionalnu, rasnu, versku ili drugu mržnju ili netrpeljivost, zasnovanu na nekom diskriminatorском osnovu, a što zavisi od karaktera delatnosti koja se preduzima kao i od načina i uslova pod kojima je u konkretnom slučaju data delatnost preduzeta. Budući da je krivično delo dovršeno kada je izazivanje nacionalne, rasne, verske ili druge mržnje ili netrpeljivosti, koje je ostvareno na odgovarajući način, prouzrokovalo nasilje²⁵ ili fizički obračun sa učesnicima sportske priredbe ili javnog skupa, potrebno je u svakom slučaju utvrditi kauzalnu vezu između izazivanja nacionalne, rasne, verske ili druge mržnje ili netrpeljivosti i nasilja ili fizičkog obračuna. Međutim, u nekim slučajevima to može biti otežano, čak i nemoguće, na primer, kada je izazivanje mržnje ili netrpeljivosti vršeno uzvikivanjem uvredljivih parola, ali je do nasilja došlo na osnovu prethodnog dogovora. Navedeno govori da bi bilo bolje da se za ovaj oblik krivičnog dela ne zahteva da je došlo do nasilja ili fizičkog obračuna, već da je inkriminisano samo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti na sportskoj priredbi ili javnom skupu. Prema sadašnjem

²⁵ Pojam nasilje nije definisan u zakonu. U sudskoj praksi se navodi da vršenje nasilja postoji kada se upotrebom fizičke snage povređuje telesni integritet drugog lica kao i kada mu se oduzima sloboda kretanja ili sloboda da nesmetano odlučuje o svojim postupcima (OS u Beogradu Kž. 2180/06). U pitanju je dosledno preuzet doktrinarni stav koji potiče iz nešto starije literature (Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Savremena administracija, Beograd 1995, 792). Valja pomenuti da među našim autorima postoji razmimoilaženje povodom pitanja da li pojam nasilja osim fizičkog podrazumeva i psihičko nasilje – emocionalno nasilje. Iako ima onih koji smatraju da se kod nasilja radi o „primeni fizičke ili psihičke sile,” (Lj. Lazarević, 732. i N. Mrvić-Petrović, *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet Univerzitet Union i Službeni glasnik, Beograd 2016, 155), prednost treba dati stavu shodno kojem nasilje u krivičnom pravu (jednako kao i u jezičkom smislu) podrazumeva isključivo fizičko nasilje, odnosno primenu fizičke sile kao oblik prinude. Budući da je nasilje primena fizičke sile kojom se povređuje telesni integritet, ono može biti usmereno samo prema čoveku, a ne prema imovini (Đ. Đorđević, „Kaznenopravna zaštita od nasilja na sportskim priredbama”, *Pravni život* 9/2004, 160). Kako se ističe, zakonodavac pojam nasilja najčešće koristi kod krivičnih dela čije inkriminacije su unete u naše zakonodavstvo na osnovu obaveza preuzetih potpisivanjem međunarodnih konvencija, gde akt nasilja redovno podrazumeva fizičku prinudu (I. Vuković, *Krivično pravo Opšti deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 130). Otuda, iako neki autori insistiraju na tome da i ugrožavanje telesnog integriteta prilikom kvalifikovane pretnje predstavlja nasilje – psihičko nasilje (B. Zlatarić, „Novo krivično delo nasilničkog ponašanja na javnom mjestu”, *JRKK* 2/1967, 183. i J. Risimović, „Nasilničko ponašanje”, *Pravni život* 9/2008, 240), opravdano je zaključiti da se pojam nasilja u sadržinskom smislu u potpunosti ne poklapa sa pojmom prinude, odnosno da nasilje i prinuda u krivičnom pravu nisu sinonimi jer se pojam nasilja odnosi samo na jedan vid prinude i podrazumeva silu kao primenu fizičke snage. Vid. više, N. Delić, „Moguće nedoumice u vezi pravog/ispravnog značenja pojedinih pojmova koji predstavljaju objektivna obeležja bića”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Dvanaesti deo* (ur. Đ. Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2022, 56–61.

rešenju, ukoliko je izostalo nasilje ili fizički obračun a došlo je do izazivanja odgovarajuće mržnje i/ili netrpeljivosti na sportskoj priredbi, postoji krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti iz čl. 317 KZ (AS u Kragujevcu Kž. 4590/11). Jezičkim tumačenjem dolazi se do zaključka da krivično delo iz čl. 317 takođe postoji kada je u pitanju radnja raspirivanja mržnje ili netrpeljivosti, koja kod krivičnog dela iz čl. 344a nije alternativno predviđena sa izazivanjem mržnje ili netrpeljivosti. No, za razliku od krivičnog dela iz čl. 317, kod krivičnog dela iz čl. 344a osim nacionalne, rasne i verske mržnje ili netrpeljivosti, u obzir dolazi i izazivanje druge mržnje ili netrpeljivosti zasnovane na nekom diskriminatorском osnovu, što, budući da je u pitanju generalna klauzula, ovde (opravdano/neopravdano) značajno proširuje kriminalnu zonu.²⁶

Krivično delo *rasna i druga diskriminacija* (čl. 387) pripada glavi krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Jezičkim tumačenjem naziva ove glave krivičnih dela zaključuje se da grupni zaštitni objekt predstavljaju čovečnost i druga dobra zaštićena međunarodnim pravom. Treba smatrati da u datom kontekstu pojmovi „čovečnost” i „druga dobra zaštićena međunarodnim pravom” označavaju najvažnija dobra čoveka i osnovna prava, a time i slobode, koji su garantovani odgovarajućim međunarodnim aktima čija pravila predstavljaju sadržinu međunarodnog humanitarnog i međunarodnog ratnog prava. Krivično delo rasna i druga diskriminacija ima ukupno šest oblika. Prvobitno je bilo propisano samo tri oblika, da bi 2009. godine bila uneta još dva, a 2016. godine još jedan oblik.²⁷ Neposredni objekt zaštite ovog krivičnog dela jesu međunarodno priznata osnovna ljudska prava.

Treći oblik krivičnog dela (čl. 387 st. 3) preuzet je iz Konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965. godine²⁸ i obuhvata tri alternativno predviđene radnje izvršenja: širenje ideja²⁹ o superiornosti jedne rase nad drugom – širenje rasističkih ideja; propagiranje³⁰ rasne mržnje³¹ – širenje rasne mržnje i podsticanje na rasnu diskriminaciju³² – podsticanje na rasno zasnovane diskriminatorске aktivnosti.

Uprkos tome što jezičko tumačenje izraza „širenje” rasističkih ideja po prirodi stvari implicira prethodno postojanje rasističkih ideja, odnosno odgovarajućih

²⁶ O krivičnom delu iz čl. 344a vid. više, N. Delić, „Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu (čl. 344a KZ RS)”, *Pravni život* 9/2011, 239–260. Vid. takođe, N. Delić, (2023), 378–346. i N. Delić, (2022), 58–59.

²⁷ O genezi krivičnog dela rasna i druga diskriminacija vid. više, N. Delić, *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 212–213.

²⁸ *Službeni list SFRJ – Dodatak*, broj 6/67.

²⁹ Ideja – gledište, shvatanje, nazor. Grupa autora, urednik M. Nikolić, 445.

³⁰ Propagirati – vršiti propagandu. Propaganda – širenje ideja ili informacija. *Ibid.*, 1070.

³¹ Odredbom čl. 4 Konvencije osuđuje se svaka propaganda superiornosti neke rase ili grupe lica izvesne boje kože ili etničkog porekla.

³² Prema Konvenciji rasna diskriminacija se shvata u širem smislu (u odnosu na pojam rase) i obuhvata svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva zasnovano na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom poreklu koji imaju za cilj da naruše ili kompromituju priznanje, uživanje ili vršenje, pod jednakom uslovima, prava čoveka i osnovnih sloboda u političkoj, ekonomskoj, socijalnoj, i kulturnoj oblasti javnog života (čl. 1).

uverenja, treba uzeti da u kontekstu ovog krivičnog dela širenje rasističkih ideja podrazumeva formiranje ili učvršćivanje uverenja o ispravnosti ideja o superiornosti jedne rase nad drugom. Isto važi i za drugi oblik radnje izvršenja koji je u zakonskom tekstu određen kao propagiranje, odnosno širenje rasne mržnje. Opravdano je smatrati da radnja izvršenja osim širenja, u smislu intenziviranja postojeće rasne mržnje obuhvata i izazivanje rasne mržnje. Takođe, za treći oblik radnje izvršenja koji je definisan kao podsticanje na rasnu diskriminaciju treba uzeti da pored učvršćivanja postojećeg uverenja o opravdanosti rasne diskriminacije u cilju da dato uverenje bude pokretač određenih aktivnosti – rasno zasnovanih diskriminatorskih aktivnosti - ovaj oblik radnje izvršenja takođe obuhvata i pozivanje na rasnu diskriminaciju - formiranje uverenja o opravdanosti preduzimanja rasno zasnovanih diskriminatorskih aktivnosti. Krivično delo se može izvršiti na neki od sledećih načina: usmenim izjavama – govorom pred manjom ili većom grupom lica; pismenim izjavama – bilo kojim oblikom pisane reči objavljene putem nekog od sredstava javnog informisanja kao i letkom ili crtežom (grafitom). Treba uzeti da se krivično delo može izvršiti i pevanjem pesama sa određenom sadržinom, ako se to čini na javnom mestu ili u prisustvu većeg broja lica. S obzirom na sadržinu izjava, krivično delo se, uslovno rečeno, može izvršiti neposredno i posredno. Neposredno, izričito vršenje krivičnog dela sastoji se u eksplicitnim izjavama – u direktnom izražavanju ličnih stavova koji imaju za cilj formiranje ili učvršćivanje odgovarajućih uverenja ili direktnom izražavanju ličnih stavova koji su usmereni na izazivanje ili širenje osećanja rasne mržnje. Posredno vršenje krivičnog dela podrazumeva adekvatno saopštavanje odgovarajućih izjava drugih lica ili saopštavanje izjava koje po svojoj sadržini predstavljaju neadekvatno, neobjektivno tumačenje stavova ili izjava drugih lica.

Krivično delo se u potpunosti iscrpljuje kroz radnju izvršenja koja se sastoji u izjavi odgovarajuće sadržine upućenoj neodređenom krugu lica. Jezičko tumačenje ide u prilog zaključku da je u prvom i drugom slučaju - širenje rasnih ideja i širenje rasne mržnje - izjava usmerena isključivo na formiranja ili učvršćivanja odgovarajućeg uverenja ili na izazivanja ili širenje odgovarajućeg osećanja, a da je samo u trećem slučaju – podsticanje na rasnu diskriminaciju - izjava usmerena na donošenje odluke o preduzimanju odgovarajuće aktivnosti. Teleološko tumačenje pak, govori da nije opravdana simplifikacija substantivnog smisla objektivnog neprava ovog krivičnog dela i da je i u prva dva slučaja kod učinioaca prisutno nastojanje da se druga lica pokrenu na akciju. Razlika leži jedino u tome što se tada izjavom ne ostvaruje neposredni uticaj na volju, već se to čini posredno, preko odgovarajućih uverenja ili osećanja koja su po svojoj prirodi podobna dovedu do donošenja odluke o preduzimanju određenih aktivnosti – rasno zasnovanih diskriminatorskih aktivnosti.

Krivično delo pretpostavlja da je izjava odgovarajuće sadržine koja je upućena neodređenom krugu lica saznata od strane bar nekog/nekih lica/adresata. Ukoliko je izjava saznata od strane jednog ili više lica, krivično delo postoji nezavisno od toga da li je izjava ostvarila uticaj na volju, u smislu donošenja

odgovarajuće odluke - odluke o preduzimanju rasno zasnovanih diskriminator-skih aktivnosti. Takođe za krivično delo nije značajno da li je izjava, do donošenja odluke o preduzimanju rasno zasnovanih diskriminator-skih aktivnosti, trebalo da dovede posredno: izjava-uverenje/osećanje-odluka ili neposredno: izjava-odluka. Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost.

Četvrti oblik krivičnog dela (čl. 387 st. 4) unet je u zakonski opis 2009. godine. Radnju izvršenja krivičnog dela predstavlja širenje ili na drugi način činjenje javno dostupnim tekstova i slika i svako drugo predstavljanje ideja ili teorija koje zagovaraju ili podstrekavaju mržnju, diskriminaciju ili nasilje, protiv lica ili grupe lica, zasnovanih na rasi, boji kože, verskoj pripadnosti, nacionalnosti, etničkom poreklu ili nekom drugom ličnom svojstvu.

I ovde se objektivno nepravo krivičnog dela realizuje kroz izjavu odgovarajuće sadržine. Ono što primarno definiše krivično delo jeste priroda ideja i teorija koje su sadržane u izjavama datim u formi govora, tekstova ili slika. U pitanju su ideje i teorije koje zagovaraju ili podstrekavaju negativnu emociju - mržnju - ili zagovaraju ili podstrekavaju negativno delovanje - aktivnosti koje se sastoje u diskriminaciji ili nasilju. Ideje i teorije koje zagovaraju mržnju, diskriminaciju ili nasilje su one koje svojom sadržinom zastupaju mržnju, diskriminaciju ili nasilje - prikazuju ih u afirmativnom svetlu. Ideje i teorije koje podstrekavaju mržnju, diskriminaciju ili nasilje su one koji su po svojoj sadržini podobne da kod drugog izazovu mržnju ili da drugog navedu na diskriminaciju ili nasilje. Zagovaranje u kontekstu ovog krivičnog dela predstavlja samo jedan od mogućih načina podstrekavanja.³³ Kao i u prethodnom slučaju, izjava koja sadrži odgovarajuće ideje ili teorije za krajnji cilj ima da druga lica pokrene na određenu aktivnost koja podrazumeva diskriminaciju ili nasilje. Ukoliko se izjavom koja sadrži odgovarajuće ideje ili teorije podstrekava na mržnju, odnosno izaziva mržnja, tada se posredno, preko emocija utiče na volju kako bi bila doneta odluka o preduzimanju aktivnosti koja se sastoji u diskriminaciji ili nasilju. Shodno tome, u sva ti slučaja data izjava je usmerena na stvaranje odluke o preduzimanju odgovarajućih aktivnosti - odluke o preduzimanju akata diskriminacije ili akata nasilja. U prvom slučaju to se čini posredno: izjava-emocija-odluka, a u druga dva slučaja neposredno: izjava-odluka. Za krivično delo dovoljno je da se zagovara ili podstrekava (bar) na jedno - na mržnju ili na diskriminaciju ili na nasilje. Izjava mora biti data/saopštena na način koji omogućava da sa njenom sadržinom bude upoznat neodređen krug lica. Iako bi zakonski pojam „širenje” ideja ili teorija trebalo tumačiti kao mogućnost da neodređeni krug lica bude upoznat ne samo sa izjavom čiju sadržinu je kreirao njen davalac, već i sa interpretacijom izjave čiji je autor neko drugo lice, u zakonskom tekstu se posebno naglašava da se krivično delo vrši i svakim drugim „predstavljanjem” odgovarajućih ideja i teorija, što bi trebalo tumačiti kao saopštavanje tuđih ideja i teorija neodređenom krugu lica. Za krivično delo nije neophodno da je postignut krajnji cilj - da je izazvana mržnja zasnovana na diskriminaciji ili da je došlo do diskriminacije ili nasilja. Krivično

³³ Zagovarati - zastupati, zauzimati se za nekog ili nešto. Grupa autora, urednik M. Nikolić, 388.

delo je dovršeno okončanjem radnje izvršenja – davanjem izjave koja je saznata od strane nekog lica. Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost.

Treći i četvrti oblik krivičnog dela rasna diskriminacija u suštini predstavljaju istu inkriminaciju s tom razlikom što četvrti oblik krivičnog dela, koji je unet tri decenije nakon propisivanja trećeg oblika, krivičnopravnu zaštitu obezbeđuje većem broju „osetljivih” grupa.³⁴

Kod oba (trećeg i četvrtog) oblika krivičnog dela u pitanju je podstrekavanje kao posebno krivično delo - u širem smislu.³⁵ Za razliku od podstrekavanja

³⁴ U skladu sa terminologijom korišćenom u relevantnim međunarodnim dokumentima u doktrini se navodi da treći oblik krivičnog dela inkriminiše takozvanu „rasističku propagandu”, a da je četvrtim oblikom obuhvaćen takozvani „govor mržnje” (Vid. Đ. Đorđević, „Kaznenopravni aspekt zaštite od diskriminacije”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Treći deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 104). Kao što je navedeno, smatramo da su pitanju suštinski ista ponašanja i u prilog tome svakako idu i njihova teorijska određenja. Definisane propagande pri tome, nije sporno i smatra se da krivičnopravni pojam podrazumeva širenje ideja kojima se stvaraju uslovi podobni da dovedu do donošenja odluka o preduzimanju određenih radnji, vršenju krivičnih dela (J. Tahović, *Komentar krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd 1957, 321). Uprkos tome što se pojmu „govor mržnje” u savremenoj literaturi posvećuje velika pažnja, činjenica je da se još uvek nije došlo do jedne univerzalne, opšteprihvaćene definicije. Otuda ćemo ovom prilikom uzeti u obzir stav shodno kojem govor mržnje u opštem smislu određuju njegova vrednosno negativna sadržina (odgovarajući kontekst) i eksteriorizacija – govor mržnje je upućen drugom sa ciljem delovanja prema trećem (Vid. N. Petrušić, I. Krstić, T. Marinković, *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*, Službeni glasnik, Beograd 2016, 80–82) kao i mišljenje da „govor mržnje” najčešće inspiriše i podstrekava na nasilničke akcije i često u vremenskom i svakom drugom smislu predstavlja prethodnicu „zločinima mržnje” (J. Čirić, „Govor mržnje”, *RKK* 3/2006, 211–213). Ovde je interesantno napomenuti da je A. Braun (A. Brown) nakon prikaza i analize jednog broja definicija koje su dali eminentni autori sugerisao da bi umesto pristupa koji karakteriše klasičnu logičku definiciju (*per genus et differentiam*) za „govor mržnje” bilo bolje primeniti takozvani Vitgenštajnov (Wittgenstein) koncept „porodične” sličnosti prema kojem genusni pojam obuhvata pojave koje povezuje složena mreža međusobnih sličnosti - sličnosti koje se međusobno sadržinski prožimaju i funkcionalno ukrštaju. Vid. A. Brown, *Hate Speech Law: Philosophical Examination*, Routledge, New York and London 2015, 4–5 i 14. Vid. takođe, L. Vitgenštajn, *Filosofska istraživanja*, Nolit, Beograd 1969.

³⁵ Podstrekavanje kao posebno krivično delo javlja se u više modaliteta među kojima je po našem mišljenju moguće razlikovati podstrekavanje kao posebno krivično delo u užem smislu (direktno podstrekavanje kao posebno krivično delo) i podstrekavanje kao posebno krivično delo u širem smislu (indirektno podstrekavanje kao posebno krivično delo). Podstrekavanje kao posebno krivično delo u užem smislu (direktno) postoji u sledećim slučajevima: a) podstrekavanje se propisuje kao radnja izvršenja onda kada je zbog limitirane akcesornosti isključena primena opštih pravila o odgovornosti saučesnika jer ono što preduzima podstrekuto lice ne predstavlja radnju krivičnog dela i pri tome se delatnost koja ima značaj radnje izvršenja preduzima prema određenom licu i usmerena je na donošenje ili učvršćivanje odluke o preduzimanju tačno određene aktivnosti na primer, krivično delo sakaćenje ženskog polnog organa (čl. 121a, st. 3); b) kao radnja izvršenja krivičnog dela propisuje se podstrekavanje određenih lica na tačno određeno krivično delo u slučaju kada zakonodavac smatra da za podstrekavanje nije opravdano kažnjavanje u granicama kazne koja je propisana za krivično delo na koje se podstrekava jer se delatnost koja ima značaj radnje izvršenja preduzima prema više određenih lica, na primer, izbegavanje vojne obaveze (čl. 394, st. 3) i v) kao radnja izvršenja krivičnog dela propisuje se javno podstrekavanje (pozivanje) - podstrekavanje neodređenog kruga lica koje je neposredno usmereno na donošenje ili učvršćivanje odluke o preduzimanju delatnosti koje su predviđene kao radnja izvršenja određenog krivičnog dela sa kojim je podstrekavanje kao posebno krivično delo na taj način sadržinski povezano na primer, krivično delo pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja (čl. 309, st. 1). Podstrekavanje kao posebno krivično delo u širem smislu (indirektno) postoji u slučajevima kada značaj radnje izvršenja krivičnog dela ima podstrekavanje neodređenog kruga lica (pozivanje) i ono nije neposredno usmereno na donošenje ili učvršćivanje odluke o preduzimanju odgovarajuće radnje već je primarno usmereno na izazivanje ili širenje odgovarajućih osećanja koja su po svojoj prirodi takva da mogu dovesti do donošenja odgovarajuće odluke na primer, krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (čl. 317, st. 1). Ovde treba reći još i to da se I. Vuković zalaže da kriminalna zona podstrekavanja kao oblika saučesništva pored inkriminisanja javnog pozivanja

kao oblika saućesništva koje postoji ukoliko je radnja podstrekavanja usmerena na odreĊeno lice ili na odreĊen krug lica, a ostvaruje se preduzimanjem delatnosti koja je podobna da kod drugog lica stvori ili ućvrsti odluku da izvrši odreĊeno krivićno delo (AS u Beogradu KŹ.1 16/14) tako Źto podstrekać u odnosu na to lice ostvaruje odreĊeni psihićki (komunikativni) uticaj (dovoljna je jednostrana subjektivna veza), krivićno delo rasna i druga diskriminacija podrazumeva neodreĊenost lica, odnosno neodreĊenost kruga lica kojima je podstrekavanje upućeno – podstrekavanje se vrši javnim putem. U tom smislu u praksi ESLJP ima primera da je „govor mrŹnje” bio sadrŹan u najrazlićitijim medijima kao na primer, na internetu (*Delfi AS v. Estonija*, [GC], predstavka br. 64569/09, odluka od 16. juna 2005. godine); u knjizi (*Garaudy v. France*, predstavka br. 65831, odluka od 24. juna 2003. godine); u novinskom intervjuu (*Zana v. Turkey*, predstavka br. 69/1996/688/880, odluka od 25. novembra 1997. godine); pismu upućenom i objavljenom u novinama (*Sürek v. Turkey*, predstavka br. 24735/99, odluka od 8. jula 1999. godine); kao i lecima ubaćenim u Źkolske ormariće (*Vajdeland and Others v. Sweden*, predstavka br. 1813/07, odluka od 9. februara 2012. godine) i lecima politićke stranke (*Féret v. Belgique*, predstavka br. 15615/07, odluka od 16. jula 2009. godine).

TakoĊe, kod krivićnog dela rasna i druga diskriminacija nedostaje potpuna odreĊenost radnje na koju je podstrekavanje usmereno. Naime, ono Źto bitno karakteriše ova dva oblika krivićnog dela jeste to Źto podstrekavanje u sadrŹinskom smislu ne obuhvata neposredno navoĊenje na izvršenje krivićnog dela, već je prevashodno usmereno na formiranje ili ućvršćivanje uverenja o ispravnosti odgovarajuće ideje ili na izazivanje ili Źirenje mrŹnje u cilju da dato uverenje, odnosno mrŹnja dovede do donošenja odluke o preduzimanju odreĊenih aktivnosti - da bude pokretać za njihovo preduzimanje. Kako ESLJP istiće, „podsticanje na mrŹnju ne zahteva nuŹno i podsticanje na ćin nasilja ili neku drugu krivićnu radnju (*Féret v. Belgium*, predstavka br. 15615/07, odluka od 16. jula 2009. godine). Naime, reć je o jednoj vrsti „indirektnog” podstrekavanja budući da je delatnost koja ima znaćaj radnje izvršenja odnosno, javno saopštena izjava neposredno usmerena na stvaranje odgovarajuće atmosfere/ambijenta, taćnije rećeno, odgovarajućeg raspoloŹenja/neraspoloŹenja kod neodreĊenog kruga lica kod kojih bi tek u bliŹoj ili daljoj perspektivi trebalo da doĊe do donošenja odluke o preduzimanju odgovarajućih radnji, odnosno do eventualnog vršenja krivićnih dela.³⁶

Za krivićno delo nije znaćajno da li je (zaista) došlo do formiranja ili ućvršćivanja odgovarajućeg uverenja, do izazivanja ili Źirenja mrŹnje i do donošenja odluke o preduzimanju odgovarajućih akata. Krivićno delo postoji i kada je podstrekavanje ostalo bez „oćekivanog” neposrednog ili posrednog dejstva. Dovoljno

na preduzimanje radnji koje predstavljaju odreĊeno krivićno delo, po uzoru na nemaćko rešenje, bude dodatno proširena inkriminisanjem javnog pozivanja na vršenje nekog, bilo kojeg krivićnog dela. Vid. I. Vuković, „Podstrekavanje i javno pozivanje na vršenje krivićnog dela”, *RKK* 2-3/2016, 323–325.

³⁶ N. Jovanćević pak, smatra da jedino (neposredno) podsticanje na rasnu diskriminaciju predstavlja podstrekavanje kao posebno krivićno delo. Vid. N. Jovanćević, *Podstrekavanje – oblik saućesništva i samostalno krivićno delo*, SluŹbeni glasnik, Beograd 2008, 375.

je da je podstrekavanje ostvareno putem javno saopštene izjave koja je objektivno podobna da dovede do formiranja ili učvršćivanja odgovarajućeg uverenja, izazivanja ili širenja mržnje, odnosno donošenja odluke o preduzimanju akata diskriminacije ili akata nasilja i da je data izjava saznata od strane nekog lica. Primera radi, prema stavu ESLJP „govor mržnje” postoji u slučaju isticanja na prozoru stana postera sa fotografijom Kula bliznakinja u plamenu sa ispisanim rečima „Islam van Britanije – zaštititi britanski narod” i precrtanim simbolima polumesece i zvezde (*Norwood v. The United Kingdom*, predstavka br. 23131/03, odluka od 16. novembra 2004. godine). Odgovor na pitanje da li je određena izjava s obzirom na svoju sadržinu objektivno podobna da ostvari neko navedenih dejstava zavisi od okolnosti konkretnog slučaja i svakako je potrebno da odražava „pravu meru” odstupanja od ustavom garantovane slobode izražavanja.³⁷ Tako je primera radi, ESLJP zaključio da nije postojao „govor mržnje” kada je turski državljanin muslimanske veroispovesti iznosio svoje ekstremne religijske stavove u televizijskoj emisiji u kojoj su bila suprotstavljena različita mišljenja o ulozi religije u društvu (*Gündüz v. Turkey*, predstavka br. 35971/97, odluka od 4. decembra 2003. godine), zatim u slučaju objavljene pesme koja je sadržala pojedine delove „sa agresivnom sadržinom” jer je bilo utvrđeno da je reč o izrazu unutrašnjih osećanja autorke (*Karatas v. Turquie*, [GC], predstavka br. 23168/94, odluka od 8. jula 1999. godine) kao i u novinskom članku za koji je konstantovano da je njegova svrha bila ispitivanje mogućih uzroka koji su doveli do istrebljenja Jevreja i da kao takav ne sadrži napad na njihova verska uverenja (*Giniewski v. France*, predstavka br. 64016/00, odluka od 31. januara 2006. godine). Suprotno tome, ESLJP je stao na stanovište da je govor mržnje prema muslimanskoj manjini bio sadržan u političkom govoru i da takav vid govora nije zaštićen odredbom čl. 10 EKLJP, posebno imajući u vidu ulogu govornika i njegov status u društvu (*Jean - Marie Le Pen v. France*, predstavka br. 18788/09, odluka od 7. maja 2010. godine). U istom smislu je i stav ESLJP u kojem se naglašava „da je borba protiv svih vidova netolerancije sastavni element zaštite ljudskih prava, tako da je od krucijalnog značaja za političare da u svom javnom diskursu izbegavaju ekspresije koje raspiruju netoleranciju” (*Erbakan v. Turkey*, predstavka br. 59405/00, odluka od 6. jula 2006. godine). Za krivično delo takođe nije neophodno da u konkretnom slučaju postoje objektivne mogućnosti za preduzimanje aktivnosti koja predstavlja krajnji cilj podstrekavanja - posledica je apstraktna opasnost i otuda nije bitno da li je došlo do ugrožavanja i u kom stepenu, nego da li je ugrožavanje bilo moguće. *Ratio legis* zakonskog rešenja sadržan je u činjenici da je izjava odgovarajuće sadržine upućena neodređenom krugu lica i da je neizvesno da li će i u odnosu na koji broj lica biti ostvaren krajnji cilj na koji je izjava usmerena - donošenje odluke o preduzimanju akata diskriminacije ili akata nasilja. Neophodan kvantum

³⁷ Kada je reč o praksi ESLJP treba istaći da je ovaj sud davno stao na stanovište da odredbu čl. 17 Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: EKLJP) treba tumačiti tako da „niko ne može da se pozove na pravo na slobodu misli u svrhu uništavanja slobodnog, demokratskog poretka koji je zaštićen Konvencijom” (*Lawless v. Ireland*, predstavka br. 332/57, odluka od 1. jula 1961. godine).

opasnosti objektivnog neprava ova dva oblika krivičnog dela ne proizlazi isključivo iz sadržine izjave kojom se podstrekavanje vrši, već iz celokupnog konteksta koji obuhvata sledeće: a) izjavu odgovarajuće sadržine, b) izjava je upućena, dostupna neodređenom krugu lica i v) izjava je saznata od strane nekog lica. Krivično delo podrazumeva kako uspelo podstrekavanje – odgovarajuću odluku, tako i neuspelo podstrekavanje – izostanak odgovarajuće odluke. Rečeno implicira da izjava odgovarajuće sadržine koja je upućena neodređenom krugu lica svakako mora biti saznata od strane nekog lica/adresata. Ovo iz razloga što podstrekavanje neodređenog kruga lica na nedovoljno određenu radnju, a koje nije saznato, takođe, ne ostvaruje stepen opasnosti koji opravdava inkriminisanje.³⁸

Peti oblik krivičnog dela (čl. 387 st. 5) unet je 2016. godine. Osnov za propisivanje jeste Okvirna odluka EU 2008/913/JHA od 28. novembra 2008. godine o borbi protiv određenih oblika i izraza rasizma i ksenofobije putem krivičnog prava. Radnja izvršenja alternativno je propisana i može se sastojati u: a) odobravanju genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili članova grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti; b) negiranju postojanja genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili članova grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti ili v) značajnom umanjivanju težine genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili članova grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti. Objektivno nepravo krivičnog dela se iscrpljuje u radnji izvršenja koja se sastoji u izjavi odgovarajuće sadržine koja mora biti data javno – tako da postoji mogućnost da sa izjavom (njenom sadržinom) bude upoznat neograničen krug individualno neodređenih lica. Data izjava treba da bude saznata od strane jednog ili više lica. Prema zakonskom tekstu postojanje krivičnog dela zahteva ispunjenost još jednog uslova – da je izjava data na način koji može dovesti do nasilja ili izazivanja mržnje prema zaštićenoj grupi ili njenom članu. Budući da je u pitanju generalna klauzula ispunjenost ovog uslova treba ceniti u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja. Naime, zakonodavac propisuje da je za krivično delo potrebno da radnja izvršenja poseduje odgovarajući „potencijal” u smislu da je podobna da neposredno ili posredno preko emocije – mržnje – ostvari odgovarajući uticaj na volju u smislu donošenja odluke o preduzimanju akata nasilja prema zaštićenoj grupi ili njenom članu. Pri tome, samo krivično delo ne zahteva da je u konkretnom slučaju došlo do nasilja ili izazivanja mržnje prema zaštićenoj grupi ili njenom članu. Osim na ovaj način određene radnje izvršenja, dovršeno krivično delo podrazumeva postojanje još jedne okolnosti koja

³⁸ Kada je reč o krivičnom delu javno pozivanje na vršenje krivičnih dela (§ 111 StGb) kod kojeg se osnov kažnjavanja takođe ogleda u posebnoj opasnosti načina izvršenja, nemačka krivičnopravna doktrina stoji na stanovištu da je krivično delo dovršeno davanjem izjave koja je upućena neodređenom krugu lica, koja je usmerena na njihovo motivisanje i koja ima ili barem može da ostavi utisak ozbiljnosti. Za dovršeno krivično delo se pri tome, ne zahteva da izjava bude saznata od strane nekog adresata, niti da je on razume. Lackner, Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2007, 599–600.

u kontekstu zakonskog opisa ima značaj objektivnog uslova inkriminacije i stoga ne mora biti obuhvaćena krivicom učinioaca, a sastoji se u tome da su krivična dela čije se izvršenje javno odobrava, negira ili značajno umanjuje njihova težina utvrđena pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda. Važno je istaći da pod pojmom „suda u Srbiji” treba razumeti sud koji je deo pravosudnog sistema Republike Srbije, a pod „Međunarodnim krivičnim sudom” jedino međunarodni sud koji je 1998. godine osnovan u Rimu. Intencija zakonodavca je bila da inkriminiše isključivo izjavu koja se odnosi na genocid kao konkretno i pravnosnažno presuđeno krivično delo i koja je s obzirom na način na koji je data podobna da neposredno ili posredno, preko mržnje podstrekne na diskriminatorски zasnovane akte nasilja.³⁹

Sledstveno rečenom, ovaj oblik krivičnog dela postoji ukoliko je izjava odgovarajuće sadržine javno saopštena na način koji može dovesti do nasilja ili izazivanja mržnje prema zaštićenoj grupi ili njenom članu. Razlika između petog i trećeg, odnosno četvrtog oblika krivičnog dela sastoji se u tome što je kod trećeg i četvrtog oblika u pitanju izjava koja je po svojoj sadržini objektivno podobna da dovede do formiranja ili učvršćivanja odgovarajućeg uverenja, izazivanja ili širenja mržnje, odnosno donošenja odluke o preduzimanju akata diskriminacije ili akata nasilja. Drugim rečima, u pitanju je izjava koja „obezbeđuje” apstraktnu opasnost za zaštićeno dobro, to jeste, stvara mogućnost njegovog konkretnog ugrožavanja. Tu postoji neoboriva pretpostavka mogućnosti nastanka konkretne opasnosti za zaštićeno dobro. Kod petog oblika pak, sama sadržina izjave nema potreban „potencijal” i kao takva ne može da ostvari odgovarajući uticaj na druge, te je stoga neophodno da bude data na način koji je čini podobnom da neposredno ili posredno, preko mržnje podstrekne na diskriminatorски zasnovane akte nasilja. Dakle, „tek” način na koji je izjava data čini je podobnom da „prouzrokuje” apstraktnu opasnost za zaštićeno dobro - da stvori mogućnost njegovog ugrožavanja. Jednom rečju, potrebno je da postoji određeni „kvalitet” radnje izvršenja koji je čini podobnom da ostvari određeni „kvantitet” moguće opasnosti. Ukoliko radnja ne poseduje traženi kvalitet tada nije opravdano takozvano, „preventivno” kažnjavanje koje karakteristično za krivična dela apstraktno opasnosti. Za razliku od trećeg i četvrtog oblika krivičnog dela kod kojih je pretpostavka da je preduzimanjem radnje izvršenja stvoreno opasno stanje apsolutna ovde je pak, pretpostavka oboriva i otuda radnja izvršenja „prelazi” u delikt apstraktnog ugrožavanja samo ako je realizovana na odgovarajući način.⁴⁰

³⁹ Vid. takođe, M. Škulić, „Zločin negiranja/odobranja/umanjenja zločina, Istorijski kontekst; krivično zakonodavstvo Srbije i ‘paralele’ sa nemačkim krivičnim pravom”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2021, 58–63.

⁴⁰ Kako se navodi, za krivično delo ometanje javnog mira putem pretnje (§ 126 StGb) „dovoljno je da je pretnja, koja je upućena određenom licu ili određenim licima, u zavisnosti od konkretnih okolnosti, podobna da kod dela građana stvori opravdanu zabrinutost da će biti izvršeno krivično delo kojim se preti i da će na taj način biti poremećeno stanje mira ili vera u njegov kontinuitet”. Lackner, Kühl, 626. O krivičnom delu iz čl. 387 vid. više, N. Delić, „Krivično delo rasna i druga diskriminacija (čl. 387 KZ) – Preciziranje granica krivičnopravne zaštite”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Deseti deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2020, 108–130. Vid. takođe, N. Delić, (2023), 430–440.

Prema zakonskom tekstu značaj kvalifikatornih okolnosti kod teškog ubistva pored ostalih, mogu imati i odgovarajući motivi/pobude – *teško ubistvo iz niskih pobuda* (čl. 114 st. 1 t. 5). Jezičko tumačenje govori da zakonodavac kod ovog oblika teškog ubistva kao relevantne propisuje niske pobude/motive. U okviru genusnog pojma niskih motiva izdvojeni su motiv koristoljublja i motiv bezobzirne osvete. Generalna klauzula „druge niske pobude” daje mogućnost da kao teško ubistvo bude kvalifikovano i svako drugo ubistvo koje je učinjeno iz niskih pobuda. Da li se radi o niskoj pobudi odlučuje sud u svakom konkretnom slučaju imajući u vidu kvalitet, tj. konkretni pojavni oblik niske pobude i relevantne norme vladajućeg morala. Dakle, i ovde se, kao i u prethodnim slučajevima, polazi od usvojenih socijalno-etičkih i moralnih pogleda i stavova. Niske pobude su pojam koji je krivičnim zakonodavstvom normiran, ali socijalno-etički determinisan.⁴¹

Prema jednom mišljenju, motivi koristoljublja i bezobzirne osvete su posebno navedeni jer se u praksi najčešće javljaju.⁴² Prema drugom, po nama prihvatljivom mišljenju, koje potiče iz starije literature, ovde su kao kvalifikatorne okolnosti posebno izdvojeni niski motivi koji su u direktnoj suprotnosti sa normama vladajućeg društvenog morala. Drugim rečima, to su motivi koji su u moralnom pogledu uvek niski, bez obzira na kontekst u kome se javljaju, dok druge niske motive čine oni koji u svakom slučaju podležu oceni i njihova kvalifikacija zavisi od konkretnih okolnosti.⁴³ Kako se navodi u vezi teškog ubistva iz drugih niskih pobuda „niske pobude su motivi koji ne mogu biti dostojni čoveka i koji su u suprotnosti sa društvenim shvatanjima morala, tj. izražavaju izuzetnu moralnu niskost učinioca” (VS u Užicu K. 9/12). Iako ima mišljenja da se niske pobude ne mogu unapred odrediti i da to predstavlja faktičko pitanje prilikom čijeg utvrđivanja sud mora uzeti u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja,⁴⁴ odnosno da odgovor na pitanje koje se moralno negativne pobude mogu smatrati niskim pobudama kao kvalifikatornim okolnostima pretpostavlja odgovarajuće vrednovanje i primena ove norme zavisi od stava suda,⁴⁵ u literaturi i sudskoj praksi se pod niskim pobudama uglavnom smatraju: „mržnja, zavist,⁴⁶ pakost i

⁴¹ Vid. D. Kolarić, *Krivično delo ubistva*, Službeni glasnik, Beograd 2008, 238.

⁴² Vid. B. Simonović, *Kriminološki, krivičnopravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti motiva krivičnog dela*, DD, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 1991, 524–525.

⁴³ Z. Simić, „Pojam niskih pobuda”, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/1967, 94.

⁴⁴ M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo Posebni dio*, Pravni fakultet u Banja Luci, Banja Luka 2013, 52.

⁴⁵ Z. Stojanović, 448.

⁴⁶ Zavist je osećanje koje se javlja kada jedno lice procenjuje da neko drugi nezasluzeno ima vrednost na koju to lice polaže isto ili veće pravo. Svrha zavisti je da motiviše na ponašanje koje će voditi izjednačavanju razlika u ličnoj i socijalnoj vrednosti između tog lica i nekog drugog. Zavist se manifestuje kao želja za nečim što drugi poseduje, za dobrom koje ima neko drugi. Može se zavideti na materijalnom dobru, na ukazanoj počasti, na veštini ili znanju kao i na određenom kvalitetu poput lepote, snage ili inteligencije. Međutim, za razliku od želje za nečim što ima neko drugi, zavist nije relacija samo prema dobru koje drugi poseduje, već prema drugome kao osobi, prema biću drugog. Neko zavidi kada procenjuje da drugo lice nema pravo na određeno dobro, odnosno da onaj ko zavidi ima jednako ili veće pravo na isto dobro. U osnovi želje za dobrom drugog jeste nastojanje da se u odnosu na drugog ne bude u inferiornom položaju i u tom smislu zavist jeste socijalno osećanje koje je povezano sa stvarnim ili umišljenim statusom u društvenoj hijerarhiji. Osećanje zavisti govori da u odnosu na drugo lice postoji odnos međusobnog upoređivanja i takmičenja kao i mogućeg neprijateljskog odnosa. Zavist

netrpeljivost⁴⁷” (OS u Zrenjaninu K. 50/09).⁴⁸ U pitanju su tzv. negativne emocije koje u vidu motiva određuju ljudsko ponašanje. Ono što povezuje navedene emocije jeste činjenica da imaju svoju unutrašnju logiku i svrhu, ali su zasnovane na pogrešnim premisama, tj. na iskrivljenim pretpostavkama o sebi i drugima.⁴⁹

Prema stavovima sudske prakse ubistvo iz niskih pobuda postoji u sledećim slučajevima: kada je okrivljeni lišio života sada pokojnog oštećenog zbog izgubljene parnice koju je sa njim dugo vodio (AS u Beogradu Kž.1 1404/13) i kada je okrivljeni lišio života sada pokojnog oštećenog da bi zasnovao zajednicu života sa njegovom suprugom (VSS Kž. 192/92), Međutim, „kada je okrivljena lišila života novorođenče zato što po njenim rečima `žensku decu treba maknuti` da ne bi živela loše kao što je ona živela, misleći pri tome na odnos koji je imala sa svojim ocem, ne može se smatrati da je krivično delo učinjeno iz niskih pobuda” (VS u Užicu K. 9/12).

Kada je reč o ubistvu iz ljubomora,⁵⁰ sud najviše instance stoji na stanovištu „da se ljubomora sama po sebi ne može smatrati niskom pobudom” (VSS Kž.I 982/70) i „da bi se bilo koja pobuda za izvršenje krivičnog dela mogla smatrati niskom potrebno je da sama za sebe predstavlja motivaciju koja se i objektivno može tretirati kao niska” (VSS Kž.I 51/71).⁵¹ U skladu sa navedenim je i stav istog suda da ljubomora ne predstavlja pobudu za izvršenje krivičnog dela, već duševno (psihičko) stanje čoveka i da pobude za izvršenje krivičnog dela proizlaze iz osećanja koja prate ljubomoru, što znači da je kod krivičnog dela ubistva nužno utvrditi „da je iz ljubomora proistekla pobuda koja se može podvesti pod pojam niskih pobuda” (VSS Kž. 1817/65).

S tim u vezi interesantno je na koji način sudovi kvalifikuju ubistvo koje izvrši ostavljeni emotivni partner. U većini slučajeva smatra se da je u pitanju teško ubistvo iz niskih pobuda, na primer, kada je okrivljeni lišio života sada pokojnu oštećenu zato što je odbila da sa njim nastavi zajednicu života (AS u Beogradu Kž.1 246/10), kada je okrivljeni lišio života sada pokojnu oštećenu jer

po pravilu pokreće takmičenje (može biti konstruktivno) i imitiranje, ali i ponašanja koja mogu biti destruktivna. Destruktivna zavist je ona koja vodi uništenju ili oduzimanju dobra zbog kojeg se zavidi. Destruktivna zavist je po svojoj prirodi neadekvatna/negativna zavist. Z. Milivojević, 424–427.

⁴⁷ Kao što je prethodno rečeno, netrpeljivost po svojoj prirodi predstavlja vid/način izražavanja emocija.

⁴⁸ D. Kolarić (2008), 238. i N. Mrvić-Petrović, 35.

⁴⁹ U starijoj literaturi nailazimo na stav da lišenje života zbog nacionalnog šovinizma predstavlja ubistvo iz niskih pobuda (F. Bačić, Z. Šeparović, *Krivično pravo Posebni dio*, Informator, Zagreb 1997, 53). J. Ćirić kao ubistvo iz niskih pobuda navodi i ubistvo zbog političke ili homoseksualne orijentacije (J. Ćirić, *Knjiga o mržnji, sa reči na dela... Od govora do zločina mržnje*, Službeni glasnik, Beograd 2021, 205). Mišljenja smo da u navedenim slučajevima nije reč o posebnim niskim pobudama i da značaj motiva takođe ima odgovarajuća negativna emocija – mržnja proistekla iz diskriminatornog stava prema određenim društvenim grupama. Vid. N. Delić, (2016), 136–137.

⁵⁰ „Ljubomora je vid straha koji se odnosi na želju da sačuvamo za sebe nešto (nekog) što posedujemo i ona ne nastaje iz snage razloga koja nas navodi da sudimo kako to možemo izgubiti, već iz velike vrednosti koje mu pripisujemo.” (R. Dekart, *Strasti duše*, Grafos, Beograd 1987, 89). O „bezvremenosti”, univerzalnosti i suptilnosti Dekartovog određenja ljubomora (kao i drugih emocija) vid. više D. Irons, „Descartes and Modern Theories of Emotion”, *The Philosophical Review*, May 1895, Vol. 4, No. 3, 291–302.

⁵¹ Upor. D. Jovašević, *Krivično pravo Posebni dio*, Dosije, Beograd 2017, 27.

nije pristala da nakon raskida bude sa njim ponovo u vezi (AS u Novom Sadu Kž.1 342/17) i kada je okrivljeni lišio života sada pokojnu oštećenu zato što više nije želela da bude sa njim u ljubavnoj vezi (VS u Zrenjaninu 3K. 77/13). Međutim, nailazimo i na stav da je reč o teškom ubistvu iz bezobzirne osvete kada je okrivljeni lišio života svoju bivšu devojkicu koja je odbila da se uda za njega i zasnovala bračnu zajednicu sa drugim (VSJ Kž. 29/73) i odluku u kojoj je sud prilikom odmeravanja kazne za ubistvo iz čl. 113 KZ kao otežavajuću okolnost uzeo motiv niske pobude okrivljenog koji je lišio života sada pokojnu oštećenu zato što ga je napustila i zasnovala vanbračnu zajednicu da drugim licem (OS u Požarevcu K. 128/08).

Nadalje, zajedničko mržnji, zavisti i netrpeljivosti jeste to što su sve navedene negativne emocije usmerene na biće drugog lica, a ne na njegovo ponašanje. Ono što mržnju kvalitativno diferencira u odnosu na zavist i netrpeljivost jeste činjenica da osećanje mržnje po pravilu rezultira destrukcijom koja je usmerena prema drugom licu, dok je kod zavisti destrukcija primarno usmerena prema dobru drugog lica, a kod netrpeljivosti postoji (samo) potencijalna negativna agresivnost. Međutim, zavist i netrpeljivost u konkretnom slučaju mogu biti povezane sa mržnjom. Naime, u mnogim slučajevima zavist se pretvara u mržnju u čijoj osnovi je personalizacija stečenog dobra drugog lica, a proaktivna antipatija kao znak većeg stepena neprijateljstva takođe pretpostavlja mržnju. Tada, posmatrano u celini, odgovarajuće motivaciono dejstvo ostvaruje specifičan emotivni splet u kojem mržnja dominira i postaje neposredni (glavni) motiv za lišenje života nekog lica. Sve navedeno govori u prilog zaključku da je među negativnim emocijama mržnja praktično jedina koja može imati značaj niske pobude u kontekstu krivičnog dela teškog ubistva jer sve druge prisutne negativne emocije kod ovog krivičnog dela svoje dejstvo ostvaruju tako što se kroz složene psihičke mehanizme povezuju sa mržnjom, odnosno na određen način „prerastaju” u mržnju kao emociju koja je podobna da u najvećoj mogućoj meri „dehumanizuje” drugo lice i bude izražena na socijalno neadekvatan i istovremeno destruktivan način. Drugim rečima, od svih negativnih emocija samo je mržnja suštinski jednoznačna i podobna da motiviše na lišenje života omrznutog lica.⁵²

Ovde isto tako treba pomenuti da je suštinska razlika između ljubomore i prethodno objašnjениh emocija u tome što ljubomora nije usmerena na biće drugog lica, već na njegovo ponašanje. Međutim, jednako kao zavist i netrpeljivost, ljubomora može biti tesno povezana sa mržnjom jer je mržnja jedan od tipičnih načina na koji se izražava ljubomora. Tada ljubomora, odnosno mržnja i sa mržnjom povezana destrukcija mogu biti usmereni prema voljenoj osobi, prema rivalu ili prema oboma i dovesti do ubistva.⁵³

⁵² U istom smislu vid. J. Ćirić, „Zločini mržnje – američko i balkansko iskustvo”, TEMIDA 4/2011, 30–31. Upor. Z. Stojanović, 448.

⁵³ O krivičnom delu iz čl. 114 KZ vid. više, N. Delić, „Nekoliko dilema u vezi kvalifikatornih okolnosti krivičnog dela teškog ubistva (čl. 114 KZ)”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2021, 92–120. Takođe vid. N. Delić, (2023), 25–45.

Prethodno navedeno takođe važi za jaku razdraženost kod *ubistva na mah* (čl. 115). Jaka razdraženost u kojoj se nalazi učinilac ubistva kao obeležje bića ovog krivičnog dela predstavlja pravni pojam (AS u Beogradu Kž.1 561/14). Jaka razdraženost nastaje usled odgovarajućeg afekta koji predstavlja medicinski pojam i označava snažnu i kratkotrajnu emociju/osećanje.⁵⁴ Tako se pojam razdraženost u jezičkom smislu prevashodno vezuje za ljutnju i bes,⁵⁵ u krivičnom pravu su za jaku razdraženost značajna dva afekta. Prvi - afekat osećanja ljutnje,⁵⁶ koji se naziva bes ili srdžba i drugi - afekat osećanja mržnje, koji se naziva gnev ili furor. U navedenom smislu se u vezi osećanja ljutnje i afekta besa izjašnjava i sudska praksa (AS u Beogradu Kž.1 15/14). Kako se ističe, „jaka razdraženost kao pravni termin odgovara psihijatrijskom terminu afekta besa visokog intenziteta koji se u narodu označava izrazom `pao mi mrak na oči`” (VS u Kragujevcu 4K. 66/15). U sudskim odlukama se uglavnom navodi da se „okrivljeni nalazio u stanju povišene emocionalne napetosti sa psihološkim sadržajem afekta besa visokog intenziteta” (VS u Beogradu K. 33/20, K. 101/20 i VKS Kzz. 1015/14) ili da je reč o „paralelnim” afektima, među kojima je i afekat besa, npr. „okrivljeni se nalazio u stanju intenzivnog afekata straha i afekta besa” (VS u Beogradu K. 608/16).

Za razliku od mržnje, odnosno gneva, ljutnja, odnosno bes, nije usmeren prema biću drugog lica, nego prema njegovom ponašanju i ne dovodi do destrukcije, već, kao vid samoizražavanja, podrazumeva potencijalnu agresivnost. Takođe, ljutnja se može javiti i izraziti prema voljenoj osobi, ona je spojiva sa osećanjem ljubavi, što nije slučaj sa mržnjom koja negira svaki vid dobrote objekta mržnje. Nadalje, nasilje koje proizlazi iz ljutnje, odnosno besa je po

⁵⁴ „Pod afektom treba razumeti osećajno stanje koje je, sa jedne strane, obeleženo приметnom telesnom manifestacijom, a sa druge, stvarnim smetnjama u misaonom toku. U skladu sa Bojlerovim stavom treba razlikovati osećanje od afekta, iako je prelaz osećanja u afekat vrlo lak jer svako osećanje, čim dospe do izvesne jačine, prelazi u afekat. Glavna razlika između osećanja i afekta sastoji se u tome što osećanjem samovoljno raspolažemo, dok se sa afektom to po pravilu ne događa. Takođe, kod osećanja vidljive telesne manifestacije uglavnom izostaju ili su slabog intenziteta, dok su kod afekta izrazito naglašene”. K. G. Jung, *Psihološki tipovi*, Nova knjiga, Beograd-Podgorica, 2016, 347.

⁵⁵ Razdraženost – ljutnja, ljutitost, bes, srditost. Grupa autora, redaktor M. Nikolić, 1116.

⁵⁶ Ljutnja je neprijatno osećanje koje nastaje kada neko procenjuje da se drugi neopravdano ponašanja na način koji ugrožava neku njegovu vrednost (dobro) i kada procenjuje da je sposoban da se tome suprotstavi i smatra da na to ima pravo. Izražavanje ljutnje za primarnu funkciju ima promenu ponašanja drugog, ljutnja nije usmerena na njegovo biće. Cilj ljutnje je da kod drugog izazove osećanje neprijatnosti i da motiviše na promenu ponašanja. Pri tome, lice na koje je usmerena ljutnja može da reaguje na neki od sledećih načina: a) osećanjem krivice ili osećanjem straha; b) „kontra-ljutnjom” ili c) prkosom. Ukoliko drugi promeni svoje ponašanja i uskladi sa postavljenim zahtevima, prestaje razlog za ljutnju. Kada ljutnja, kao vrsta informacije upućena drugom da promeni svoje ponašanje, ne postigne svrhu, tendenciozno se pojačava i taj proces naziva se eskalacija ljutnje. Signali ljutnje idu od neverbalnih manifestacija ljutnje (pojačavanje intenziteta glasa ili prilaženje drugom) ka verbalnim i najzad fizičkim. Ignorisanje početnih signala ljutnje dovodi do jačanja njenog intenziteta, tako da na kraju ljutnja prerasta u afekat ljutnje, tj. bes. Bes može da dovode do nasilja kao vida neefikasnog izražavanja ljutnje. Cilj nasilja koje „izvire” iz besa je isti kao cilj ljutnje – da kod drugog izazove strah i na taj način utiče na njega da promeni svoje ponašanje. Nasilje koje je rezultat besa po svojoj prirodi nije usmereno na povređivanje drugog, već na zastrašivanje u cilju promene ponašanja. Smatra se da osećanje ljutnje izvorno potiče iz osećanja iritacije i osećanja frustracije – ljutnja se javlja kao vrsta reakcije na iritaciju ili frustraciju. Shodno tome, ljutnja predstavlja tzv. meta-emociju. Z. Milivojević, 353–356.

svom dejstvu uvek ograniĉeno, cilj nije da drugi bude uništen veĉ da promeni ponašanje – nasilje je usmereno na zastrašivanje radi promene ponašanja. Zbog toga je kod ljutnje, odnosno besa, eventualno ispoljeno nasilje primarno usmereno na predmete. Ukoliko osećanje ljutnje, odnosno besa dovede do nasilja prema drugom licu, ono je po svojoj prirodi takvo da treba da zaplaši, ali ne da uništi drugo lice (s tim što fiziĉko nasilje uvek sa sobom nosi rizik da eskalira). Jednom reĉju, razlika izmeĉu osećanja ljutnje i osećanja mrŕnje, odnosno besa i gneva ogleda se u njihovoj razliĉitoj logici i u kvalitativno drugaĉijim naĉinima objektivnog manifestovanja – agresivnost i destruktivnost. Još je Aristotel ukazivao da je „cilj ljutnje neugodnost, a cilj mrŕnje zlo. Ljutit ĉovek nastoji da se njegova ljutnja oseti, prepozna i u mnogim sluĉajevima ljutit ĉovek moŕe da prašta, a onaj ko mrzi nikada ne prašta jer on ŕeli da drugi nestane.”⁵⁷ Otuda se moŕe zakljuĉiti da osećanje ljutnje, odnosno besa sam po sebi ne dovodi do lišenja ŕivota drugog lica i da je ovde, takoĉe, potrebno da se osećanje ljutnje „transformiše” u osećanje mrŕnje, tj. da bes preĉe u gnev - da se na taj naĉin ova dva osećanja funkcionalno poveŕu. Kao i kod teškog ubistva iz niskih pobuda, u ovako nastalom emotivnom spletu mrŕnja, odnosno gnev po prirodi stvari dobija dominantnu ulogu i rezultira destrukcijom u vidu lišenja ŕivota drugog lica.⁵⁸

4. Umesto zakljuĉka

Umesto zakljuĉka, na ovom mestu biĉe apostrofirano (samo) nekoliko znaĉajnih pitanja koja su okupirala paŕnju J. Ćirića tokom sveobuhvatne i produbljene multidisciplinarnе teorijske obrade fenomena mrŕnje „uopšte” i govora mrŕnje, a sadrŕinski su povezana sa prethodno iznetim.

Baveći se *pro et contra* odredbom ĉl. 54a u kojoj je predviĉena *posebna okolnost za odmeravanje kazne za kriviĉno delo uĉinjeno iz mrŕnje*, J. Ćirić uoĉava da se u zakonskom tekstu ne pominje pretpostavljena pripadnost nekoj od zaštićenih druŕstvenih grupa i postavlja pitanje da li je izostavljanje sintagme pretpostavljena pripadnost rezultat propusta i tehniĉke greške zakonodavca ili je reĉ o neĉemu drugom. Zakljuĉak koji sledi govori da ovde prednost treba dati teleoloŕskom tumaĉenju i autor stoji na stanoviŕtu da je opravdano oĉekivati da ĉe sudska praksa iĉi u datom pravcu.⁵⁹

Prilikom razmatranja *kriviĉnog dela izazivanje nacionalne, rasne i verske mrŕnje i netrpeljivosti* J. Ćirić, pored ostalog, paŕnju posvećuje posledici koja se sastoji u stvaranju ili produbljivanju nacionalne, rasne i verske mrŕnje i

⁵⁷ Aristotel, *Retorika*, Naprijed, Zagreb, 1989, 96.

⁵⁸ O kriviĉnom delu iz ĉl. 115 KZ vid. viŕe, N. Delić, „Kriviĉno delo ubistvo na mah (ĉl. 115 KZ)”, u: *Primena prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 34. Susreta Kopaoniĉke škole prirodnog prava Slobodan Perović, Tom 1*, (ur. J. Perović-Vujaĉić), Kopaoniĉka škola Prirodnog prava - Slobodan Perović, Beograd 2021, 91–125. Vid. takoĉe, N. Delić, (2023), 43–53

⁵⁹ J. Ćirić (2021), 199–201.

netrpeljivosti i u datom kontekstu najpre otvara pitanje na koji način se utvrđuje nastupanje posledice ako mržnja, odnosno netrpeljivost nije manifestovana u realnosti u vidu konkretnih akcija i aktivnosti. Na prvo pitanje nadalje se nadovezuju pitanje kako se meri stepen mržnje i netrpeljivosti, da li ocena zavisi od onoga ko posmatra i ocenjuje, što prema stavu autora dovodi do niza dilema i istovremeno daje mogućnost zloupotrebe. Osim toga, ističe se da mržnja u realnosti može biti manifestovana i na krajnje poguban način (rat), u kom slučaju je onemogućena primena inkriminacije i time, pod određenim okolnostima, ona postaje „paradoksalna”. Interesantno viđenje date problematike autor takođe iznosi kada govori o vršenju ovog krivičnog dela uvredom, posebno ako je uvreda povezana sa nacionalnim ili verskim svojstvima onoga kome je upućena - pasivnog subjekta.⁶⁰

Težište teorijske obrade *krivičnog dela rasna i druga diskriminacija* J. Ćirić stavlja na fenomen negiranja zločina koji kritički posmatra u kontekstu slobode govora i drugih demokratskih sloboda.⁶¹

Zakonski opis krivičnog dela *teškog ubistva iz niskih pobuda* J. Ćirić povezuje sa odredbom čl. 54a i uočava da je kod ovog oblika teškog ubistva motiv mržnje stavljen u „isti koš” sa preostalim niskim pobudama i time na neki način „potisnut”, dok u odredbi čl. 54 zakonodavac mržnju ističe u prvi plan, što svakako ima svoje kriminalno-političko opravdanje budući da se tom odredbom pruža pojačana zaštita posebno osetljivim društvenim grupama nezavisno od vrste i prirode učinjenog krivičnog dela. Nadalje, prilikom preispitivanja pojedinih niskih pobuda kod teškog ubistva, autor konstatuje da ubistvo nekog lica zbog njegove političke orijentacije predstavlja ubistvo iz niskih pobuda, ali da nanošenje teških telesnih povreda iz istih pobuda ostaje „nepokriveno”, s obzirom na to da kod ovog krivičnog dela niske pobude nisu predviđene kao kvalifikatorna okolnost i da politička orijentacija (za razliku od recimo, seksualne orijentacije) ne ulazi u okvir opšte norme sadržane u odredbi čl. 54a.⁶²

Prilikom analize *krivičnog dela ubistva na mah* fokus interesovanja J. Ćirića usmeren je na jaku razdraženost učinioaca izazvanu teškim vređanjem i autor dolazi do pitanja kolika treba da bude „snaga” izgovorene reči da bi kod učinioaca izazvala afektivno stanje koje će dovesti do lišenja života. Istovremeno autor se bavi i viktimoškim aspektom ovog krivičnog dela, tačnije rečeno, sekundarnom viktimizacijom žrtava, sa posebnim akcentom na medijski eksponirane slučajeve.⁶³

⁶⁰ *Ibid.*, 88–94.

⁶¹ *Ibid.*, 203–204.

⁶² *Ibid.*, 140–142.

⁶³ *Ibid.*, 32 i 93–95.

Nataša DELIĆ

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

Dragana KOLARIĆ

Full Professor

University of Criminal Investigation and Police Studies and Judge of Constitutional Court of the Republic of Serbia

MARGINALIA ON HATRED IN SERBIAN CRIMINAL LAW

Summary

This paper is concerned with the complex question of the significance of hatred in criminal law. In 2012, hatred was separated from the general "motives due to which the offence was committed" and proscribed as a mandatory extenuating circumstance in the Criminal Code of the Republic of Serbia. Therefore, the first part of this paper focuses on the general legal norms regarding the influence of hatred on punishment: as a facultative aggravating circumstance (art. 54 par. 1 CC) and as a mandatory aggravating circumstance (art. 54a CC). Theoretical considerations are backed up with brief excerpts from illustrious decisions of domestic courts and the European Court of Human Rights, along with a few proposals de lege ferenda. Since the two key terms of article 54a are hatred – a kind of negative emotion – and discriminatory attitude – a kind of prejudice – the legal analysis should be connected to relevant psychological knowledge. The second part of the paper is focused on the legislative descriptions of certain criminal offences that explicitly contain hatred as their element, these offences being: instigating national, racial and religious hatred and intolerance (art. 317 par. 1 CC), violent behavior during a sports event or public gathering (art. 344a par. 1 CC), and racial and other discrimination (art. 387 par. 3, 4 and 5 CC). Instead of a conclusion, the paper annotates a few significant questions which are relevant to the aforementioned topics and which have attracted the attention of J. Ćirić in his thorough multidisciplinary work on the phenomena of hatred "in general" and hate speech.

Key words: Sentencing. – Extenuating and aggravating circumstances. – Hatred, discriminatory attitude. – Hate crime. – Instigating national, racial and religious hatred and intolerance. – Violent behavior during a sports event or public gathering. – Racial and other discrimination.

APENDIX

MRŽNJA U PRAKSI USTAVNOG SUDA SRBIJE I ESLJP - izabrani stavovi u vezi s pripadnošću pasivnog subjekta određenoj/osetljivoj društvenoj grupi

Ustavni sud Srbije je samo u jednoj odluci skrenuo pažnju na značaj mržnje i to u specifičnom kontekstu koji karakteriše pretpostavljena seksualna orijentacija podnosioca ustavne žalbe, tj. pripadnost podnosioca određenoj „osetljivoj” društvenoj grupi.

U Odluci Ustavnog suda UŽ-7951/15 usvojena je ustavna žalba podnosioca i utvrđeno je da radnjama Prvog osnovnog javnog tužilaštva u Beogradu povređeno njegovo pravo na nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta iz čl. 25 Ustava Republike Srbije (u daljem tekstu: URS), u vezi sa načelom zabrane diskriminacije iz čl. 21 URS, dok je u preostalom delu ustavna žalba odbačena.

Osobenost ovog ustavno-sudskog predmeta jeste to što je podnosilac smatrao da tužilaštvo nije sprovelo delotvornu istragu u vezi napada koji je bio izvršen na njega, sa akcentom na okolnost da nije istražen eventualni diskriminatoriski motiv za napad, odnosno da prilikom primene načela oportuniteta krivičnog gonjenja tužilaštvo nije imalo u vidu motiv mržnje na strani napadača, a zbog pretpostavljene seksualne orijentacije podnosioca ustavne žalbe. U Odluci o usvajanju ustavne žalbe UŽ-7951/15, polazeći od prakse ESLJP, Ustavni sud je predmetne pritužbe podnosioca razmotrio u okviru čl. 25 URS, u vezi s odredbom čl. 21 URS budući da garancije iz čl. 21 i 25 URS sadržinski odgovaraju garancijama iz čl. 3 i 14 EKLJP.

U predmetnoj odluci UŽ-7951/15 Ustavni sud je najpre razmotrio da li je čl. 25 URS u konkretnom slučaju primenjiv, odnosno da li je postupanje koje je podnosilac navodno pretrpeo kritičnom prilikom, kada je napadnut, dostiglo minimalni nivo ozbiljnosti potreban za zaštitu shodno čl. 25 URS. Kako se navodi, procena minimalnog nivoa ozbiljnosti je relativna i zavisi od svih okolnosti konkretnog slučaja, najviše od trajanja preduzetog postupanja i njegovih fizičkih i psihičkih dejstava, kao i od motiva i cilja postupanja, a u nekim slučajevima od pola, starosne dobi i zdravstvenog stanja žrtve (videti odluke ESLJP u predmetima Gladović protiv Hrvatske /*Gladovic v. Croatia*, predstavka br. 28847/08, odluka od 10. maja 2011. godine/, st. 34 i Kalašnikov protiv Rusije /*Kalashnikov v. Russia*, predstavka br. 47095/99, odluka od 15. jula 2002. godine/, st. 95). Prema praksi ESLJP, koju je prihvatio Ustavni sud, postupanje se smatra ponižavajućim i podrazumeva primenu čl. 3 EKLJP ako kod žrtve izaziva osećanje straha, tuge i inferiornosti, ako ponižava žrtvu - bez obzira da li je to bio cilj postupanja, ako je usmereno na savladavanje bilo kog vida otpora žrtve, ako deluje na žrtvu tako da je prinuđena da postupa protiv svoje volje ili uverenja i ako se preduzetim postupanjem manifestuje nedostatak poštovanja ili na bilo koji način narušava ljudsko dostojanstvo žrtve (videti odluku ESLJP u predmetu M. C. i A .C. protiv Rumunije /*M. C. and A .C. v. Romania*, predstavka br. 12060/12, odluka od 12. aprila 2016. godine/, st. 108).

Imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja, Ustavni sud je konstatovao da za ocenu pitanja moguće primene čl. 25 URS nije od presudnog značaja težina fizičkih povreda koje je podnosilac zadobio, već psihološke posledice koje su nastupile i osećaj poniženja i nesigurnosti koji se po pravilu javljaju kod takve vrste napada, što istovremeno predstavlja povredu ljudskog dostojanstva podnosioca i shodno tome, može se zaključiti da je ovde bio ostvaren minimalni nivo ozbiljnosti potreban da bi postupanje koje je podnosilac navodno pretrpeo prilikom napada uživalo zaštitu shodno čl. 25 URS, odnosno da je odredba čl. 25 URS primenjiva u konkretnom slučaju.

U obrazloženju Odluke UŽ-7951/15 posebno je istaknuto da, prilikom istrage akata nasilja, kao što je zlostavljanje, državni organi imaju obavezu da preduzmu sve razumne korake u cilju otkrivanja eventualnog diskriminatoriskog motiva, za šta i ESLJP priznaje da predstavlja „težak zadatak”. Ustavni sud dalje ukazuje na to da obaveza države da istraži moguće diskriminatoriske motive za akte nasilja nije apsolutna, već podrazumeva obavezu da se preduzmu mogući koraci u tom cilju. Stoga nadležni državni organi moraju učiniti sve što je razumno u datim okolnostima kako bi prikupili i osigurali dokaze, preduzeli potrebne mere za otkrivanje istine i doneli „dovoljno” obrazložene, nepristrasne i objektivne odluke, bez izostavljanja činjenica koje mogu ukazivati da je nasilje izazvano, na primer, rasnom ili verskom netrpeljivošću ili da je nasilje motivisano rodno zasnovanom diskriminacijom (videti odluke ESLJP u predmetima Načova i drugi protiv Bugarske /*Nachova and others v. Bulgaria*, predstavke br. 43577/98 i 43579/98, odluka od 6. jula 2005. godine/, st. 160; Mudric protiv Republike Moldavije /*Mudric v. Republic of Moldova*, predstavka br. 74839/10, odluka od 16. jula 2013. godine/, st. 60-64 i Identoba i drugi protiv Gruzije /*Identoba and Others v. Georgia*, predstavka br. 73235/12, odluka od 12. maja 2015. godine/, st. 67).

Prema stanovištu ESLJP, koje je bilo značajno za odlučivanje u ovom predmetu, postupanje nadležnih državnih organa na isti način u slučajevima nasilja koje proizlazi iz diskriminatoriskih motiva i nasilja koje nema diskriminatorski „prizvuk”, predstavljalo bi „zatvaranje očiju” u odnosu na specifičnu prirodu diskriminatoriskih motivisanih akata nasilja, koja naglašeno povređuju osnovna prava. Propust da se napravi potrebna razlika prilikom postupanja u situacijama koje su suštinski različite, može predstavljati povredu čl. 14 EKLJP (videti odluke ESLJP u predmetima Begeluri i ostali protiv Gruzije /*Begheluri and Others v. Georgia*, predstavka br. 28490/02, odluka od 7. oktobra 2014. godine/, st. 173 i M. C. i A. C. protiv Rumunije /*M. C. and A. C. v. Romania*, predstavka br. 12060/12, odluka od 20. aprila 2016. godine/, st. 113).

Pored toga što je u praksi ESLJP utvrđena obaveza da se istraži postojanje diskriminatoriskog motiva, odredbom čl. 54a KZ propisano je da će, ako je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog, pored ostalog, seksualne orijentacije, sud tu okolnost ceniti kao otežavajuću okolnost prilikom redovnog odmeravanja kazne (osim ako je propisana kao obeležje krivičnog dela), na šta je YUCOM, u svojstvu

zastupnika podnosioca ustavne žalbe, ukazao pre podnošenja krivične prijave od strane MUP. Štaviše, polazeći od citirane prakse ESLJP, kao i relevantnih međunarodnih instrumenata, Ustavni sud naglašava da je u konkretnom slučaju tužilaštvo bilo u obavezi da istraži postojanje diskriminatornog motiva na strani učinilaca. Pored toga što navedena obaveza jasno proizlazi iz prakse ESLJP i relevantnih međunarodnih instrumenata, Ustavni sud takođe ističe da i domaće pravo pruža dovoljno osnova za zauzimanje navedenog stava, s obzirom na to da iz odredbe čl. 295 Zakonika o krivičnom postupku proizlazi da se u istrazi mogu prikupljati svi dokazi koji bi bili od koristi za postupak, a čije se izvođenje, s obzirom na okolnosti slučaja, pokazuje celishodnim.

Podnosilac ustavne žalbe nije bio zadovoljan odlukom Ustavnog suda budući da nije bila dodeljena naknada nematerijalne štete i zato je podneo predstavku ESLJP, koji „komunicira” predmet 04. septembra 2023. godine postavljajući pitanje da li se podnosilac predstavke i dalje može smatrati žrtvom shodno čl. 3 EKLJP s obzirom da usvojena ustavna žalba kojom je utvrđena povreda prava, ali bez dodeljivanja naknade nematerijalne štete.

Evropski sud za ljudska prava je u velikom broju slučajeva naglašavao da države prilikom „osude” za krivična dela učinjena zbog pripadnosti određenoj društvenoj grupi, na primer, pripadnosti određenoj rasi ili veri, treba da navedu motiv zbog kojeg je delo učinjeno, odnosno da jasno i precizno istaknu da je delo učinjeno iz mržnje kao motiva zasnovanog na predrasudama zbog pripadnosti određenoj društvenoj grupi.

Evropski sud za ljudska prava je takođe više puta isticao da svaka država ima obavezu da u svom nacionalnom krivičnom zakonodavstvu proširi mogućnosti za suzbijanje krivičnih dela učinjenih iz mržnje. U nekoliko slučajeva ESLJP je sankcionisao odsustvo i/ili neodgovarajuće reakcije nadležnih državnih organa.

U predmetu Načova i drugi protiv Bugarske (*Nachova and others v. Bulgaria*, predstavka br. 43577/98 i 43579/98, odluka od 6. jula 2005. godine) utvrđena je povreda procesnog elementa prava iz čl. 2 EKLJP, posmatrano u vezi s odredbom čl. 14 EKLJP.

Naime, dvojici romskih mladića je tokom služenja vojnog roka bio određen zatvor kao disciplinska mera zbog neodobrenog odsustva, da bi nakon nekoliko dana pobjegli i krili se u kući babe jednog od njih, u većinski romskom naselju u Bugarskoj. Kada je vojna policija došla da ih traži, bili su nenaoružani i prilikom pokušaja bekstva ubijeni su u rafalnoj pucnjava. Odmah nakon pucnjave, jedan od pripadnika vojne policije navodno je uzviknuo „Prokleti Cigani” i uperio pištolj u komšiju koji se zatekao na licu mesta. Sud je utvrdio da nadležni državni organi nisu proverili navode komšije o postupanju pripadnika vojne policije i time su propustili da preduzmu sve neophodne mere u cilju provere da li je diskriminacija imala „ulogu” u događaju koji se odigrao. U tom smislu ESLJP ovde potencira da države uvek imaju obavezu da istraže eventualni rasistički motiv koji stoji „iza” akta nasilja.

Najznačajniji je svakako st. 160 odluke u kojem se ističe da prilikom istrage akata nasilja i smrti prouzrokovane od strane službenog lica, postoji dodatna obaveza nadležnih državnih organa da preduzmu sve što je razumno kako bi bili utvrđeni eventualni rasistički motivi, odnosno eventualna „uloga” etnički motivisane mržnje ili predrasuda. Ukoliko to ne bude učinjeno i ukoliko se rasno motivisano nasilje, i tom prilikom ispoljena brutalnost, tretiraju na isti način kao i slučajevi u kojima nema rasističkih elemenata, to bi značilo da se „zatvaraju oči” pred specifičnim odlikama ove vrste nasilja, koje izuzetno „destruktivno deluje” u odnosu na fundamentalna prava. Otuda, visoke strane ugovornice, u cilju očuvanja poverenja u sistem sprovođenja zakona, treba da obezbede odgovarajuću distinkciju istragama „incidenata” koji uključuju primenu prekomerne sile koja je rasistički motivisana, kako na normativnom planu, tako i u praksi, uprkos tome što je u ovakvim slučajevima izuzetno teško dokazati postojanje rasističkih motiva. Obaveza tužene države u smislu istrage mogućih rasističkih elemenata kod akata nasilja podrazumeva ulaganje maksimalnih napora, a ne apsolutnu obavezu. I ovog puta se insistira na obavezi nadležnih državnih organa da preduzmu sve što se u datoj situaciji može razumno očekivati kako bi se prikupili i obezbedili dokazi u cilju utvrđivanja istine i donošenja potpuno obrazložene, nepristrasne i objektivne odluke, bez izostavljanja činjenica koje mogu da ukazuju na rasistički motivisano nasilje.

Kako se nadalje konstatuje, obaveza nadležnih državnih organa da istraže moguću vezu između rasističkih motiva i preduzetih akata nasilja predstavlja element njihovih procesnih obaveza predviđenih u čl. 2 EKLJP i može se smatrati da je ova obaveza implicitno sadržana u čl. 14 EKLJP koji predviđa obavezu realizacije prava na život bez diskriminacije po bilo kom osnovu. Navedeni stav istaknut je i u odluci Ustavnog suda Srbije.

U predmetu *Milanović protiv Srbije (Milanovic v. Serbia*, predstavka br. 44614/07, presuda od 14. decembra 2010. godine) utvrđena je povreda procesnog elementa prava iz čl. 3 EKLJP, posmatrano u vezi s odredbom čl. 14 EKLJP.

Podnosilac predstave je više puta, u periodu od 2001 do 2007. godine, bio izložen pretnjama i fizičkim napadima, koje je redovno prijavljivao policiji, ukazujući da sumnja da su pretnje i napadi motivisani time što je pripadnik manjinske verske zajednice „Hare Krišna”. Policija je, osim nekoliko pripadnika grupe „skinheds”, uglavnom saslušavala podnosioca, fokusirajući se na njegovo versko opredeljenje, „čudan izgled” i mogućnost da je „sam sebi naneo povrede nožem”. Podnosilac nije bio obaveštavan o toku istrage i nije bio u mogućnosti da lično vidi i identifikuje eventualne napadače.

Ovde kao značajan treba izdvojiti st. 96 u kojem se ističe da u svim slučajevima eventualno diskriminatorски motivisanih napada, nadležni državni organi imaju dodatnu obavezu da preduzmu sve opravdane korake kako bi utvrdili prisustvo diskriminatorског motiva zbog verske pripadnosti žrtve, odnosno versku mržnju kao motiv. ESLJP staje na stanovište da je neprihvatljivo to što su nadležni

državni organi, iako „svesni” da su napadi najverovatnije bili motivisani verskom mržnjom, „dozvolili” da istraga traje nekoliko godina i nisu preduzeli odgovarajuće radnje u cilju identifikacije i kažnjavanja učinilaca.

Važna je i odluka Abdu protiv Bugarske (*Abdu v. Bulgaria*, predstavka br. 26827/08, presuda od 11. marta 2014. godine) u kojoj je, takođe, utvrđena povreda procesnog elementa prava iz čl. 3 EKLJP, posmatrano u vezi s odredbom čl. 14 EKLJP.

Podnosilac predstavke je sudanski državljanin koji živi u Bugarskoj i koji je za vreme šetnje u tržnom centru, sa svojim sunarodnikom, bio napadnut od strane nepoznatog lica, tako što je najpre oboren na pod, da bi nakon toga zadobio više udaraca po telu i bio nazvan „prljavim crnjom”, a za to vreme drugo, takođe nepoznato lice, izvadilo je nož iz džepa, ali su podnosilac i njegov prijatelj uspeli da pobegnu. Policija je uhapsila oba napadača koji su kasnije identifikovani kao pripadnici grupe „skinheds”. Krivična prijava je odbačena uz obrazloženje da nije bilo u pitanju rasno motivisano nasilje.

Ovde kao bitan treba pomenuti st. 38 koji naglašava da diskriminacija zasnovana na pripadnosti rasi može, u određenim situacijama, da dostigne nivo ponižavajućeg postupanja, u smislu čl. 3 EKLJP. Takođe, navodi se da diskriminatorske opaske i rasističke uvrede moraju imati značaj „otežavajućih” okolnosti prilikom procene stepena „lošeg” postupanja u okviru čl. 3 EKLJP.

Nadalje, u st. 49 odluke ESLJP primećuje da su nadležni državni organi istragu prevashodno usmerili na utvrđivanje okolnosti ko je započeo tuču, da bi na kraju zaključili da nasilje nije bilo rasno motivisano. Iako je podnosilac od početka istrage tvrdio da je bio žrtva rasističkih uvreda, nadležni državni organi nisu saslušali svedoke, kao ni napadače u vezi s eventualnim diskriminatorskim motivima zasnovanim na rasnoj pripadnosti, iako su u izveštaju oni bili opisani kao pripadnici grupe „skinheds”, koja je poznata po ekstremističkoj i rasističkoj ideologiji.

U odluci *Identoba* i drugi protiv Gruzije (*Identoba and others v. Georgia*, predstavka br. 73235/12, odluka od 12. maja 2015. godine) utvrđena je povreda prava iz čl. 3, 14 i 11 EKLJP. Podnosioci su učesnici i organizatori mirnog okupljanja LGBT organizacija, marša povodom Međunarodnog dana borbe protiv homofobije. Marš su prekinuli protivnici okupljanja, koji su tom prilikom napali učesnike, uzvikujući pogrdne i homofobične parole i nanoseći pojedinim učesnicima lake i teške telesne povrede, a policija je sve vreme uglavnom bila neaktivna. Postupak je pokrenut samo protiv dva napadača kojima su izrečene minimalne novčane kazne (45 evra). ESLJP posebno uzima u obzir činjenicu da je skup bio blagovremeno prijavljen i da su lokalne vlasti i policija bili u mogućnosti da predvide posledice (s obzirom na nepovoljan položaj LGBT zajednice) i da uprkos tome ali nisu bile preduzete potrebne mere u cilju njihovog sprečavanja. ESLJP insistira na tome da se diskriminatorski komentari i uvrede moraju smatrati „otežavajućim” okolnostima kada se akt nasilja razmatra u kontekstu odredbe čl. 3

EKLJP (st. 65). Imajući u vidu da je u Gruzijskom zakonodavstvu motiv mržnje propisan kao posebna otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne, ESLJP zaključuje da su nadležni državni organi bili u obavezi da detaljno ispitaju sve okolnosti slučaja, naročito motiv za izvršenje dela, što nije učinjeno i time je došlo do povrede prava iz čl. 3, 14 i 11 EKLJP. Posebno je naglašeno da diskriminacija može da predstavlja ponižavajuće postupanje u smislu čl. 3 EKLJP, ukoliko dostiže nivo ozbiljnosti koji predstavlja povredu ljudskog dostojanstva.

U odluci Škorjanec protiv Hrvatske (*Škorjanec v. Croatia*, predstavka br. 25536/14, presuda od 28. marta 2017. godine) dolazi do ponavljanja stavova navedenih u prethodnim odlukama i takođe je utvrđena povreda procesnog elementa prava iz čl. 3 EKLJP, posmatrano u vezi s odredbom čl. 14 EKLJP.

Podnositeljka predstavke i njen partner učestvovali su u verbalnom i fizičkom sukobu sa dva lica i nakon toga su, prilikom policijskog ispitivanja, izjavili da su najpre bili izloženi uvredama na osnovu romskog porekla, a zatim fizički napadnuti. Protiv lica koja su izvršila napad podneta je krivična prijava zbog sumnje da su učinili zločin iz mržnje u vidu pokušaja nanošenja teške telesne povrede partneru podnositeljke koji je romskog porekla. Podnositeljka je imala (samo) svojstvo svedoka uprkos tome što je i ona tom prilikom zadobila povrede. Krivična prijava podnositeljke odbačena je uz obrazloženje da nema naznaka da je prema njoj učinjeno krivično delo iz mržnje s obzirom na to da ona nije romskog porekla, već samo njen partner. Podnositeljka je tvrdila da iz dokaza nesporno proizlazi da je i ona bila žrtva zločina iz mržnje i to zbog njenog odnosa sa partnerom romskog porekla. ESLJP stoji na stanovištu da je propust nadležnih državnih organa bio u tome što nisu utvrdili da li su napadači smatrali da je podnositeljka romskog porekla i takođe nisu uzeli u obzir vezu između rasističkog motiva za napad i „bliskog” odnosa između podnositeljke i njenog partnera romskog porekla, što je nespojivo sa obavezom nadležnih državnih organa da preduzmu sve razumne „korake” kako bi bila jasno definisana „uloga” rasističkih motiva prilikom napada. ESLJP nadalje naglašava da se kao zločin iz mržnje tretiraju ne samo dela koja su povezana isključivo sa određenim ličnim svojstvom žrtve, nego i dela motivisana povezanošću žrtve sa drugim licima koja imaju „sporna” lična svojstva. Shodno tome, obaveza nadležnih državnih organa da istraže moguću povezanost između rasističkih motiva i određenog vida nasilja, ne odnosi se samo na akte nasilja koji se temelje ne ličnom svojstvu žrtve, već i na akte nasilja koji se temelje na povezanosti žrtve sa licem koje ima određeno lično svojstvo. Značajan je st. 55 u kojem ESLJP ističe da se kao zločin iz mržnje mogu kvalifikovati ne samo dela učinjena isključivo zbog ličnih svojstava žrtve, već da na diskriminatorne motive učinioce takođe mogu uticati odgovarajući situacioni faktori kao i lični stav koji neko lice ima prema određenoj grupi kojoj žrtva pripada. Štaviše, čl. 14 EKLJP posmatran u „svetlu” cilja i prirode prava koje štiti, takođe obuhvata slučajeve u kojima se prema nekom licu nepovoljno postupa zbog određenog ličnog svojstva ili zbog određenog ličnog svojstva drugog lica. Stoga se u st. 56 konstatuje da postoji obaveza nadležnih državnih organa da istraže svaku moguću vezu između

rasističkih motiva i akta nasilja, što se ne odnosi samo na akte nasilja koji su zasnovani na stvarnom ili percipiranom ličnom svojstvu žrtve, nego i na akte nasilja koji su zasnovani na stvarnoj ili pretpostavljenoj povezanosti žrtve sa drugim licem koje stvarno ili pretpostavljeno ima određeno lično svojstvo.

Jedna od novijih, značajnih odluka je Sabalić protiv Hrvatske (*Sabalić v. Croatia*, predstavka br. 50231/13, odluka od 14. januara 2021. godine) u kojoj je, kao i u prethodno pomenutim slučajevima, utvrđena povreda procesnog elementa prava iz čl. 3 EKLJP, posmatrano u vezi s odredbom čl. 14 EKLJP.

Podnositeljka predstavke je bila fizički napadnuta u noćnom klubu u Zagrebu kada je muškarcu, koji je „flertovao” sa njom, saopštila da je homoseksualne orijentacije, da bi je nakon toga on gurnuo uza zid i počeo da udara po celom telu, uz pogrдне uzvike o njenoj seksualnoj orijentaciji. Medicinskim pregledom utvrđeno je da je podnositeljka zadobila lake telesne povrede. Policija je protiv napadača pokrenula prekršajni postupak zbog remećenja javnog reda i mira i prekršajni sud je izrekao novčanu kaznu od 300 kuna (približno 40 evra). Potom je podnositeljka protiv napadača podnela krivičnu prijavu zbog pokušaja nanošenja teške telesne povrede i nasilničkog ponašanja koji su bili motivisani mržnjom. Krivična prijava je odbačena sa obrazloženjem da bi vođenje krivičnog postupka za isto delo bio u suprotnosti sa načelom *ne bis in idem*. Ustavna žalba koja je podneta nakon toga, proglašena je nedopuštenom. Podnositeljka je u ustavnoj žalbi istakla da je izostala odgovarajuća reakcija nadležnih državnih organa iako je nasilje bilo motivisano njenom seksualnom orijentacijom. ESLJP i ovde naglašava da diskriminatorsko ponašanje prema nekom licu može predstavljati ponižavajuće postupanje u smislu čl. 3 EKLJP, ukoliko se utvrdi da teško vređa ljudsko dostojanstvo, što posebno važi za akte nasilja preduzete iz mržnje. Takođe, kada postoji sumnja da je akt nasilja podstaknut diskriminacijom nadležni državni organi treba da preduzmu sve kako bi istražili eventualno prisustvo diskriminatorskih motiva. Nasilje sa diskriminatorskim motivom ne može biti tretirano kao nasilje koje nema takve elemente, jer bi to bilo suprotno odredbi čl. 14 EKLJP. Kako su u ovom predmetu, već u početnim fazama postojale indicije da je nasilje bilo motivisano seksualnom orijentacijom podnositeljke, što je podnositeljka izjavila prilikom izlaska policije na mesto događaja kao i pred istražnim sudijom, a isto je potvrdilo nekoliko svedoka, u takvoj situacija bila je neophodna delotvorna primena domaćih krivičnopravnih mehanizama u cilju utvrđivanja eventualnog motiva mržnje sa homofobnim konotacijama. ESLJP zaključuje da postupanje nadležnih državnih organa u vidu pokretanje prekršajnog, umesto krivičnog postupka, može stvoriti pogrešan utisak da akti nasilja iz mržnje nisu kažnjivi. Naime, prekršajni sud nije razmatrao motiv mržnje, napadača nije osudio za nasilje motivisano diskriminacijom i izrečena kazna je očigledno nesrazmerna težini zlostavljanja koje je pretrpela podnositeljka, a u prilog navedenom posebno govori činjenica da je u krivičnom zakonodavstvu za zločin iz mržnje propisana kazna zatvora.

Literatura

- Aristotel (1989), *Retorika*, Naprijed, Zagreb.
- Babić, M., Marković, I. (2013), *Krivično pravo Posebni dio*, Pravni fakultet u Banja Luci, Banja Luka.
- Bačić, F., Šeparović, Z. (1997), *Krivično pravo Posebni dio*, Informator, Zagreb.
- Brown, A. (2015), *Hate Speech Law: Philosophical Examination*, Routledge, New York and London.
- Čirić, Z. (2013), *Sudska psihijatrija*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Niš.
- Čirić, J. (2011), „Zločini mržnje – američko i balkansko iskustvo”, TEMIDA 4.
- Čirić, J. (2006), „Govor mržnje”, RKK 3.
- Čirić, J. (2011), *Knjiga o mržnji, sa reči na dela...Od govora do zločina mržnje*, Službeni glasnik, Beograd.
- Čirić, J., Đorđević, Đ., Sepi, R. (2006), *Kaznena politika sudova u Srbiji*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Beograd.
- Delić, N. (2010), „Zabrana (isključenje) ublažavanja u određenim slučajevima”, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Četvrti deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Delić, N. (2016), „Krivičnopravni značaj mržnje u svetlu identitetskog preobražaja Srbije”, u: *Identitetski preobražaj Srbije, Prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija* (ur. R. Vasić, M. Polojac), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Delić, N. (2022), „Derogacija opštih krivičnopravnih instituta – izuzetak ili pravilo”, u: *Vaninstitucionalne mere, pojednostavljene forme postupanja i drugi krivičnopravni instrumenti reakcije na kriminalitet i pozitivno kazneno zakonodavstvo (ispunjena očekivanja ili ne?)* (ur. V. Turanjanin, V. Čvorović), Intemex, Zlatibor-Beograd.
- Delić, N. (2023), *Krivično pravo Posebni deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd.
- Delić, N. (2022), „Moguće nedoumice u vezi pravog/ispravnog značenja pojedinih pojmova koji predstavljaju objektivna obeležja bića”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Dvanaesti deo* (ur. Đ. Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd.
- Delić, N. (2011), „Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu (čl. 344a KZ RS)”, *Pravni život* 9.
- Delić, N. (2014), *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Delić, N. (2020), „Krivično delo rasna i druga diskriminacija (čl. 387 KZ) – Preciziranje granica krivičnopravne zaštite”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Deseti deo* (ur. Đ. Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd.

- Delić, N. (2021), „Nekoliko dilema u vezi kvalifikatornih okolnosti krivičnog dela teškog ubistva (čl. 114 KZ)”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo* (ur. Đ. Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd.
- Delić, N. (2021), „Krivično delo ubistvo na mah (čl. 115 KZ)”, u: *Primena prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović, Tom 1*, (ur. J. Perović-Vujačić), Kopaonička škola Prirodnog prava - Slobodan Perović, Beograd.
- Dekart, R. (1987), *Strasti duše*, Grafos, Beograd.
- Drobnjak, T. (2010), „Krivičnopravna zaštita od diskriminacije”, *Antidiskriminacioni zakon*, Centar za unapređenje pravnih studija, Beograd.
- Đorđević, Đ. (2013), „Kaznenopravni aspekt zaštite od diskriminacije”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Treći deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Đorđević, Đ. (2004), „Kaznenopravna zaštita od nasilja na sportskim priredbama”, *Pravni život* 9.
- Grupa autora (2007) *Rečnik srpskog jezika* (ur. M. Nikolić), Matica srpska, Novi Sad.
- Grupa autora (1995), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije* (ur. Lj. Lazarević), Savremena administracija, Beograd.
- Hate crimes in OSCE Region* (2011), Incidents and Responses, Report for 2011, Warsaw.
- Irons, D. (1895), „Descartes and Modern Theories of Emotion”, *The Philosophical Review*, Vol. 4, No. 3.
- Jerry, M. (2008), „Us and Them: The Enduring Power of Ethnic Nationalism”, *Foreign affairs*, Council on Foreign Relations, 87.
- Jovančević, N. (2008), *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Službeni glasnik, Beograd.
- Jovašević, D. (2017), *Krivično pravo Posebni deo*, Dosije, Beograd.
- Jung, K. G. (2016), *Psihološki tipovi*, Nova knjiga, Beograd-Podgorica.
- Kolarić, D. (2008), *Krivično delo ubistva*, Službeni glasnik, Beograd.
- Kolarić, D. (2015), „Krivično zakonodavstvo Republike Srbije i krivična dela učinjena iz mržnje”, *Teme* 2.
- Kolarić, D. (2022), „Vaninstitucionalne mere i drugi krivičnopravni instrumenti reakcije na kriminalitet i pozitivno krivično zakonodavstvo Srbije (ispunjena očekivanja ili ne?)”, u: *Vaninstitucionalne mere, pojednostavljene forme postupanja i drugi krivičnopravni instrumenti reakcije na kriminalitet i pozitivno kazneno zakonodavstvo (ispunjena očekivanja ili ne?)* (ur. V. Turanjnin, V. Čvorović), Intemex, Zlatibor-Beograd.
- Lackner, K. (2007), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Beck, München.
- Lazarević, Lj. (1995), *Krivično pravo Jugoslavije Posebni deo*, Savremena administracija, Beograd.

- Milić, M. (2017), *Čovek u istini, potrebe i emocije*, RACIO, Beograd.
- Milivojević, Z. (2014), *Emocije, Psihoterapija i razumevanje emocija*, Psihopolis institut, Novi Sad.
- Mrvić-Petrović, N. (2016), *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet Univerzitet Union i Službeni glasnik, Beograd.
- Petrušić, N., Krstić, I., Marinković, T. (2016), *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*, Službeni glasnik, Beograd.
- Risimović, J. (2008), „Nasilničko ponašanje”, *Pravni život* 9.
- Rot, N. (2010), *Socijalna psihologija*, Zavod za udžbenike, Beograd.
- Rot, N. (2000), *Opšta psihologija*, Zavod za udžbenike, Beograd.
- Stojanović, Z. (2020), *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd.
- Simonović, B. (1991), *Kriminološki, krivičnopravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti motiva krivičnog dela*, DD, Pravni fakultet Univerzitet u Kragujevcu, Kragujevac.
- Simić, Z. (1967), „Pojam niskih pobuda”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1.
- Škulić, M. (2021), „Zločin negiranja/odobravanja/umanjenja zločina, Istorijski kontekst; krivično zakonodavstvo Srbije i 'paralele' sa nemačkim krivičnim pravom”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo* (ur. Đ. Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd.
- Tahović, J. (1957), *Komentar krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd.
- Vitgenštajn, L. (1969), *Filosofska istraživanja*, Nolit, Beograd.
- Vuković, I. (2016), „Podstrekavanje i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela”, *RKK* 2-3.
- Vuković, I. (2023), *Krivično pravo Opšti deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd.
- Zlatarić, B. (1967), „Novo krivično djelo nasilničkog ponašanja na javnom mjestu”, *JRKK* 2.
- Woods, J. B. (2008), „Taking the Hate out of the Hate Crimes: Applying Unfair Advantage Theory to Justify the Enhanced Punishment of Opportunistic Bias Crimes”, *UCLA Law Review* 56(2).

Pravni izvori

Sudske odluke

Ustavni sud Srbije, Už -7951/15.

Vrhovni sud Jugoslavije: Kž. 24/73.

Vrhovni sud Srbije: Kž. 1817/65; Kž.I 982/70; Kž.I 51/71; Kž. 192/92; Kž.I 1462/04; Kzz. 2917/08; Kzm. 88/09.

Vrhovni kasacioni sud: Kzz. 1015/11.

Viši sud u Beograd: K. 608/16; K. 33/20; K. 101/20.

Okružni sud u Beogradu: Kž. 2180/06.

Apelacioni sud u Beogradu: Kž.1 246/10; Kž.1 6923/12; Kž.1 1404/13; Kž.1 4/14;
Kž.1 15/14; Kž.1 16/14; Kž.1 561/14; Kž.2 1166/15.

Apelacioni sud u Kragujevcu: Kž. 4590/11; 4K. 66/15.

Viši sud u Novom Sadu: K.1 342/17.

Viši sud u Zrenjaninu: 3K. 77/13.

Viši sud u Užicu: K.9/12.

Okružni sud u Zrenjaninu: K. 50/09.

Okružni sud u Požarevcu: K.128/06.

Odluke ESLJP

Balazs v. Hungary, predstavka br. 15529/12, odluka od 14. marta 2016. godine; *Škorjenac v. Croatia*, predstavka br. 25536/14, odluka od 28. juna 2017. godine; *Delfi AS v. Estonija*, [GC], predstavka br. 64569/09, odluka od 16. juna 2005. godine; *Garaudy v. France*, predstavka br. 65831, odluka od 24. juna 2003. godine; *Zana v. Turkey*, predstavka br. 69/1996/688/880, odluka od 25. novembra 1997. godine; *Sürek v. Turkey*, predstavka br. 24735/99, odluka od 8. jula 1999. godine; *Vajdeland and Others v. Sweden*, predstavka br. 1813/07, odluka od 9. februara 2012. godine; *Féret v. Belgique*, predstavka br. 15615/07, odluka od 16. jula 2009. godine; *Norwood v. The United Kingdom*, predstavka br. 23131/03, odluka od 16. novembra 2004. godine; *Gündüz v. Turkey*, predstavka br. 35971/97, odluka od 4. decembra 2003. godine; *Karatas v. Turquie*, [GC], predstavka br. 23168/94, odluka od 8. jula 1999. godine; *Giniewski v. France*, predstavka br. 64016/00, odluka od 31. januara 2006. godine; *Jean-Marie Le Pen v. France*, predstavka br. 18788/09, odluka od 7. maja 2010. godine; *Erbakan v. Turkey*, predstavka br. 59405/00, odluka od 6. jula 2006. godine; *Lawlese v. Ireland*, predstavka br. 332/57, odluka od 1. jula 1961. godine; *Abdu v. Bulgaria*, predstavka br. 26827/08, odluka od 11. marta 2014. godine; *Đorđević v. Croatia*, predstavka br. 41526/10, odluka od 24.10.2012. godine; *Identoba and Others v. Georgia*, predstavka br. 73235/12, odluka od 12. maja 2015. godine; *Milanovic v. Serbia*, predstavka br. 44614/07, odluka od 14. decembra 2010. godine; *Nachova and Others v. Bulgaria*, predstavke br. 43577/98 i 43579/98, odluka od 6. jula 2005. godine; *Sabalić v. Croatia*, predstavka br. 50231/13, odluka od 14. januara 2021. godine; *Škorjanec v. Croatia*, predstavka br. 25536/14, odluka od 28. marta 2017. godine; *Begheluri and Others v. Georgia*, predstavka br. 28490/02, odluka od 7. oktobra 2014. godine; *M.C. and A.C. v. Romania*, predstavka br. 12060/12, odluka od 20. aprila 2016. godine; *Mudric v. Republic of Moldova*, predstavka br. 74839/10, odluka od 16. jula 2013. godine; *Glađovic v. Croatia*, predstavka br. 28847/08, odluka od 10. maja 2011. godine i *Kalashnikov v. Russia*, predstavka br. 47095/99, odluka od 15. jula 2002. godine.

ЗДРАВСТВЕНИ РАДНИЦИ КАО УЧИНИОЦИ И КАО ЖРТВЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Сажетак

Здравствени радници у нашем кривичном праву представљају посебну категорију лица, и као учиниоци и као жртве кривичних дела. Својство здравственог радника појављује се или као неопходан услов за учиниоца код појединих кривичних дела или као околности која код неких дела заснива тежу квалификацију. При том, код свих ових дела као здравствени радник појављује се лекар, осим код једног облика једног кривичног дела где је то други здравствени радник. Здравствени радници се могу појавити и као жртве кривичних дела где код појединих од њих уживају појачану кривичноправну заштити. Ову појачану заштити КЗ реализује кроз посебан статус изв. „лица која одавају његове од јавног значаја” у области здравствене заштите људи, који, уз одређене услове, чини да удисиво таквог лица представља његово удисиво, а његова телесна повреда тежи облик овог кривичног дела.

Кључне речи: Кривично законодавство. – Кривично дело. – Здравствени радници. – Учиниоци. – Жртве.

1. Здравствени радници као посебна категорија кривичноправних субјеката

У савременом кривичном праву постоје одређене категорије лица које због појединих својих карактеристика имају посебан статус и као активни и као пасивни кривичноправни субјекти. Таква лица као активни субјекти могу се јавити као учиниоци одређених кривичних дела код којих се тражи да учинилац има одређено својство, било да су у питању посебна дела која само они могу извршити или посебни облици општих кривичних дела. С друге стране, ова лица се појављују и као пасивни субјекти појединих кривичних дела, тако што представљају једине могуће пасивне субјекте неког дела, или, што је чешћи случај, појављују се као пасивни субјекти тежих облика неких кривичних дела којима им се пружа појачана кривичноправна заштита. На тај начин такве категорије лица могу имати посебан

* Редовни професор, Криминалистичко-полицијски Универзитет, Београд, djordje.djordjevic@kpu.edu.rs

кривичноправни статус и када се појављују као учиниоци и као жртве кривичних дела.

И наше кривично право познаје такве категорије лица. Тако, на пример, службена лица се појављују као једини могући учиниоци одређених кривичних дела (службена кривична дела, изнуђивање исказа и др), или тежих облика неких дела (повреда равноправности, противправно лишење слободе, злостављање и мучење, спречавање јавног скупа и др), али су зато с друге стране појачано заштићени неким другим кривичним делима (спречавање службеног лица у вршењу службене радње, напад на службено лице у вршењу службене дужности, тешко убиство и др). Сличан је случај са војним лицима, полицијским службеницима, судијама, адвокатима и др.

Једна од таквих категорија лица у нашем кривичном праву јесу и здравствени радници. У својству учинилаца кривичних дела они се појављују или у оквиру категорије „лекари” или као „други здравствени радници”, док су као жртве кривичних дела обухваћени појмом „лица која обављају послове од јавног значаја” у области заштите здравља људи. Овако непрецизно и недоследно третирање ове категорије лица и када се појављују као учиниоци и као могуће жртве кривичног дела може довести до знатних проблема приликом практичне примене одредаба у којима се здравствени радници појављују као субјекти појединих кривичних дела. Зато је неопходно пре него што се пређе на анализу појединих инкриминација извршити одређена појмовна разграничења када је у питању ова категорија лица.

2. Здравствени радници као учиниоци кривичних дела

2.1. Појмови лекара и другој здравственој радника

Као што је већ речено у нашем кривичном законодавству здравствени радник се код појединих кривичних дела појављује као једини могући извршилац, али има и кривичних дела код којих се здравствени радник јавља као један од могућих извршилаца, било једног од основних облика дела, било неког од квалификованих облика код којих се својство извршиоца појављује као квалификаторна околност. Код свих поменутих кривичних дела Кривични законик као извршиоца дела наводи лекара, осим код једног облика једног кривичног дела где се као извршилац појављује „други здравствени радник”. Стога анализа ових инкриминација мора почети од разјашњења ових појмова.

Појам лекара се на први поглед чини општепознатим, али управо овај елемент може да се појави као споран код ових кривичних дела. Кривични законик не дефинише овај појам нити у одредбама о овим кривичним

делима, нити у члану 112. у коме је дато значење појединих израза коришћених у законнику.

У кривичноправној литератури се овај појам различито одређује, дајући му притом шире или уже значење.¹ Најшира би била она схватања која под овим појмом подразумевају свако лице са завршеним медицинским или стоматолошким факултетом,² а најужа она која га одређују као „лице које је завршило медицински (или стоматолошки) факултет, које се бави медицинском праксом, које обавља рад у медицинским или научним медицинским установама или приватну лекарску праксу и има лиценцу за тај рад, као и лекар-стажиста”³ или још уже, лице које има одговарајуће стечено образовање (медицински или стоматолошки факултет), обављен приправнички стаж, положен стручни испит, уписано је у именик Лекарске коморе Србије и има одобрење за самосталан рад.⁴ Постоје и компромисна схватања која сматрају да у начелу сваки лекар (лице које је завршило медицински или стоматолошки факултет) може бити извршилац дела, али да би, кад је у питању лекар који се не бави лекарском праксом, у сваком конкретном случају требало утврђивати да ли је поступао у складу са својом лекарском дужношћу.⁵

На основу изнетих схватања видимо да се као најспорнија јавља чињеница да ли се лекар бави лекарском праксом или не, али се такође може поставити питање, кад је у питању кривично дело непружања лекарске помоћи, обавезе пружања помоћи од стране лекара који се бави потпуно другом струком од оне која је потребна за пружање помоћи у конкретном случају (стоматолог или офталмолог који треба да пружи помоћ лицу које има срчани напад). Чини се да обавеза у оваквим случајевима свакако постоји, а да врста и обим помоћи морају одговарати знању и могућностима лекара.

Проблем се може јавити и кад су у питању пензионисани лекари. И на ово питање тешко је дати начелни одговор, јер су у пракси могуће веома различите ситуације (лекар који је доскора био активан и лекар који већ дуго низ година у пензији, лекар који је без обзира на пензију још увек психофизички способан да помогне, и онај који то одавно није, и сл).

¹ Ј. Ђирић, „Кривично дело несавесног лечења болесника”, у: *Зборник Института за криминологију и социологију истраживања*, 1-2/1991, 25; Ј. Радишић, *Професионална одговорност медицинских љосленика*, Институт друштвених наука, Београд 1986, 223.

² Ј. Ђирић (1991), 25; *Коментар Кривичног закона Републике Србије*, група аутора, Савремена администрација, Београд, 1995, 477; Д. Јовашевић, *Кривично право, љоседни део*, Досије студио, Београд 2014, 177.

³ М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, *Кривично право са основама љивреднојресћујиној и љрекршајној љрава*, Пројурис, Београд 2020, 182.

⁴ Н. Мрвић-Петровић, *Кривично право, љоседни део*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2011, 176.

⁵ З. Стојановић, Н. Делић, *Кривично право, љоседни део*, Правни факултет Универзитета у Београду, 207; Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд 2006, Савремена администрација, Београд 2020, 669.

Неспорно је да лекар мора имати завршен медицински или стоматолошки факултет, али се и око тога се може појавити проблем у ситуацијама ако је лице завршило факултет у иностранству, а није нострификовало диплому. Ипак, све дефиниције које поред чињенице о завршеном факултету траже још неки додатни услов (положен стручни испит, лиценца, упис у комору и сл) практично искључују лица која нису нострификовала диплому.

Проблем може настати и у ситуацији када је у питању лекар коме је у кривичном поступку изречена мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности. У таквом хипотетичком случају у колизију би дошла обавеза лекара да поштује изречену меру безбедности чије непоштовање представља кривично дело (Кршење забране утврђене мером безбедности, члан 340а КЗ) и обавеза да пружи лекарску помоћ лицу које се налази у непосредној опасности за живот или опасности наступања тешке телесне повреде или тешког нарушавања здравља, што представља кривично дело неуказивања лекарске помоћи. Иако се ни теорија ни пракса не изјашњавају о оваквом случају, чини се да би превагу требало дати обавези пружања лекарске помоћи због већег значаја заштитног објекта.

Поменуте дилеме око одређивања појма лекара говоре нам између осталог и о томе да овај појам не можемо на исти начин схватити код свих поменутих кривичних дела. Проблеми које смо горе истакли односе се на одређивање појма лекара као могућег учиниоца кривичног дела неуказивања лекарске помоћи, али се неки од њих тешко могу јавити код кривичног дела несавесног пружања лекарске помоћи, јер се, на пример, лекар који се бави другом струком, лекар у пензији и сл. у пракси не може наћи у ситуацији да некоме несавесно пружи лекарску помоћ. Слично је и са другим поменутих кривичним делима. Ипак, логично је да се овај појам мора јединствено схватити на нивоу целог КЗ, иначе би било неопходно код појединих од ових кривичних дела ближе одредити о „каквом” лекару се ради.

Најпрецизнији одговор на питање ко се сматра лекаром требало би нам да Закон о здравственој заштити, али он то, на жалост, не чини. Штавише, овај закон готово да уопште не помиње реч „лекар”,⁶ осим у формулацијама „изабрани лекар”, „лекарски преглед”, „лекарска ординација”, „лекарско уверење”, „лекарско друштво”. Мало је необично да закон дефинише појам „изабраног лекара”, а сам појам лекара уопште не помиње. Уместо тога, закон дефинише појмове „здравствени радник” и „здравствени сарадник”. „Здравствене раднике” Закон дели у две групе, по степену образовања: прва, доктор медицине, доктор денталне медицине, магистар фармације и магистар фармације-медицински биохемичар - са завршеним одговарајућим интегрисаним академским студијама здравствене струке; и друга, медицинска сестра, здравствени техничар, односно друго лице са завршеном

⁶ Ј. Шантрић, *Кривично право и здравље*, Задужбина Андрејевић, Београд 2009, 82.

одговарајућом високом, односно средњом школом здравствене струке, у складу са законом (члан 150, став 1). Из овога произлази да појам лекара обухвата само здравствене раднике из поменуте прве групе, али их закон под тим именом не препознаје. Здравствени радници из друге поменуте групе одговарали би појму „други здравствени радници” и као такве их Кривични законик помиње у свом члану 251, став 2 (несавесно пружање лекарске помоћи). Теорија ову категорију учинилаца различито одређује, али у њу неспорно спадају „болничари, медицинске сестре, техничари и друго здравствено особље”.⁷

Поменути закон је такође прописано да здравствени радници за обављање здравствене делатности „морају за одређене послове имати и одговарајућу специјализацију, односно ужу специјализацију, у складу са одредбама овог закона и прописима донетим за спровођење овог закона” (члан 150, став 2). Сви здравствени радници који обављају здравствену делатност као професију у обавези су да буду у чланству коморе здравствених радника (чл. 152). Под обављањем здравствене делатности, у смислу овог закона, подразумева се самостално пружање здравствене заштите, без непосредног надзора другог здравственог радника. Да би здравствени радник могао да обавља здравствену делатност у здравственој установи односно приватној пракси потребно је да је обавио приправнички стаж, положио стручни испит и добио, односно обновио лиценцу (чл. 153).

2.2. Кривична дела здравствених радника

Кривично дело *неуказивања лекарске помоћи* (члан 253. КЗ) представља типичан пример тзв. *delicta propria*, односно кривичних дела код којих извршилац мора имати одређено својство. Кривично дело се састоји у одбијању од стране лекара указивања лекарске помоћи лицу које се налази у непосредној опасности за живот.

Радња овог кривичног дела се састоји у непружању помоћи, тј. у непредузимању радњи којима би се опасност отклонила. Начини на које се опасност која је наступила могла отклонити и тако пружити помоћ угроженом лицу могу бити различити у зависности од природе опасности у којој се лице коме није пружена помоћ налази и конкретних могућности да му се помогне (на пример, отклањање или умањење опасности која прети, спречавање последица које из опасности могу да произађу, превоз лица да би му се могла указати неопходна помоћ, позив другим лицима у циљу пружања помоћи и сл). Обавеза лекара да пружи лекарску помоћ односи се на све видове неопходне медицинске помоћи, чак и оне која се не сматра лекарском помоћи, већ медицинском помоћи у ширем смислу, и коју по правилу, у другим приликама, пружају други здравствени радници (превијање,

⁷ Ј. Ђирић (1991), 27.

давање инјекција)⁸. Стога постоји и схватање да би било боље да се дело зове неуказивање медицинске помоћи, што је шири појам, у ком случају би се као извршилац могао јавити сваки здравствени радник у смислу Закона о здравственој заштити.⁹

Дилеме око постојања овог кривичног дела могу се јавити и у ситуацијама када лекар који је у обавези да пружи помоћ исту не пружи сматрајући да неће бити адекватна, него сачека помоћ стручнијег лица, долазак бољих техничких средстава за пружање помоћи, па и евентуално пребацавање повређеног односно болесног у одговарајућу медицинску установу. У свим овим случајевима одговорност лекара се мора процењивати у сваком конкретном случају имајући у виду да ли је лекар поступио по правилима медицинске струке и да ли би његова помоћ коју је могао указати одмах на лицу места била од користи или би нанела више штете. С друге стране, мора се имати у виду да се опасност која је наступила по живот или здравље пасивног субјекта протоком времена по правилу повећава, па се свако непотребно одуговлачење са пружањем помоћи сматра правно недопустивим.¹⁰

Може се догодити да је помоћ истовремено потребна већем броју лица која се налазе у опасности, као што је случај код различитих удеса (пожара, поплава, земљотреса, експлозија, хаварија у фабрикама, тежих саобраћајних несрећа и др) када се често у опасности за живот налази више лица. Лице које може да пружи помоћ може се тада наћи у дилеми коме прво треба пружити помоћ (на пример, да ли оном ко је у тежој ситуацији, а за успешно пружање помоћи постоје мали изгледи или ономе ко је у нешто лакшој ситуацији, а код кога су шансе за повољан исход знатно веће, да ли млађем или старијем и сл). О оваквом питању са друштвеног, моралног или других аспеката могу постојати различита мишљења. Тако постоји схватање да би са етичког становишта предност могли имати болесници са већим изгледима на преживљавање.¹¹ Међутим, са гледишта законске одредбе о кривичном делу неуказивања лекарске помоћи довољно је да лекар који је у могућности да пружи помоћ њу пружи било коме од угрожених лица па да се отклони могућност одговорности за кривично дело, јер пружањем помоћи једном од лица према коме је у обавези да пружи помоћ оно није у могућности да пружи помоћ и другоме.

Моралне, али и кривичноправне дилеме може изазвати ситуација када је потребно указати лекарску помоћ самоубици који ту помоћ одбија. Иако у начелу важи правило да је за примену одређених медицинских интервенција потребан пристанак оболелог или повређеног лица (под условом да је у стању да такав пристанак да) кад је у питању самоубица лекар

⁸ Н. Мрвић-Петровић, 176.

⁹ Ј. Шантрић, 82.

¹⁰ Ј. Радишић, „Одговорност због ускраћивања хитне медицинске помоћи”, у: *Актуелни правни проблеми у медицини*, Институт друштвених наука, Београд 1996, 257.

¹¹ Ј. Радишић (1986), 231.

није дужан да поштује његову вољу већ је обавезан да и насилно спасава његов живот уколико је у могућности да савлада његов евентуални отпор.¹² Сличне дилеме се могу јавити и кад је у питању одбијање одређених медицинских интервенција од стране припадника неких верских заједница због њихових верских убеђења. Лекар је у таквом случају дужан да их упозори на могуће последице, али и да поштује њихову вољу ако је она изражена на релевантан начин, па неуказивањем лекарске помоћи у таквом случају не чини кривично дело.¹³ Међутим, исто не важи ако из наведених разлога родитељи одбијају указивање лекарске помоћи детету, па изостанак њиховог пристанка нема значаја јер представља злоупотребу права родитељског старања, те се помоћ мора указати.¹⁴

Једини случај кад је лекару допуштено да одбије пружање лекарске помоћи везује се за тзв. приговор савести. И Закон о здравственој заштити у свом члану 156. прописује да „здравствени радник може одбити пружање здравствене заштите ако здравствена услуга коју треба пружити није у складу са његовом савешћу, или међународним правилима медицинске етике”. Међутим, овај изузетак од обавезе указивања лекарске помоћи не може се односити на ситуације пружање хитне медицинске помоћи, па најчешће није релевантан у погледу постојања овог кривичног дела.

Важан елемент бића овог кривичног дела јесте и постојање опасности за лице коме није пружена помоћ. У питању је конкретна опасност, тј. таква опасност која је за пасивног субјекта већ настала. Ситуација у којој су стечени услови да лице може доћи у опасност за живот или телесни интегритет (апстрактна опасност) није довољна за ово кривично дело јер Кривични законик говори о неуказивању лекарске помоћи лицу „које се налази у непосредној опасности за живот или опасности наступања тешке телесне повреде или тешког нарушавања здравља”.¹⁵ То значи да је за постојање овог кривичног дела довољно постојање и неке друге опасности за телесни интегритет која није таква да угрожава сам живот (опасности наступања тешке телесне повреде или тешког нарушавања здравља), с тим што треба увек имати у виду да опасност за телесни интегритет може често да представља и опасност за живот.

У неким случајевима указивање лекарске помоћи може представљати мањи или већ ризик за лекара јер се у одређеним околностима лекар излаже извесним опасностима приликом указивања лекарске помоћи. Оне се могу везивати за врсту болести болесника коме се пружа помоћ (на пр. заразна болест) или услове у којима се помоћ пружа (пожар, поплава, земљотрес).

¹² Ј. Радишић (1996), 257.

¹³ В. Клајн-Татић, „Непристајање пацијента на медицинску интервенцију из верских побуда”, *Медицинско право*, Институт друштвених наука, Београд 1998, 87.

¹⁴ Ј. Радишић (1996), 259.

¹⁵ Ђ. Ђорђевић, Д. Коларић, *Кривично право, посебни део*, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд 2020, 163.

Имајући у виду да је код овог кривичног дела у питању лице које је по неком основу дужно да се излаже таквој опасности постојање опасности за њега при пружању лекарске помоћи не би ослобађало обавезе пружања помоћи односно одговорности за ово кривично дело,¹⁶ али само уколико би излагање опасности при пружању помоћи било у оквирима његове обавезе излагања опасности коју он иначе има,¹⁷ што значи да лекар није у обавези да приликом указивања лекарске помоћи изложи опасности и свој живот.¹⁸

Кривично дело *несавесној пружања лекарске помоћи* (члан 151. КЗ) има два своја облика: несавесно пружање лекарске помоћи (члан 151, став 1, КЗ) и несавесно пружање медицинске помоћи и неге болесника од стране других здравствених радника (члан 151, став 2, КЗ).

Несавесно пружање лекарске помоћи има три облика радње. Први облик радње се састоји у лечењу неадекватним средствима, неодговарајућим начинима лечења, примени још неиспитаних или недовољно проверених метода лечења (сем у крајњим случајевима када призната средства и начини лечења не дају резултате). Као очигледно неподобно средство или начин лечења сматра се драстично одступање од принципа медицинске науке и струке, односно грубо кршење њихових правила.¹⁹ И постављање погрешне дијагнозе која је резултирала применом неподобног средства такође представља овај облик радње.²⁰ Неподобност средства може постојати и у случају када ефекти контраиндикованости неког средства преовлађују над ефектима индикованости.²¹ Неподобност средства или начина која се не може оценити као очигледна, односно обична грешка, која се по природи саме медицинске професије не може никада сасвим избећи, није кривично-правно релевантна и не може бити основ за ову инкриминацију.²²

Други облик радње се састоји у нехигијенском поступању при указивању лекарске помоћи, служење нестерилисаним инструментима и сл. Формулација „не примени одговарајуће хигијенске мере” указује на то да се ова радња може извршити само нечињењем, међутим, у теорији се истиче да то може бити и чињење у виду примене очигледно неподобних хигијенских мера.²³

Трећи облик радње састоји се у несавесном поступању при пружању лекарске помоћи, на пример, површни прегледи, недавање потпуних упутстава за примену терапије и др.²⁴ Очигледно несавесно поступање може да

¹⁶ Ј. Радишић (1986), 227.

¹⁷ Н. Мрвић-Петровић, 81.

¹⁸ Ј. Шантрић, 82.

¹⁹ Ђ. Ђорђевић, Д. Коларић, 162; Д. Јовашевић, 175.

²⁰ З. Стојановић, Н. Делић, 203.

²¹ *Ibid.*, 204.

²² Ј. Ђирић, „Несавесно лечење болесника – проблеми утврђивања кривичне одговорности лекара”, *Правни животи* 9/1995, 213.

²³ Б. Чејовић, *Кривично право*, Досије, Београд, 2006, 572; Ј. Ђирић (1991), 44.

²⁴ М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, 183.

постоји и када лекар не задржи пацијента на болничком лечењу, а требало је због природе повреда и могућег унутрашњег крварења.²⁵ Иако се ово кривично дело најчешће односи на лечење болесника, оно обухвата и пружање лекарске помоћи здравим људима, на пример, вакцинација, естетска хирургија²⁶ или добровољно давање крви.²⁷ Овај облик дела може да изврши само лекар.

Други облик дела је несавесно поступање при пружању медицинске помоћи или неге или при вршењу друге здравствене делатности. Овај облик кривичног дела се односи на медицинске делатности које врше други здравствени радници који нису лекари у оквиру делатности које они врше. То могу бити несавесна поступања при давању инјекција, при спровођењу терапија помоћу апарата и уређаја, при лабораторијским прегледима, при стерилизацији инструмената, превијању болесника, исхрани болесника, уредном давању лекова и др.²⁸ И код овог облика дела несавесно поступање здравственог радника треба да је окарактерисано као „очигледно несавесно”. Извршилац овог облика дела може бити само други здравствени радник.

Код оба облика овог дела последица се састоји у погоршању здравственог стања пасивног субјекта проузрокованог радњом учиниоца.²⁹ То погоршање здравственог стања се може манифестовати на различите начине, као продужење времена лечења, слаб успех лечења, наступање лаке телесне повреде, прерастање акутног стања болести у хронично и сл. До погоршања здравственог стања као последице радње овог кривичног дела може доћи и код здраве особе која је била подвргнута рутинском прегледу, вакцинацији и сл.³⁰

Када је у питању кривично дело *неовлашћене производње и сиваљња у њомеј ойојних дроја* (члан 247. КЗ), са становишта анализе кривичне одговорности здравствених радника од значаја је један од његових тежих облика код кога се као квалификаторна околност појављује посебно својство извршиоца. Овај облик кривичног дела унет је у КЗ Законом о изменама и допунама КЗ из 2019.³¹ Као такав могући извршилац појављује се службено лице, лекар, социјални радник, свештеник или лице запослено у установи образовања и васпитања. Да би таква лица могла да представљају извршиоце овог тежег облика дела неопходно је да су радњу овог кривичног дела извршили искоришћавањем свог положаја. С обзиром на веома различит положај који та лица имају и начини на које се тај положај може злоупотребити околности под којима се поједине од поменутих категорија

²⁵ Н. Мрвић-Петровић, 173.

²⁶ Ђ. Ђорђевић, Д. Коларић, 162.

²⁷ З. Стојановић, Н. Делић, 205.

²⁸ Ј. Ђирић (1991), 51.

²⁹ З. Стојановић, Н. Делић, 206.

³⁰ Ј. Ђирић (1991), 57.

³¹ *Службени гласник РС*, бр. 35/2019.

лица могу појавити као извршиоци се веома разликују. До искоришћавања положаја кад је у питању лекар често долази због специфичности односа између извршиоца и пасивног субјекта.³²

Ако посматрамо лекаре као могуће извршиоце тежи вид овом облику дела даје чињеница да се лекари по правилу налазе у ситуацији да су им доступни многи лекови или средства који се могу окарактерисати као опојне дроге. С друге стране, али не мање важна је и околност да су лекарима најбоље познате све могуће штетне последице злоупотребе дрога, па се са моралне стране њихово овакво понашање може још негативније оценити него кад су у питању остали извршиоци овог кривичног дела.

Лекар се може појавити као учинилац овог тежег облика овог кривичног дела ако искоришћавањем свог положаја (обављања лекарске дужности) учини први или други облик овог дела, при чему се први, основни облик овог кривичног дела састоји у неовлашћеној производњи, прерађивању, продаји, нуђењу на продају, куповини ради продаје или у неовлашћеном држању, преношењу, посредовању у продаји или куповини или у стављању у промет супстанци или препарата који су проглашени за опојне дроге, а други у узгајању опијумског мака, психоактивне конопље или неке друге биљке од које се добијају опојне дроге или која у себи садржи материје које представљају опојну дрогу. При томе радње и једног и другог облика дела морају бити извршене неовлашћено, односно супротно прописима који којима је регулисана ова проблематика.

Слична је ситуација и кад је у питању кривично дело *омоћућавања уживања опојних дрога* (чл. 247. КЗ). И овде постоји могућност да се здравствени радник (лекар) појави као учинилац тежег облика дела. Овај тежи облик дела такође је унет је Законом о изменама и допунама КЗ из 2019.

Структура овог кривичног дела постављена је на исти начин као и код претходног. Једна од квалификаторних околности код тежег облика дела (поред својства пасивног субјекта и места и околности под којима је дело извршено) је и својство учиниоца, односно припадност једној од наведених категорија лица (службено лице, лекар, социјални радник, свештеник или лице запослено у установи образовања и васпитања).³³ Лице које припада једној од ових категорија треба да је учинило основни облик овог кривичног дела искоришћавањем положаја. Кад је у питању лекар онда је то искоришћавање лекарске дужности.

Основни облик овог кривичног дела се састоји у навођењу другог на уживање опојне дроге, давање опојне дроге другом да је он или неко други ужива, стављање на располагање просторије ради уживања опојне дроге, или на други начин омогућавање другом да ужива опојну дрогу. Наведени облици радње овог кривичног дела у ствари представљају подстрекавање

³² З. Стојановић, Н. Делић, 197.

³³ *Ibid.*, 203.

другог или помагање другом да ужива дрогу које су код овог кривичног дела прописане као радње извршења чиме је омогућено кажњавање за њих независно од тога да ли је подстрекавано лице односно лице коме је пружено помагање и користило дрогу (што само по себи није кривично дело) и да ли је оно у вези са тим извршило кривично дело (држање дроге).

Када је у питању кривично дело *неовлашћеног откривање тајне* (члан 141. КЗ) лекар се појављује као један од његових могућих извршилаца. Дело се састоји у неовлашћеном откривању тајне коју је извршилац сазнао у вршењу свог позива.³⁴ Нашим Уставом (члан 42) зајемчена је заштита података о личности, па је доследно томе и ово откривање личне тајне предвиђено у Кривичном законнику као кривично дело.³⁵ Поред лекара извршилац овог кривичног дела може бити адвокат, лице са којима заједно ради (на пример, лекарски помоћник, бабица, адвокатски приправник), али и неко друго лице (фармацеут, свештеник) које вршењем свог позива долази до сазнања личних тајни лица са којима поступа у вршењу позива.³⁶ У питању је, дакле, професионална тајна, јер је извршилац дела ту тајну сазнао вршећи своју професионалну дужност. Откривање тајне која је сазната на други начин (пријатељско поверавање) макар учињено и од стране поменутих лица као могућих извршилаца неће представљати ово кривично дело.³⁷

Радња овог кривичног дела је откривање личне тајне неког лица. То одавање се врши непозваном лицу, тј. било ком лицу које није овлашћено да долази до података о лицу које представља пасивни субјект овог кривичног дела. Ти подаци се могу открити усменим путем, показивањем или предајом другоме одређених писмена или докумената или на неки други начин. Подаци који су предмет откривања јесу подаци о личности, његовим својствима, здравственом стању, односима у породици или са другим лицима и сви други подаци који спадају у сферу личног живота и интимитета личности.

Откривање личних тајни треба да је учињено неовлашћено, што значи да дело неће постојати ако је лице које је открило личну тајну било за то овлашћено па чак и дужно.³⁸ У том смислу и Кривични законик предвиђа да не постоји ово кривично дело ако је откривање личне тајне учињено у општем интересу или у интересу другог лица који је од већег значаја од интереса чувања тајне, на пример, да би се заштитили живот или здравље другог лица, да би се отклонила нека општа опасност и сл.³⁹ Ово често може бити случај управо кад се кад извршилац ово дела појављује лекар. Да ли је у конкретном случају општи интерес или интерес другог лица претежнији

34 I. Bodrožić, M. Milošević, „Secret as an Object of Criminal Law Protection in the Republic of Serbia”, *XII International Scientific Conference Archibald Reiss Days*, Vol. 12, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade 2022, 98.

35 Ђ. Ђорђевић, Д. Коларић, 52.

36 I. Bodrožić, M. Milošević, 99.

37 Љ. Лазаревић, 437.

38 З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2022, 544.

39 Ђ. Ђорђевић, Д. Коларић, 52.

оцениће суд имајући у виду све околности које постоје у конкретном случају, а које могу бити од утицаја на оцену значаја једног или другог интереса.

Када је у питању кривично дело *промене породичног стања* (члан 192. КЗ) оно је Законом о изменама и допунама КЗ из 2016. године⁴⁰ измењено на тај начин што је унет још један облик овог кривичног дела који може да изврши само лекар у здравственој установи. Радња овог облика састоји се у лажном проглашењу умрлим живог новорођенчета у циљу промене његовог породичног стања. На тај начин је у наш КЗ унето још једно дело, тачније облик кривичног дела чији учинилац може да буде само лекар. Појам лекара код овог дела треба схватити уже него код претходних јер Законик изричито наводи да то мора бити лекар у здравственој установи, што не мора бити случај у претходним инкриминацијама, а што је код овог дела логично имајући у виду радњу кривичног дела. Унет је такође и тежи, квалификовани облик дела који постоји ако је неки од два основна облика дела учињен из користољубља, злоупотребом положаја, ако се извршилац бави вршењем овог дела или је дело учињено у саставу организоване криминалне групе. Иначе основни облик овог кривичног дела, који може да учини свако лице, састоји се у промени породичног стања детета подметањем, заменом или на други противправни начин.

У кривичноправној литератури ово дело је познато и као фалсификовање породичног стања.⁴¹ Пасивни субјект кривичног дела је дете. Иако се у нашем кривичном праву дететом сматра лице до навршених четрнаест година, кад је ово дело у питању пасивни субјект је, по правилу, мало дете, најчешће новорођенче.⁴² Ако се ради о облику дела који може да изврши само лекар онда Законик као пасивног субјекта изричито наводи новорођенче, што одговара природи и околностима под којима се ово дело врши.

3. Здравствени радници као жртве кривичних дела

3.1. Појам лица која обављају послове од јавног значаја у области здравства

У жељи да појединим категоријама лица пружи појачану кривичноправну заштиту због значаја послова које обављају и у вези са тим њихове веће угрожености Кривични законик познаје посебну категорију пасивних субјеката под називом „лица која обављају послове од јавног значаја.” Чланом 112, став 32. Кривичног законика одређено је да се под појмом „посла од јавног значаја” подразумева „обављање професије или дужности која има повећани ризик за безбедност лица које га обавља, а односи се на

⁴⁰ Службени гласник РС, бр. 94/2016.

⁴¹ Љ. Лазаревић, 544.

⁴² З. Стојановић, 655.

занимања која су од значаја за јавно информисање, здравље људи, образовање, јавни превоз, правну и стручну помоћ пред судским и другим државним органима”.

Као једна од категорија лица која је у нашем КЗ третирана као лица која обављају послове од јавног значаја јесу и лица чије обављање професије или дужности има повећани ризик за безбедност лица које га обавља, а односи се на занимања од значаја за здравље људи. Оваква формулација носи са собом дилему да ли се појачана заштита односи на сва лица чије је занимање од значаја за здравље људи или само на она која имају повећани ризик за безбедност лица које га обавља. Када су у питању занимања од значаја за здравље људи разлика између ове две групе, у зависности од схватања појма „повећан ризик за безбедност” може да буде велика.

Наиме у здравству ради веома велики број људи за које се оправдано може рећи да је њихово занимање „од значаја за здравље људи”, али тешко да њихов посао има повећани ризик по њихову безбедност⁴³. Велики број лица је запослен у администрацији појединих здравствених установа, обезбеђењу хране, смештаја, хигијене, превоза и др. и њихов посао није битно друкчији од одговарајућих послова у другим областима, па су и ризици које ти послови носе слични.⁴⁴ Осим тога, кад су у питању здравствени радници одредница „повећан ризик за безбедност” може бити врло различито схваћена јер није прецизирано на коју врсту безбедности се односи. Здравствени радници, бар неки од њих, свакако имају повећан ризик по своју безбедност због контаката за оболелима и могућностима инфекције, изложености различитим зрачењима, дејству хемијских агенаса и сл, што спада у ризике који се у оваквом послу подразумевају и не могу бити основ за појачану кривичноправну заштиту. Законодавац је очигледно мислио на повећани ризик од напада на њихов живот и телесни интегритет од стране других лица. До такве појачане заштите долази само кад су у питању напади на њих који су вези са обављањем њихове дужности. Тако сагледано намеће се закључак да кад је у питању ова категорија лица, можда и очигледније него код других категорија „лица која обављају послове од јавног значаја” појачану заштиту треба да уживају само она лица која заиста могу да имају појачан ризик за безбедност.⁴⁵ Међутим, који је то круг лица није лако одредити јер нам КЗ у том смислу не даје неку јаснију одредницу. Имајући у виду хетерогеност ове категорије лица тешко је генерално одлучити о потреби њихове појачане кривичноправне заштите, већ нам се чини да одлуку треба препустити суду који у свакој конкретной ситуацији треба да процени да ли посао који то лице обавља представља „повећани ризик за његову безбедност”.

⁴³ Н. Делић, *Кривично право, посебни део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 39.

⁴⁴ *Ibid.*, 40.

⁴⁵ Ђ. Ђорђевић, „Кривичноправна заштита лица која обављају послове од јавног значаја”, у: *Европске интеграције и казнено законодавство (поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Intermex, Златибор, Београд 2016, 120.

Појачана кривичноправна заштита појединих лица која обављају значајне јавне послове спроведена је у нашем КЗ на тај начин што су уведени тежи облици појединих кривичних дела када се као њихов пасивни субјект појављује лице са посебним својством, тј. лице које обавља послове од јавног значаја. Када су у питању лица која обављају послове од јавног значаја у области здравствене заштите у питању су кривична дела тешког убиства и тешке телесне повреде.

3.2. Кривична дела њроштив здравствених радника

Као што је већ речено убиство здравственог радника може под одређеним условима да представља облик тешког убиства, јер здравствени радници, или бар неки од њих, свакако спадају у лица која обављају послове од јавног значаја.

Убиство лица које обавља послове од јавног значаја представља један од облика кривичног дела *њешкој убиства* (члан 114, став 1, тачка 8. КЗ). Међутим, неће свако убиство здравственог радника представљати облик тешког убиства. За овакву квалификацију неопходно је да се испуне два услова. Ти услови су следећи: прво, да је здравствени радник обављао професију или дужност која има повећани ризик за безбедност лица које га обавља, и други, да је до лишења живота дошло у вези са пословима које то лице обавља.⁴⁶

О првом услову је напред већ било речи када смо говорили о томе који се послови могу сматрати пословима од јавног значаја, а односе се на занимања од значаја за здравље људи. Констатовали смо да то свакако не могу да буду сви послови који су од значаја за здравље људи, али да нам законодавац није дао неко прецизније одређење ове категорије па је препуштено суду да одлуку о томе донесе у сваком конкретном случају имајући у виду све карактеристике конкретног посла. То наравно није добро решење, јер с обзиром на велику бројност и разноврсност послова у здравству може да доведе до арбитрерности судова. С обзиром да је таквих случајева, на срећу, релативно мало, тешко да ће судска пракса временом моћи да о томе утврди одређене ставове.

Кад је у питању други услов, да је до лишења живота дошло у вези са пословима које је то лице обављало, и ту се могу јавити одређени проблеми и недоумице. Код овог облика квалификаторна околност је заправо мотив убиства. Он се мора везивати за послове којима се здравствени радник бавио, па се по правилу јавља незадовољство начином и исходом лечења, незадовољство третманом у здравственој установи самог учиниоца или неког њему блиског лица и сл. Често је у питању и освета учиниоца због претпостављене кривице здравственог радника за неповољан исход лечења. У

⁴⁶ З. Стојановић, 460.

питању је дакле релативно узан круг могућих разлога односно мотива за извршено убиство.

Међутим, кад је у питању убиство здравственог радника код кога се као мотив јавља незадовољство учиниоца кривичног дела начином лечења, исходом или третманом пацијента може се појавити и додатни проблем. Наиме могућа је и ситуација да је незадовољство учиниоца објективно оправдано, јер је својим чињењем или нечињењем здравствени радник довео до погоршања здравственог стања пацијента, па и до смртног исхода. Тако су се у поступању лекара могли стећи елементи кривичног дела неуказивања лекарске помоћи (члан 253. КЗ), а лекара и другог здравственог радника кривичног дела несавесног пружања лекарске помоћи (члан 251, ст. 1. и 2. КЗ). То наравно ниуком случају не ослобађа кривице учиниоца кривичног дела тешког убиства, али се може поставити питање да ли се околност да је пасивни субјект здравствени радник који је у вршењу своје дужности учинио кривично дело против здравља може засновати тежу квалификацију кривичног дела убиства. Имајући у виду саму инкриминацију не види се разлог који би то довео у питању, али са моралног аспекта то би се могло оспоравати. Наравно, није спорно да ова околност може бити од утицаја у поступку одмеравања казне, али може бити упитан њен утицај на правну квалификацију дела.

Као што је већ речено, здравствени радници као лица која обављају послове од јавног значаја уживају појачану кривичноправну заштиту не само свог живота него и телесног интегритета. То је омогућено предвиђањем тежег облика кривичног дела *тешке телесне њовреде* (члан 121, став 6. КЗ) код кога се као једна од квалификаторних околности појављује својство пасивног субјекта, а то је да је у питању лице које обавља послове од јавног значаја. Ово се појављује као логична последица постојања посебног облика тешког убиства кад се као пасивни субјект појављује ова категорија лица. Ако постоје разлози који захтевају појачану кривичноправну заштиту живота ових лица не види се зашто се то не би односило и на заштиту њиховог телесног интегритета.

Међутим, за разлику од облика тешког убиства лица које обавља послове од јавног значаја кад је у питању тешка телесна повреда законодавац није предвидео услов да је до повреде дошло у вези са пословима које то лице обавља.⁴⁷ То би значило да ће овај облик тешке телесне повреде постојати увек, без обзира да ли се наношење ове повреде може повезати са пословима које обавља пасивни субјект, лице које обавља послове од јавног значаја, у нашем случају здравствени радник.⁴⁸ Овакво решење нема никакву логику, јер се не види ниједан разлог зашто би та лица уживала појачану заштиту невезано за послове које она обављају и то баш од

⁴⁷ Н. Мрвић-Петровић, 67; Ђ. Ђорђевић, Д. Коларић, 34.

⁴⁸ З. Стојановић, 487.

тешке телесне повреде, а не и од убиства.⁴⁹ Зато се чини далеко вероватнијим да је до изостављања овог услова код тешке телесне повреде дошло техничком грешком приликом редакције законског текста. Међутим, још више од саме грешке чуди чињеница да иако је од увођења ове одредбе КЗ шест пута мењан, законодавац није нашао за сходно да ову нелогичност исправи.

4. Закључне напомене

Наш КЗ не препознаје здравствене раднике као неку јединствену категорију лица ни када се појављују као учиниоци ни као жртве кривичних дела. Кад су у питању учиниоци кривичних дела КЗ здравствене раднике види као лекаре или као „друге здравствене раднике”. С обзиром да КЗ нигде не даје никакву дефиницију ових појмова они се могу различито тумачити, шире или уже. Посебан проблем представља чињеница да се и сам појам лекара различито схвата код различитих кривичних дела код којих се јавља као могући учинилац, што зависи од саме природе и садржине тих кривичних дела. Тако, на пример, појам лекар свакако мора бити схваћен шире код кривичног дела непружања лекарске помоћи, где се под овим појмом, по неким схватањима, подразумева и лекар који се тренутно не бави лекарском праксом, па и пензионер, него кад је у питању кривично дело несавесно пружање лекарске помоћи, где то по правилу није случај.

Проблеми се јављају и кад се здравствени радници појављују као жртве кривичног дела јер је појам „лице које обавља послове од јавног значаја” прилично неодређен, поготову кад се има у виду да лица која припадају овој категорији уживају појачану кривичноправну заштиту само ако обављају професију или дужност „која има повећани ризик за безбедност лица које га обавља” у области заштите здравља људи, што свакако није случај са свим лицима која потпадају под појам здравствених радника.

Стога би било потребно прецизније дефинисати појмове и уједначити терминологију када су у питању здравствени радници као кривичноправни субјекти. Тиме би се отклониле неке недоумице које се јављају у пракси и обезбедила уједначенија примена одредаба које регулишу кривичноправни положај здравствених радника као учинилаца и као жртава кривичних дела.

⁴⁹ Б. Ђорђевић, 124.

Ђорђе ЂОРЂЕВИЋ

Full Professor

University of Criminal Investigation and Police Studies

HEALTHCARE WORKERS AS PERPRETRATORS AND VICTIMS OF CRIMINAL OFFENSES

Summary

Healthcare workers in our criminal law represent a special category of persons, both as perpetrators as well as victims of criminal offences. The quality of a health worker appears either as a necessary condition for the perpetrator of certain criminal offences or as a circumstance that establishes a more difficult qualification for some offences. At the same time, in all of these crimes, a doctor appears as a healthcare worker, except for one form of a criminal offense where this role belongs to another healthcare worker. Healthcare workers can also appear as victims of criminal offences, and within some of the offences these persons enjoy enhanced criminal protection. This enhanced protection is implemented by the CC through the special status of the so-called “persons who perform tasks of public importance” in the field of human healthcare, which, under certain conditions, makes the murder of such a person an aggravated murder, and bodily injury – also an aggravated form of this criminal offense.

Key words: Criminal Legislation. – Criminal Offence. – Healthcare Workers. – Perpetrators. – Victims.

Литература

Bodrožić, I., Milošević, M. (2022), „Secret as an Object of Criminal Law Protection in the Republic of Serbia”, in: *XII International Scientific Conference Archibald Reiss Days*, Vol. 12 , University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade.

Делић, Н. (2022), *Кривично право, њоседни гео*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.

Ђорђевић, М., Ђорђевић, Ђ. (2020), *Кривично право са основама привредно-преступној и прекршајној права*, Пројурис, Београд.

Ђорђевић, Ђ., Коларић, Д. (2020), *Кривично право, њоседни гео*, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд.

Ђорђевић, Ђ. (2016), „Кривичноправна заштита лица која обављају послове од јавног значаја”, у: *Евројске иницијације и казнено законодавство*

- (*поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације*), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Intermex, Златибор, Београд.
- Јовашевић, Д. (2014), *Кривично право, посебни део*, Досије студио, Београд.
- Клајн-Татић, В. (1998), „Непристајање пацијента на медицинску интервенцију из верских побуда”, *Медицинско право*, Институт друштвених наука, Београд.
- Коментар Кривичног закона Републике Србије*, (1995), група аутора, Савремена администрација, Београд.
- Лазаревић, Љ. (2006), *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд.
- Мрвић-Петровић, Н. (2011), *Кривично право, посебни део*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд.
- Радишић, Ј. (1986), *Професионална одговорност медицинских послика*, Институт друштвених наука, Београд.
- Радишић, Ј. (1996), „Одговорност због ускраћивања хитне медицинске помоћи”, у: *Актуелни правни проблеми у медицини*, Институт друштвених наука, Београд.
- Стојановић, З. (2022), *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд.
- Стојановић, З, Делић, Н. (2020), *Кривично право, посебни део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Ђирић, Ј. (1991), „Кривично дело несавесног лечења болесника”, in: *Зборник Института за криминологију и социологију истраживања 1-2*.
- Ђирић, Ј. (1995), „Несавесно лечење болесника – проблеми утврђивања кривичне одговорности лекара”, *Правни живот 9*.
- Чејовић, Б. (2006), *Кривично право*, Досије, Београд.
- Шантрић, Ј. (2009), *Кривично право и здравље*, Задужбина Андрејевић, Београд.

ШТА ЈЕ ЗЛОЧИН (КРИМИНОЛОШКИ АСПЕКТ)?**

Сажетак

У шекстиу се аутор позабавио једним од кључних појмова којим оперише (не само) криминологија, а о коме постоји велики број најразличитијих схватања. И на овом примеру се показује колико бољештество ириситиуа се у криминологији може наћи чак и код дефинисања основних појмова. Овај шексти као ирилој Зборника посвећеној др Јовану Ђирићу има и симболично значење: наш ирерано иреминули колеја био је оддарен реиќким даром заијања и сиреман да доведе у ииитиње многе уситиљене катиеторије које су друиима изиледале сасвим неситорне.

Кључне речи: Злочин. – Грех. – Болест. – Дезорјанизација. – Људска ирава. – Закон.

1. Увод

Можда најконтроверзније од мноштва питања које се отварају у Криминологији је и оно које је постављено у наслову рада. Као млада наука,¹ она је оптерећена бројним споровима и расправама што ствара утисак да о кључним категоријама којима се бави има исто толико гледишта као и криминолога.²

Неопходност да се бар основни појмови којима свака наука оперише јасно одреде, утолико је израженија у Криминологији будући да су на њен развој од самог настанка снажно утицала сазнања других научних дисциплина (од антропологије, медицине, психологије, психијатрије, права, филозофије, етике, социологије, етнологије, економије, политичких наука – до социјалне

* Редовни професор, ignjat@ius.bg.ac.rs, ORCID 0000-0001-7134-1134

** Основу за овај текст чини приступно предавање које је аутор маја 2023. одржао поводом пријема у Научно друштво Србије.

¹ Њен оснивач, Италијан Ломброзо [Lombroso], и онај који је први издао књигу под тим називом (Criminologia) - његов сународник и студент, Гарофало стварали су у другој половини деветнаестог века.

² Волфганг [Wolfgang] и Феракути [Ferracuti] указују да ни каснији великани какви су Фери [Ferri] и Ашафенбург [Aschaffenburg], као ни они који су наставили да развијају ову науку, нису допринели њеном јасном одређењу, за шта је претпоставка прецизно дефинисање основних категорија којима оперише - вид. М. Volganig, F. Ferakuti, *Potkultura nasilja* (prevod), Pravni fakultet UB, Beograd, 2012 [1967], 19.

политике) са којима је тесно повезана.³ Још важнији разлог је потреба да се избегну непотребни терминолошки спорови и њима изазвана конфузија је чињеница да се Криминологија бави понашањима која угрожавају основе друштвеног живота и начинима на које им се заједница супротставља.

2. Различита схватања појма злочин

Када се ради о злочину као централној категорији која одређује чиме се бави Криминологија⁴ (и не само она), ствар око њеног јасног одређења је још битнија. Пре три деценије овај аутор је у првом издању *Криминологије*⁵ тврдио да је предмет ове науке криминални феномен као заједнички назив за: појединачно криминално понашање (злочин)⁶, укупност тих дела у на одређеном простору и у датом временском периоду (криминалитет), учиниоца тих дела, њихове жртве и начин на који средина реагује на таква понашања. Као што се види, **ЗЛОЧИН** је основни појам, стожер на коме се гради целокупна конструкција јер остала четири елемента (укупност злочина, његов учинилац и жртва, начин реаговања) су у бити одређени начином на који схватамо шта је то злочин.⁷

А тих схватања има мноштво. И у њима, наравно, долазе до изражаја филозофске и идејне оријентације аутора који их заступају (детерминизам или индетерминизам, конфликтна или конформистичка парадигма, позитивизам или постмодернизам, нормативизам или реализам, ретрибутивизам или миротворство, конструктивизам ...)⁸, али је очигледан и утицај кретања у науци и друштву у датом тренутку. Зато је један од првих задатака аутора који се упуштају у одређење појма злочин да класификују сва та многобројна гледишта.

³ J. Schmalleger, *Criminology Today – An Integrative Introduction*, Prentice Hall, Upper Saddle River, 2004, 14.

⁴ Један од најутицајнијих савремених криминолога Дејвид Гарланд зато одређује Криминологију као посебан дискурс о злочину и његовом изучавању, вид. D. Garland, „Of crimes and criminals: Development of criminology in Britain”, in: *Oxford Handbook of Criminology* (eds. M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner), Clarendon Press, Oxford 1994, 17.

⁵ Ђ. Ignjatović, *Kriminologija*, Nomos, Beograd 1992¹, 17.

⁶ Овај термин није изабран случајно. Пре свега, ни један од за лаике на први поглед одговарајућих појмова („деликт”, „антисоцијално”, „асоцијално” или „девијантно понашање”, „криминалитет”) не одговара садржини коју би требало да означи, вид. Ђ. Ignjatović, *Kriminologija*, Pravni fakultet UB, Beograd 2023¹⁷, 20. Осим тога, и сам израз би требало да укаже да се ради о актима који на најтежи начин угрожавају / повређују основе опстанка друштва и његове кључне вредности.

⁷ Двоје канадских аутора с правом указују да је одговор на питање „Шта је злочин” све релевантнији у наше време када су ставови о томе да ли се нека човекова радња може тако означити све поларизованији. Док су за једне стране они који се залажу за што више регулисања и нових инкриминација, други су за дерегулацију и сужавање зоне кажњивости и активирање неформалних механизма реаговања (инкриминализација, одн. декриминализација, о којима ће касније бити више речи), вид. N. Des Rosiers, S. Bittle, „Introduction”, in: *What is Crime? Defining Criminal Conduct in Contemporary Society* (ed. Law Commission of Canada), UBC Press, Vancouver, 2004, ix.

⁸ M. Lanier, S. Henry, „Crime in context: scope of the problem”, in: *What is Crime? Controversies Over the Nature of Crime and what to Do about it* (eds. S. Henry, M. Lanier), Rowman and Littlefield, Lanham 2001, 13.

Чини се да би једна таква подела⁹ која би олакшала разматрање била она која злочин доводи у везу са следећим феноменима:

1. *злочин схваћен као грех*: моралистичко гледиште по коме је свако грешно поступање зло које треба санкционисати сеже у далеку прошлост човечанства. Оно је имало велики значај у одређењу на која понашања треба реаговати механизмима кривичне правде, нарочито у Средњем веку.

Уместо набрајања која су све дела под утицајем оваквог схватања уведена у казни систем, навешћемо најкарактеристичније – богохуљење које је строго кажњавано не само тада, него је та инкриминација задржала се у кривичноправним системима и у Новом веку - тако је КЗ Краљевине Југославије садржао и важила је све до слома те државе. Ни послератно кривично право на овим просторима није било имуно од прогона за дела која су пре спадала у грех него у материју у којом ова грана права треба да се бави. Карактеристичан пример за то је кривично дело *завођење* за које је било предвиђено кажњавање мушкараца који су лажним обећањем брака навели на полни однос женска лица.¹⁰

Што је још интересније, ни у ово време кривично право није лишено оваквих утицаја. Иако се бројни аутори¹¹ са правом залажу за избацавање из ове области свих понашања које одражавају моралне судове, и данас смо сведоци утицаја који на његове норме врши *лејалистички морализам* (инкриминализација понашања само зато што их заједница сматра неморалним).¹² Ова дела најчешће су повезана са понашањима у сексуалној сфери¹³ и у домену порока (кривичноправно санкционисање пружања сексуалних услуга за новац и конзумирања забрањених супстанци).¹⁴

2. *злочин као израз болесног стања учиниоца*: чак и пре настанка Криминологије као научне дисциплине (подсетимо се, њени зачетници су били људи чије специјалности су биле „болести тела и душе“ - лекари, психолози и психијатри), ставове о томе да су опасна дела плод болесног стања учиниоца заступали су френолози и физиогномичари (први су тврдили да

⁹ У литератури се могу наћи и другачије класификација. Познати канадски научник египатског порекла Езат Фата дели све дефиниције злочина на: правне, политичке, социолошке и психопатске / психолошке, вид. E. Fattah, *Criminology: Past, Present and Future— A Critical Overview*, Springer, Houndmills 1997, 31 *et seq.*

¹⁰ Треба ипак указати да је ова инкриминација била модификована норма из предратног КЗ, само што је изостављен део „Ко *јолно* *нейорочно* женско лице наведе на ...”.

¹¹ E. Fattah (1997), 39.

¹² Премда има неких заједничких елемената, треба га разликовати од *лејалистичког патиернализма* који је на делу нарочито код малолетника („иако ти то тако не видиш, кажњавамо те зато што је то за твоје добро”).

¹³ У том погледу, инструктиван је текст из 1960. у коме Сер Џон Вулфенден на Краљевском (законодавном) одбору полемиче са опонентима о томе да ли у кривичном законодавству треба задржати кажњавање за сексуално аберантно понашање. Он тврди да инкриминисање тих људских дела представља типичан пример мешања категорија „злочин“ и „грех“, вид. J. Wolfenden, „Crime as sin”, *British Medical Journal* 9/1960, 141.

¹⁴ О односу злочина и морала приказаном помоћу кругова који се секу и додирују, вид. K. Soothill, M. Peelo, C. Taylor, *Making Sense of Criminology*, Polity Press, Cambridge 2002, 148.

место где се на његовог глави налазе чворуге одређује човеков карактер и понашања; други су их повезивали са грађом тела). Та оријентација имала је своје заступнике и касније у лику аутора који су у први план истицали утицај биолошких чинилаца на по заједницу најопаснија понашања, а широко је распрострањена и међу лаицима који, када чују да је неко извршио неко тешко, монструозно дело, реагују констатацијом „то није могао да учини нормалан човек”;

3. *злочин као ограз друштвене дезорјанизације*: сви аутори који су нагињали конформистичком жалу за временом када су друштвене норме (наводно) биле поштоване од свих чланова заједнице указивали су да су поремећаји у друштвеној организацији (нпр. друштвена подела рада – Диркем [Durkheim]¹⁵ одн. раскорак између друштвено наметнутих циљева и доступних средства – Мертон) довели до стања дезорганизације - наведени социолози је означавају изразом *аномија* – безакоње. И после њих такве идеје врше утицај на криминологе тако да и данас има аутора (заступници тзв. десног реализма”) који сматрају да треба санкционисати све облике „изазивања грађанског нереда“ и нецивилизованог понашања (скитнице, просјаци, они који остављају ђубре или се паркирају на јавним површинама, млади који беспосличе ...).

4. *злочин као социјални њроцес*: по аналогiji са болешћу за коју сазнајемо или тако што су њени симптоми очигледни или се болесник пожалио на њих, ови аутори сматрају да је кључ за разумевање појма злочина однос између жртве (која пријављује да је виктимизована) и полиције. Без те интеракције – нема ни злочина и све што се после ње догоди у кривичном поступку (оптужење, суђење, извршење казне) има споредан значај. Ова гледишта су под снажним утицајем сазнања о размерама „тамне бројке“ (извршеног а нерегистрованог – па тиме и несанкционисаног) криминалитета и виктимолошких студија које су указале на место и улогу жртве у механизмима реаговања на непожељна понашања¹⁶.

Нешто слично тврде и радикални криминолози који сматрају да не постоји ни једна суштинска црта која даје било којој људској радњи карактер злочиначке. По њима, злочин је процес који се одвија у релацији време – простор и представља пресек четири централна елемента: преступник, жртва, држава и јавност. Промене у кретању криминалитета су последица промена у релацијама наведених елемената;¹⁷

5. *злочин као вид кршења њрава човека*: неки аутори (као познати амерички криминолог и нашег порекла, Драган Миловановић) сматрају да је

¹⁵ Диркем је сматрао да је нека људска радња криминална ако снажно угрожава јасно одређено стање колективне свести. Односно, то је сваки акт који изазива карактеристичну реакцију против учиниоца - кажњавање

¹⁶ Вид. Ј. Ђирић, *Тужиоци и жрѡве*, Институт за упоредно право, Београд 2009, 7

¹⁷ J. Young, R. Matthews „Questioning left realism”, in: *Issues in Realist Criminology* (eds. R. Matthews, J. Young), Sage, London 1992, 10

злочин свако кршење људских права, било да се ради о одузимању појединцу квалитета који одређују његов статус (када му се забрани да јавно иступа) или о његовом онемогућавању да достигне жељени положај (спречавање женске деце да наставе школовање, црначке омладине да упише факултет). Дакле, злочин је сваки чин којим неко прекомерно употребљава моћ да би деградирало друго људско биће.

6. *злочин као социјални конструи*: у последњој четвртини 20. века из психологије је у друштвене науке прешао специфичан концепт чији аутори тврде да - за разлику до природних појава чије постојање и битне црте се могу емпиријски утврдити - појаве у друштву немају тај квалитет. У нашој области, то би значило да злочин (и криминалитет) као категорије немају никакав супстанцијални садржај који их суштински одређује и омогућава нам да их разликујемо од других појава. Злочин је, другим речима, то што они који имају моћ тако означе;

7. *злочин као кршење њравних норми*: ово, у Криминологији доминантно, гледиште заступају сви они који сматрају да је вршење дела која су санкционисана у позитивном кривичном праву битна црта онога што има право да се назове злочином.¹⁸

3. Које гледиште усвојити?

У излагању које следи биће указано на последице које усвајање сваке од наведених концепција у Криминологији доноси пракси супротстављања непожељним понашањима (овде се мисли пре свега на механизме формалне социјалне контроле која је – од времена када су настали држава и право – превасходни механизми њиховог регулисања).¹⁹

Под 1. Будући да је грех много шири појам од злочина, њихово изједначавање је веома опасно и носи несагледиве опасности да друштво реагује применом казни (одн. одузимањем основних права и добара) чак и за дела код којих то нема никаквог смисла.

Таква застрањивања забележена су у и у криминолошкој литератури. Један аутор наводи да су у Енглеској у последњој четвртини 18. века смртна казна (поред убиства, пиратерије, силовања, содомије, паљевине и *свих врста крађе*)²⁰ била забрањена и за појављивање у парку са оружјем или под маском, тражење новца поруком која је потписана лажним именом, лажно

¹⁸ Како наводе писци *Криминолошкој речника* један од најпознатијих заступника оваквог гледишта је био Џејмс Стефен (*James Stephen*) који је 1883. тврдио да је злочин акт или пропуштање који за последицу имају кажњавање од стране суда, вид. P. Walsh, A. Poole, *Dictionary of Criminology*, Routledge & Kegan Paul, London 1983, 49

¹⁹ Одмах треба напоменути да је анархистичка идеја како на понашања опасна по заједницу треба реаговати без коришћења правних механизма у тој мери нереална да је не треба узимати у обзир. Као што са друге стране треба указати и да је искључиво ослањање на репресивне механизме такође погрешно.

²⁰ Чак и за сечење дрвета на туђем поседу ради сопственог грејања.

представљање као члана Тајног већа (*Privy Concelor*), преваран упис у акционаре Енглеске банке, штету нанету весминстерском мосту, одбијање да се повинује забрани напуштања карантина ... као и за низ дела која више заслужују прекор него брутално кажњавање; при том, нека од њих никада, пре него што су забрањена капиталном казном нису била инкриминисана.²¹ Последица овако конципираног казненог система у Енглеској доводи до изрицања најмање две смртне казне недељно, због чега је у периоду 1530-1630. више од 75.000 људи осуђено на капиталну казну.²² Зачетници Класичне школе, Бекарија [*Beccaria*] и Бентам [*Bentham*] осуђују овако окрутну, неправедно и несумњиво арбитрарно реаговање друштва на понашања која се доживљавају као угрожавање. Они као први корак у изградњи једне другачије политике контроле таквих појава (засноване на идејама брзе и одмерене правде) траже јасно одређивање која дела треба санкционисати јер је на тај начин једино могуће применити идеју о сразмерности казне штети која се делом наноси.

Под. 2. Историја злочина као део опште историје људске цивилизације пуна је примера да су нека од дела која је људско уму тешко да прихвати извршили појединци који се не могу окарактерисати као (пре свега душевно) здрави. Отуда је идеја о злочину као изразу болесног стања учиниоца толико пријемчива лаичком уму. Но имала је извесног утицаја и на део позитивистички оријентисаних научника који су покушавали да утврде које био психичке црте имају преступници верујући да се у њима крије узрок њиховог неприхватљивог понашања. Ова разматрања имала су и идеолошку потпору. Наиме, када је капиталистички модел друштвеног уређења постао доминантан у развијеном свету, прећутно је усвојен став да таквом идеалном друштву и вредностима на којима је оно засновано може да се супротстави само патолошки појединац.

Проблем је, међутим у томе што истраживања показују да су (са ретким изузецима) извршиоци чак и најтежих дела нормални људи којима је немогуће утврдити било који облик болесног стања. Управо због тога они и одговарају за оно што су учинили, јер би иначе, уместо у притворске јединице, пред суд и у казнене установе – били упућивани у болнице на лечење.

Чак и када се ради о насилничким делима (код којих би, по природи ствари, ментална болест могла да утиче највише): тако Фазел и Гран, на основу тринаестогодишњег праћења (1980-2000) скоро 100.000 лица која су оболела од шизофреније и осталих озбиљних менталних поремећаја, тврде да они не чине више од 5% дела из области насилничког криминалитета -в. S. Fazel, M. Grann, „Population impact of severe mental illness on violent crime“,

²¹ С. Hibbert, *Root of Evil- A Social History of Crime and Punishment*, Penguin Books, London 1966, 240.

²² Фасцинација овом казном могла се запазити и у остатку Европе. У архивама се може пронаћи податак да су у отприлике у исто време у Немачкој оне чиниле и до 30% свих извршених казни, па су кривичне судије су током каријере изрицале на хиљаде смртних казни, вид. G. Sreenivasan, „Prosecuting injuries in Early Modern Germany (1550–1650)“, *Central European History* 3/2014, 550.

American Journal Psychiatry 8/2006, 1402. Ако узмемо у обзир да су у то време насилничка дела чинила мање од 10% укупно пријављеног криминалитета (у Немачкој 2,3%, у Србији између 6 и 7%²³ - јасно је о коликом учешћу у укупном криминалитету се ради.²⁴

Под. 3. Тврдња да је злочин израз друштвене дезорганизације има до одређене мере основа јер се показало да је стопа дела која најтеже угрожавају заједницу виша у градовима него у руралним насељима у којима је дезорганизација мање изражена и где је много јача кохезија међу људима. Али та чињеница тешко може допринети објашњењу шта је злочин. Тачно је да снажна социјална контрола може утицати на то да људи не прибегну вршењу злочина - зато су сва тоталитарна друштва са поносом истицала да је стопа криминалитета у њима ниска - али је истина да ни у једној заједници, ма колико механизми контроле били снажни, није забележено да је та појава искорењена (подсетимо се колико је та тврдња била актуелна у Кини после „Културне револуције“ и како брзо је заборављена).²⁵

Под 4. Идеја о злочину која га своди на социјални процес има црту рационалног јер указује да интеракција жртва - органи реда има велики значај за увид у то које размере има (регистровани) криминалитет у једној заједници. Још први припадници франкофонске „географске школе“ утврдили су да је тамна бројка криминалитета (извршена а нерегистрована дела) врло висока, док су каснији истраживачи констатовали да она код неких посебних облика неприхватљивих радњи вишеструко премашује оно што се налази у званичним статистикама. Зато многи аутори са правом истичу да је одлука жртве да пријави сопствену виктимизацију најзначајнија радња од које зависи слика коју ћемо о размерама криминалитета стећи.

Међутим, та чињеница не може много помоћи одређивању онога што је суштина злочина. Јер, када би се размишљало на тај начин, појавила би се бар једна нелогичност: састоји се у томе да се из тврдњи заступника те концепције може извући закључак да чак и дела која без сумње угрожавају

²³ Вид. Ђ. Ignjatović, „Kriminološki aspekt delikata nasilja“, u: *Delikti nasilja- krivičnopravni i kriminološki aspekt* (ur. D. Radovanović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2002, 264.

²⁴ Овде је потребно дати једно објашњење. Наведени проценти добијени су тако што су у насилнички криминалитет сврстана само дела из главе Кривична дела против живота и тела. Ако се у обзир узму и дела из других глава Кривичног законика код којих се насиље примењује или се њиме прети (силовање, разбојништво, разбојничка крађа, насиље у породици, насилничко понашање ... добија се нешто другачија слика. Тако се, према подацима за 2021. (који су најновији за Србију доступни), проценат учешћа насилничког криминалитета схваћеног у ширем смислу креће код пунолетних - и код пријављених и код пресуђених дела - између 16 и 17%. Имајући у виду чињеницу да је од тог броја према подацима истраживача свако двадесето такво дело било извршено од лица које је оболело од озбиљног менталног поремећаја, произлази да учешће таквих лица у укупно извршеном криминалитету те године износи мање од једног процента (0,8%).

²⁵ Мајкл и Адлер наглашавају да не постоји не једна морално или друго друштвено правило које су људи поштовали у свим раздобљима и срединама. Исто, наравно, још више важи за оцену шта је антисоцијално понашање, вид. J. Michael, M. Adler, „Nature of crime“, in: *What is Crime? Controversies Over the Nature of Crime and what to Do about it* (eds. S. Henry, M. Lanier), Rowman and Littlefield, Lanham 2001, 19.

опстанак друштва нису злочини ако нису пријављена органима формалне социјалне контроле.

Под 5. Концепција која злочин изједначава са кршењем људских права указује са пуно основа да је оно што правни систем инкриминише само део понашања која завређују да буду санкционисана. Још на почетку прошлог столећа холандски криминолог Бонгер указао на то, да би пола века касније ту концепцију развили Квини [Quinney] и нарочито брачни пар Швендигер [Schwendingers]. Ови последњи у науку уносе израз „штета изазвана злочином“ (е. *criminal harm*) коју не наносе само појединци, него такве повреде могу нанети и групе које поседују моћ у друштвеним условима као што су: империјализам, расизам, сексизам и сиромаштво.²⁶ Захваљујући онима који су у Криминологију унели овакво гледиште од средине прошлог века сведоци смо ширења зоне кажњивости и на понашања које до тада нису сматрана криминалним (поменимо само дела злоупотребе моћи, еколошке деликте и читав низ других).

Овде се срећемо са и са једном опасношћу: будући да је појам људских права веома екстензиван и склон експанзији, могло би доћи до таквог ширења појма злочин које би представљало очигледно претеривање. Узмимо само један пример: бројне конвенције о људским правима садрже декларативну одредбу како свако дете има право на здраво окружење и на потпуно задовољење потреба сходно свом узрасту. Да ли то значи да ће то што родитељи не могу да обезбеде чак ни основне потребе својој деци (подсетимо се колико деце је у свету неухрањено и због тога чак животно угрожено) може бити проглашено за злочин? Или га, можда врши држава која није у стању да им омогуће живот достојан људског бића? Или су родитељи који немају могућности да школују своју надарену децу злочинци?

Под 6. Тврдња да је злочин (уз остале сродне појаве) може бити посматран као један социјални конструкт (одн. да је производ културом повезаних друштвених интеракција)²⁷ има доста основа. Како се у криминолошкој литератури²⁸ са правом наводи, разлога за то има више: 1) пре свега, људи не могу лако сагледати сложеност и вишестраност појава које нас окружују; 2) чак и оно што утврде, они настоје да уоквире и доведу у склад са својим претходним гледиштима, веровањима и вредностима; 3) ми осмишљавамо средину у којој егзистирамо не као индивидуе, него као друштвена бића. Зато свет тумачимо у процесу који се означава као „друштвено конструисање реалности“. У питању је један динамичан захват, одређен мноштвом чинилаца и са великим бројем могућих исхода.²⁹

²⁶ Прецизније, ово двоје научника тврде да злочин врши сваки појединац, друштвени систем или друштвени однос који негира било чија основна права – Н. & Ј. Schwendinger, „Defenders of order or guardians of human rights”, in: *What is Crime?* (eds. S. Henry, M. Lanier), Rowman and Littlefield, Lanham 2001, 88

²⁷ T. Newburn, *Criminology*, Willan Publ., Cullompton 2007, 9.

²⁸ K. von Lampe, *Organized Crime- Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures and Extra-legal Governance*, Sage, Los Angeles 2016.

²⁹ Овај аутор говори о организованом злочину, али се то исто може рећи за било коју појаву те врсте.

Лампе са правом истиче да се злочин не може упоредити нпр. са египатским пирамидама које свако лице нормалних чула може запазити и јасно разликовати од других појава и када имају неке заједничке карактеристике. Из те чињенице, он, међутим, не изводи тако радикалан закључак да (организовани) злочин представља само празну љуштuru без унутрашње садржине којој људи (пре свега они који имају моћ) произвољно одређују значење.³⁰

Не улазећи овде у питања која далеко превазилазе основну тему овог рада (о томе да ли је систем контроле по друштво штетних понашања само одраз парцијалних интереса група које владају или он представља заштиту минимума етичких вредности које деле сви чланови заједнице, као и низ других), овде се ваља сложити са ауторима који сматрају да појам злочин има садржину коју је могуће одредити.

Под 7. Већ је поменуто да је правна одредба злочина у криминолошкој литератури најзаступљенија и поред бројних критика. Они који не прихватају схватање да је злочин кршење правних норми истичу низ озбиљних приговора. Први који су је довели у питање били су заступници позитивизма у Криминологији. Њих је више интересовало ко и зашто врши неприхватљива дела него да ли су она инкриминисана. Тада Диркем, одбацујући правну дефиницију као арбитрарну (зависи од времена и места где законодавац дела) и недовољно одређену, истиче познати став да је злочин оно што је изазвало кажњавање. При том пренебрегавајући да се то исто може рећи и за санкционисање људских дела (оно што је било кажњиво почетком прошлог века није имало исти третман неколико деценија касније).

Још оштрији критичар правне дефиниције је амерички аутор Барак који тврди да она игнорише културну и историјску релативност права, због чега је могуће да одређена дела буду инкриминисана само у неким земљама, или у појединим деловима исте државе (САД).³¹ Зато је овај аутор тврдио да је правна дефиниција арбитрарна и плод селективног процеса.³²

И поред свих критика, правна дефиниција је оно од чега морамо поћи у настојању да јасније одредимо шта је злочин. Такво гледиште дели велики број криминолога у ранијој, али и у новијој литератури.

Тако у *Криминолошкој енциклопедији* из 1949. стоји да је злочин свака забрањена радња или пропуштање који се кажњавају законом наведеним санкцијама; слично је наведено и у *Речнику криминологије* који је објављен у Лондону 1965.,³³ у *Речнику криминалитета* из 1988.³⁴ и у *Речнику*

³⁰ Ово последње тврде неки од припадника, радикалне, конфликтне криминологије. По њима, владајуће друштвене групе (неки их називају класама) произвољно одређују која понашања су друштвено прихватљива, а која не. И то операционализују на најбољи начин утичући на садржину норми кривичног права.

³¹ Али и некадашње СФРЈ после 1977. када је, уз савезни, донето чак осам посебних кривичних закона република и покрајина.

³² G. Barak, *Integrating Criminologies*, Allyn and Bacon, Boston 1998. (www.greggbarak.com/, 18. 9. 2023.)

³³ Злочин је штетно дело које власт сматра опасним за друштво и кажњава га у кривичном поступку правом прописаним санкцијама, вид. R. Nice (ed.), *Dictionary of Criminology*, Vision Press, London 1965, 50

³⁴ R. De Sola, *Crime Dictionary*, Facts on File Publ., New York 1988, 37

криминалиџеџа, кривичној њравосуђа, криминолоџије и њолицеџе.³⁵ Рид такође тврди да је злочин намерно предузета или пропуштена радња којом се нарушавају норме закона за коју држава прописује кажњивост.³⁶ За Кетрин Вилијамс злочин је оно што право тако дефинише, покреће кривични поступак против учиниоца дела и примењује најтеже, кривичне санкције.³⁷

У књизи *Криминолошки џермини* италијански аутор Пизапа злочин дефинише као радњу или пропуштање инкриминисано од стране законодаваца.³⁸ Исте године Дејвис у *Концизном речнику криминалиџеџа и њравосуђа* тврди да је злочин законом забрањено понашање које кажњавамо затварањем, новчаним казнама или осталим правом предвиђеним санкцијама.³⁹ И у канадском *Нелсоновом криминолошком речнику* из 2005. стоји да је злочин било које људско понашање које је од стране права криминализовано и предмет је казнене реакције.⁴⁰ На сличан начин одређује га и сународник Рик Линден – као људско понашање које право проглашава криминалним и повлачи примену кривичних санкција.⁴¹

У *Енциклопедџији криминолоџије и кривичној њравосуђа* из 2014. наводи се да има много радњи које могу представљати злочин, али све оне имају заједничко то што крше правила понашања о томе шта је у реду, а шта не смемо чинити. Оно што карактерише злочин није везано за то о којој се конкретној делатности ради, него то што се њоме крше правила понашања, а она су садржана у праву.⁴²

Хенри и Ленер међутим критикују нормативну дефиницију злочина и настоје да изграде „интегративну“ указујући да га треба схватити као призмју на чијем врху су дела лица лишених моћи која су захваљујући јавном представљању упадљива и око којих постоји скоро општи консензус да их треба криминализовати због њихове штетности и опасности коју изазивају; са друге стране, на дну пирамиде су, добрим делом, скривена дела моћних око којих не постоји таква сагласност.⁴³

³⁵ J. Nash, *Dictionary of Crime, Criminal Justice, Criminology and Law Enforcement*, Paragon House, New York 1992, 86. Овај аутор тврди да је то злодело које власт сматра опасним за друге и због тога предвиђа кажњавање његовог учиниоца у кривичном поступку.

³⁶ T. Reid, *Crime and Criminology*, Holt, Rinehart and Winston, Fort Worth 1991, 660.

³⁷ K. Williams, *Criminology*, Blackstone Press, London 1991, 11

³⁸ G. Pisapia, *Parole di criminologia*, Edizioni Decembrio, Padova 2002, 149

³⁹ M. Davis, *Concise Dictionary of Crime and Justice*, Sage Publ. Thousand Oaks 2002, 72

⁴⁰ R. Drislane, R. Parkinson, *Nelson Criminology Dictionary*, Nelson, Toronto 2005, 31. Аутори посебно наглашавају да, иако је злочин централни појам криминологије, у њој још није постигнут консензус како га дефинисати.

⁴¹ R. Linden, *Criminology- Canadian Perspective*, Harcourt Canada, Toronto 2000⁴, 484

⁴² P. Wikstrom, „Situational action theory”, in: *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (eds. G. Bruinsma, D. Weisburd), Springer, New York 2014, 4846.

⁴³ S. Henry, M. Lanier, „Prism of crime- Arguments for an integrated definition of crime”, *Justice Quarterly* 4/1998, 622. Интересантно је да се „интегришућа дефиниција злочина“ своди на неспорну чињеницу да се на опасна дела дискриминисаних слојева друштва и оних из доминантних структура не реагује на исти начин. Уосталом, на то јасно указује у литератури (Реимен [Reiman] са познатом констатцијом да су „богати све имућнији, а сиромашни иду у затвор” и Чамблис [Chambliss] у полемичком раду „о све-

Стјуарт Хенри у једном касније објављеном тексту указује на једну интересантну чињеницу: чак и аутори који су у литератури често навођени као опоненти оваквог дефинисања злочина, у крајњој линији заступају то гледиште. Као пример он наводи Диркема који је у делу *Друшћивена њодела рада*⁴⁴ истакао да је злочин свака људска радња што доводи до оне особите реакције против учиниоца коју називамо казном. То су дела која погађају на исти начин моралну свест нација.⁴⁵ Због тога Хенри закључује да је базична дефиниција злочина и у криминологији – понашање одређено и санкционисано нормама кривичног права. Нема злочина без права, а оно опредељује које су то повреде (штетне радње) које треба санкционисати.⁴⁶

Броудер и Улет у настојању да дођу до „секуларне дефиниције злочина“ указују да после појаве тзв. радикалне криминологије (1970-тих) његова правна, као ни било која друга једноставна дефиниција, више не може опстати јер занемарују бројне чиниоце. Она је формалистичка и таутолошка. Уместо тога, потребно је указати да кривично право има комуникативну функцију (укључује активности великог броја актера: учиниоца, жртве, правосудних функционера и представнике више служби. Са друге стране, будући да процес резултира кажњавањем, неопходно је указати да оно директно зависи од моралних судова.⁴⁷

Леонард Глик сумира на један концизан начин разлоге за и против одређивања злочина као акта којим се крше норме кривичног права. Они који говоре **против** правне дефиниције злочина су: - то што се може десити да у кривичном закону нису наведена нека од девијантних дела која угрожавају кључне друштвене вредности; и – што криминолози морају имати у виду и дела која нису стриктно кривична, али су повезана са њима (проституисање, коцкање, злоупотреба дрога); разлози **за** су: - што не постоји општа сагласност око тога која неинкриминисана дела могу бити сматрана злочином; и – уставни већине савремених држава (не само САД) садрже норме које гарантују заштиту од неосноване стигматизације проглашавањем учинилаца дела која нису предвиђена у кривичном праву криминалцима.⁴⁸

цима и простацима”, вид. Ignjatović (2023), 222 i 83), али је тешко схватљиво како се дефиниција злочина уопште може свести на само две врсте дела и њихових учинилаца.

⁴⁴ Е. Диркем, *О њодели друшћивеној рада*, Просвета, Београд 1972, 112.

⁴⁵ На трагу оваквих Диркемових размишљања су и Мајкл и Адлер који у књизи *Злочин, ѡраво и друшћивене науке* такође полазе од става да кривично право датом понашању даје карактер криминалности, а он је детерминисан мером у којој то понашање изазива наше огорчење, вид. J. Michael, M. Adler, *Crime, Law and Social Science*, New York, Harcourt Brace and Jovanovich, 1933, 5

⁴⁶ Овај аутор сматра да злочин одређују три кључна елемента: штета која се том радњом наноси, друштвена сагласност или чак консензус да је такав акт неприхватљив и формална социјална реалција, вид. S. Henry, „Crime”, in: *Sage Dictionary of Criminology* (eds. E. McLaughlin, J. Muncie), Sage Publ, London 2001, 59.

⁴⁷ J. Brodeur, G. Ouellet, „What ids crime? Secular answer”, in: *What is Crime? Defining Criminalc Conduct in Contemporary Society* (ed. Law Commission of Canada), UBC Press, Vancouver 2004., 28 И овде се објашњење везује за понашања кажњива у кривичном праву, али се уноси и елеменат моралности, о коме је већ било речи.

⁴⁸ L. Glick, *Criminology*, Pearson, Boston 2005, 16. Овај аутор, иначе на стр. 515 дефинише злочин као као људско дело које крши кривичне законе које су у САД овлашћени да доносе федерални, органи држава и локале власти.

4. Закључна разматрања

Пре свега, изгледа да се у погледу дефиниције злочина стање није променило ни после више деценија од када је Морис Коен [*Cohen*] констатовао да се у покушају да одговоримо на питање „шта је то“ срећемо са веома старом и тешком слагалицом и свешћу да на то питање не постоји јединствен и прецизан одговор.⁴⁹ Ленер и Хенри са правом констатују да од тога како одредимо појам злочина зависи не само кога друштво означава као злочинца, него и колико широко ће бити постављене границе заштите од штетних понашања. Ако га одредимо преуско, изгубићемо из вида читав низ дела која су опасна (аутори наводе као пример да су дуго била занемарена дела насиља у породици, акти засновани на расној мржњи, она из области криминалитета белог оковратника и корпорација). Са друге стране, ако овај појам схватимо прешироко, под њега се могу подвести сви облици одступајућег (девијантног) понашања.⁵⁰

Очигледно је да се већина (наведених, као и многих других) аутора опредељује за то да се код одређења шта је то злочин ипак мора поћи од одређености датог понашања у кривичном закону.⁵¹ То је и очекивано јер је тешко на други начин одредити шта је злочин а не поћи од констатације да то може бити само оно људско дело које угрожава друштво, његове основне вредности и добра. На то са пуним правом указује у својој *Криминологији* пре више од осам деценија Доналд Тафт.⁵² У исто време, овај аутор указује и да се у покушају да се одговори питање „шта је то опасно по друштво“ срећемо са релативношћу⁵³ и субјективношћу. Наиме, он констатује како се ради о категорији о којој не само појединци, него и читаве друштвене групе имају различито мишљење.⁵⁴ Тиме се отвара и питање колико оно што законодавац инкриминише има подршку у средини у којој би те норме требало да регулишу понашање људи? Другим речима да ли те норме представљају одраз опредељења већине становника (консенсуални модел који подразумева постојање некакве „колективне свести“, „духа народа“ ...) или

⁴⁹ M. Cohen, *Reason and Law*, Collier Books, New York, 1961, vid. G. Sykes, *Criminology*, New York, Harcourt Brace and Jovanovich, 1978, 42.

⁵⁰ M. Lanier, S. Henry, *Crime in context*, 2001, 1.

⁵¹ Ту чињеницу не оспоравају ни заступници другачијег приступа. Тако Лорета Кејпенхарт и Драган Миловановић јасно истичу да америчкој одн. светској литератури доминира тај легалистички приступ – L. Capeheart, D. Milovanovic, *Social Justice- Theories, Issues and Movements*, Ruthers University Press, New Brunswick 2020⁴, 65.

⁵² Овде је коришћено треће издање те књиге која је по први пут објављена 1942. вид. D. Taft, *Criminology*, Macmillan Comp, New York 1956³, 5.

⁵³ И Едвин Шур сматра да оног тренутка када утврдимо да представа о томе шта је злочин варира као у времену, тако и у простору, постаје јасно да се овај појам не може свести само на она понашања која су законом одређена као кривична дела - E. Schur, *Our Criminal Society*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1969, vid. Newburn T., *Criminology*, Willan Publ., Cullompton 2007.

⁵⁴ Ово је нарочито видљиво у америчком друштву које је настало стапањем група људи из најразличитијих делова света који су са собом донели различите вредносне системе и филозофију живота – *ibid.*

су наметнуте од стране доминантних друштвених група које и на тај начин штите свој положај (конфликтни модел).⁵⁵

Не улазећи овде у експликацију наведеног проблема,⁵⁶ требало би се осврнути и на поменути релативност тврдње да злочин представља кршење норми кривичног права. Ако се слажемо да је то најприхватљивији приступ, то не значи да те норме на прави начин одржавају добра и вредности које треба заштитити.⁵⁷ Кривично законодавство модерних држава временом је постало прегломазан механизам у коме се налазе и инкриминације које не задовољавају захтев да штите само основе опстанка друштва него садрже и оне за које би било боље да буду регулисане неким другим нормама (грађанског, управног права или морала). Тај проблем *хијеринкриминализације* коси се са начелом *ultima ratio* (да је кривична репресија крајње средство, примењиво само када сви се остали механизми контроле понашања људи покажу неделотворним).⁵⁸ Односно, норме ове гране права без потребе се баве и тзв. багателним криминалитетом.⁵⁹ Са друге стране, могу постојати и дела која су опасна а нису инкриминисана. Тада се јавља потреба да се унесу у позитивно кривично право (*инкриминализација*).⁶⁰

Из свега наведеног, остаје закључак да – уз све приговоре и напомене које су изложене – код одређивања појма злочин не постоји поузданији ослонац од оног који нам пружају норме кривичног права. Уз још неколико напомена: криминолози, по природи ствари, треба да посвете пажњу и на она неинкриминисана понашања која могу бити повезана са криминалним делима (зависност од наркотика, алкохолизам, проституисање, коцкање и сродна дела). Они су најпозванији да укажу законодавцу која кривична дела треба изоставити из кривичних закона, и још више – која у њима не егзистирају иако представљају опасност за друштво и вредности на којима почива.

⁵⁵ Берн и Месершмит сматрају у томе лежи објашњење зашто веома опасне активности које су тек у другој половини прошлог века нашле место у регистру инкриминација, попут дела злоупотребе моћи (специфичан облик политичког криминалитета где представници власти врше злочине према грађанима) или још нису у довољној мери инкриминисане – као по друштво опасне активности капиталистичких компанија – Р. Веирне, Ј. Месершмит, *Criminology*, Harcourt Brace College Publ., Fort Worth 1995², 22. О овим другим вид. G. Barak, *Nekontrolisana moć korporacija* (prevod), Pravni fakultet UB, Beograd 2020, 51 *et seq.*

⁵⁶ Јер она превазилази обим и карактер овог рада.

⁵⁷ Драган Миловановић слаже се са оним ауторима - он изричито наводи Трубека (D. Trubek, „Complexity and Contradiction in the legal order”, *Law and Society Review* 11/1977) – који сматрају да је један од циљева права и правног поретка да промовишу друштвене вредности јер од тога колико у томе успеју, зависи њихова легитимност, вид. D. Milovanovic. *Sociology of Law*⁴, Carolina Academic Press, Durham 2022, 40

⁵⁸ Z. Stojanović, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Pravni fakultet UB, 2023³, 37

⁵⁹ Излаз из оваквог стања је добро осмишљена *декриминализација* (изостављање из казненог регистра понашања која не представљају озбиљну опасност по друштво, вид. Ђ. Игњатовић, „Декриминализација и сузаванје криминалне зоне”, *Sudska praksa* 11-12/1999, 5.

⁶⁰ Будући да је ова грана, како је већ наглашено у наше време хипетрофирана, поставља се питање да ли постоји нешто што задовољава основни услов за инкриминасње (опасност по заједницу) а да се у попису кривичних дела не налази? Таква ситуација је могућа у условима наглог развоја нових технологија када кривични законодавац још не сматра њихове последице тако озбиљним да би их унео регистар кривичних дела.

Dorđe IGNJATOVIĆ

Full professor

Belgrade University, Law School

WHAT IS A CRIME (CRIMINOLOGY ASPECT)?

Summary

The text explores a fundamental question in criminology: “What is crime?” The author’s perspective is that only behaviors that pose a serious threat to society and its foundational values can be classified as such. When delving into the literature, various determinations of crime emerge: 1. Crime as Sin: Some view crime as a moral transgression; 2. Crime as a Reflection of the Disease of the Perpetrator: Others see it as a manifestation of the psychological or emotional state of the offender; 3. Crime as an Expression of Social Disorganization: It can also be seen as a consequence of societal breakdown; 4. Crime as a Social Process: Some consider it a result of complex social interactions; 5. Crime as a Violation of Human Rights: For some, it’s a breach of fundamental human rights; 6. Crime as a Social Construct: There’s a perspective that crime is constructed by society and its norms; 7. Crime as a Violation of Criminal Law Norms: Legally, it involves actions that contravene established criminal laws. The text advocates for defining crime based on legal provisions, specifically, actions outlined as criminal within the law. Furthermore, it suggests that criminologists should influence lawmakers to include acts that meet the criteria of endangering society, even if they are not already recognized as crimes, and to exclude minor or trivial acts that don’t belong in this category. This approach is underscored by its practical significance in shaping the understanding and classification of crime.

Key words: *Crime. – Sin. – Disease. – Disorganization. – Human rights. – Law.*

Литература

- Barak, G. (1998), *Integrating Criminologies*, Allyn and Bacon, Boston, (www.greggbarak.com/, 18. 9. 2023.)
- Barak, G. (2020), *Nekontrolisana moć korporacija* (prevod), Pravni fakultet UB, Beograd, [2017].
- Beirne, P., Messerschmidt J. (1995²), *Criminology*, Harcourt Brace College Publ., Fort Worth.
- Brodeur, J., Ouellet, G. (2004), „What ids crime? Secular answer”, in: *What is Crime? Defining Criminalc Conduct in Contemporary Society* (ed. Law Commission of Canada), UBC Press, Vancouver, 1–33.

- Capeheart, L., Milovanovic D. (2020⁴), *Social Justice – Theories, Issues and Movements*, Rutgers Universty Press, New Brunswick.
- Ђирић, Ј. (2009), *Ђужиоци и жрџиве*, Институт за упоредно право, Београд.
- Davis, M. (2002), *Concise Dictionary of Crime and Justice*, Sage Publ., Thousand Oaks.
- De Sola, R. (1988), *Crime Dictionary*, Facts On File Publ., New York.
- Des Rosters, N., Bittle, S. (2004), „Introduction”, in: *What is Crime? Defining Criminalc Conduct in Contemporary Society* (ed. Law Commission of Canada), UBC Press, Vancouver.
- Ђиркем, Е. (1972), *О љодели грушџивеној рага*, Просвета, Београд [1893].
- Drislane, R., Parkinson, R. (2005), *Nelson Criminology Dictionary*, Nelson, Toronto.
- Fattah, E. (1997), *Criminology: Past, Present and Future– A Critical Overview*, Springer, Houndmills.
- Fazel, S., Grann, M. (2006), „Population impact of severe mental illness on violent crime”, *American Journal of Psychiatry* 8, 1397–1403.
- Garland, D. (1994), „Of crimes and criminals: Development of criminology in Britain”, in: *Oxford Handbood of Criminology* (eds. M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner), Claredon Press, Oxford, 17–68.
- Glick, L. (2005), *Criminology*, Pearson, Boston.
- Henry S. (2001), „Crime”, in: *Sage Dictionary of Criminology* (eds. E. McLaughlin, J. Muncie), Sage Publ., London.
- Henry, S., Lanier, M. (1998), „Prism of crime- Arguments for an integrated definition of crime”, *Justice Quartrely* 4, 609–627.
- Hibbert, C. (1966), *Root of Evil- A Social History of Crime and Punishment*, Penguin Books, London.
- Ignjatović, Ѓ. (1992¹), *Kriminologija*, Nomos, Beograd.
- Ignjatović, Ѓ. (1999), Dekriminalizacija i suЂavanje kriminalne zone, *Sudska praksa* 11-12, 3– 10.
- Ignjatović, Ѓ. (2002), „Kriminološki aspekt delikata nasilja”, u: *Delikti nasilja - krivičnopravni i kriminološki aspekt* (ur. D. Radovanović), Institut za krimnološka i sociološka istraЂivanja, Beograd, 259–269.
- Ignjatović, Ѓ. (2009), *Teorije u kriminologiji*, Pravni fakultet UB, Beograd.
- Ignjatović, Ѓ. (2023¹⁷), *Kriminologija*, Pravni fakultet UB, Beograd.
- Lanier, M., Henry, S. (2001), „Crime in context- the scope of the problem”, in: *What is Crime- Controversies over the Nature of Crime and What to Do about It* (eds. S. Henry, M. Lanier), Rowman & Littlefield, Lanham, 609–627.
- Linden, R. (2000⁴), *Criminology- Canadian Perspective*, Harcourt Canada, Toronto.

- Michael, J., Adler, M. (1933), *Crime, Law and Social Science*, Harcourt Brace and Jovanovich, New York.
- Michael, J., Adler, M. (2001), „Nature of crime”, in: *What is Crime? Controversies Over the Nature of Crime and what to Do about it* (eds. S. Henry, M. Lanier), Rowman and Littlefield, Lanham, 19–26.
- Миловановић, Д. (2005), „Правна дефиниција злочина и један алтернативни поглед”, *Анали Правној факултету* 2, 20–28.
- Milovanovic, D. (2022), *Sociology of Law*⁴, Carolina Academic Press, Durham.
- Nash, J. (1992), *Dictionary of Crime, Criminal Justice, Criminology and Law Enforcement*, Paragon House, New York.
- Newburn, T. (2007), *Criminology*, Willan Publ., Cullompton.
- Nice, R. (ed.) (1965), *Dictionary of Criminology*, Vision Press, London.
- Pisapia, G. (2002), *Parole di criminologia*, Edizioni Decembrio, Padova.
- Reid, T. (1991), *Crime and Criminology*, Holt, Rinehart and Winston, Fort Worth.
- Schmallegger, J. (2004), *Criminology Today – An Integrative Introduction*, Prentice Hall, Upper Saddle River.
- Schwendinger H. & J. (2001), „Defenders of order or gaurdians of human rights”, in: *What is Crime? Controversies Over the Nature of Crime and what to Do about it* (eds. S. Henry, M. Lanier), Rowman and Littlefield, Lanham, 65–98.
- Screenivasan G. (2014), „Prosecuting injuries in Early Modern Germany” (1550–1650), *Central European History* 3, 544–584.
- Soothill, K., Peelo, M., Taylor, C. (2002), *Making Sense of Criminology*, Polity Press, Cambridge.
- Stojanović, Z. (2023³), *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Pravni fakultet UB, Beograd.
- Sykes, G. (1978), *Criminology*, New York, Harcourt Brace and Jovanovich.
- Taft, D. (1956³), *Criminology*, Macmilan Comp. New York.
- Volfgang, M., Ferakuti, F. (2012), *Potkultura nasilja* (prevod), Pravni fakultet UB, Beograd, [1967].
- von Lampe, K. (2016), *Organized Crime- Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures and Extra-legal Governance*, Sage, Los Angeles.
- Walsh, P., Poole, A. (1983), *Dictionary of Criminology*, Routledge & Kegan Paul, London.
- Wikstrom, P. (2014), „Situational action theory”, in: *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* vol. 9 (eds. G. Bruinsma, D. Weisburd), Springer, New York, 4845–4852.
- Williams, K. (1991), *Criminology*, Blackstone Press, London.
- Wolfenden, J. (1960), „Crime as sin”, *British Medical Journal* 9, 140–142.
- Young, J., Matthews, R. (1992), „Questinoning left realism”, in: *Issues in Realist Criminology* (eds. R. Matthews, J. Young), Sage, London, 1–18.

СПОНЕ РАДНОГ И КРИВИЧНОГ ПРАВА

Сажетак

И поред различитих предмета регулација и различитих циљева, радно и кривично право имају ипак сусрећања. Оне су оличене у деликатним правним питањима, која се, без осипања, не могу сврстати само у једну или другу грану права. То, најпре, вреди за правне последице кривичног дела учињеног на раду или у вези с радом, будући да оно представља оивдани разлог за оивказ уговора о раду, уз немоћност иивврћивања иивреде радне обавезе или неившћивања радне дисциплине бланкетним нормама којима се иивућује на кривичноправне иивресе. Наглаве, ауиорка саилегава однос радног и кривичног права у светлу функција кривичних санкција у свету рада, као и њихових иивељних обележја (деловорност, сразмерност и одвраћајуће дејство), док иивмену одређених кривичних санкција иивати ризик ех lege иивстанка радног односа у случају да је заиослени, збо ових околности, одсутан с рада дуже од ииврисаног иивериода. Коначно, у раду су као важна ипачка сусрећа радног и кривичног права разииврене и правне последице осућиваности радника на одређену кривичну казну или за одређено кривично дело, будући да она, изузетно, може бити ииврисана као сметња за заснивање радног односа, односно као доиуишћено оивраничење права на рад.

Кључне речи: Радно право. – Кривичне санкције. – Престанак радног односа. – Осућиваност радника.

1. Увод

Правни систем представља складну и логички уређену целину сачињену од бројних, међусобно повезаних општих правних норми. То субјектима права омогућава да у свакој ситуацији, поуздано знају како треба да се понашају и да ускладе своје понашање с меродавним правним прописима. Изградња правног система, притом, подразумева распоређивање извора права по њиховој садржини, као и груписање правних установа које се одnose на одређени друштвени однос у гране права. С тим у вези, отвара се и питање међусобног односа различитих грана права, јер оне, и поред разлика проистеклих из предмета њиховог регулација, чине саставни део складне целине, какав је правни систем. Ово питање поставља се и у вези с односом

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

радног и кривичног права, будући да и ове две гране, и поред различитих предмета регулисања и различитих циљева чијем постизању доприносе - имају тачке сусретања.

Радно право је, наиме, конституисано као самостална грана права крајем XIX века, убрзо након првих законских интервенција у свету рада, које су биле неопходне јер класично уговорно право није могло да обезбеди неопходну заштиту личности, физичког интегритета и достојанства лица која су радила за другог. Тај талас државног интервенционизма укључио је и ограничавање предмета радног права на подређени рад, док је основни циљ ове гране била (и остала) заштита радника, као слабије стране радног односа, будући да радећи за послодавца, запослени остварују своја искључива или претежна средства за издржавање и преузимају обавезу да раде у име, за рачун и под (управљачком, нормативном и дисциплинском) влашћу послодавца. Осим тога, радноправне норме доприносе и очувању социјалног мира, приближавању идеалу социјалне правде и друштвеној кохезији, док минимално усклађивање услова рада доводи до усклађивања трошкова рада, чиме се спречава нелојална конкуренција међу послодавцима.

С друге стране, *кривично право* обезбеђује заштиту од најопаснијих напада на правни поредак и његова највреднија добра. Савремени кривични законици, притом, садрже низ инкриминација, које, иако нису специфичне за свет рада, налазе своју примену и у овој области. То нарочито вреди за кривична дела којима се штите вредности које су иначе снажно заштићене у кривичном (али и у радном) праву, попут физичког интегритета (пре свега недопуштена понашања којима се повређују или угрожавају живот и здравље људи) и достојанства личности. За тим следе кривична дела која су „покривена“ уопштеним инкриминацијама, али се најчешће извршавају у свету рада, попут кривичних дела везаних за дискриминацију, полно узнемиравање, и злостављање.¹ Осим тога, савремени кривични законици редовно садрже и групу кривичних дела која су непосредно везана за заштиту радника, будући да плаћени, продуктивни и подређени рад који се обавља у оквиру радног односа има велики значај за економски живот нације и за добро функционисање сваке државе.² Већина грађана обезбеђује, наиме, искључива или претежна средства за своје издржавање и за издржавање чланова своје породице, управо, на основу рада за послодавца, због чега је неопходно инкриминисање дела против права која се остварују у оквиру радног односа или у вези с радом.³ То нарочито важи за кривична дела која се тичу непоштовања права на зараду, безбедност и здравље на раду, ограничено радно време, и заштиту од социјалних ризика. Ова

¹ R. Salomon, A. Martinel, *Droit pénal social - droit pénal du travail et de la sécurité sociale*, Economica, Paris 2023⁷, 3.

² A. Rycroft, „Criminal sanctions and labour relations”, *South African Journal of Criminal Justice* 2/1989, 284.

³ А. Стевановић, „Кривично дело повреде права по основу рада и повреде права из социјалног осигурања: Проблеми у пракси и потреба за новелирањем”, *Crimen* 2/2021, 167.

кривична дела редовно упућују на норме садржане у другим законима и подзаконским актима, будући да су права чије је ускраћивање, ограничавање или кршење инкриминисано потврђена законима/законицима о раду или посебним законима и другим радноправним прописима.⁴ Учинилац ове врсте кривичних дела, притом, могу бити послодавац или одговорно лице код послодавца, јер су они овлашћени за одлучивање о остваривању одређеног права. У питању су, дакле, кривична дела која не може учинити било које лице, већ само лице које располаже овлашћењима или фактичким могућностима да утиче на рад других, због чега се својство послодавца или својство одговорног лица код послодавца појављује као обележје кривичног дела (*delictum proprium*).⁵ Непознавање меродавних правних прописа, притом, не ослобађа послодавца од одговорности, јер је он морао да се упозна с тим прописима, било непосредно, било преко запосленог који је задужен за праћење правних прописа.⁶ С друге стране, постоје и кривична дела која може извршити само запослени, а чије је прописивање неопходно за заштиту од најозбиљнијих повреда меродавних правних прописа.

Поред инкриминација које (непосредно или посредно) доприносе добром функционисању света рада и, последично, добром функционисању државе и економског живота нације, тачке сусретања радног и кривичног права могу се препознати и у радноправним последицама кривичног дела учињеног на раду или у вези с радом. Оно, наиме, представља оправдани (ваљани) разлог за отказ уговора о раду, уколико је кривична одговорност запосленог утврђена правноснажном пресудом, с тим што се поводом кривичног дела на раду или у вези с радом као деликатно правно питање поставља и питање радноправних последица покретања кривичног поступка против запосленог, а, затим, и питање да ли повреда радне обавезе или непоштовање радне дисциплине могу бити утврђени бланкетним нормама којима се упућује на кривичноправне прописе. Надаље, однос радног и кривичног права може се сагледати и у светлу функција кривичних санкција у свету рада, будући да су њихово изрицање и примена, у начелу, усмерени на нормализацију друштвених односа и на одвраћање од повреда правних правила зарад одбране општег интереса, а што нарочито подразумева одвраћање учинилаца од истоврсног понашања (специјална превенција) и васпитно деловање на остала лица (генерална превенција). Притом се као пожељна обележја кривичних санкција које се изричу против субјеката радног односа редовно уочавају њихова делотворност, сразмерност и одвраћајуће дејство, док издржававање казне затвора и примену мера безбедности и васпитних мера - прати ризик *ex lege* престанка радног односа у случају да

⁴ С. Јовановић, М. Рељановић, *Кривична дела у области рада*, Институт за упоредно право, Београд 2023, 10.

⁵ Z. Kaleb, „Kazneno djelo neisplate zarade i povrede prava iz rada *de lege lata* i *de lege ferenda*”, *Policija i sigurnost* 3/2013, 438.

⁶ *Ibid.*

је запослени, због ових околности, одсутан дуже од прописаног периода. Коначно, као важну тачку сусрета радног и кривичног права можемо уочити и правне последице осуђиваности запосленог, која изузетно може бити прописана као сметња за заснивање радног односа, односно као допуштено ограничење права на рад.

Премда се радно и кривично право преплићу и поводом других правних института, у нашем раду биће разматрана само назначена питања. Ово посебно стога што показују да је за правилно и потпуно разумевање института радног и кривичног права неопходно и њихово разумевање у светлу целине правног система, као и у ширем друштвеном, економском и политичком контексту. Такав приступ праву био је својствен истраживањима научног саветника др Јована Ђирића. Овај рад посвећујем светлој успомени на уваженог и драгог колегу из Института за упоредно право, где сам имала среће да учиним прве кораке у свету науке, охрабрена колегијалном подршком и драгоценим саветима искуснијих колега, међу којима је био и поштовани др Јован Ђирић.

2. Кривично дело на раду или у вези с радом као оправдани разлог за отказ уговора о раду

2.1. Ојшња разматрања

Веа радног и кривичног права може се, најпре, сагледати у светлу радноправних последица кривичног дела које запослени изврши приликом обављања поверених радних задатака или у вези с радом, попут фалсификовања службене исправе, одавања службене, пословне или друге тајне, проневере,⁷ послуге, примања мита или крађе. Радња која има обележја кривичног дела, притом, може представљати оправдани разлог за отказ само ако је против запосленог донета правноснажна осуђујућа кривична пресуда. Ово стога што се, у складу с начелом законитости и гаранцијом претпоставке невиности, постојање кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца утврђује правоснажном пресудом којом се оптужени оглашава кривим. Послодавац, отуд, не може у поступку давања отказа, да квалификује као оправдани отказни разлог кривично дело на раду или у вези с радом.⁸ То је у Републици Србији потврђено као законско правило

⁷ Вид. И. Вуковић, „Кривични и радноправни аспекти проневере ствари поверених на служби или на раду”, у: *Судски њосиуак – њрава и њравноси. Зборник радова 35. сусрета Койаоничке школе њриродној њрава – Слободан Перовић. II њом* (ур. Јелена С. Перовић Вујачић), Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Београд 2022, 657–673.

⁸ Право на такву квалификацију не би имао ни суд у парничном поступку ради оцене законитости отказа, будући да постојање кривичног дела тада не представља претходно питање које суд решава у поступку по тужби за поништај отказа због кривичног дела на раду или у вези са радом (Пресуда Врховног суда Србије Рев. II 383/06, од 11. новембра 2005. године).

тек новелом Закона о раду од 2014. године, чиме је „озакоњено“ истоветно правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије.⁹ До усвајања овог схватања, домаћи аутори заступали су различита становишта о условима за примену предметног отказног разлога. Једна група аутора је, тако, сматрала да отказ због овог разлога не зависи од кривичног поступка и да послодавац може да отпусти запосленог, ако сазна да је он учинио кривично дело, уколико је против запосленог поднео кривичну пријаву и ако постоје одговарајући докази.¹⁰ Друга група аутора је, међутим, упозоравала на нелогичност првог схватања и све ризике који га прате, превасходно на ризик угрожавања људских права запосленог.¹¹ Ово стога што једино суд може утврдити да ли је запослени учинио кривично дело на раду или у вези са радом. У случају да пресудом буде утврђена одговорност запосленог, послодавац може (само) да одлучи да ли ће му због тога дати отказ или не, будући да осуђујућа пресуда не доводи аутоматски до престанка радног односа.

2.2. Однос с дисциплинским отказним разлозима

Потребно је разграничити отказне разлоге који се састоје у повреди радне обавезе или у непоштовању радне дисциплине, с једне стране, и у кривичном делу учињеном на раду или у вези с радом, с друге стране. Најпре ваља уочити да се општи појам и елементи бића кривичног дела не могу поистоветити с појмом и елементима повреде радне обавезе или непоштовања радне дисциплине. Исто вреди и за дисциплинску и кривичну одговорност, јер је њихова правна природа различита. Оне, наиме, могу постојати упоредо и једна према другој се односе као два круга са заједничким пресеком, у ком се налазе понашања која, у исто време, повлаче и кривичну и дисциплинску одговорност, док остале делове ових двају кругова испуњавају радње које подразумевају или само кривичну одговорност запосленог или само његову дисциплинску одговорност.¹²

⁹ Схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије, од 30. новембра 2004. године.

¹⁰ Ово становиште било је формирано по узору на мишљење Министарства за рад и запошљавање Републике Србије број 011-00-743/2002-02, од 27. септембра 2002. године: „Престанак радног односа због учињеног кривичног дела је независан од кривичног поступка за то дело. Запосленом може да престане радни однос ако је послодавац сазнао да је запослени учинио кривично дело, поднео кривичну пријаву и ако за то постоје одговарајући докази“ (нав. према Д. Симоновић, *Раднојравна читанка II*, Службени гласник, Београд 2009, 54). Подршка овом становишту изражена је, између осталог, у: П. Михајловић, „Престанак радног односа по сили закона и отказом уговора о раду од стране послодавца“, *Радно и социјално право* 1-6/2004, 418; М. Вучетић, „Заснивање и престанак радног односа према Закону о раду“, *Радно и социјално право* 4-7/2003, 148.

¹¹ За аргументовану критику првог схватања вид.: Б. Шундерић, „Кажњавање пре осуде“, *Радно и социјално право* 1-6/2004, 46–50.

¹² И поред тога што је претпоставком невиности отклоњена априорна кривица запосленог као кривичнопроцесног субјекта, у одређеним случајевима, на његов радни однос може утицати и сама чињеница да постоје докази који формирају одређени степен сумње да је извршио неку радњу, нпр. приликом удаљења с рада запосленог коме је одређен притвор или против којег је започето кривично гоњење због кривичног дела учињеног на раду или у вези с радом.

Запослени може бити дисциплински кажњен за понашање које истовремено повлачи и кривичну одговорност, само ако је то понашање унапред утврђено и као повреда радне обавезе или као непоштовање радне дисциплине. Тако, примера ради, учествовање у тучи, које представља кривично дело, може бити утврђено и као непоштовање радне дисциплине, будући да је реч о насиљу којим се повређују основна људска права, али и о понашању које може изазвати поремећај у процесу рада и међуљудским односима у радној средини.¹³ То, даље, значи да, у случају да понашање запосленог повлачи и дисциплинску и кривичну одговорност, непостојање елемената кривичног дела, само по себи, неће значити да нема повреде радне обавезе или непоштовања радне дисциплине. Ове две врсте правне одговорности запосленог утврђују се у два потпуно независна поступка који не утичу један на други, због чега се у случајевима у којима истовремено представља и кривично дело, повреда радне обавезе/непоштовање радне дисциплине утврђује без пресуде о кривичној одговорности.¹⁴ Послодавац није, наиме, дужан да чека с дисциплинским поступком до правноснажне одлуке суда. Ово тим пре што би у супротном постојао ризик наступања застарелости кршења радних обавеза/радне дисциплине, што може имати за последицу то да запослени који је учинио тежу повреду радне обавезе/радне дисциплине остане дисциплински некажњен.¹⁵ Такође, исход кривичног поступка поводом истог чињеничног описа радњи не утиче на положај запосленог коме је престао радни однос због повреде радне обавезе/непоштовања радне дисциплине. Из истих разлога, околност да је одбачена кривична пријава поводом исте радње не утиче на оцену законитости одлуке о изрицању дисциплинске мере против запосленог,¹⁶ укључујући најтежу дисциплинску меру. Слично, обустављање кривичног поступка који је био покренут против запосленог неће имати никаквог утицаја на законитост (тзв. дисциплинског) отказа уговора о раду.¹⁷

Однос отказних разлога који се тичу повреде радне обавезе/непоштовања радне дисциплине и кривичног дела на раду или у вези са радом нарочито је деликатан, ако је послодавац удаљио с рада запосленог против

¹³ З. Ивошевић, *Коментар Закона о основама радних односа*, Савремена администрација, Београд 1997, 145.

¹⁴ Одлука Суда удруженог рада СР Црне Горе, Ж. бр. 394/81, *Судска и ујравна пракса* 4/1982, 129.

¹⁵ Закључак Суда удруженог рада Словеније, Сп-53/77, од 25. фебруара 1977. године, *Судска и ујравна пракса* 4/1982, 129.

¹⁶ Одлука Суда удруженог рада Босне и Херцеговине, број Ж-276/76, од 17. новембра 1976. године, *Судска и ујравна пракса* 4/1982, 128.

¹⁷ Одлука Суда удруженог рада Србије, број 722/76, од 5. новембра 1976. године, *Судска и ујравна пракса* 4/1982, 129. То је потврђено и у пракси Уставног суда: "дисциплинска и кривична одговорност су различите врсте правне одговорности, које се утврђују у посебним поступцима, те исход кривичног поступка [...] није претходно питање за утврђивање дисциплинске одговорности, јер дисциплински органи имају овлашћење да самостално, у складу са начелом непосредности, утврђују чињенице од значаја за дисциплинску одговорност и санкције које се у дисциплинском поступку примењују" (Одлука Уставног суда Републике Србије Уж-2391/2009, од 13. јуна 2012. године, став 8; тако и Одлука Уставног суда Републике Србије број Уж-3179/2010, од 19. децембра 2012. године, став 5).

кога је покренут кривични поступак због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом. Реч је, заправо, о случају примене *привремене мере факултативної удаљења с рада с накнадом зараде*, која озбиљно угрожава професионални положај (због привременог искључења из радне средине и суспензије /основних/ права и обавеза из радног односа) и економску сигурност запосленог (због остваривања накнаде зараде чија је висина знатно нижа од висине зараде).¹⁸ До ступања на снагу последње новеле Закона о раду, послодавац је, до истека рока на који је изречена мера удаљења, имао на располагању две могућности – иницирање престанка радног односа, и враћање запосленог на рад.¹⁹ Будући да у највећем броју случајева, кривични поступак против запосленог није могао бити правноснажно окончан у тромесечном року, послодавац није био у могућности да запосленом дâ отказ због кривичног дела учињеног на раду или у вези с радом, већ је требало да му омогући враћање на рад. Како је у неким случајевима, то било скопчано с озбиљним поремећајем у радној средини, послодавци су настојали да обезбеде добро функционисање предузећа отпуштањем запосленог због неког другог оправданог отказног разлога. То превасходно вреди за повреду радне обавезе, наравно, под условом су се у радњи запосленог могли пронаћи елементи одређене повреде радне обавезе. Ови практични проблеми су у значајној мери превазиђени новим законским решењем, по ком је послодавац дужан да запосленог против кога је започето кривично гоњење због кривичног дела учињеног на раду или у вези с радом, по истеку периода на који је изречена мера удаљења с рада, врати на рад или да му откаже уговор о раду или да му изрекне другу меру за непоштовање радне дисциплине, односно повреду радних обавеза.²⁰ *Novum* представља и то што удаљење запосленог против кога је започето кривично гоњење због кривичног дела учињеног на раду или у вези с радом може да траје до правноснажног окончања кривичног поступка.²¹

¹⁸ Ваља имати у виду да је удаљење запосленог с накнадом зараде превентивна мера којом се ублажавају или отклањају последице његовог понашања. Она се, дакле, изриче док још није утврђена дисциплинска одговорност запосленог, због чега је за примену довољно то да се постојање повреде радне обавезе назначи и учини вероватним, без утврђивања свих елемената бића повреде [пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3095/92, од 27. августа 1992. године, нав. према З. Ивошевић (1997), 202]. У том смислу се приликом оцене законитости послодавчеве одлуке о удаљењу не испитује да ли је запослени учинио одређену повреду радне обавезе и да ли је крив за њено извршење, већ то да ли су у одређеном случају постојали законом утврђени разлози за удаљење. То, коначно, значи да се законитост одлуке о удаљењу утврђује независно од законитости одлуке о изреченој дисциплинској мери (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3501/94, од 18. јануара 1995. године, нав. према С. Ковачевић-Перић, „Удаљење са рада – појам, сврха и карактеристике”, *Радно и социјално право* 1/2014, 177).

¹⁹ У том смислу се ни радно место с којег је запослени удаљен не сматра слободним, те послодавац не би могао да с другим лицем заснује радни однос на неодређено време за рад на том радном месту (послу). Д. Р. Живковић, *Закон о радним односима, с коменџаром и рејсџиром њојмова*, Службени лист СРЈ, Београд 1997², 172.

²⁰ Закон о раду – ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 и 95/18, чл. 167, ст. 1.

²¹ ЗР, чл. 167, ст. 2.

**2.3. Негоушћеност утврђивања повреда
радних обавеза/непоштовања радне дисциплине
бланкетним нормама које упућују на кривичноправне прописе**

Конечно, треба се осврнути и на питање да ли повреда радне обавезе или непоштовање радне дисциплине могу бити утврђени бланкетним нормама којима се упућује на кривичноправне прописе, тј. на питање да ли као повреда радне обавезе или непоштовање радне дисциплине може бити прописана и радња која представља кривично дело.²² Таква могућност је била потврђена у ранијој судској пракси Врховног суда,²³ али и у Закону о раду, којим је, као случај непоштовања радне дисциплине због ког запослени може бити отпуштен изричито било прописано то што „његово понашање представља радњу извршења кривичног дела учињеног на раду и у вези са радом, независно од тога да ли је против запосленог покренут кривични поступак за кривично дело“.²⁴ У том смислу, послодавац је могао да самостално цени да ли понашање запосленог представља радњу извршења кривичног дела, те дапусти запосленог због непоштовања радне дисциплине (а, не због учињеног кривичног дела), ако утврди да његово понашање представља радњу извршења кривичног дела. На неуставност ове одредбе указивано је у више научних и стручних радова, док су у мањини остали аутори који су сматрали да она не представља повреду Устава Републике Србије. Потоња група аутора је, наиме, истицала да, према цитираној одредби Закона о раду, дисциплинска и кривична одговорност нису међусобно условљене, већ су елементи одређеног кривичног дела служили послодавцу само као средство за идентификацију непоштовања радне дисциплине. У том смислу је истицано да бланкетно одређивање радње непоштовања радне дисциплине не представља повреду претпоставке невиности, јер се она односи само на кривичну одговорност, а да радњу кривичног дела не треба поистовећивати с кривичним делом.²⁵ С тим у вези, Уставни суд је оценио да оспорена одредба Закона о раду није у сагласности с Уставом Републике Србије, јер је послодавцу било дато

²² Разматрање овог питања ослања се на резултате нашег истраживања који су објављени у: Lj. Kovačević, „Razumevanje disciplinske i krivične odgovornosti zaposlenih u jurisprudenciji Ustavnog suda Republike Srbije“, у: *Teorija in praksa, pravo in življenje: liber amicorum Etelka Korpič-Horvat* (ur. Darja Senčur Peček), Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Ustanova dr. Šiftarjeva fundacija, Pomurska akademska znanstvena unija (PAZU), Maribor 2018, 121–145.

²³ „Повреде радне обавезе се могу утврдити и бланкетном нормом која упућује на радњу кривичног дела или повреду другог прописа“ (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1998/93 од 10. јуна 1993. године, нав. према Л. Ђукић, „Отказ уговора о раду из дисциплинских разлога“, *Билтен Врховног касационог суда* 3/2007, 375). Тако и одлука Врховног суда Србије, Рев. 3454/93: „Елементи одређеног кривичног дела служе само као средство за идентификацију повреде радне обавезе, као да су ти елементи одређени диспозицијом саме дисциплинске норме“ (нав. према: Д. Симоновић, 40-41).

²⁴ ЗР, чл. 179, ст. 3, тач. 5.

²⁵ З. Ивошевић, „Поистовећивање радње кривичног дела са кривичним делом (Коментар Одлуке Уставног суда Србије број ИУз-424/2014 од 17.11.2016. године)“, *Правни записи* 1/2017, 120.

овлашћење које може имати само суд (испитивање да ли одређено чињење или нечињење представља радњу извршења кривичног дела).²⁶ Осим тога, запослени су били ускраћени у остваривању Уставом гарантованих права на правично суђење и права на правну сигурност у казненом праву. Потоње право, наиме, подразумева и претпоставку невиности, по којој се нико не може сматрати учиниоцем кривичног дела пре него што се то утврди пресудом надлежног суда у редовном поступку.²⁷ Осим тога, Уставни суд је утврдио и да је поменута одредба Закона о раду супротна начелу једнакости свих пред Уставом и законом.²⁸ Такође, утврђена је и повреда начела владавине права,²⁹ јер оно подразумева, између осталог, и то да норме сваког општег правног акта морају бити у довољној мери јасне, одређене и предвидиве. А тако се није могла квалификовати оспорена одредба Закона о раду, будући да је послодавац самостално ценио постојање разлога за отказ, без икаквог ближег одређивања противправног понашања запосленог. Запослени, отуд, нису имали сазнање о томе која ће све понашања послодавац сматрати непоштовањем радне дисциплине, због чега нису могли да доследно ускладе своје понашање са Законом о раду, нити су били свесни да је неко њихово дело забрањено. Уставни суд је на тај начин, с правом, стао на становиште да запослени морају бити заштићени од произвољног кажњавања за непоштовање радне дисциплине, тј. да се могу сматрати кривим за непоштовање радне дисциплине, ако је оно извршено радњом која, у време када је извршена, није недвосмислено представљала непоштовање радне дисциплине. Овај став Уставног суда инспириран је тумачењем одредбе члана 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у пракси Европског суда за људска права,³⁰ тј. захтевом да кривични закони треба да буду такви да појединац из њих мора да зна која чињења или нечињења повлаче његову кривичну одговорност и која ће казна бити изречена.³¹ То, даље, значи да “закон мора бити такав да појединац из његових одредаба, као и из одговарајуће судске праксе по овима, може недвосмислено сазнати која ће га чињења или нечињења довести до кривичне одговорности”.³² Премда се овај захтев односи на прописивање кривичног дела, Уставни суд Републике

²⁶ Одлука Уставног суда Србије ИУз-424/2014 од 17. новембра 2016. године, *Службени гласник РС*, бр. 13/17.

²⁷ Устав Републике Србије - УРС, *Службени гласник РС*, бр. 98/06 и 115/21, чл. 32 и 34.

²⁸ УРС, чл. 21, ст. 1.

²⁹ УРС, чл. 1 и 3.

³⁰ Уставни суд Србије је и у ранијим одлукама исказивао захтеве који морају бити испуњени у погледу квалитета закона, потврдивши да њихов недостатак може довести у питање и опстанак закона у правном поретку (Б. Ненадић, „Утицај уставног суда на вршење уставног суда власти”, у: *Номо-техника и правничко расуђивање* (ур. Радмила Васић), Програм Уједињених нација за развој – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 266).

³¹ Г. П. Илић, „Кажњавање само на основу закона”, у: *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода* (ур. Виолета Беширевић *et al.*), *Службени гласник*, Београд 2017, 144–145.

³² Д. Поповић, *Европско право људских права*, *Службени гласник*, Београд 2012, 270.

Србије је, с правом, стао на становиште да начело законитости, као суштински елемент владавине права, треба на одговарајући начин применити и на прописивање случајева непоштовања радне дисциплине. Такав приступ одговара системском тумачењу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, посебно њених чланова 6 (право на правично суђење) и 7, а, што претпоставља проширење примене члана 7 Конвенције и на дисциплински и друге сличне поступке у којима се изричу санкције.³³ У том смислу је неопходно да и случајеви непоштовања радне дисциплине буду прописани нормама које су доступне (у смислу да запосленима пружају довољно обавештења о обавезама које се на њих примењују) и довољно прецизне (у смислу могућности запослених да њима саобразе своје понашање, тј. да могу да предвиде последице које њихова радња може произвести).³⁴ Прецизност односних норми, притом, не мора бити апсолутна. Ово тим пре што с дисциплинским правом није неспојиво то да непоштовање радне дисциплине садржи и неодређене правне појмове и стандарде,³⁵ док је правна норма предвидива ако је “доступна правним субјектима који су њени адресати и ако се на основу норме унутрашњег права може предвидети какву ће последицу изазвати конкретно понашање субјекта права”.³⁶

³³ А. Јакшић, *Европска конвенција о људским њравима – Коментар*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд 2006, 235. Начело законитости прожима читаву Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, те се, поред кажњавања само на основу закона, изражава и у одредбама које се тичу законитости притвора, права на правично суђење (у смислу захтева везаних за независност и непристрасност суда образованог на основу закона и доказивање кривице на основу закона), као и ограничења одређених права и слобода само у законом допуштеним случајевима. Поводом ових одредаба, посебно одредбе која се тиче изузетака у којима је допуштено ограничење права и слобода, Европски суд правде је изградио појам закона и утврдио захтеве који морају бити испуњени да би било места квалификацији закона (Т. Маринковић, „Појам закона у пракси Европског суда за људска права”, у: *Номотехника и њравничко расуђивање* (ур. Радмила Васић), Програм Уједињених нација за развој – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 324).

³⁴ Упор. пресуда Европског суда за људска права у предмету *Sunday Times* против Уједињеног Краљевства, од 26. априла 1979. године (представка бр. 6538/74), став 49.

³⁵ А. Јакшић, 237. Слично је резоловао и Уставни суд, истина, поводом прописивања повреда радних обавеза. Тако је у поступку по једној уставној жалби констатовано да за изрицање дисциплинске мере престанка радног односа због несавесног извршавања радних обавеза није неопходно ближе одређење ове повреде колективним уговором (Одлука Уж-1200/08 од 17. октобра 2008. године). Ово стога што је несавесно извршавање радних обавеза правни стандард чија се садржина одређује од случаја до случаја, али увек у оквирима одступања од редовног, усклађеног и уобичајеног поступања ‘доброг привредника’ или ‘доброг домаћина’” (нав. према: Д. Слијепчевић, „Уставна жалба у сфери радних односа”, у: *Заштитна њрава из радног односа* (ур. З. Ивошевић), Глосаријум, Београд 2011, 50).

³⁶ Д. Поповић, „Предвидљивост одлуке – основно својство закона (поглед на праксу Европског суда за људска права)”, у: *Номотехника и њравничко расуђивање* (ур. Радмила Васић), Програм Уједињених нација за развој – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 358.

3. Кривичне санкције у свету рада³⁷

3.1. Функције кривичних санкција у свету рада

„Живот једног закона не зависи само од тога шта је написано, већ и од тога како и колико се то што је написано, поштује“.³⁸ Добра вољна примена радног законодавства, тако, представља један од основних циљева сваког правног система, док кршење радноправних правила има за последицу не само повреду права из радног односа, већ и конкурентски притисак на остале послодавце да заобилажењем примене меродавних радноправних (као и социјалноправних, порескоправних и других) правила - снижавају трошкове рада.³⁹ Од врсте прекршеног правног правила зависи врста правне одговорности субјеката индивидуалног радног односа, односно врста санкције која им се може изрећи. То, прецизније, значи да санкција зависи од улоге и значаја које одређена правна норма има за дато друштво. Као прво средство (*prima ratio*) се, отуд, редовно користе радноправне санкције, док се кривичне санкције примењују само ако је угрожено или повређено неко правно добро од ког зависи суживот у друштвеној заједници.⁴⁰ Свака санкција настоји, наиме, да оствари одређену функцију, те су радноправне санкције редовно усмерене на обезбеђивање доброг функционисања радне средине, на заштиту запосленог (као слабије стране радног односа), на заштиту стабилности запослења или на остваривање неких других циљева социјалне политике. С друге стране, грађанскоправне санкције су безмало искључиво засноване на идеји реституције, јер омогућавају да се запослени чија су добра угрожена или оштећена нађе у позицији у којој би био да су угрожавање или повреда изостали, а што не искључује и васпитни утицај санкција, како на одговорног послодавца, тако и на остале субјекте (истина, само секундарно). Грађанскоправне санкције су, отуд, примарно усмерене ка угроженим или оштећеним лицима, за разлику од казненоправних санкција које су превасходно окренуте ка учиниоцима прекршаја или кривичних дела.⁴¹ У том

³⁷ Ово поглавље се ослања на наша ранија истраживања чији су резултати објављени у: Љ. Ковачевић, „Правне санкције у свету рада – радноправни аспекти“, у: *Казнена реакција у Србији. XIII geo* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023, 169–230.

³⁸ Ј. Ђирић, „Идеални закони и несавесни правници“, *Наука, безбедносћ, полиција* 2/2015, 55.

³⁹ Р. Teague, „Reforming the Anglo-Saxon model of labour inspection: The case of the Republic of Ireland“, *European Journal of Industrial Relations* 2/2009, 207.

⁴⁰ Д. Р. Паравина, „Однос радног права према другим гранама, називи за ову дисциплину, метод изучавања и систем“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 18/1978, 126. Постоје, међутим, и повреде правних прописа које захтевају тзв. континуум казнене реакције државе, као што је то, примера ради, случај с радном експлоатацијом, а у циљу узимања у обзир свих узрока, као и сложености активности послодавца усмерених на искоришћавање осетљивог положаја радника за остваривање профита. К. Skrivankova, *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, The Joseph Rowntree Foundation, 2010, 30.

⁴¹ Д. Николић, „Казнена накнада штете“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-2/2003, 150–151.

смислу, основни циљ казних санкција везан је за одвраћање учинилаца од истоврсног понашања, уз васпитно деловање на остала лица. Постоје, међутим, и области у којима су различити циљеви комплементарни, док неки аутори, с правом, упозоравају да свака врста санкција утиче на нормализацију друштвених односа и одвраћање од повреда правних правила. Казнене санкције то чине зарад одбране општег интереса, грађанскоправне санкције остварују превентивну функцију у циљу успостављања равнотеже између приватних интереса субјеката радног односа, док су дисциплинске санкције усмерене на обезбеђивање доброг функционисања радне средине.⁴²

Свет рада представља особени контекст за примену кривичних санкција, као инструмента јавне политике и средства за очување мира, безбедности и правде у друштву.⁴³ Основни циљ кривичних санкција везује се, наиме, за настојање државе да њиховим прописивањем и применом допринесе заустављању незаконитог понашања, одвраћању учинилаца кривичних дела и свих других лица од чињења кривичних дела, а, по потреби, и изоловању учинилаца од остатка друштва, уз поспешивање њихове друштвене реадaptације и обезбеђивање накнаде штете жртвама. Претња кривичном санкцијом, отуд, сензибилише послодавце и одговорна лица код послодавца за поштовање закона,⁴⁴ с тим што се кривичне санкције појављују као крајње средство. То, прецизније, значи да у свету рада, кривичне санкције имају помоћни или споредни значај и да је њихова примена прихватљива тек ако не постоје друге правне санкције којима би успешније било обезбеђено поштовање правних правила. Потоње становиште није, међутим, општеприхваћено у литератури, већ неки писци пледирају за депенализацију радног права. Њихови предлози редовно су утемељени на аргументу да је прибегивање кривичним санкцијама за заштиту радних права неефикасно и бескорисно. Ово, пре свега, стога што пролиферација правних санкција „убија превентивну моћ кривичног права“, а, затим, и због чињенице да, за разлику од прошлих времена, када је послодавцима требало наметнути нова правила понашања, данас изостаје потреба за овим видом државне интервенције или је она неопходна тек у случају екстремних или поновљених престапа, уз давање предности некривичним правним санкцијама у свим осталим ситуацијама.⁴⁵ Наведени аргументи нису, међутим, довољно убедљиви за савремене законодавце. Ово тим пре што „декриминализација дужности послодавца излаже раднике већој експлоатацији, због чега се, при постојећој неравнотежи моћи послодавца и запослених, задржавање кривичних санкција посматра као основно превентивно средство, колико год

⁴² R. Vatinet, „L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit de travail“, dans: *La sanction en droit du travail* (dir. B. Teyssié), Édition Panthéon-Assas, Paris 2012, 135.

⁴³ J.-F. Cesaro, „La sanction pénale“, dans: *La sanction en droit du travail* (dir. B. Teyssié), Édition Panthéon-Assas, Paris 2012, 87.

⁴⁴ *Ibid.*, 88.

⁴⁵ A. Cœuret, É. Fortis, *Droit pénal du travail*, LexisNexis – Litec, Paris 2008⁴, 5; A. Rycroft, 283.

ретко да се користе“.⁴⁶ Штавише, у неким државама чланицама ЕУ, попут Француске, казнено радно право представља посебну научну дисциплину, док је у Белгији као посебна научна дисциплина и посебна грана права развијено казнено социјално право (фр. *droit pénal social*), које обухвата казнене одредбе радног права и права социјалне сигурности. У потоњој држави су 2010. године правне норме које уређују спречавање, утврђивање и кажњавање повреда савезног радног и социјалног законодавства кодификоване у Казнени социјални законик.⁴⁷ Тиме је успостављен целовит и заокружен каталог санкција које могу бити примењене против послодавца, уз „централизовано“, односно униформно уређивање фаза поступка примене сваке од санкција и разврставање санкција у четири нивоа, зависно од озбиљности повреда правних правила. Примена Законика, отуд, доприноси усклађивању санкција садржаних у бројим законима који уређују радне односе и заштиту од социјалних ризика, као и да поједностави изрицање и примену кривичних и прекршајних санкција против субјеката радног односа.

Против послодавца и одговорног лица код послодавца може се изрећи више кривичних санкција. Новчана казна, притом, доприноси држави уместо да кошта и не производи тако озбиљне последице по осуђено лице као што је то случај с казном затвора.⁴⁸ Новчане казне најтеже погађају микро и мале послодавце, јер плаћање казне може угрозити континуитет њиховог пословања, док у погледу средњих и великих послодаваца постоји ризик снижавања зарада запослених.⁴⁹ Осим тога, терет новчане казне може бити пребачен и на акционаре (снижавање дивиденди) и потрошаче (поскупљење цена робе или услуге коју послодавац производи или пружа).⁵⁰ По томе се последице примене новчане казне приближавају последицама досуђивања накнаде штете, али се разлика уочава у стигматизацији осуђених послодаваца, будући да доношење кривичне пресуде против послодавца може утицати на губитак пословних сарадника, дојкот послодавчевих производа/услуга од стране потрошача и сл.⁵¹ Коначно, негативну страну новчаних

⁴⁶ А. Rycroft, 283.

⁴⁷ Реч је, прецизније, о повредама правила која уређују заштиту личности запослених, право на ограничено радно време и остале услове рада, рад „на црно“, односно непријављени рад, и индустријске односе, као и правила о социјалној сигурности, укључујући повреде везане за утају доприноса за социјално осигурање, коришћење фалсификованих докумената и преваре. Кажњиве радње су, притом, у бројним посебним законима описане на општи начин, као „све повреде норми“ одређеног закона (као и подзаконских аката који доприносе њиховом спровођењу), док су у Казненом социјалном законнику (*Code pénal social, Moniteur belge* du 1. 7. 2010, 43712) та понашања детаљно описана.

⁴⁸ Ж. Прадел, *Компјаративно кривично право – Санкције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 29.

⁴⁹ Н. Лукић, *Криминалијетей компанија – криминолошки аспект*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021, 138.

⁵⁰ М. Jefferson, „Corporate criminal liability: The problem of sanctions“, *Journal of Criminal Law* 3/2001, 238–239.

⁵¹ И. Вуковић, „Одговорност правног лица за кривична дела са последицом смрти (*corporate manslaughter*) или тешке телесне повреде према српском праву“, *Право и њерега* 4-6/2014, 279.

казни представља и немогућност да, у случају послодаваца са својством правног лица, буду замењене затвором. Из ових и других разлога, у литератури се предлаже одређивање висине новчаних казни према приходима послодаваца, као и уз уважавање утицаја казне на пословање послодаваца.⁵² Ниски износи новчане казне, притом, редовно стварају „тривијалну, занемариву или чак нулту генералну превенцију“⁵³ док са становишта специјалне превенције, и релативно ниске новчане казне могу тешко погодити послодавца, посебно ако он повређује права већег броја запослених, нпр. захтевом да запослени извршавају радне задатке иако им претходно није обезбеђена одговарајућа опрема за заштиту здравља и безбедност на раду,⁵⁴ као и кршењем правилâ о ограниченом радном времену (односно прековременом раду) и једнаком плаћању мушкараца и жена за исти рад или рад исте вредности.⁵⁵

3.2. Пожељна обележја кривичних санкција које се изричу субјектима радног односа

Будући да се судијама мора оставити довољно простора за избор санкције која највише одговара околностима конкретног кривичног дела, у савременом кривичном законодавству доминирају прописивање широких казних распона и флексибилне одредбе о одмеравању казни.⁵⁶ У пракси, тај легислативни приступ може, међутим, имати за последицу неједнако поступање према истим случајевима приликом избора и одмеравања кривичне санкције.⁵⁷ Послодавац, отуд, редовно не може чак ни приближно да предвиди санкцију која ће му бити изречена ако учини одређено кривично дело, чиме се угрожава превентивна функција кривичног права. Ово тим пре што кривично законодавство редовно признаје широке могућности за ублажавања казни. С друге стране, треба имати у виду да се против послодаваца и одговорних лица ретко изричу кривичне санкције. Свесни ограничености ризика да буду кажњени кривичном санкцијом, послодавци неретко доносе одлуке везане за остваривање радних права искључиво на основу економских чинилаца.⁵⁸ Извесност откривања и кажњавања повреда правних правила, дакле, успешно одвраћа субјекте радног односа од њиховог кршења,

⁵² Н. Лукић, 138.

⁵³ Б. Беговић, *Економска анализа генералне превенције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 111.

⁵⁴ Упор. Ж. Прадел, 85.

⁵⁵ А. Сœuret, Ё. Fortis, 228.

⁵⁶ Упор. Ј. Ђирић, „Праштати и кажњавати“, у: *Кривичне и ѡрекршајне санкције и мере: Изрицање, извршење и условни оѡйусти* (ур. И. Стевановић, А. Батрићевић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2016, 29–39.

⁵⁷ З. Стојановић, „Превентивна функција кривичног права“, *Crimen* 1/2011, 10–13.

⁵⁸ С. Pereyra-Suarez, Т. McConville, „Enhanced criminal sanctions for workplace safety violations“, *Compleat Lawyer* 2/1993, 2.

чак и више него што то чини строгост санкције.⁵⁹ Стога и блажа санкција, чија је примена извесна, може деловати превентивно, у смислу одвраћања субјеката радног односа од кршења правила и њиховог подстицања на поштовање меродавних извора права.⁶⁰ С тим у вези, треба имати у виду да више директива ЕУ пред државе чланице поставља захтев за обезбеђивањем делотворних, сразмерних и одвраћајућих санкција у свету рада. Ова обележја се сматрају пожељним како за кривичне казне⁶¹ и управне санкције, тако и за грађанскоправне санкције,⁶² иако је захтев да санкција треба да буде одвраћајућа редовно скопчан с функцијом кажњавања, односно превентивном функцијом, која, у начелу, није својствено грађанскоправним санкцијама.⁶³ Наведена три обележја нису, међутим, избрушена с математичком прецизношћу у пракси Европског суда правде/Суда правде ЕУ, већ се у извесној мери преклапају и међусобно су чврсто повезана.⁶⁴ Оцена испуњености захтева да санкција буде делотворна, сразмерна и одвраћајућа, притом, претпоставља преиспитивање ових обележја у светлу улоге коју прекршено правило има у читавом правном систему, као и у светлу обележја поступка у ком се санкција изриче.⁶⁵ *Делотворности* санкције, тако, одсликава однос између циља који доносиоци политичких одлука желе да постигну применом неког правног правила (нпр. спречавање нелојалне конкуренције или успостављање стварне једнакости на тржишту рада), с једне стране, и правних средстава које је законодавац предвидео за постизање тих циљева, с друге стране.⁶⁶ Разматрање ових правних средстава, притом, треба да укључи и разматрање

⁵⁹ V. Wright, *Deterrence in criminal justice. Evaluating certainty vs. severity of punishment*, The Sentencing Project, Washington 2010, 4.

⁶⁰ Резултати једног истраживања сведоче, међутим, да на доследну и правилну примену радноправних прописа у тзв. приватном сектору пресудно утичу два чиниоца: могућност инспекцијског надзора и тежина санкција које могу бити изречене послодавцу. L. Squire, S. Suthiwart-Narueput, „The impact of labor market regulations”, *The World Bank Economic Review* 1/1997, 119–143, нав. према B. Andrees, B. Hancilova, P. Wickramasekara, „Irregular employment of migrants: an ILO perspective”, in: *Addressing the irregular employment of immigrants in the European Union: Between sanctions and rights* (eds. M. Kupiszewski, H. Mattila), International Organization for Migration, Budapest 2008, 307.

⁶¹ То је изричито наведено, између осталог, и у Оквирној одлуци Савета о борби против одређених облика и изражавања расизма и ксенофобије кривичноправним средствима. Њеним одредбама државе чланице ЕУ су обавезане да обезбеде кажњавање расизма и ксенофобије „делотворним, сразмерним и одвраћајућим кривичним казнама”, а што у случају кривичних дела учињених с умишљајем подразумева максималну казну затвора у трајању од једне до три године. Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, OJ L 328, 6. 12. 2008, 55–58.

⁶² M. Amparo Ballester Pastor, *Reparation and penalties in discrimination cases*, Academy of European Law, Trier 2016, 1–2.

⁶³ M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail*, L.G.D.J., Paris 2002, 311–312.

⁶⁴ F. Cafaggi et al., *ACTIONES handbook on the techniques of judicial interactions in the application of the EU Charter. Module 3: Right to effective remedy*, European University Institute, Florence, 25, <https://cjc.eui.eu/wp-content/uploads/2019/03/D1.1.c-Module-3.pdf>, 1. 10. 2023.

⁶⁵ Opinion of Advocate General Kokott delivered on 14 October 2004, Criminal proceedings against Silvio Berlusconi (C-387/02), Sergio Adelchi (C-391/02) and Marcello Dell’Utri and Others (C-403/02), ECLI:EU:C:2004:624, стр. 91.

⁶⁶ F. Cafaggi et al., 24.

фактичких препрека за њихову примену, попут сложености и нејасноће меродавних правних прописа, или дуготрајности и високих трошкова за поступке за заштиту права. С друге стране, обележје које се тиче *сразмерности* подразумева да је санкција одговарајућа из угла постизања легитимне сврхе којој служи, као и да је неопходна.⁶⁷ Сразмерност санкције, отуд, треба процењивати у светлу озбиљности повреде одређеног правног правила и озбиљности свих последица које је повреда проузроковала. Такође, сразмерност треба ценити и у светлу врсте и висине санкције која се примењује против субјекта радног односа, а што, даље, подразумева и сагледавање финансијских могућности лица које је повредило одређено правило, евентуално понављање повреде и сличне околности.⁶⁸ Преблаге санкције често не могу да остваре циљеве везане за (генералну и специјалну) превенцију, док одвише оштре санкције доводе од неправедног кажњавања, које постоји и у случају дуплирања санкција или неконтролисаног одређивања споредних санкција. С тим у вези, не треба губити из вида да поштравање санкција, само по себи, нема превентивно дејство и да су, штавише, изгледи да ће санкција бити примењена мањи што је прописана санкција строжа, и обратно.⁶⁹ Коначно, санкција се сматра *одвраћајућом* ако појединца спречава у повреди циљева и правилâ одређеног правног система, односно ако је у стању да утиче на потенцијалне учиниоце тих повреда да се понашају у складу с меродавним правилима. Ово обележје, отуд, немају чисто симболичне санкције, посебно што санкција треба да обесхрабри и рецидивизам и шире непоштовање правних правила.⁷⁰ Одвраћајући ефекат санкције, притом, зависи од њене природе и висине, као и од вероватноће да ће стварно бити примењена.

3.3. Раднојравне њоследице одсујтва зайосленог с рада услед њримене кривичних санкција

3.3.1. Одсујтво зайосленог збој издржавања казне зайвора

До престанка радног односа независно од воље његових субјеката долази, између осталог, у случају одсуства запосленог с рада због издржавања

⁶⁷ Opinion of Advocate General Kokott, ст. 90.

⁶⁸ F. Cafaggi *et al.*, 26.

⁶⁹ З. Стојановић (2011), 3. По мишљењу Јована Ђирића, овај низ наставља правило да је друштвена неједнакост већа у правним системима у којима су казне строге: „Похлепа, нарочито када је претерана, подразумева и експлоатацију и неједнакост, односно маргинализацију и гетоизацију знатних делова друштва, који бивају гурнути у криминал, па је онда, на неки начин, нормално да се на све те проблеме одговара репресивним системом строгих казни“. Ј. Ђирић, „Похлепа као подстрек, али и као кочница економског развоја“, *Право и њривреда* 4-6/2016, 606.

⁷⁰ S. Benedi Lahuerta, „Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin“, in: *International and European labour law – a commentary* (eds. E. Ales *et al.*), Nomos/Verlag C.H. Beck/Hart Publishing, Baden-Baden - München - Oxford, Portland 2018, 519; пресуда Европског суда правде у предмету C-81/12 (*Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*), од 25. априла 2013. године, ECLI:EU:C:2013:275, ст. 64.

казне затвора или примене других кривичних санкција. Осуђеност запосленог на одређену санкцију, притом, сама по себи, не представља разлог за престанак радног односа, већ се тако може квалификовати сâмо одсуство запосленог услед примене санкције, и то, само ако она траје дуже од одређеног периода. То, најпре, вреди за осуђеност на казну затвора, будући да њено издржавање утиче како на приватни и породични живот затвореника, тако и на његов професионални живот. Тако у домаћем праву, одсуство с рада у трајању дужем од шест месеци због издржавања казне затвора представља разлог за престанак радног односа,⁷¹ док одсуство из истог разлога у краћем трајању има за последицу суспензију основних права и обавеза из радног односа.⁷² Изузетно, издржавање казне затвора не производи потоњу последицу, ако директор управе за извршење кривичних санкција одобри затворенику који је то затражио да, за време трајања казне, обавља послове на радном месту на коме је био запослен у време пријема налога за издржавање казне, под условом да је први пут осуђен на казну затвора до шест месеци, да за то постоје оправдани разлози (нпр. неопходност континуираног обављања посла како би се спречили губици или обезбедило несметано пружање услуга за чије обављање послодавац није могао пронаћи одговарајућу замену)⁷³, и да кривично дело за које је осуђен није у вези с тим послом.⁷⁴ Такође, на предлог управника завода за извршење кривичних санкција, судија за извршење може одобрити осуђеном запосленом који је разврстан у полуотворено или отворено одељење завода да обавља посао ван завода, ако за то постоје услови, а кривично дело за које је осуђен није у вези с његовим послом.⁷⁵ С друге стране, послодавац обавезно удаљава запосленог с рада за време притвора, док радни однос престаје даном ступања запосленог на издржавање казне затвора, само ако он мора да буде одсутан с рада дуже од шест месеци, независно од дужине трајања притвора.⁷⁶ То, даље, значи да радни однос не престаје по сили закона, ако је запослени осуђен на казну затвора у трајању дужем од шест месеци, уколико, по ступању на издржавање ове казне, неће одсуствовати с рада дуже од шест месеци, због урачунавања времена које је провео у притвору – у затворску казну.⁷⁷

⁷¹ ЗР, чл. 176, тач. 3. Интересантно је уочити да се у „јуриспруденцији” Европског комитета за социјална права, осуђиваност на казну затвора сматра ваљаним разлогом за отказ, али само ако је казна изречена због чињеница које су повезане с радом. Уколико је, међутим, запосленом изречена казна затвора због радње која није повезана с његовим радом, изрицање ове казне може представљати ваљани разлог за отказ, ако период лишења слободе траје толико дуго да за собом повлачи неспособност извршавања рада. European Committee of Social Rights, Conclusions 2005, Estonia, 218.

⁷² У том смислу, ваља приметити да гаранција права на рад подразумева обавезу државе да поштује право на рад сваког грађанина, између осталог, и *избегавањем мера које би могле директно или индиректно да на основу рада зарађује за животи*. То, нарочито, вреди за случајеве арбитрерног задржавања лица које може имати за последицу губитак запослења. М. Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in international law*, Hart Publishing, Oxford/Portland 2009, 286.

⁷³ А. Илић, *Коментар Закона о извршењу кривичних санкција*, ЈП Службени гласник, Београд 2022, 216.

⁷⁴ Закон о извршењу кривичних санкција – ЗИКС, *Службени гласник РС*, бр. 55/14 и 35/19, чл. 102, ст. 1.

⁷⁵ ЗИКС, чл. 102а, ст. 1.

⁷⁶ А. Николић, *Радно право*, Научна књига, Београд 1988, 222.

⁷⁷ Становиште да се време од шест месеци рачуна од дана ступања запосленог на издржавање казне затвора полази од чињенице да је притвор мера којом се обезбеђују присуство окривљеног и

Основ за престанак радног односа који се тиче одсуства запосленог у трајању дужем од шест месеци не може се утврдити као чињеница у тренутку престанка радног односа, већ се узима као правна претпоставка која се изводи из познате чињенице да је запослени осуђен на казну затвора у одређеном трајању.⁷⁸ Ово стога што се у тренутку ступања запосленог на издржавање казне, може само претпоставити да ће он бити одсутан с рада дуже од овог рока. Та претпоставка је оборива, с тим што накнадно настале околности због којих запослени не би био одсутан дуже од прописаног периода (нпр. услед помиловања) не утичу на његово враћање на рад. Ово стога што новонастале околности делују *pro futuro* и што разлози правне сигурности налажу да се радни однос који је законито престао не може обновити, осим ако законом није предвиђено другачије, што овде није случај. То што послодавац не може утицати на настанак овог основа престанка радног односа представља, наиме, разлог због ког не треба да сноси ризик евентуалног скраћивања или укидања казне затвора, након ступања запосленог на њено издржавање.⁷⁹ Чињеница смањења или укидања казне, отуд, може бити релевантна само у поступку за накнаду штете коју запослени трпи због осуде и коју може захтевати од органа који је изрекао казну, док би се одговорност послодавца могла утврдити само ако је утицао на доношење одређене судске одлуке давањем нетачних података суду.⁸⁰

Премда би се, због чињенице да одсуство због издржавања казне затвора представља основ престанка радног односа, могло учинити да су рад и издржавање казне затвора *a priori* неспојиви, рад представља интегрални део затворског режима. Он је, притом, традиционално схватан као инструмент за „испаштање и окајање грехова“, док се данас разуме као инструмент рехабилитације затвореника. Савремено право, притом, познаје међусобно врло различита решења о раду затвореника: у већини европских држава, предметно питање уређује законодавство о извршењу кривичних санкција или кривичнопроцесно законодавство, уз сходну примену појединих одредаба радног законодавства и на затворенике (нпр. у Енглеској и Немачкој). С друге стране, законодавство мањег броја држава познаје могућност

успешно вођење кривичног поступка. Време проведено у притвору, отуд, не спада у време одсуства запосленог с рада у смислу правила о престанку радног односа независно од воље запосленог и послодавца. Неки писци су, међутим, заступали став да се, после урачунавања у казну затвора, притвор „преображава“ у ову казну, тј. да тог тренутка престаје да важи претпоставка невиности запосленог, због чега се о притвору више и не може говорити као о мери обезбеђења. Прихватање тог става је, коначно, значило да се дан ступања запосленог у притвор мора узети као дан његовог ступања на издржавање казне. Већинску подршку ужива, међутим, становиште да се, после урачунавања време проведеног у притвору у казну затвору, притвор не преображава, нити прераста у казну затвору по основу закона. За аргументе за свако од ових становишта вид. Ч. Богићевић, *Ушлицај санкција на радне односе и сјајус радника*, магистарска теза (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1989, 16–20.

⁷⁸ П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2015⁷, 348–349.

⁷⁹ Ч. Богићевић, 26.

⁸⁰ *Ibid.*

заснивања посебног радног односа између затворске управе (или *ad hoc* тела, које обезбеђује обуку и запошљавање осуђеника) и затвореника који ради за рачун затворске управе, када се на затвореника примењује радно законодавство, наравно, уз неопходне измене примерене специфичном положају ових радника (Италија и Шпанија).⁸¹ Зависно од лица која управљају радом затвореника и лица за чији се рачун тај рад обавља, у упоредном праву се могу уочити три начина организације рада затвореника.⁸² Први начин подразумева да управа за извршење кривичних санкција руководи радом и да се рад обавља за њен рачун. Поред тога, затвореници могу радити за неко приватно лице, унутар или изван затворских просторија. Иако је у Стандардним минималним правилима УН о поступању са затвореницима потврђено да затворска управа мора имати превасходство у управљању индустријским погонима и економијама казних установа у односу на приватне предузетнике, организација производног рада затвореника се последњих деценија развија у другом смеру, између осталог, и због недовољних просторних, материјалних и финансијских услова за организацију и развој производње, мања квалификованих радника у службама за обуку и запошљавање затвореника и немогућности задовољавајућег пласирања производа насталих као резултат рада затвореника.⁸³ Европским правилима о затварању је, стога, изричито уведена могућност уношења приватне иницијативе у област извршења казни и мера лишења слободе.⁸⁴ То је и тренд у неким државама (Сједињене Америчке Државе, Аустралија), где се приватизација, јавно-приватна партнерства и подуговарање користе за снижавање државних трошкова везаних за издржавање казне све бројније затворске популације, али и као начин да се затвореницима омогући стицање нових вештина и олакша исплата накнаде штете проузроковане жртвима кривичних дела.

⁸¹ Тако: G. Loy, S. Fernández, „Le travail des détenues dans les prisons en Italie”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, 179–181; J. A. Soler Arrebola, „La relation spéciale de travail des détenus dans des ateliers pénitentiaires en Espagne”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2007, 201–207. Ову законску квалификацију радног односа сматрамо спорном, пре свега, због изостанка битних елемената радног односа, као и особеног циља рада, који се овде не састоји у остваривању средстава за издржавање, већ у рехабилитацији затвореника. Такође, приступ пословима није условљен одређеним радним способностима, већ се према способностима затвореника бирају активности које ће им бити поверене. Ова обележја рада затвореника не представљају, Ова обележја рада затвореника не представљају, међутим, препреку за прилагођену примену појединих одредаба радног законодавства на затворенике, наравно, у мери у којој је то могуће и не противречи њиховом специфичном положају и специфичном месту њиховог рада. В. Љ. Ковачевић, „Забрана принудног рада у међународном праву, с посебним освртом на границе рада затвореника”, у: *Казнена реакција у Србији. III део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 220–245.

⁸² О предностима и ограничењима упоредноправног метода вид. Ј. Ђирић, „Невоље са упоредним правом”, *Сјрани правни животи*, 1/2008, 7–31.

⁸³ R. Schmelck, G. Picca, *Pénologie et droit pénitentiaire*, Cujas, Paris 1967, 292.

⁸⁴ Ђ. Игњатовић, *Право извршења кривичних санкција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010⁴, 69.

3.3.2. Одсуство зајосленог због примене мере безбедности или васпитне мере

Домаћи законодавац традиционално утврђује као разлог престанка радног односа и одсуство запосленог с рада због примене мера које се изричу као реакција на индивидуалну опасност учиниоца за околину, под условом да примена одређене мере може имати за последицу одсуство учиниоца с рада дуже од шест месеци. У позитивном праву Републике Србије, тај услов је испуњен у случају изрицања мере обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи и мере протеривања странца из земље. Када је пак реч о одсуству због примене васпитних мера, као разлог за престанак радног односа појављује се одсуство с рада због примене мера упућивања у васпитну установу, упућивања у васпитно-поправни дом и упућивања у посебну установу за лечење и оспособљавање.⁸⁵

У свим овим случајевима, радни однос престаје даном почетка примењивања изречене мере,⁸⁶ због чега је важно да, на дан почетка примењивања одређене мере против запосленог, буде извесно то да ће он, из овог разлога, бити одсутан с рада током периода дужег од шест месеци. С тим у вези, отвара се дилема о испуњености услова за правилну примену одговарајуће законске одредбе о престанку радног односа, у случају да је запосленом изречена мера обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, будући да њено трајање није посебно одређено. Суд, наиме, не одређује трајање ове мере приликом њеног изрицања, нити је законом временски ограничено њено најдуже могуће трајање.⁸⁷ Предметна мера се, уместо тога, изриче на неодређено време и примењује док за тим постоји потреба, у смислу високог степена вероватноће да ће лице учинити неко теже кривично дело услед неког од психичких стања која су водила неурачунљивости или битно смањеној урачунљивости. Извршење мере се обуставља чим престану разлози за њену примену, али није искључена ни могућност да лице до краја живота остане у установи. Суд, притом, одлучује о отпуштању лица из здравствене установе по спровођењу посебног поступка који се покреће по службеној дужности, а на предлог здравствене установе или органа старатељства. Како на дан примене мере обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи није унапред познато да ли ће због ње запослени бити одсутан с рада дуже од шест месеци, у литератури се, с правом, отворило питање (не)оправданости предметног законског решења.⁸⁸ У том смислу се као алтернатива престанку радног односа предлаже ново решење

⁸⁵ Овом каталогу не треба додати васпитну меру појачаног надзора уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитавање и образовање, будући да боравак не сме да омета редовни одлазак лица на посао.

⁸⁶ ЗР, чл. 176, тач. 4.

⁸⁷ З. Стојановић, *Кривично право: Описни гео*, Правни факултет Универзитета у Београду / Правна књига, Београд 2015²², 337.

⁸⁸ А. Николић, 223.

по ком би радни однос трајао током лечења запосленог, уз могућност да престане само ако излечење запосленог није могуће. У том случају би била отворена могућност за утврђивање инвалидности запосленог, и, последично, за примену разлога за престанак радног односа који се тиче потпуног и трајног губитка способности запосленог за рад.

С друге стране, *заводске васпитне мере* се примењују у циљу васпитавања, лечења и оспособљавања малолетника, уз њихово потпуно издвајање из дотадашње средине. Оне могу трајати у границама одређеним законом, и то само онолико колико је потребно да би се остварила њихова сврха. Приликом изрицања заводских васпитних мера, суд не одлучује о њиховом трајању, већ у сваких шест месеци разматра (не)постојање основа за обустанову извршења одређене мере или њену замену другом васпитном мером. Ово стога што је тешко унапред прецизно утврдити време неопходно за васпитавање малолетника и постизање сврхе одговарајуће мере, због чега суд може да усклађује изречену васпитну меру с потребама васпитања и правилног развоја малолетника.⁸⁹ Правило да се унапред не одређује ефективно трајање заводских васпитних мера је, такође, сагласно и с настојањем да се оне користе као крајње средство реаговања на криминалитет малолетника и да се примењују за најкраћи неопходан временски период, тј. да не трају дуже него што је потребно за остварење сврхе њихове примене, што је потврђено и у међународним стандардима.⁹⁰

Премда је приказано флексибилно решење оправдано, када се посматра у вези са законским правилима о престанку радног односа, оно подразумева и постојање могућности да се заводске мере примењују само шест месеци, а не и дуже од тога, тако да се на дан почетка примене одређене мере не може одлучити о престанку радног односа, јер се не зна да ли ће запослени бити одсутан с рада и дуже од тог периода.⁹¹ У том смислу се, с правом, отвара питање да ли у погледу ове мере постоји формална сметња за престанак радног односа, посебно што васпитне мере не повлаче правне последице које се састоје у забрани стицања одређених права.⁹² Ово тим пре што малолетници уживају посебну заштиту и у радном и у кривичном законодавству. Стога би *de jure condendo* требало размотрити могућност очувања запослења малолетника, нарочито што би изгледи за њихову рехабилитацију и развој били већи, ако би знали да их, после примењене васпитне мере, чека запослење.⁹³

⁸⁹ З. Стојановић (2015), 382–383.

⁹⁰ Љ. Радуловић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 130. и 132. В. Стандардна минимална правила за малолетничко правосудје (*United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice / "The Beijing Rules"*), adopted by General Assembly Resolution 40/33 of 29 November 1985), правило 19.1.

⁹¹ А. Николић, 224.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.* У том смислу су нарочито занимљива решења из страних права, која предвиђају особене форме заводских мера код којих малолетници проводе време у установи само током викенда (нпр. у Шпанији)

4. Правне последице кривичне осуде и осуђиваност као сметња за заснивање радног односа⁹⁴

У савременим правним системима, осуђиваност на одређену врсту казне или за одређену врсту кривичног дела представља сметњу за заснивање радног односа. Сметње за заснивање радног односа су, наиме, законом утврђене околности које, саме по себи, чине недопуштеним заснивање радног односа, односно онемогућавају заснивање пуноважног радног односа.⁹⁵ Утврђивање одређених околности у форми сметњи је усмерено на *защити-ти јавној интереса*, у свим његовим сегментима: од пуног остваривања и заштите зајемчених права и слобода грађана (сваког понаособ и као припадника одређене целине), преко редовног одвијања друштвеног живота у свим његовим компонентама, до уредног рада државних органа и јавних тела.⁹⁶ Поред заштите јавног интереса, утврђивање сметњи може бити усмерено и на заштиту интереса који су својствени одређеном послу, односно одређеној професији или делатности.⁹⁷ Исто вреди и за заштиту легитимних интереса послодаваца, других радника код послодаваца и слично. То, на концу, значи да се утврђивањем сметњи за заснивање радног односа спречава да једно лице започне с обављањем посла, ако би то могло да угрози имовину и углед послодавца, добро функционисање предузећа, права послодавчевих клијената, безбедност, здравље и добробит других радника код послодавца или трећих лица која су присутна у послодавчевим пословним просторијама. У том смислу се сметња за заснивање радног односа која се тиче осуђиваности радника уводи у циљу *защити-ти интереса које имају послодавац и друштвена заједница да учиниоци појединих кривичних дела не обављају послове који су у вези с тим кривичним делима*. Правила која се тичу сметњи за заснивање радног односа, притом, *не смеју неоправдано и/или прекомерно онемогућава-ти дивше осуђенике да остваривањем права на рад обезбеђују средства за издржавање и да кроз рад развијају своју личност*,

или само преко ноћи (нпр. у Италији), како би им се омогућило да наставе школовање, односно да очувају запослење. Љ. Радуловић, 161.

⁹⁴ Овај део рада садржи резултате нашег ранијег истраживања који су детаљно изложени у: Љ. Ковачевић, „Осуђиваност радника као сметња за заснивање радног односа”, *Радно и социјално право* 1/2023 (у штампи).

⁹⁵ Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021, 669–670.

⁹⁶ З. Томић, „Јавни поредак: појам и структура”, *Анали Правној факултету у Београду* 2/2019, 37. Разграничење јавног и приватног интереса изузетно је деликатан задатак, јер су они толико повезани да у неким случајевима прелазе један у други. Индивидуални интереси су, притом, ограничени интересом везаним за одржање и стабилност заједнице, због чега се приватни интерес признаје само када је то потребно и у општем интересу. Појединачни интереси, отуд, морају бити подређени јавном интересу, што има за последицу да право штити појединачне интересе (укључујући интересе послодавца) само ако су у складу с јавним интересом. Вид. Н. Мрвић Петровић, Ј. Ђирић, *Сукоб јавној и приватној интереса (у проули моћи, новца и пољитике)*, Војноиздавачки завод, Институт за упоредно право, Београд 2004.

⁹⁷ П. Јовановић, „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа”, *Радно и социјално право* 1/2013, 51.

да вређају њихово достојанство и право на поштовање приватног живота, и да онемогућавају њихову успешну ресоцијализацију, која је, такође, у интересу друштвене заједнице.⁹⁸

Сметња за заснивање радног односа која се тиче осуђиваности радника може се сагледати и у светлу института *йравних йоследица осуде*. Основни циљ кривичних санкција везује се, наиме, за настојање државе да њиховим прописивањем и применом допринесе поштовању законâ, и то заустављањем незаконитог понашања, одвраћањем учиниоца кривичног дела и свих других лица од чињења кривичних дела, а, по потреби, и изоловањем учиниоца од остатка друштва, уз поспешивање његове друштвене реадапације и обезбеђивање накнаде штете жртвама. У складу с Кривичним закоником, осуда на одређену казну или за одређена кривична дела може имати за последицу, између осталог, и *забрану сйишцања одређених йрава*.⁹⁹ Та се последица може испољити, управо, у забрани заснивања радног односа на одређеном послу, будући да се успостављањем радног односа остварује право на рад.

Правне последице осуде не представљају врсту кривичних санкција, већ особене мере, које наступају по сили закона којим су предвиђене, а како би се спречио рецидивизам и обезбедила заштита друштва од криминалитета, и, шире, заштита различитих компоненти јавног интереса које постоје у вези с обављањем одређених послова и занимања.¹⁰⁰ С тим у вези, треба имати у виду да су правне последице осуде предвиђене ванкривичним законима из разних области друштвеног живота (Закон о државним службеницима, Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, Закон о запосленима у јавним службама, као и специјални закони који уређују организацију и функционисање одређених органа државне управе или одређених јавних служби, нпр. Закон о комуналној милицији, Закон о полицији, Закон о Војсци Србије, Закон о високом образовању, Закон о основама система васпитања и образовања, Закон о ревизији).¹⁰¹ Послодавац, отуд, *нема* право да аутономно одређује последице кривичне осуде по правни статус кандидатâ за запослење, већ *йравило о айсолуџној законској одређености йравне йоследице осуде* подразумева аутоматизам у наступању одговарајуће правне последице.¹⁰² С тим у вези,

⁹⁸ М. Р. Ковач Орландић, *Право зайосленой на йривайности и њејова зашйишйа*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 115.

⁹⁹ Кривични законик (*Службени йласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19), чл. 94, ст. 1.

¹⁰⁰ И. Вуковић, *Кривично йраво. Ойшйишй гео*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021, 549.

¹⁰¹ Тако је, примера ради, Законом о државним службеницима (*Службени йласник РС*, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18, 157/20 и 142/22) као правна последица осуде и сметња за заснивање радног односа прописана осуђиваност на казну затвора од најмање шест месеци (чл. 45, ст. 1). Може се, међутим, полемисати о томе да ли је ово прешироко одређена сметња, имајући у виду да спречава лица која су била осуђена на наведену казну да заснују радни одос на било ком радном месту у органима државне управе, како на положају, тако и на извршилачким радним местима.

¹⁰² Р. Кукавица, *Правне йоследице кривичне осуде*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1965, стр. vii.

отвара се и питање да ли су одредбе меродавних закона довољно прецизне да се њиховом применом спречавају кандидати који су осуђени за одређена кривична дела да заснују радни однос на одређеном послу. Исто вреди и за посебне законе који као сметњу за заснивање радног односа прописују то да се против лица не води кривични поступак, а што у светлу претпоставке невиности, може представљати крајње изузетну меру.¹⁰³

Основно дејство сметњи огледа се, дакле, у правној немогућности успостављања радног односа, иако одређено лице испуњава општи и посебне услове за његово заснивање.¹⁰⁴ С тим у вези треба имати у виду да правне последице кривичне осуде које се тичу немогућности заснивања радног односа наступају даном правноснажности пресуде, с тим што се у случају да пресуда буде измењена по ванредном правном леку, правне последице усклађују с одређеном изменом.¹⁰⁵ Такође, ове правне последице могу престати и у случају рехабилитације, а могу бити укинуте и амнестијом и помиловањем. Коначно, треба поменути и то да по протеку три године од издржане, застареле или опроштене казне, суд, по молби осуђеног лица, може одлучити да престане правна последица осуде, уколико већ није престала услед рехабилитације. Ако је суд одбије, осуђеник изнова може поднети молбу.

Поред онемогућавања заснивања радног односа, дејство сметњи можемо посматрати и пошто је радни однос заснован. С тим у вези, најпре се отвара питање радноправног положаја радника који је засновао радни однос упркос томе што је постојала сметња за његово радно ангажовање. Будући да сметње представљају правну препреку за заснивање радног односа, у случају да послодавац ангажује радника за чије запошљавање постоји сметња, радни однос није могао бити заснован као ваљани правни однос. У овој ситуацији, отуд, постоји *фактички рад*,¹⁰⁶ те су незаконити и одлука послодавца о избору одређеног кандидата за запослење и читав поступак заснивања радног односа, због чега радник мора да престане да ради за послодавца чим буде утврђено постојање сметње. Радник не би могао да настави с радом за послодавца ни уколико би сметња била отклоњена након заснивања радног односа (до тренутка када је утврђено постојање сметње). Ово стога што се пуноважност радног односа утврђује на основу чињеница које су постојале у тренутку његовог заснивања, а чињенице које се појаве за време трајања радног односа не утичу на његову пуноважност.¹⁰⁷ Такве последице постојања сметње за заснивање радног односа произлазе из

¹⁰³ Е. Мјјкић, *Правни положај здравствених радника који су правоснажно осуђени за кривично дело и здравствених радника против којих се води кривични поступак у поступцима пријема у радни однос у јавним здравственим установама*, Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2020, 13.

¹⁰⁴ П. Јовановић (2013), 50–51.

¹⁰⁵ И. Вуковић (2021), 553.

¹⁰⁶ П. Јовановић (2015), 193.

¹⁰⁷ А. Т. Поповић, *Сметње за заснивање радног односа: легитимни циљеви и ограничења*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 102.

потребе за заштитом јавног интереса и других легитимних циљева због којих се сметње и утврђују. У нашем праву, нажалост, ово питање није уређено Законом о раду, док је, у складу с одредбама Закона о Војсци Србије, акт о пријему у професионалну војну службу у Војсци Србије *ништив*, уколико постоји сметња за заснивање радног односа.¹⁰⁸

С друге стране, наступање околности која представља сметњу за заснивање радног односа пошто је радни однос заснован има за последицу то да запослени не може да настави с обављањем посла за чије извршавање постоји препрека. Стога се као најважнија последица наступања сметње појављује престанак радног односа независно од воље запосленог и воље послодавца.

Ljubinka KOVAČEVIĆ

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

INTERFACE BETWEEN LABOUR LAW AND CRIMINAL LAW

Summary

In addition to the differences that exist between the issues they regulate and the goals they strive for, labour law and criminal law do have common points where they meet. This is primarily manifested in legal consequences of a crime committed at work or in relation to work. It represents a valid ground for dismissal, without a prerogative of employer to independently evaluate if the conduct of an employee constitutes the act of committing a crime, and to dismiss him/her for failing to comply with workplace discipline, if it is established that his/her conduct constitutes the act of committing a crime, in a accordance with “blanket reference” technique in the definition of a disciplinary offences. On the other hand, relationship between labour law and criminal law is examined in the light of functions of criminal sanctions in the world of work, as well as in the light of the EU standard of effective, proportionate and dissuasive sanctions. Finally, the authoress sheds light on the ex lege termination of employment when an employee is sentenced to jail or some other criminal sanctions, as well as on the issue of convictions with specific sentences or for specific crimes as obstacles to employment.

Key words: *Labour law. – Criminal sanctions. – Termination of employment. – Conviction of employee.*

¹⁰⁸ Закон о Војсци Србије, Службени гласник РС, бр. 116/07, 88/09, 101/10, 10/15, 88/15, 36/18, 94/19 и 74/21, чл. 39, ст. 3.

Литература

- Amparo Ballester Pastor, M. (2016), *Reparation and penalties in discrimination cases*, Academy of European Law, Trier.
- Andrees, B, Hancilova, B, Wickramasekara, P. (2008), „Irregular employment of migrants: an ILO perspective”, in: *Addressing the irregular employment of immigrants in the European Union: Between sanctions and rights* (eds. M. Kupiszewski, H. Mattila), International Organization for Migration, Budapest, 297–317.
- Беговић, Б. (2015), *Економска анализа ѓенералне ѓревениције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Benedi Lahuerta, S. (2018), „Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin”, in: *International and European labour law – a commentary* (eds. E. Ales et al.), Nomos, Verlag C.H. Beck, Hart Publishing, Baden-Baden - München - Oxford, Portland, 495–520.
- Богићевић, Ч. (1989), *Уџициј санкиција на радне односе и сџаијус радника*, магистарска теза (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Vatinet, R. (2012), „L’instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit de travail”, dans: *La sanction en droit du travail* (dir. B. Teyssié), Édition Panthéon-Assas, Paris, 120–140.
- Вуковић, И. (2014), „Одговорност правног лица за кривична дела са последицом смрти (*corporate manslaughter*) или тешке телесне повреде према српском праву”, *Право и ѓривреда* 4-6, 273–287.
- Вуковић, И. (2021), *Кривично ѓраво. Оџшџи гео*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Вуковић, И. (2022), „Кривични и радноправни аспекти проневере ствари поверених на служби или на раду”, у: *Судски ѓосџујак – ѓравда и ѓравичносџи. Зборник радова 35. сусреџа Коѓаоничке школе ѓприродноѓ ѓрава – Слободан Перовић. II ѓом* (ур. Ј. С. Перовић Вујачић), Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Београд, 657–673.
- Вучетић, М. (2003), „Заснивање и престанак радног односа према Закону о раду”, *Радно и социјално ѓправо* 4-7, 139–150.
- Grévy, M. (2002), *La sanction civile en droit du travail*, L.G.D.J., Paris.
- Ђукић, Л. (2007), „Отказ уговора о раду из дисциплинских разлога”, *Билџен Врховноѓ касационоѓ суда* 3, 372–384.
- Живковић, Д. Р. (1997²), *Закон о радним односима, с коменѓаром и реѓсѓром ѓојмова*, Службени лист СРЈ, Београд.
- Ивошевић, З. (1997), *Коменѓар Закона о основама радних односа*, Савремена администрација, Београд.

- Ивошевић, З. (2017), „Поистовећивање радње кривичног дела са кривичним делом (Коментар Одлуке Уставног суда Србије број ИУз-424/2014 од 17.11.2016. године)”, *Правни записи* 1, 118–120.
- Игњатовић, Ђ. (2010⁴), *Право извршења кривичних санкција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Илић, А. (2022), *Коментар Закона о извршењу кривичних санкција*, ЈП Службени гласник, Београд.
- Илић, Г. П. (2017), „Кажњавање само на основу закона”, у: *Коментар Конвенције за заштитију људских права и основних слобода* (ур. Виолета Беширевић *et al.*), Службени гласник, Београд, 144–159.
- Јакшић, А. (2006), *Европска конвенција о људским правима – Коментар*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд.
- Jefferson, M. (2001), „Corporate criminal liability: The problem of sanctions”, *Journal of Criminal Law* 3, 235–261.
- Јовановић, П. (2013), „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа”, *Радно и социјално право* 1, 35–56.
- Јовановић, П. (2015⁷), *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад.
- Јовановић, С., Рељановић М. (2023), *Кривична дела у области рада*, Институт за упоредно право, Београд.
- Kaleb, Z. (2013), „Kazneno djelo neisplate zarade i povrede prava iz rada *de lege lata* i *de lege ferenda*”, *Policija i sigurnost* 3, 435–450.
- Ковач Орландић, М. Р. (2018), *Право зајослености на њивајности и њејова заштитија*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Ковачевић, Љ. (2013), „Забрана принудног рада у међународном праву, с посебним освртом на границе рада затвореника”, у: *Казнена реакција у Србији. III део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 220–245.
- Kovačević, Lj. (2018), „Razumevanje disciplinske i krivične odgovornosti zaposlenih u jurisprudenciji Ustavnog suda Republike Srbije”, у: *Teorija in praksa, pravo in življenje: liber amicorum Etelka Korpič-Horvat* (ур. D. Senčur Peček), Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Ustanova dr. Šiftarjeva fundacija, Pomurska akademska znanstvena unija (PAZU), Maribor, 121–145.
- Ковачевић, Љ. (2021), *Заснивање радног односа*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Ковачевић, Љ. (2023), „Правне санкције у свету рада – радноправни аспекти”, у: *Казнена реакција у Србији. XIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 169–230.
- Ковачевић, Љ. (2023), „Осуђиваност радника као сметња за заснивање радног односа”, *Радно и социјално право* 1 (у штампи).

- Ковачевић-Перић, С. (2014), „Удаљење са рада – појам, сврха и карактеристике”, *Радно и социјално њраво* 1, 173–194.
- Кукавица, Р. (1965), *Правне њоследице кривичне осуде*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Лукић, Н. (2021), *Криминалиџеиј комџанија – криминолошки асџекџи*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Loy, G., Fernández, S. (2007), „Le travail des détenues dans les prisons en Italie”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 165–197.
- Маринковић, Т. (2018), „Појам закона у пракси Европског суда за људска права”, у: *Номоџехника и њравничко расуђивање* (ур. Р. Васић), Програм Уједињених нација за развој – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 321–342.
- Михајловић, П. (2004), „Престанак радног односа по сили закона и отказом уговора о раду од стране послодавца”, *Радно и социјално њраво* 1-6, 401–427.
- Мрвић Петровић Н., Ђирић, Ј. (2004), *Сукоб јавној и њривајној инџереса (у џроуџлу моћи, новца и њолиџике)*, Војноиздавачки завод, Институт за упоредно право, Београд.
- Муџкић, Е. (2020), *Правни положај здравствених радника који су правоснажно осуђени за кривично дџело и здравствених радника против којих се води кривични поступак и поступцима пријема и радни однос и јавним здравственим установата*, Фондација Centar за јавно право, Сарајево.
- Ненадић, Б. (2018), „Утицај уставносудског делања на вршење уставносудске власти”, у: *Номоџехника и њравничко расуђивање* (ур. Р. Васић), Програм Уједињених нација за развој – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 231–276.
- Николић, А. (1988), *Радно њраво*, Научна књига, Београд.
- Николић, Д. (2003), „Казнена накнада штете”, *Зборник радова Правној факулџеиџа у Новом Саду* 1-2, 145–156.
- Паравина, Д. Р. (1978), „Однос радног права према другим гранама, називи за ову дисциплину, метод изучавања и систем”, *Зборник радова Правној факулџеиџа у Нишу* 18, 121–148.
- Pereyra-Suarez C., McConville, T. (1993), „Enhanced criminal sanctions for workplace safety violators”, *Compleat Lawyer* 2, 1–4.
- Поповић, А. Т. (2016), *Смеџње за заснивање радној односа: леџиџимни циљеви и оџраничења*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Поповић, Д. (2012), *Евројско њраво људских њрава*, Службени гласник, Београд.
- Поповић, Д. (2018), „Предвидљивост одлуке – основно својство закона (поглед на праксу Европског суда за људска права)”, у: *Номоџехника и*

- йравничко расуђивање (ур. Р. Васић), Програм Уједињених нација за развој – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 347–361.
- Прадел, Ж. (2009), *Компјаративно кривично йраво – Санкције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Радловић, Љ. (2010), *Малолетничко кривично йраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Rycroft, A. (1989), „Criminal sanctions and labour relations”, *South African Journal of Criminal Justice* 2, 271–285.
- Salomon, R., Martinel, A. (2023⁷), *Droit pénal social - droit pénal du travail et de la sécurité sociale*, Economica, Paris.
- Симоновић, Д. (2009), *Раднойравна чийанка II*, Службени гласник, Београд.
- Skrivankova, K. (2010), *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, The Joseph Rowntree Foundation.
- Слијепчевић, Д. (2011), „Уставна жалба у сфери радних односа”, у: *Зашићивања йрава из радној односа* (ур. З. Ивошевић), Глосаријум, Београд, 48–71.
- Soler Arrebola, J. A. (2007), „La relation spéciale de travail des détenus dans des ateliers pénitentiaires en Espagne”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 199–222.
- Ssenyonjo, M. (2009), *Economic, social and cultural rights in international law*, Hart Publishing, Oxford - Portland.
- Стевановић, А. (2021), „Кривично дело повреде права по основу рада и повреде права из социјалног осигурања: Проблеми у пракси и потреба за новелирањем”, *Crimen* 2, 167–181.
- Стојановић, З. (2011), „Превентивна функција кривичног права”, *Crimen* 1, 3–25.
- Стојановић, З. (2015²²), *Кривично йраво: Ойшићи гео*, Правни факултет Универзитета у Београду / Правна књига, Београд.
- Schmelck, R., Picca, G. (1967), *Pénologie et droit pénitentiaire*, Cujas, Paris.
- Teague, P. (2009), „Reforming the Anglo-Saxon model of labour inspection: The case of the Republic of Ireland”, *European Journal of Industrial Relations* 2, 207–225.
- Томић, З. (2019), „Јавни поредак: појам и структура”, *Анали Правној факултетној у Београду* 2, 35–50.
- Ђирић, Ј. (2008), „Невоље са упоредним правом”, *Сйрани йравни живоић* 1, 7–31.
- Ђирић, Ј. (2015), „Идеални закони и несавесни правници”, *Наука, безбедности, йолицја* 2, 55–69.
- Ђирић, Ј. (2016), „Праштати и кажњавати”, у: *Кривичне и йрекршајне санкције и мере: Изрицање, извршење и условни оййусић* (ур. И. Стевановић,

- А. Батрићевић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 29–39.
- Тирић, Ј. (2016), „Похлепа као подстрек, али и као кочница економског развоја”, *Право и привреда* 4-6, 598–611.
- Safaggi, F. et al., *ACTIONES handbook on the techniques of judicial interactions in the application of the EU Charter. Module 3: Right to effective remedy*, European University Institute, Florence, <https://cjc.eui.eu/wp-content/uploads/2019/03/D1.1.c-Module-3.pdf>, 1. 10. 2023.
- Cesaro, J.-F. (2012), „La sanction pénale”, dans: *La sanction en droit du travail* (dir. Bernard Teyssié), Édition Panthéon-Assas, Paris, 81–94.
- Сœuret, А., Fortis Ё. (2008⁴), *Droit pénal du travail*, LexisNexis – Litec, Paris.
- Шундерић, Б. (2004), „Кажњавање пре осуде”, *Радно и социјално право* 1-6, 39–50.
- Wright, V. (2010), *Deterrence in criminal justice. Evaluating certainty vs. severity of punishment*, The Sentencing Project, Washington.

ПРЕВАРНИ ПОСТУПЦИ У ДЕЛАТНОСТИ ОСИГУРАЊА***

Сажетак

У раду су евалуирани резултатаи ранијих истраживања о преварама у осигурању и уговарању нејравичних уговорних одредби од стране осигуравајућих друштва. Полазна премиса јесте обема појавама заједничко настојање да се на етички нејрихвалитив и јравно забрањени начин оствари користи, било за физичко, било за јравно лице. Пројисивање превара у осигурању као поседној кривичној дела сујерише да се ојаснијим по друштво смајрају преваре које врше осигураници, нејо послицице уношења нејравичних уговорних одредби од стране осигуравајућих друштва по имовинске интересе осигураника, иако је јравно јаква јракса разлој шјо корисници јуде поверење у осигураваче. Анализа показује да постоје мањкавости законодавства Србије како у области казненој јрава, јако и у домену јрава осигурања и заштитне корисника финансијских услуга, те су јрејоручене измене *de lege ferenda*. Међујим, основни проблем јесте шјо се постојећи јравни механизми недовољно јримењују на преварне постојке у делатности осигурања, шјо може да значи да се јакве ситуације разрешавају *ad hoc* ванјравним средствима, различито од случаја до случаја.

Кључне речи: Преваре. – Осигурање. – Кривично дело. – Прекршаји. – Право ЕУ. – Заштита појрошача.

1. Увод

Др Јован Ђирић био је познат у стручној јавности по радозналом истраживачком духу. Са једнаким ентузијазмом истраживао је проблеме који су се дотицали различитих области правних и друштвено-хуманистичких

* Научни саветник, Институт за упоредно право у Београду, *n.mrvic@iur.rs*, ORCID 0000-0003-0424-0610.

** Научни сарадник, Институт за упоредно право у Београду, *m.glintic@iup.rs*, ORCID 0000-0001-8551-4999.

*** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

наука и тим приступом истицао се међу бројним научницима који су се бавили правном науком, криминологијом и виктимологијом. У појединим радовима др Ђирић се заложио за прописивање посебног облика преваре у осигурању, зато што је реч о штетном феномену који је у порасту, а теже се открива, при чему је реч о специфичним преварама које врше осигураници на штету осигуравајућих организација.² У нашој правној литератури су у међувремену објављени бројни радови који се односе на различите аспекте, појавне облике и друштвену опасност превара у осигурању.³ Како се види, истраживачки фокус био је превасходно усмерен на тзв. спољне преваре које чине осигураници у односу на друштво за осигурање, посебно када околности случаја указују на организовану криминалну активност или на саучесништво са лицима запосленим у самој организацији или са њиховим заступницима. Интерес стручне јавности се од пре неколико година усмерава и на непоштену пословну праксу привредних субјеката и финансијских организација, нарочито када се објашњава регулатива Европске уније (у домену заштите потрошача генерално, односно заштите корисника финансијских услуга и, посебно, заштита корисника осигурања) и анализира потреба усклађивања домаћег законодавства са поменутом регулативом. За разлику од превара које врше осигураници, које се због велике друштвене опасности прописане као радње кривичних дела, непоштена пословна пракса осигуравајућих организација и уношење неправичних одредби у уговор о осигурању спречавају се приватноправним механизмима заштите потрошача, а супсидијерно (и не тако добро повезано са примарном заштитом) и путем управног и прекршајног права.⁴

Јасна разлика у правним режимима који се примењују на преваре у осигурању за које одговарају физичка лица и неправично поступање осигуравајућих организација сугерише да се превара на штету осигурања коју чини осигураник сматра опаснијом по друштво од обмањујуће пословања осигуравајућих организација којим штете интересима неидентификованог круга својих корисника. Може се претпоставити да таква пракса која води максимизацији профита по сваку цену доприноси губитку поверења осигураника у рад осигуравајућег друштва и утиче на обликовање негативног става према осигуравачима као „лоповима“ које је допуштено преварити.

² Ј. Ђирић, „Кривичноправни аспекти осигураничке преваре”, *Токови осигурања* 1/2002; Ј. Ђирић, о неким видовима преварног понашања, у: *Борба њројшв оріановованој криминолнл у Србији*, UNICRI, Институт за упоредно право, Београд 2008, 95–96.

³ Из пребогате правне литературе издавајмо: З. Радовић *et al.*, *Преваре у осигурању*, Београд 2003, Ј. Пак, „Преваре у осигурању имовине и лица”, *Токови осигурања* 1/2002, В. Чоловић, „Преваре у осигурању аутоодговорности”, *Ревивија за криминолојију и кривично љраво* 2-3/2011, 325–334, Н. Мрвић Петровић, В. Чоловић, „Преваре у осигурању – багателни или организовани криминолитет?”, у: *Сузбијање оріановованој криминолнл као љредуслов влодавине љрава* (ур. Ј. Ђирић), Београд 2016, 323–333; И. Тошић, „Превара у осигурању и њене врсте”, у: *Привредна кривична дела* (ур. И. Стевановић, В. Чоловић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Институт за упоредно право, Београд 2017, 269–282.

⁴ Н. Мрвић Петровић, С. Јовановић, „Прекршајноправна заштита потрошача”, у: *Заштитија колективних иштиереса љошрошача* (ур. К. Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2021, 153–154.

Лако се да закључити да једнострано усмерење на истраживање било превара које чине осигураници према осигуравајућим друштвима, било на уговарање неправичних одредби од стране тих друштава отежава да се сагледа шта је оно заједничко, а што повезује непоштене поступке једних и других који су при томе и законом забрањени. Реч је о томе да оба субјекта (при томе друштво за осигурање путем радњи свог представника, заступника или овлашћеног лица) крше закон, тежећи да остваре корист. Разлика је у томе што се преварант поступа из лукративног мотива који се чешће може открити када фингира осигурани случај или подноси преувеличани захтев за накнаду штете, док осигуравач тежи максимизацији профита на друштвено прихватљивији начин тако што користи недостатке у правној регулативи и недовољну информисаност осигураника који се тек по настанку осигураног случаја суочавају са чињеницом да тај ризик није покривен закљученом полисом осигурања или да ће добити накнаду у нижем износу од очекиване.

Из наведених разлога у овом раду је учињен напор да се укаже на последице које различити правни режими регулисања обмана и непоштених поступака повезаних са делатношћу осигурања имају из аспекта заштите имовинских права како физичких, тако и правних лица. С обзиром на то да су обе теме - преваре у осигурању и уговарање неправичних одредби - добро истражене у нашој правној литератури, иако из одвојених аспеката, у раду смо се усмериле на проблем примене постојеће регулативе, тј. настојале смо да одговоримо на питање у којој се мери домаћи нормативни оквир примењује у функцији превенције преварних поступака у делатности осигурања.⁵

2. Преваре у вези са осигурањем

У кривичном законодавству Републике Србије кривично дело превара у осигурању постоји већ четрнаест година, при чему је више пута (последњи пут 2016. године) мењан законски опис поменутог кривичног дела.⁶ Последњим изменама је кривично дело превара у осигурању премештено, према превасходном заштитном објекту, из групе кривичних дела против имовине у кривична дела против привреде. Иако је задржан исти законски назив, чл. 208а ранијег КЗ и чл. 223а 2016. измењеног КЗ-а садрже законске описе два суштински различита кривична дела, те би се осуђени за превару у осигурању по чл. 208а морао ослободити од оптужбе у поступку по захтеву за заштиту законитости, будући да се у његовим радњама не стичу обележја новог кривичног дела преваре у осигурању из чл. 223а.⁷ Измена

⁵ Преварни поступак схватамо шире, тако да осим обмане друге уговорне стране, подразумева друге злоупотребе у циљу неоснованог добијања накнаде или избегавања или смањења суме осигурања по основу закљученог уговора о осигурању.

⁶ Кривични законик - КЗ, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

⁷ Из образложења пресуде Врховног касационог суда РС, Кзз бр. 749/18 од 27. 6. 2018. године (<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-7492018-prevara-u-osiguranju-nema-dela>).

законског описа уследила је како би се наше законодавство ускладило са другим законодавствима.

Будући да су елементи кривичног дела преваре у осигурању добро истражени, као и промене у законским описима наведеног кривичног дела, интересовало нас је у којој мери се преваре у осигурању уопште јављају у пракси, шта је оно што их повезује са „обичним“ преварама и да ли је прописивањем посебних обележја или тежих санкција наглашена већа друштвена опасност специјалне преваре у осигурању. Додатно, испитано је како је регулисана кривична и прекршајна одговорност физичког лица које поступа у име друштва за осигурање.

2.1. Шта је донела реформа кривичног законодавства?

Законодавац је у чл. 223а (превара у осигурању) прописао кажњивом радњу кривичног дела сложеног из две радње извршења (тзв. двоактно сложено дело), под додатним субјективним условом да се радње предузимају у намери да се од друштва за осигурање наплати уговорена сума. Радња извршења основног облика кривичног дела из ст. 1 јесте уништење, оштећење или сакривање осигуране ствари и, потом, пријава штете учињена у намери да учинилац од друштва за осигурање наплати уговорену суму. Законска конструкција је комбинација тзв. материјално-формалног кривичног дела, будући да је прва радња довршена настанком последице (уништењем, оштећењем, скривањем осигуране ствари учињеним у одговарајућој намери), док је друга радња довршена чим је после фингирања осигураног случаја поднета пријава штете осигуравајућем друштву ради наплате уговорене суме. Прописано субјективно обележје (намера учиниоца да наплати уговорену суму) треба да омогући да се радње учиниоца разграниче од редовних ситуација пријава настанка осигураног случаја у складу са прописима.

На сличан начин прописан је други облик кривичног дела из ст. 2 истог члана, с тим што се односи на преваре у области осигурања од последица незгоде, осигурање од повреда на раду и професионалних обољења и добровољно здравствено осигурање. Радња извршења јесте самоповређивање или нарушење здравља учињено у одговарајућој намери, при чему је због насталих последица (телесно оштећење,⁸ телесне повреде, нарушења здравља) поднет захтев осигуравајућем друштву.

⁸ Законодавац је превидео да је телесно оштећење медицинско-правна категорија која се заснива на процени смањења опште радне способности запосленог због претрпљеног професионалног обољења или повреде на раду, те стога редовно има узрок у претрпљеној телесној повреди и болести, утврђеној према одговарајућој класификацији, која изазива најмање 30% телесног оштећења. То значи да учинилац може проузроковати себи или другом само телесну повреду или нарушење здравља, али не и телесно оштећење, будући да утврђивање степена телесног оштећења врше медицински стручњаци у одговарајућем поступку који претходи остваривању права из социјалног осигурања или из осигурања за случај повреде на раду или професионалне болести.

За оба основна облика кривичног дела прописана је казна затвора од три месеца до три године, док су у ст. 3 и 4. прописани тежи облици истог кривичног дела у зависности од висине прибављене имовинске користи или нанете штете, за које су предвиђене и теже казне затвора.

Постојећи назив кривичног дела превара у осигурању из чл. 223а је неадекватан, јер законски опис не садржи ниједно законско обележје кривичног дела преваре из чл. 208 КЗ, па зато не може сматрати њеним специјалним обликом нити тако називати. Законодавац је очигледно проширио криминалну зону на кажњиве припремне радње које се састоје у фингирању настанка штетног догађаја и на покушај преваре који се врши подношењем захтева осигурању за исплату премије на коју учинилац не би имао право. У случају да учинилац доврши дело, тј. прибави имовинску корист или осигуравачу проузрокује штету у одређеним лимитима, остварио би обележја неког од тежих облика тог кривичног дела. Тек тада би заиста било речи о превари коју осигураник врши на штету осигуравача, али се онда поставља разграничења тежег облика преваре у осигурању и кривичног дела преваре из чл. 208 КЗ.

Из теорије кривичног права је добро познато да припремне радње имају, по правилу, вредносно неутралан карактер, као и да је тешко доказати покушај, зато што се у раном стадијуму извршења кривичног дела у радњама које предузима учинилац мора испољити умишљај учиниоца (овде код превара у осигурању реч је о тзв. директном умишљају, будући да се захтева да је радња предузета у циљу неоснованог прибављања користи). Самим тим, неминовно ће се јавити тешкоће у доказивању постојања кривичног дела, поготову ако се зна да у пракси преовлађују случајеви када је после настанка осигураног случаја (чему осигураник ни на који начин није допринео) поднет „надувани“ захтев за накнаду штете, а тим радњама осигураник још увек није ушао у кажњиву зону.

Можда је било довољно да се законодавац задржи на прописивању кажњиве припремне радње, као што је то учињено у хрватском законодавству у коме је у чл. 238. прописано кривично дело злоупотребе осигурања које се састоји искључиво у уништењу, оштећењу или сакривању ствари осигуране против уништења, оштећења, губитка или крађе у циљу да се себи или другом прибави накнада од осигурања, односно ако се у истом циљу симулира болест или причини телесна повреда или нарушење здравља себи или другоме.⁹ Описана норма је квалитетнија од одредбе чл. 228а КЗ РС јер се у ст. 1 чл. 238 КЗ РХ, слично као и у немачком праву, изричито предвиђа да су радње предузете у односу на ствар осигурану против

⁹ Казнени закон, *Народне новине РХ*, бр. 125/2011, 144/2012, 56/2015 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021, 114/2022. У немачком праву је на сличан начин предвиђена злоупотреба имовинског осигурања, с тим што је прописано да је кривично дело довршено чим је уништена, оштећена, сакривена ствар осигурана од одређеног ризика у одговарајућој намери, али је таква злоупотреба супсидијарна превари (вид. Е. Ђоровић према: И. Тошић, 272).

уништења, оштећења, губитка или крађе, ако су учињене у одговарајућој намери, а не захтева се кумулативно и да је поднет захтев за накнаду штете. На тај начин су прецизно одређене границе кривичноправне интервенције и однос између припремних радњи и ситуације када је на штету осигурава-ча реализован неосновани захтев за накнаду штете, када би се применила правна квалификација преваре. У чл. 238 КЗ РХ у ст. 2 предвиђено је да се радње симулирања болести, наношења телесне повреде или нарушења здравља могу предузети како на штету осигурања, тако и на штету фондова социјалног осигурања или социјалне заштите. То у нашем КЗ није случај, па ће се, већ и због околности да се у законском опису у ст. 2 помиње телесно оштећење као једна од могућих последица радње извршења, јавити тешкоћа да ли на ситуације када се неосновано тражи накнада по основу професионалне болести или повреде на раду треба применити чл. 228а ст. 2 КЗ или чл. 168 КЗ којим је прописано кривично дело злоупотреба права из социјалног осигурања.

Ваља напоменути да је у хрватском закону злоупотреба осигурања сврстана у кривична дела против имовине (исто као у немачком праву, а слично као што је било у законодавству Србије). Такво решење се чини исправнијим, јер се дело не предузима на штету привредних односа у делатности осигурања, него је управо усмерено на имовину конкретног друштва за осигурање (отуда се и захтева да је учињено у одговарајућој намери стицања имовинске користи за себе или другог).

Да ли је интервенција законодавца у Републици Србији из 2016. године постигла сврху? Судећи према подацима из званичних статистика – није. Према подацима за 2020. годину у Републици Србији је поднето 15 кривичних пријава против познатих пунолетних учинилаца за кривично дело преваре у осигурању, при томе једна непосредно, а 14 после спроведене истраге. Од тих пет случајева подигнутих оптужница после спроведеног поступка у једном случају је донета ослобађајућа пресуда док су четири лица осуђена (три лица су осуђена на казне затвора, док је једном изречена условна осуда).¹⁰ Наредне године за исто кривично дело поднета је укупно 21 кривична пријава (све против познатих учинилаца), од чега је 6 одбачених пријава (3 због застарелости, а 3 због нецелисходности кривичног гоњења и недовољних основа сумње за подизање оптужног акта), док је 15 оптужница подигнуто. Међутим, у извештају нема података да је ико осуђен у току 2021. године за превару о осигурању.¹¹ Слично томе, према званичним статистичким подацима за 2022. годину поднето је 160 кривичних пријава за дело преваре у осигурању, све у региону Јужне и источне Србије,

¹⁰ Републички завод за статистику, *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији – пријаве, оптужбења, осуде, 2020*, РЗС, Београд 2021, 18–19. Подаци о оптужењима су у истој публикацији (стр. 42–43), а о изреченим санкцијама на стр. 77.

¹¹ Републички завод за статистику, *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији – пријаве, оптужбења, осуде, 2021*, РЗС, Београд 2022, 18–19, 44–45.

док у табели у којој су осуђена лица дистрибуирана према кривичном делу, врстама казне или друге осуде нема податка да је неко, макар и за раније учињене преваре у осигурању, осуђен за извршено кривично дело. Истовремено су 3 лица кажњена за преваре у служби, 8 за преваре у обављању привредне делатности, а 642 за „обичне“ преваре.¹²

Званичне статистике не омогућавају да се закључи о „левку злочина“¹³ – једноставно или још нису завршени кривични поступци који се воде због превара у осигурању или се, из неког разлога, због накнадне преквалификације дела или чак и због грешке Завода за статистику, губе подаци о исходу поднетих кривичних пријава (напомињемо – све пријаве су поднете против познатих осумњичених лица, што је морало да утиче на ефикасност оптужења).

Према томе, мењање и усложњавање законског описа преваре у осигурању уз ширење зоне кривичног кажњавања резултирало је тиме да у пракси изостају оптужења и осуде пријављених учинилаца. Како ипак постоји одређени број поднетих кривичних пријава, оправдано је претпоставити да се оне решавају вансудским путем у непосредној комуникацији са осигуравајућим друштвом, пре него што уопште дође до покретања кривичног поступка. На ову претпоставку упућује податак да у наведеним саопштењима Завода за статистику РС у вези кривичног дела превара у осигурању није забележен ни један случај условног одбацивања кривичне пријаве од јавног тужилаштва.

С друге стране, ваља размотрити да ли су промене кривичног законодавства допринеле да се преварни поступци овлашћених лица из осигуравајуће организације или њихових заступника могу третирати као кривична дела. Посебно су интересантне превара у обављању привредне делатности (чл. 223) и злоупотреба поверења у обављању привредне делатности (чл. 224а). Оба кривична дела су заступљена у пракси. Међутим, за превару у обављању привредне делатности може да се казни само онај ко радњу обмане у одговарајућој намери предузима у односу на субјекта привредног пословања за који или у којем ради или у односу на друго правно лице. Самим тим, а у складу са чл. 113 т. 21 у коме се дефинише субјект привредног пословања, јасно је да одредбу чл. 223 није могуће применити на непоштenu праксу осигуравајућих организација у односу на физичка лица – кориснике осигурања. Такође, кривично дело из чл. 224а могло би да се односи на заступнике у осигурању (ко заступа имовинске интересе субјекта привредног пословања или се стара о нечијој имовини) али под условом да причињавају штету субјекту привредног пословања. Постоји и треће, генерално, кривично дело, злоупотреба положаја одговорног лица (чл. 227), које се односи

¹² Саопштење Републичког завода за статистику, *Пунолејни учиниоци кривичних дела*, СК 12, бр. 184, год. LXXIII, РЗС, Београд 2023, 5, 9. 11.

¹³ Нагло смањење броја оптужених и осуђених у односу на број лица против којих су поднете кривичне пријаве које графички подсећа на левак.

на радње одговорног лица (било да су незаконите или да се искоришћава положај или овлашћење у погрешне сврхе), али је и тада неопходно доказати да је другом самим тим нанета имовинска штета, а поред тога, норма је таква да ће се применити условно: само ако таквим радњама нису остварена обележја неког другог кривичног дела. Очигледно, законодавац није ни претпоставио да би превара у обављању привредне делатности могла да се предузима и у односу на физичка лица – кориснике услуга осигурања у овом случају.

2.2 Шта реулишу казнене одредбе Закона о осигурању?

У Закону о осигурању¹⁴ у чл. 257. прописано кривично дело давања лажних мишљења и извештаја, као тзв. формално дело (довршено моментом сачињавања лажног мишљења или подношења лажног извештаја). Училилац може бити актуар или ревизор. Предвиђена је казна од затвора од једне до три године. Кривично дело давања лажне процене (чл. 258) чини лице у друштву за осигурање, друштву за реосигурање, друштву за посредовање у осигурању или запослени у друштву за заступање у осигурању и код заступника у осигурању ако сачини лажну процену или изјаву. Ово лице може бити кажњено новчаном казном или казном затвора до три године.

У Закону о осигурању предвиђена је прекршајна одговорност правног лица (чл. 260 ст. 1 т. 2 и 3) као и лица које обавља послове посредовања или заступања у осигурању (чл. 261 ст. 1 т. 1 и 2) ако не обезбеде заштиту права и интереса корисника услуга осигурања на прописан начин (у складу са чл. 15 Закона о осигурању у коме је предвиђено, између осталог, право на приговор корисника услуге осигурања) или у смислу чл. 19 истог закона не обављају своју делатност на прописани начин. На тај начин Закон о осигурању у суштини представља *lex specialis* у односу на Закон о заштити корисника финансијских услуга. Поменуте одредбе имају функцију „страшила за птице“ – јер није познато на који ће начин бити утврђено да нису обезбедили заштиту права и интереса корисника услуга осигурања на прописани начин – осим по приговору тог лица.

С друге стране, иако се односи на друштва за осигурање и одређује непоштену праксу и неправичне уговорне одредбе, као и поступак заштите корисника финансијских услуга, Закон о заштити корисника финансијских услуга¹⁵ не прописује прекршаје против одговорних лица у друштву за осигурање, нити самих друштава за осигурање, што је препуштено Закону о осигурању и ономе ко врши надзор над законитим пословањем друштава за осигурање. А на који се начин постиже таква заштита – то је посебна тема коју ваља детаљније истражити.

¹⁴ Сл. гласник РС, бр. 139/11, 44/2021.

¹⁵ Сл. гласник РС бр. 36/11, 139/2014.

3. Неправична уговорне одредбе

Од седамдесетих година прошлог века дошло је до постепеног померања фокуса законодавца са пружања заштите осигуравачу као уговорној страни угроженој потенцијалним преварним поступањем осигураника на пружање заштите осигуранику као слабијој уговорној страни.¹⁶ Разлози за то су вишеструки, али као основни се истичу начин закључивања уговора о осигурања као типичног осигурања по приступу¹⁷ и врло лабилна и вештачки успостављена равнотежа између осигуравача и осигураника као лица без довољно стручних и правничких знања.¹⁸ Ради се о томе да осигураник као слабија уговорна страна има само један избор, а то је да приступи или не приступи уговору који је у форми једног унапред састављеног обрасца. Често то заправо буде и лажни избор јер закључивање уговора представља једини начин да слабија уговорна страна задовољи своју потребу за одређеним производом.

Услед сложености уговорних односа и обимне документације која прати закључење уговора о осигурању, осигураници често нису упознати са садржином ни самог уговора ни општих и посебних услова осигурања¹⁹ који су саставни део уговора.²⁰ Чак и када је осигураник прочитао услове осигурања и сам уговор, постоји опасност да као нестручно лице није разумео своја права и обавезе, што осигуравачу оставља значајан простор да у уговор о осигурању унесе одредбе које ће осигуравачу пружити било већу заштиту било финансијску добит, али што ће се свакако остварити на штету интереса осигураника.²¹ Такође, производи осигурања нису стандардизовани, разликују се од осигуравача до осигуравача, што све даље продубљује уговору о осигурању иманентну информациону асиметрију између

¹⁶ За упоредноправна решења вид. М. Fontaine, „An Academic View”, in: *Principles of European Insurance Contract Law: A Model Optional Instrument* (eds. H. Heiss, M. Laxhan), European Law Publisher, Munich 2011, 35. Такође, М. Глинџић, „Заштита права слабије уговорне стране у складу са Принципима европског уговорног права осигурања”, *Страни њравни живој* 3/2020, 59.

¹⁷ Ови уговори се називају и адхезиони уговори, уговори по приступу, приступни уговори. С. Вукадиновић, „Адхезиони уговори у француском праву”, *Страни њравни живој* 1/2020, 7.

¹⁸ Детаљније о положају потрошача вид. К. Јовичић, „Концепт „угрожени потрошач” у праву ЕУ и српском праву”, *Право и њривреда* 3/2021, 362–367.

¹⁹ Додатни изазов у обезбеђивању равноправности уговорних страна јесте што се и општи услови осигурања доносе без довољне контроле (изузев оне ограничене контроле коју спроводи Народна банка Србије дајући сагласност на услове осигурања које је усвојио управни одбор осигуравајућег друштва), што лако може довести до ситуације да се услови осигурања различитих осигуравача међусобно разликују. Из тог разлога је у чл. 902, ст. 3 Закона о облигационим односима предвиђено да осигуравач мора да преда опште и посебне услове осигурања осигуранику и да га упозори да су они саставни део уговора. Закон 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.

²⁰ J. Han Wansink, N. Frenk, „Some reflections on consumer protection and the requirement of anticipating behaviour of a prudent insurer”, *Erasmus Law Review* 2/2013, 98.

²¹ О. Узелац, *Рејулајторно-њравни оквир заштитне потрошача из односа осигурања*, докторска дисертација, Нови Сад 2016, 55. Такође, Н. Петровић Томић, „Неправичне клаузуле и Принципи европског уговорног права осигурања”, *Евројска ревија за њраво осигурања* 2/2014, 46.

осигуравача, посредника и заступника, са једне стране, и осигураника, са друге стране.²² Услед такве констатације односа и зависности слабије уговорне стране,²³ постоји значајан ризик да она уговорна страна која је састављала уговор злоупотреби свој положај и да зарад остваривања својих интереса у уговор уведе неправичне одредбе.²⁴

3.1. Извори реулисања неправичних уговорних одредби у домаћем законодавству

Иако се у теорији наилази на ставове да осигураницима није потребан додатни степен заштите путем прописа о заштити права потрошача, јер је заштита из прописа о осигурања више него довољна,²⁵ ипак анализа домаћих и иностраних прописа²⁶ указују на потребу за додатним степеном заштите код овог уговора по приступу.²⁷ Ослањање само на очекивање да ће осигуравач поступати „са добром вером“ показало се као недовољан извор заштите осигураника, што се изузетно јасно учача код регулисања неправичних уговорних одредби.²⁸

Наиме, у нашем праву, одредбе основног извора уговорног права осигурања, Закона о облигационим односима, нису претрпеле измене у смислу увођења начела заштите слабије уговорне стране.²⁹ Основна брана коју

²² J. Basedow, „Die Laufzeit von Versicherungsverträgen als rechtsökonomisches Problem”, *Unternehmung, Versicherungen und Rechnungswesen, Festschrift zur Vollendung des 65. Lebensjahres von Dieter Rückle* (Hrsg. T. Siegel et al.), Duncker & Humboldt, Berlin 2006, 151. Један од првих корака који се у том смеру предузима јесте увођење предуговорне обавезе осигуравача како би осигураник благовремено добио све потребне информације и како би заправо донео „информисану одлуку“ о будућем уговору о осигурању. Н. Петровић Томић, „Заштита потрошача услуга осигурања и информациона парадигма – одлука Народне банке Србије о заштити права и интереса корисника услуга осигурања”, *Право и њиврега* 7-9/2016, 558.

²³ К. Јовичић, „Ограничење слободе уговарања – осврт на потрошачке уговоре”, *Право и њиврега* 7-9/2019, 437–450.

²⁴ Истраживање на нивоу ЕУ од пре пар година је показало да је чак 45% потрошача профитирало од тумачења нејасних уговорних одредби у корист слабије стране, што је омогућено захваљујући Директиви 93/13. *Fitness Check of Consumer and Marketing Law*, Brussels, 23. 5. 2017. SWD (2017) 208 final., наведено према К. Иванчевић, „Заштита потрошача корисника услуге осигурања од неправичних уговорних одредаба”, *Заштити колективних интереса потрошача*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2021, фн. 3.

²⁵ D. I. Scarlat, „Brief Consideration Regarding National and European Regulations in the Matter of Unfair Terms in Insurance Contracts”, in: *Identity and Dialog in the Era of Globalization* (eds. J. Boldea, C. Sigmirean), Arhipelag XXI Press, Târgu-Mureş 2019, 395 – 400. Такође, М. Глинтић, 59.

²⁶ Упор. А. Favre-Rochex, G. Courtieu, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, L. G. D. J, Paris 1998, 21; J. Kullmann, „Clauses abusives et contrat d'assurance”, *Revue Generale du Droit des Assurances* 1/1996, 11.

²⁷ Б. Благојевић, *Уговори по ирисианку: формуларни уговори*, докторска дисертација, Београд 1934, 139. Такође, М. Ђурђевић, „Примена правила о неправичним одредбама општих услова формуларних уговора после доношења Закона о заштити потрошача”, у: *Усклађивање њословној њрава Србије са њравом Европске уније*, Београд 2012, 382.

²⁸ Осигураници се стога стално опомињу да су они професионалци јер постоји опасност да осигураник постане жртва свог статуса лаика у уговорном односу осигурања. J. Han Wansink, N. Frenk, 98.

²⁹ Упоредноправно посматрано није тако неубичајено да и сами закони посвећени осигурању садрже одредбе о начелној забрани неправичних одредби. Тако, примера ради, чл. 3, ст. 1 Закона о уговору о осигурању Шпаније Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

поставља Закон о облигационим односима јесте успостављање начела која се не могу мењати вољом уговорних страна, а чији је основни циљ заштита интереса уговорних страна.³⁰ Реч је о начелима савесности и поштења и понашање у извршењу права и обавеза уговорних страна.³¹ Додатни степен заштите је свакако прописивање обавезних елемената уговора о осигурању дефинисаних у ЗОО.³² Поред ових основних питања, ЗОО регулише и питање контроле стандардних унапред састављених уговора и који се примењује на све уговоре, било да су закључени између физичких или правних лица, или између физичких и правних лица, што је дуго времена била једина заштита, иако недовољна, од неправичних одредби.³³ Истовремено, извор статусног права осигурања, Закон о осигурању, као главни циљ надзора препознаје заштиту осигураника и корисника осигурања путем деловања осигураваача у складу са прописима, правилима струке и добрим пословним обичајима.³⁴

Сличан стандард очекиваног понашања постављен је и у Закону о заштити потрошача, основним законом који регулише питање заштите потрошача у нашем праву и који предвиђа да професионална пажња представља повећани степен пажње и вештине који се основано очекује од трговца у пословању са потрошачима, у складу са начелом савесности и поштења и у складу са добрим обичајима.³⁵ Преведено на терен осигурања, наведена обавеза осигураваача се огледа у састављању услова осигурања на јасан и разумљив начин и чија је садржина таква да одредбе уговора и услова не буду неправичне за слабију уговорну страну, односно ону страну која приступа уговору о осигурању.³⁶ Наш ЗЗП такође предвиђа да језик којим су састављене уговорне одредбе морају бити једноставне, јасне и разумљиве, уз услов да је потрошач био упознат са садржајем уговорне одредбе пре закључења уговора.³⁷ Међутим, постојање обавезе осигураваача да састави услове осигурања на представљени начин не значи да су услови осигурања поштеђени појављивања неправичних одредби. Из тог разлога су успостављени механизми заштите од неправичних одредби који треба да пруже и појединачну заштиту осигураницима, али и колективну заштиту за све осигуранике убудуће.³⁸

³⁰ И. Тошић, О. Новаковић, „Заштита потрошача услуга осигурања – анализа законодавног оквира Републике Србије”, у: *Проузроковање штете, накнада штете и осигурање* (ур. З. Петровић, В. Чоловић, Д. Обрадовић), Институт за упоредно право, Удружење за одштетно право, Београд, Ваљево 2022, 513.

³¹ Чл. 12, 18 ЗОО.

³² Полиса према чл. 902, ст. 1 ЗОО мора садржати: уговорне стране, осигурану ствар/осигурано лице, осигурани ризик, трајање осигурања, своту осигурања, премије/доприносе, датум издавања полисе и потписе уговорних страна.

³³ Иста ситуација била је и у Хрватској, Е. Мишћенић, „Непоштене уговорне одредбе у уговорном праву Републике Хрватске”, у: *Форум за грађанско право за југоисточну Европу*, Скопље 2012, 184.

³⁴ Чл. 13, ст. 3 Закона о осигурању, *Сл. гласник РС*, бр. 139/2014, 44/2021.

³⁵ Чл. 5, ст. 1, тач. 15 Закона о заштити потрошача – ЗЗП, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2021.

³⁶ I. Rokas, V. Murray, „The protection of the consumer under the new Greek law 2496/97 on insurance policies”, *Pravo i privreda* 1–2/1999, 73.

³⁷ Чл. 40 ЗЗП.

³⁸ То што једна неправична одредба није примењена у конкретном уговору, то није препрека да се приступи оцени њене неправичности. Такав је став и Суда правде *Banco Primum*, C-421/14, EU:C:2017:60. Пресуда од 29. октобра 2015, *BBVA*, C-8/14, EU:C:2015:731.

Системски посматрано, великих недостатак наших прописа из области материјалног права осигурања је што не упућују на сходну примену ЗЗП у погледу оних питања која нису регулисана основним законом, што би поцртало јасну забрану уношења неправичних одредби у уговоре о осигурању.³⁹

3.2. Ближе одређење неправичних уговорних одредби у уговору о осигурању

Посебан изазов у вези са одређивањем неправичног карактера одредби код уговора о осигурању представља читав низ обавеза које осигураник има пред собом, било у предговорној фази, било током трајања уговора. Зато наш ЗЗП као неправичну уговорну одредбу⁴⁰ сваку одредбу која, противно начелу савесности и поштења, има за последицу значајну несразмеру у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача.⁴¹ Правна наука је понудила додатне критеријуме који би могли помоћи судовима приликом оцене да ли је реч о неправичној одредби услед значајног погоршања положаја слабије уговорне стране.⁴² Тако је вредан помена критеријум да ли је потрошач имао могућност да закључи други уговор без спорне клаузуле.⁴³ Да би се добила потпунија оцена неправичности одређене клаузуле, мора се, такође, водити рачуна о конкретним околностима случаја⁴⁴ и како је дошло до закључења уговора, какав се утисак стиче приликом тумачења свих уговорних клаузула, али и клаузула повезаних уговора, јер некада само наведена синергија може указати на неправичност једне уговорне одредбе.⁴⁵

³⁹ Заправо у нашем праву само Закон о заштити корисника финансијских услуга упућује на сходну примену ЗЗП. Упоредноправно посматрано се може наићи на прописе из области права осигурања који упућују на прописе о заштити права потрошача. Вид. детаљније К. Иванчевић (2021), 480.

⁴⁰ У другим језицима се користе термини *Missbräuchliche Klauseln*, *les clauses abusives*, што све указује да су оне настале као израз злоупотребе економске моћи. У нашем језику се још налази термин непоштене клаузуле. G. van Roeland, *Die Problematik des Rechts der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Frankfurt am Main, 2002.

⁴¹ Чл. 42 ЗЗП. Вид. детаљније Н. Петровић Томић, *Заштита потрошача услуге осигурања, анализа и његовог унапређења реулајорној оквиру*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 304–380.

Н. Петровић Томић, „Неправичне клаузуле у осигурању и Нацрт грађанског законика Србије”, *Токови осигурања* 2/2017, 71.

⁴² Преамбула Директиве 93/13 наводи да се приликом процењивања повреде начела савесности и поштења узима у обзир однос преговарачких положаја страна, да ли је потрошач претходно био подстакнут на закључење уговора, као и да ли је претходно тражио одређена добра или услуге.

⁴³ Ана Пошчић, „Неправична клаузула у потрошачким уговорима”, *Зборник Правног факултета у Силици* у 2/2006, 183.

⁴⁴ Процена ће се вршити независно од околности конкретног случаја ако се ради о процени да ли општи услови осигурања садрже неправичне одредбе. J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris 2010, 220.

⁴⁵ *Ibidem*. Тако чл. 42, ст. 3 ЗЗП прописује и субјективне и објективне критеријуме које једна неправична одредба мора испунити, а тичу се природе услуга на које се односе, околности под којима је уговор закључен, остале одредбе уговора, као и начин на који је постигнута сагласност о садржини, али и начин на који је потрошач, осигураник, обавештен о садржини уговора.

И поред постојања одређених недостатака наших законских решења, мора се похвалити наведено законско решење да се као неправична може оценити свака одредба,⁴⁶ а не само она о којој се није преговарало, као што је решење комунитарног права.⁴⁷ Дакле, епитет неправичне могу задобити и посебне одредбе о којима је потрошач преговарао или могао преговарати са трговцем, као и оне опште одредбе које је трговац унапред одредио. Наиме, изостанак преговара не значи аутоматски да је нека одредба неправична, као што не значи ни да је постојање преговора сигуран знак да клаузула није неправична, нарочито јер се ради о унапред формулисаном уговору на који је слабија уговорна страна врло ограничено могла да утиче.⁴⁸ Пракса је показала да је претпоставка Директиве 93/13/ЕЕЗ⁴⁹ о правичности одредбе о којој се преговарало брзо изиграна од стране осигураваача који су почели да закључују уговоре уз помоћ стандардних уговора, уз уношење клаузуле којом осигураник потврђује да је „преговарао теми изричито прихватио“ опште услове осигурања и поједине уговорне одредбе.⁵⁰

Да бисмо говорили о постојању неправичне одредбе, потребно је да је њиховим уношењем створена значајна⁵¹ неравнотежа између права и обавеза уговорних страна,⁵² што захтева упоређивање права и обавеза који су упоредиви (нпр. право на раскид и осигураника и осигураваача). Последично, правни поредак треба да „елиминира“ такву одредбу, што ЗЗП и чини предвиђајући да је неправична одредба ништава чиме се не дира у сам уговор који остаје на снази.⁵³ Суд има могућност да трговцу за ког је установио да је имао намеру да уговори неправичну одредбу, наложи да обустави уговарање те одредбе са потрошачима, и да у средствима јавног информисања о свом трошку објави да је суд донео одлуку којом је изречена забрана неправичних одредаба у потрошачким уговорима.

⁴⁶ Она се може тицати начина плаћања цене, расподеле ризика, ограничење одговорности, услове извршења или раскида. *Ibid.*, 217.

⁴⁷ Чл. 3 Директиве 93/13/ЕЕЗ.

⁴⁸ К. Иванчевић, *Правна заштитија појтрошача корисника услуге осигурања и банкарске услуге*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета „Унион“, Београд 2010, 254. Такође, Н. Петровић Томић (2015), 308.

⁴⁹ Директива Већа 93/13/ЕЕЗ од 5. априла 1993. о непоштеним условима у потрошачким уговорима, *Сл. листиј Евројске уније* Л 95/29 од 21. 4. 1993.

⁵⁰ Н. Мисита, „Уз десетогодишњицу Директиве 93/13 о неправичним уговорним одредбама“, *Зборник Правној факултетија у Ријеци* 1/2004, 25.

⁵¹ Немачки текст Директиве предвиђа да је настала значајна и неоправдана неравнотежа. У литератури се наилази на став да неравнотежа мора бити очигледна. Тако и А. Кеглевић, „Заштита осигураника појединца код уговора о осигурању“, *Зборник Правној факултетија Свеучилиштија у Ријеци* 1/2013, 222. Истовремено, не може се говорити о постојању значајне неравнотеже ако она проистиче из која је проистекла из саме природе конкретог уговорног односа.

⁵² Европски суд правде је одбио да се изјашњава по питању да ли уговорна одредба доводи до битне и неоправдане равнотеже у правима и обавезама уговорних страна, у смислу дефиниције неправичне уговорне одредбе из Директиве, остављајући националним судовима да се баве тим питањем. ECJ 1 April 2004, Case C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co KG ./ Ludger Hofstetter und Ulrike Hofstetter*, [2004] ECR I-02403, I – 3421, ст. 18.

⁵³ Чл. 179 ЗЗП.

Ипак, с обзиром на трајање и трошкове поступка, велико је питање колико је овакав начин заштите уопште пријемчив појединцима, што је неретко и разлог зашто остају на снази уговори који обилују неправичним одредбама.⁵⁴ Осим тога, законско решење је такво да није јасно да ли на ову ништавост суд пази по службеној дужности или је оштећено лице једино са интересом да покрене ово питање. Велико је питање колико осигураник има знања да је уопште овлашћен на покретање поступка. Из тог разлога треба размотрити да се као санкција предвиди апсолутна ништавост на коју би суд пазио *ex officio*, чиме би се обезбедио додатни степен заштите осигураницима, а осигуравачи би више водили рачуна о одредбама које уносе у уговор.

3.3. Црне и сиве листе неправичних одредби

ЗЗП предвиђа листу тзв. црних и сивих неправичних одредби, односно оних одредби код којих суд само може констатовати неравичности и оних код којих је оборива претпоставка њихове неправичности. Пракса и теорија су указали на неколико проблема када је реч о оваквом решењу у контексту уговора о осигурању. Основни проблем у вези са неправичним одредбама је тај што њихова листа никада није коначна.⁵⁵ У сваком тренутку су могу појавити неке нове одредбе за које се може констатовати да су довеле до ремећења уговорне равнотеже. Такође, искуство из неких земаља чланица ЕУ показује да се судови исувише стриктно држе законом прописаних листа, што је доводило до тога да су судови некритички проглашавали неправичним установљене уговорене одредбе или да су пак одбијали да утврде ништавост неке клаузуле која се није налазила на листи.⁵⁶

Потом, недостатак овог законског решења у контексту заштите осигураника је тај што су само неке од законом предвиђених клаузула примењиве на уговор о осигурању. Тако би се на уговор о осигурању могла применити црна клаузула о потпуном или делимичном ограничењу права потрошача да покрене поступак за заштиту свог поступка, о наметању решавања поступка путем арбитраже; о ограничењу права потрошача да се упозна са доказима или пребацивање терета доказивања на њега; о одређивању месне надлежности суда ван пребивалишта потрошача или клаузуле којима би осигуравач задржао искључиво право тумачење уговора.⁵⁷

⁵⁴ Наиме, неправичне клаузуле не утичу на важност целокупног уговора, већ само она остаје без дејства према слабијој уговорној страни. Уговор и даље има правну снагу ако је одржив без клаузуле (у супротном читав уговор постаје ништав. То не искључује обавезу стране која је крива за закључење ништавог уговора да другој страни накнади штету проистеклу из закључења ништавог уговора (чл. 108 ЗОО).

⁵⁵ Дуго времена се и расправљало да ли је уопште смислено и сврсисходно да се листе инкорпорирају у законе, јер се стално могу појавити нови облици. Ипак, Суда правде је на крају стао на становиште да је то ипак обавеза држава чланица. Вид. Case C – 235/95, *Commission v. Hellenic Republic*.

⁵⁶ Е. Мишћенић, 185.

⁵⁷ Чл. 43 ЗЗП.

Што се тиче сивих клаузула, најзначајније из угла осигурања су оне које једнострано ограничавају право осигураника на раскид уговора тако што се уговором предвиђају исувише велики новчани износи који се морају исплатити у случају коришћења права на раскид; којом се предвиђају права осигураваача на једнострану измену уговора;⁵⁸ омогућавање осигураваачу потпуног или делимичног неизвршења уговорних обавеза без увођења било какве санкције.⁵⁹

Врло лимитиран број предвиђених и црних и сивих клаузула указује на то да наше право заштите потрошача услуге осигурања „вапи“ за додатним степеном заштите тако што ће се додатне одредбе предвидети као неправичне, а посебно оне које би се тичале једностраних овлашћења осигураваача, поготово давање права на раскид искључиво осигураваачу, једностраних овлашћења осигураваача да измени „клаузуле које се односе на трајање уговора, карактеристике или цену добара или услуге.“⁶⁰ Из визуре осигурања посебно је битно заштити осигураника од тзв. клаузуле упућивања, а посебно у контексту упућивања на оне документе са којима се осигураник није упознао пре закључења уговора. Осигураник нема могућност да буде ослобођен дејства клаузуле о упућивању ако је „информисано и свесно пристао да буде обавезан и клаузулама садржаним у документима на које се позива уговор или полиса осигурања“⁶¹ или ако се упућује на законске норме које нису цитиране.

Како би се обезбедио што шири степен заштите, не само конкретног интереса, већ и ширег интереса осигураника, препорука би била да се оснивају регистри неправичних клаузула које су оглашаване ништавим у судским поступцима.⁶² Предложено решење нарочито има смисла када се узме у обзир да ни ЗОО ни ЗЗП не одређују шта се тачно подразумева под значајном неравнотежом у контексту неправичних одредби, чиме је постављен

⁵⁸ Примери би били право осигураваача да повећа износ премије без гарантовања права осигуранику да уговор раскине, саопштавање нових одредаба са којма се слабија уговорна страна није сагласила путем средстава комунације на даљину, преузето од Н. Петровић Томић (2015), 347.

⁵⁹ Пример би било закаснела обрада захтева осигураника, закаснела исплата своте осигурања, а да је притом искључено право осигураника на камату, пребијање дуга и сл.

⁶⁰ Н. Петровић Томић (2015), фн. 1378. Упоредно право је као неправичне клаузуле препознало оне које предвиђају да је потрошач везан и оним клаузулама које му нису предочене, које се налазе у одвојеном документу који му није представљен; као и клаузула којом се успоставља обавеза потрошача и онда када професионалац није испунио своју обавезу; давање права професионалцу да раскине уговор, али без гарантовања истог права потрошачу; или обрнуто, ограничавају право потрошача на раскид онда када професионалац није извршио своју обавезу; условљавањем права потрошача на раскид код уговора закључених на неодређено време постављањем услова у вези с плаћањем одређених износа у корист професионалца или предвиђањем различитих рокова за коришћење ових рокова за потрошача и за професионалца.

⁶¹ *Ibid.*, 335.

⁶² Као што истиче проф. Караникић, „апсолутна ништавост неправичних одредаба у потрошачким уговорима може разумети као посебна грађанскоправна санкција за повреду начела еквивалентности узајамних давања“. М. Караникић Мирић, „Неправичне одредбе у потрошачким уговорима“, у: *Правни кайаџиџеџи Србије за евројске инџеџраџије* (ур. С. Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 144.

велики задатак за судове. Наведено решење са објављивањем регистара би омогућило шири степен заштите осигураницима, са једне стране, и утицало би на осигураваче да измене своје услове осигурања и на тај начин избегну будуће спорове, са друге стране.⁶³

4. Закључак

Установа осигурања темељи се на генијалној идеји дисперзије ризика штете на што већи број субјеката, који за ту услугу плаћају. Преваре у осигурању директно нарушавају основе тог концепта, који се мора темељити на правичности. Зато преваре које врше осигураници, нарочито ако имају одлике међународног транснационалног криминалитета, превазилазе проблем који се тиче односа осигуравача и осигураника - њима се држава мора озбиљно бавити.⁶⁴ У том циљу прописују се казнене одредбе које би требало да су јасне, прецизне и примењиве, како би се постигла казнено-правна заштита. Показује се, међутим, да прописивањем посебног кривичног дела превара у осигурању није суштински унапређена заштита од злоупотреба у осигурању, јер се према статистичким показатељима, одредба чл. 223а КЗ не примењује у пракси. Постоје значајне мањкавости усвојеног законског решења којом се прописује кажњавање за припрему и покушај преваре, а не за специјални облик преваре у осигурању, при чему постоје тешкоће да се утврди правилни однос поменутог дела са кривичним делима преваре и злоупотребе права из социјалног осигурања. Можда је недовољни квалитет законског описа из чл. 223а основни разлог што је та одредба остала „мртво слово на папиру“, те би ваљало преиспитати садашње решење и ограничити се на радње злоупотребе имовинских осигурања, слично као што је то учинио немачки законодавац, а као што је било предвиђено и Кривичним закоником Југославије из 1929. године.

Поменуте одредбе Кривичног законика примењују се на случајеве тзв. спољних превара, док се допунски кривичноправна заштита делатности осигурања од преварних поступака актуара, ревизора и одговорних лица из осигуравајућег друштва постиже применом споредног законодавства. Подела је, наравно, формална и непотребна, будући да су и за превару коју врши осигураник, као и за давања лажних мишљења, процена и изјава које учине актуар, ревизор или одговорно лице у друштву за осигурање прописане казне затвора сличних распона (интересантно је да одговорно лице које да лажну процену може бити кажњено алтернативно новчано, што није

⁶³ Занимљиво је истаћи да у Шпанији, Италији и Португалији, ако су у поступку које покренуло удружење потрошача установљене неправичне клаузуле, онда пресуда из тог предмета има утицаја на цело тржиште. Наведена решења је и Суд правде оценио као позитивна. Вид. детаљније А. Пак, *Закључење и ѡресѡтанак уѡвора о осигурању*, докторска дисертација, Факултет за европске правно-политичке студије, Нови Сад, 2016, 69.

⁶⁴ В. Чоловић, 338.

предвиђено за осигураника који покуша да превари осигуравача). Необично је да према статистичким подацима кривичне пријаве поднете за преваре у осигурању не воде каснијем оптужењу и осуди, а нема података ни о одбаченим пријавама. Отуда се може претпоставити да се сумњиви случајеви лакших превара у међувремену решавају ванправно, у непосредном контакту осигураник – осигуравајуће друштво, док се тежи случајеви квалификују као кривично дело преваре из чл. 208 КЗ и слична.

Са становишта интереса корисника услуга осигурања примарни облик заштите од неправичне и непоштене праксе осигуравајућег друштва јесте цивилноправни, те начелне одредбе Закона о осигурању о прекршајној одговорности правног лица и посредника и заступника у осигурању у случају да не обезбеде заштиту права и интереса корисника осигурања на прописан начин више симболично показују тежњу законодавца да се заштите интереси осигураника, него што ће бити примењиве на спорне случајеве примене „ситних слова“ из уговора о осигурању којима се предвиђају искључења из осигуравајућег покрића.

У интересу корисника услуге осигурања је свакако и детаљније регулисање питања неправичних уговорних одредби услед представљених недостатака које примена постојећих норми о неправичним одредбама има на уговор о осигурању. Остаје отворено питање да ли би се интервенција законодавца могла остварити у одредбама постојећег ЗОО или ЗЗП или би најсврхисходније било ово питање регулисати у засебном закону посвећеном уговору о осигурању, по угледу на неке европске земље. Важећи прописи се исувише ослањају на самог осигураника и на његову иницијативу за остваривање заштите од осигуравача. Положај осигураника је такав да је он по правилу слабија уговорна страна, па чак и у оним случајевима када се у тој улози налази лице које не испуњава услове да буде окарактерисано као потрошач у смислу националних и наднационалних прописа. Сложеност уговорног односа код уговора о осигурању, нужност поседовања стручних и правничких знања чине лице које стоји наспрам осигуравача врло изложеном његовој самовољи. И када осигураник прочита детаљно уговор о осигурању, постоји велика вероватноћа да није разумео све своје будуће обавезе и права услед чега се врло лако може наћи у неравноправном, неповољном положају. Исувише велики трошкови поступка који осигуранику стоји на располагању као инструмент заштите чине ову врсту реактивне заштите „непривлачном“ осигуранику, услед чега уговори са неправичним одредбама остају на снази. Потребно је више разматрати могућности превентивног деловања, и то првенствено у смеру колективне превентивне заштите, чиме се смањио број будућих поступака поводом исте уговорне одредбе.⁶⁵ Поред тога, треба разматрати могућности увођења регистара

⁶⁵ Тако и С. Вукадиновић, „Механизми колективне заштите потрошача од неправичних уговорних одредби”, у: *Заштитна колективних интереса потрошача* (ур. К. Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2021, 228.

неправичних одредаба јер се отвара могућност да осигуравачи самоиницијативно коригују своје услове осигурања, на шта их, у крајњој линији, обавезују и правила добре пословне етике.

Намеће се утисак да је научни интерес за преварне поступке у делатности осигурања у Србији претеран, ако се има у виду стање у пракси. Међутим, та „капа невидимка“ која чини да су случајеви превара у делатности осигурања и уговарање неправичних одредби од стране осигуравајућих друштава склоњени далеко од очију јавности и ван захвата надлежних државних органа је заправо највећи проблем који указује на то да постојећа правна регулатива, ако се уопште и примењује, постиже само плацебо ефекат лажног лека али, није кадра да преварне поступке делотворно спречи.

Nataša MRVIĆ PETROVIĆ

Principal Reserach Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

Mirjana GLINTIĆ

Reserach Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

FRAUDULENT ACTIVITIES IN INSURANCE INDUSTRY

Summary

The paper evaluates the results of previous research on insurance fraud and unfair contract terms in insurance contracts. The starting premise is that both phenomena share a common goal of making a profit either for a natural person or for a legal entity in an ethically unacceptable and legally prohibited way. The prescription of insurance fraud as a criminal offense suggests that frauds perpetrated by insured persons are considered more dangerous to society than the consequences of the introduction of unfair contractual provisions by insurer, even though this practice is considered to be a reason for a loss of trust in insurance industry. The analysis shows that there are deficiencies in Serbian legislation both in the area of criminal law and in the area of the protection of users of financial services. Therefore the authors advocate for certain law amendments de lege ferenda. However, the main problem is that the existing legal mechanisms are insufficiently applied to fraudulent activities in the insurance industry, which indicates that such situations are resolved by ad hoc extra-legal measures.

Keywords: *Fraud. – Insurance. – Criminal offense. – Misdemeanors. – EU law. – Consumer protection.*

Литература

- Basedow, J. (2006), „Die Laufzeit von Versicherungsverträgen als rechtsökonomisches Problem”, *Unternehmung, Versicherungen und Rechnungswesen, Festschrift zur Vollendung des 65. Lebensjahres von Dieter Rückle* (eds. Hrsg. T. Siegel et al.), Duncker & Humboldt, Berlin, 143–160.
- Благојевић, Б. (1934), *Уговори њо њрисићанку: формуларни уговори*, докторска дисертација, Београд.
- van Roeland, G. (2002), *Die Problematik des Rechts der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Frankfurt am Main.
- Букадиновић, С. (2021), „Механизми колективне заштите потрошача од неправичних уговорних одредби”, у: *Заштићиића колективних инћереса њоћрошача* (ур. К. Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2021, 226–257.
- Букадиновић, С. (2020), „Адхезиони уговори у француском праву”, *Сћрани ћравни живоћ* 1, 5–15.
- Глинтић, М. (2020), „Заштита права слабије уговорне стране у складу са Принципима европског уговорног права осигурања”, *Сћрани ћравни живоћ* 3, 57–73.
- Ђурђевић, М. (2012), „Примена правила о неправичним одредбама општих услова формуларних уговора после доношења Закона о заштити потрошача”, у: *Усклаћивање ћсловноћ ћрава Србије са ћравом Евроћске уније*, Београд.
- Иванчевић, К. (2010), *Правна заштићиића њоћрошача корисника усљуће осигурања и банкарске усљуће*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета „Унион”, Београд.
- Иванчевић, К. (2021), „Заштита потрошача корисника усљуге осигурања од неправичних уговорних одредаба”, у: *Заштићиића колективних инћереса њоћрошача*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 479–502.
- Јовичић, К. (2019), „Ограничење слободе уговарања – осврт на потрошачке уговоре”, *Право и ћривреда* 7-9, 437–450.
- Јовичић, К. (2021), „Концепт „угрожени потрошач” у праву ЕУ и српском праву”, *Право и ћривреда* 3, 361–377.
- Караникић Мирић, М. (2009), „Неправичне одредбе у потрошачким уговорима”, у: *Правни каћацићейићи Србије за евроћске инћейрације* (ур. С. Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 128–146.

- Кеглевић, А. (2013), „Заштита осигураника појединца код уговора о осигурању”, *Зборник Правној факултетној Свеучилишној у Ријеци* 1, 209–237.
- Kullmann, J. (1996), „Clauses abusives et contrat d'assurance”, *Revue Generale du Droit des Assurances* 1, 1–11.
- Мисита, Н. (2004), „Уз десетогодишњицу Директиве 93/13 о неправичним уговорним одредбама”, *Зборник Правној факултетној у Ријеци* 1–25.
- Мишћенић, Е. (2012), „Непоштене уговорне одредбе у уговорном праву Републике Хрватске”, у: *Форум за њраћанско њраво за јуџоистичну Европу*, Скопље, 184–200.
- Мрвић Петровић, Н., Чоловић, В. (2016), „Преваре у осигурању – багателни или организовани криминалитет?” у: *Суздијање орјанизованог криминала као њредуслов владавине њрава* (ур. Ј. Ђирић), Београд, 323–333.
- Мрвић Петровић, Н., Јовановић, С. (2021), „Прекршајноправна заштита потрошача”, у: *Заштитој колективних њнтереса њотрошача* (ур. К. Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 142–157.
- Пак, А. (2016), *Закључење и њресџанак уџвора о осигурању*, докторска дисертација, Факултет за европске правно-политичке студије, Нови Сад.
- Петровић Томић, Н. (2014), „Неправичне клаузуле и Принципи европског уговорног права осигурања”, *Евројска ревија за њраво осигурања* 2, 44–51.
- Петровић Томић, Н. (2015), *Заштитој њотрошача услује осигурања, анализа и њредлој унајређења рејулајорној оквира*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Петровић Томић, Н. (2016), „Заштита потрошача услуга осигурања и информациона парадигма – одлука Народне банке Србије о заштити права и интереса корисника услуга осигурања”, *Право и њривреда* 7-9, 555–576.
- Петровић Томић, Н. (2017), „Неправичне клаузуле у осигурању и Нацрт грађанског законика Србије”, *Токови осигурања* 2, 70–87.
- Пошчић, А. (2006), „Неправична клаузула у потрошачким уговорима”, *Зборник Правној факултетној у Силишту* 2, 165–190.
- Радовић З. *et al.* (2003), *Преваре у осигурању*, Београд.
- Rokas, I., Murray, V. (1999), „The protection of the consumer under the new Greek law 2496/97 on insurance policies”, *Pravo i privreda* 1–2, 71–77.
- Scarlat, D. I. (2019), „Brief Consideration Regarding National and European Regulations in the Matter of Unfair Terms in Insurance Contracts”, in: *Identity and Dialog in the Era of Globalization* (eds. J. Boldea, C. Sigmirean), Arhipelag XXI Press, Târgu-Mureş.
- Тошић, И. (2017), „Превара у осигурању и њене врсте”, у: *Привредна кривична дела* (ур. И. Стевановић, В. Чоловић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Институт за упоредно право, Београд, 269–282.

- Тошић, И., Новаковић, О. (2022), „Заштита потрошача услуга осигурања – анализа законодавног оквира Републике Србије”, *Проузроковање штете, накнада штете и осигурање* (ур. З. Петровић, В. Чоловић, Д. Обрадовић), Институт за упоредно право, Удружење за одштетно право, Београд, Ваљево, 509–520.
- Тирић, Ј. (2002), „Кривичноправни аспекти осигураничке преваре”, *Токови осигурања* 1.
- Узелац, О. (2016), *Рејулајорно-јравни оквир заштитне јойрошача из односа осигурања*, докторска дисертација, Нови Сад.
- Favre-Rochex, A., Courtieu, G. (1998), *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, L. G. D. J, Paris.
- Han Wansink, J., Frenk, N. (2013), „Some reflections on consumer protection and the requirement of anticipating behaviour of a prudent insurer”, *Erasmus Law Review* 2, 97–103.
- Fontaine, M. (2011), „An Academic View”, in: *Principles of European Insurance Contract Law: A Model Optional Instrument* (eds. H. Heiss, M. Lakhan), European Law Publisher, Munich.
- Calais-Auloy, J., Temple, H. (2010), *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 29–34.
- Чоловић, В. (2011), „Преваре у осигурању аутоодговорности”, *Ревивија за криминологију и кривично јраво* 2-3, 325–340.

КРИВИЧНО ДЕЛО „ПОВРЕДА ПРАВА ПО ОСНОВУ РАДА И ПРАВА ИЗ СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА”**

Сажетак

Кривична дела у области рада традиционално не привлаче значајну пажњу јавног шужилаштва. Због тога су одређена незаконитија послодаваца послодавца постала веома учестала. Одсутству превентивне функције инкриминације одређених послодаваца доприноси како инертност шужилаштва у процесуирању дела, тако и недовољно развијен правни оквир, непрецизност дефиниција и бланкетне норме, што често доводи у сумњу да ли је неко послодавац уопште кривично дело. Истраживање се бави овим проблемима у односу на оштрије кривично дело из ове групе „Повреда права по основу рада и права из социјалног осигурања“. Циљ је да се укаже на недостатаке у примени правног оквира, али и да се предложи темељна ревизија овог кривичног дела. Уколико би се оно раширенило, а радње извршења прецизирале, јавно шужилаштво би лакше могло да перципира његово извршење. Такође, указује се на неубичајено блату казнену полицију која доводи до исплаћивости чињења овог кривичног дела. Основна хипотеза је да се комплементарним акцијама у измени нормативе и промени става јавног шужилаштва и суда, може преокренути тренд масовног вршења кривичних дела од стране несавесних послодавца. У ту сврху се користе нормативни метод, као и студија случаја.

Кључне речи: Кривичноправна заштитна радника. – Кривична дела у области рада. – Повреда права по основу рада. – Повреда права из социјалног осигурања.

1. Уводна разматрања

Постоји изражена тенденција занемаривања процесуирања кривичних дела у области рада, која се фактички третирају као мање значајна и често као приватна ствар коју би радник и послодавац морали да реше у

* Научни сарадник на Институту за упоредно право, m.reljanovic@iup.rs, ORCID <https://orcid.org/0000-0001-6379-7545>

** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

Права по основу рада обухватају све услове рада који се могу уговорити, као што су зарада, ограничено радно време, право на одморе и одсуства, заштита достојанства на раду, колективна и друга права. Нејасно је на први поглед да ли норма штити и раднике⁴ који нису у радном односу. Из формулације „по основу рада“ може се закључити да је циљ нормне стварање општег заштитног оквира, који би обухватио и радно ангажована лица, као и лица која се налазе у специфичним правним или фактичким ситуацијама (на пример, волонтере или лица која раде без правног основа).⁵ Поједина права су обухваћена другим кривичним делима, тако да је логично да се заштита успостављена чланом 163. КЗ не протеже и на те ситуације.

Други сегмент заштите обухвата посебну заштиту на раду омладине, жена и особа са инвалидитетом (у тексту закона се и даље употребљава застарели израз „инвалиди“). Реч је о посебно осетљивим категоријама чији рад је нормиран према посебним правилима. Она су садржана у Закону о раду⁶ али се могу наћи и у посебним прописима, као што је Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом⁷. Специфична правила односе се како на запошљавање ових лица, тако и на њихове услове рада, односно друге околности које су повезане са радом и радном способношћу лица (особе са инвалидитетом, омладина) или усаглашавањем професионалних и породичних дужности (посебна заштита жена). Требало би напоменути да се ово дело, иако у КЗ нема јасно нормирану садржину, неће односити на случајеве дискриминације у области рада – та ситуација је регулисана посебним кривичним делом из члана 387. КЗ „Расна и друга дискриминација“.

Трећим сегментом дефиниције кривичног дела обухваћена су права из социјалног осигурања. Као и у прва два случаја, реч је и о широкој палети потенцијалних радњи извршења. Свако од три врсте социјалног осигурања нормирано је посебним законом, док је релевантан и Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање⁸. Социјално осигурање је

⁴ Термин „радник“ употребљен је у овом истраживању на начин да обухвати сва лица која учествују у процесу рада, без обзира на правни основ њиховог рада, или одсуство истог. Термин „запослени“ односи се на лица у радном односу, а термин „радно ангажовано лице“ на лица која су ангажована по уговорима који подразумевају рад ван радног односа.

⁵ Вид. З. Ивошевић, „Рад ван радног односа“, у: *Актуелна ишћања у области процесној, имовинској и радној права*, Београд 2023, 204–215.

⁶ Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

⁷ Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 32/2013 и 14/2022 – др. закон. Више о запошљавању особа са инвалидитетом, вид. Ј. Рајић, „Проблем запошљавања особа са инвалидитетом“, *Strani pravni život* 3/2016, 173–189.

⁸ Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 – усклађени дин. изн., 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 – усклађени дин. изн., 153/2020, 6/2021 –

даље уређено низом подзаконским аката, као и интерних аката фондова социјалног осигурања. Може се закључити да би кривично дело било извршено у ситуацијама када дође до противправног поступања којим се ускраћује или ограничава неко право из социјалног осигурања – на пример, када се неке ускрати право на старосну пензију, али и када се на пример ово право призна али дође до незаконитог умањења висине старосне пензије.

Ко може бити учинилац овог кривичног дела? У складу са датим описима, може се говорити о две потенцијалне групе учинилаца. Једна су послодавци, односно одговорна лица код послодавца која одлучују о правима радника. Друга су службеници фондова социјалног осигурања, као и других институција које директно или посредно одлучују о правима из социјалног осигурања. Учинилац мора да поступа „свесно“, што подразумева умишљај, односно свест да својим поступањем доводи до кршења прописа које би требало да примењује.

3. Недостаци у нормирању и пракси

Јасно је да законодавац није посветио пуно пажње нормирању овог кривичног дела. Његова дефиниција је, уз мање измене, присутна више деценија у кривичном законодавству.⁹ Оно је међутим одређено недовољно прецизно¹⁰, што не доводи само до потешкоћа у доказивању постојања дела, већ и до његовог занемаривања у пракси.

Ако се погледају статистички подаци о овом кривичном делу, може се доћи до неколико закључака. На основу података Републичког завода за статистику¹¹, може се видети да је ово дело далеко најзаступљеније у пракси, када је реч о кривичним делима у области рада, са уделом од око 85% свих поднетих пријава, односно око 82% свих оптужених лица, за период 2012 – 2021. година. У периоду 2013 – 2022. година, за извршење овог кривичног дела укупно је осуђено 238 лица (рачунајући и споредне казне), што такође чини убедљиву већину у кривичним делима у области рада (за сва остала дела укупно је осуђено 39 лица). Од овог броја, на казну затвора осуђено је 12 лица, на новчану казну 79 лица, а на условна осуда 134 лица.

усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 10/2022 - усклађени дин. изн., 138/2022 и 6/2023 - усклађени дин. изн.

⁹ Стојановић и Делић напомињу да је ово дело уведено у кривично право тадашње Југославије 1951. године (З. Стојановић, Н. Делић, *Кривично право – њоседни гео*, Београд 2013, 62).

¹⁰ Како Стевановић с правом истиче, „квалитет и обим непридржавања“ норме нису прецизирани самим делом. Вид. А. Стевановић, „Кривично дело повреде права по основу рада и права из социјалног осигурања“, *CRIMEN* (XII) 2/2021, 169 [167–181].

¹¹ Коришћени су годишњи извештаји Републичког завода за статистику „Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији“, за период 2012 – 2022. година. У тренутку писања рада није било могуће извршити увид у детаљну статистику за 2022. годину, тако да су десетогодишњи пресеци рађени за период 2012 – 2021. година или 2013 – 2022. година, у зависности од доступних података.

година	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	укупно
осуђених	39	35	38	28	22	16	18	9	18	15	238
затвор	5	4	1	0	0	1	0	0	0	1	12
новчана казна	14	5	18	6	5	6	11	2	6	6	79
условна осуда	20	26	17	16	17	8	5	7	10	8	134
остало	0	0	2	6	0	1	2	0	2	0	13

Табела 1: Број осуђених лица према врсти санкције, за период 2013 – 2022. година

Међутим, оваква ситуација не указује на ефикасност у деловању правосудних органа, колико на потпуну занемареност процесуирања других кривичних дела из ове области. Његов висок удео у укупном броју кривичних дела у области рада не говори много, јер су апсолутне бројке далеко неповољније. Наиме, међу седам кривичних дела која су обухваћена поглављем КЗ које се односи на област рада, у периоду 2012 – 2021. година, укупан број осуђених за ова кривична дела је преполовљен (2012. године је осуђено 40 лица, 2021. године само 20). Такође, постоји низ кривичних дела за која нико није осуђен годинама уназад, или је осуђен изузетно мали број лица, иако су многа од њих сасвим јасно документована од стране медија, организација цивилног друштва, правних клиника, као и кроз извештаје инспекције рада. На пример, у периоду 2016 – 2021. година не постоји пресуда за кривично дело из члана 166. КЗ „Повреда права на штрајк“, иако се сваке године документује неколико случајева у којима послодавац незаконитим поступањима ограничава право на штрајк. Исто је и са кривичним делом из члана 169. КЗ „Непредузимање мера заштите на раду“, за које је у периоду 2012 – 2021. година укупно осуђено три лица (ниједно у периоду 2015 – 2020. година). У истом периоду смо могли да утврдимо бројне недостатке у мерама заштите радника, које су резултирале великим бројем смртних исхода (у истом периоду 2012 – 2021. година погинуло је више стотина радника¹²). Дакле учесталост кривичног дела из члана 163. КЗ није последица ефикасног поступања правосудних органа, већ проистиче из великог броја права која су њиме заштићена, док су укупни трендови процесуирања изузетно неповољни. Ако се они графички представе, јасно је да број осуђених лица опада током времена, чак иако се изостави 2020. година која је специфична због других фактора (пандемија корона вируса).

¹² Вид. детаљнију обраду статистике: М. Рељановић, С. Јовановић, *Три од сто*, <https://pecanik.net/tri-od-sto/>.

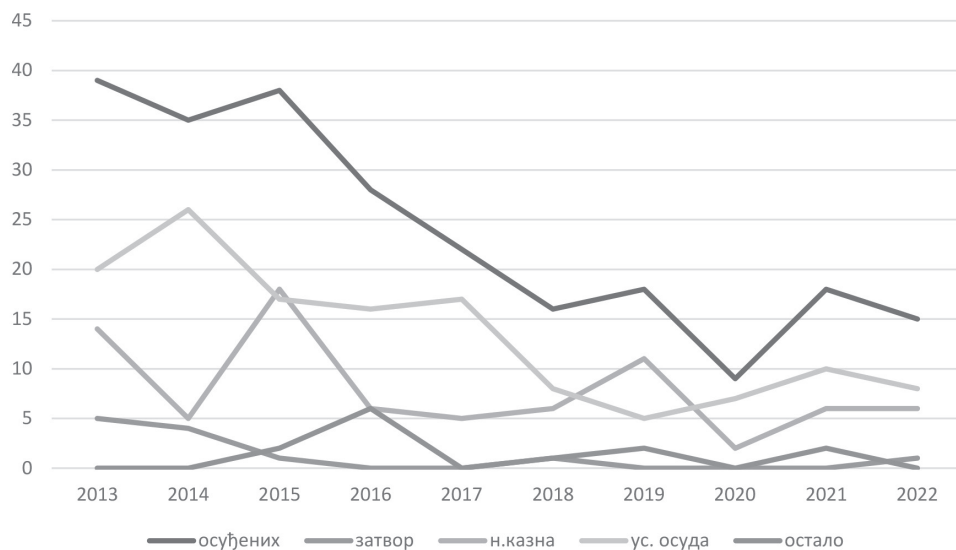


График 1: Тенденције у броју осуђених лица и врстама санкција за кривично дело из члана 163. КЗ, за период 2013 – 2022. година

Даље, сама дефиниција дела није довољно прецизна, нити се може са сигурношћу установити када ће неко поступање представљати ово кривично дело. На пример, уколико послодавац ускрати право на увећану зараду запосленима, не може се рећи када ће ово дело представљати прекршај из члана 274. став 1. тачка 10) Закона о раду, а када ће прерасти у кривично дело из члана 163. КЗ. Нејасно је и да ли је довољно да се оно посматра у сваком конкретном случају изоловано, или је потребно утврдити одређене објективне стандарде. Ако бисмо применили прву опцију, потенцијално би дошло до значајно другачијих тумачења када постоји ово дело. Оваква тумачења су већ присутна, што ствара значајну дозу правне несигурности. На пример, у кривичном поступку који је вођен пред Основним судом у Вршцу, одговорно лице код послодавца осуђено је за извршење кривичног дела из члана 163. КЗ због тога што у периоду од 50 дана није пријавило лице које је код њега обављало рад, дакле због неформалног рада (такозваног „рада на црно“). У конкретном случају из образложења пресуде није јасно како је извршено разликовање кривичног дела од истоврсног прекршаја из Закона о раду.¹³ Истовремено, за сада није поднета пријава против послодавца у Зрењанину, нити је јавно тужилаштво реаговало на налазе Инспектората за рад из 2022. године, према којима је послодавац у дужем периоду држао на фактичком раду преко 300 страних држављана, без дозвола за рад у Републици Србији.¹⁴

¹³ Вид. за детаљнију анализу: С. Јовановић, М. Ређановић, *Кривична дела у области рада*, Београд 2023, doi: 10.56461/M192_23SJ.MR, 35–37.

¹⁴ Одговор Инспектората за рад на захтев за приступ информацијама од јавног значаја, бр. 07-00-00012/2022-01 од 27. 4. 2022. године.

Овакве несразмере у поступању свакако не представљају одговарајући путоказ са јавне тужиоце, и не могу допринети стварању јасних правних стандарда који би били опште примењиви. Индикативна су и друга одступања у пракси, код тумачења шта може представљати кривично дело учињено од стране послодавца. У кривичној пријави која је поднета Основном јавном тужилаштву у Вршцу у поменутом предмету, постојали су наводи да је послодавац истовремено учинио још једно кривично дело у области рада (и потенцијално још једно пореско кривично дело), будући да је послодавац водио евиденцију о делу зарада које је исплаћивао на руке запосленима, без плаћања припадајућих доприноса и пореза. Ова евиденција је дакле приложена јавном тужилаштву уз кривичну пријаву али се јавни тужилац није одлучио да даље процесуира тај њен део – остаје нејасно зашто је овако поступио. Једно од могућих образложења јесте да није желео да улаже додатно време и напоре на обављање истражних радњи. Уколико је тако, ово је потврда да се кривична дела из области рада третирају као мање важна, чак и у случајевима када је оштећена држава, односно буџет Републике Србије и фондови обавезног социјалног осигурања.

Одређење да се кривично дело може учинити само свесно, такође представља проблем. Немогуће је замислити да послодавац, односно одговорно лице код послодавца, није у стању да сагледа своје законске обавезе према радницима, па да до кршења прописа дође несвесно. Чак и у ситуацијама када би то било тачно, непознавање права свакако не може бити изговор за његово кршење. Свесност приликом неког поступања подразумева умишљај, и према неким ауторима тако је нормирано да би се нагласила разлика између кривичног дела и прекршаја, односно других потенцијалних облика одговорности послодавца.¹⁵ Ипак, ова околност се не може користити да би се одговорност послодавца умањила и тривијализовала. Такође, чињеница да се послодавац налази у тешкој финансијској ситуацији не може да утиче на кривичну одговорност одговорног лица код послодавца јер је у питању његова објективна законска обавеза.¹⁶ У случају лошег пословања или финансијског стања, послодавцу су на располагању други радноправни механизми да привремено умањи трошкове радне снаге, уместо што континуирано крши закон. И поред свега наведеног, немогућност исплате због недостатка финансијских средстава се редовно користи као разлог зашто се дело не процесуира, одустаје се од кривичног гоњења, или је кривична санкција према учиниоцу преблага. Дешавају се и случајеви одбацивања кривичне пријаве зато што је послодавац у међувремену испунио своју обавезу према раднику.¹⁷ Ни ово не може бити разлог за непроцесуирање

¹⁵ С. Јовановић, М. Рељановић, 38.

¹⁶ Стевановић наводи пресуду Основног суда у Суботици Кж 411/07, у којој суд цени да нема извршења кривичног дела за кршење права по основу рада, „када не постоје објективне околности” код послодавца да се та права остваре. Из тога следи исправан закључак да тако нешто није предвиђено тадашњим (а ни актуелним) текстом члана 163. КЗ., А. Стевановић, 170.

¹⁷ С. Јовановић, М. Рељановић, 38.

поступања одговорног лица код послодавца, јер је кривично дело учињено самим ускраћивањем права, а потоње поступање одговорног лица може да се посматра само као однос према извршеном кривичном делу, односно оштећеном, због чега би се могла изрећи блажа санкција. Порука која се шаље одустајањем од кривичног гоњења несавесним послодавцима је на овај начин подстрекавајућа на даља вршења истог или истоврсних кривичних дела.

Јавно тужилаштво наравно никако не може бити једино одговорно за овакво стање. Одговорност свакако носи и суд, будући да је политика санкционисања не само преблага, него у појединим ситуацијама и апсурдна. Удео условних осуда у укупном броју изречених санкција прелази половину, како гледано појединачно по посматраним годинама, тако и у укупном десетогодишњем периоду (56,3%). Потпуно је извесно да није рационално изрећи безусловну казну затвора за поједине радње извршења кривичног дела из члана 163. КЗ које очигледно не представљају значајну опасност по јавни интерес. Међутим, у комбинацији са великим бројем одбачаја кривичних пријава (на основу обрађених података Републичког завода за статистику, удео одбачених пријава у укупном броју пријава је у периоду 2012-2021. година износио 78,85%), благом казненом политиком се додатно ствара атмосфера укупне некажњивости за ово кривично дело. Ако је удео казне затвора у пресуђеним предметима у којима је одговорно лице код послодавца оглашено кривим само 5%, а у последњих осам година је казна затвора изречена само три пута, јасно је да се не остварује превентивна улога кривичноправне заштите у области рада. Истовремено је само у медијима обрађено више десетина случајева који су подразумевали кривичну одговорност послодавца, најчешће због неисплаћивања зараде које је доводило до штрајкова или протеста запослених.

4. Предлози за измене

Измене би, у складу са претходним анализама, морале да буду спроведене у два правца. Прва група измена односи се на дефинисање општег дела, али и издвајање неких специфичних кршења закона као посебних облика општег дела, или посебних кривичних дела. Друга група измена усмерена је на праксу примене нормативног оквира, нарочито на агилност јавног тужилаштва у процесуирању и казнену политику судова.

Несумњиво је да је опште дело којим су генерички обухваћена разна противправна поступања послодавца, и даље неопходно. Радно право регулише комплексан однос између послодавца и радника. Људско право на рад и људско право на социјалну сигурност манифестују се кроз низ појединачних и колективних права радника и осигураника. Није могуће, нити сврсисходно, да се свако од потенцијалних кршења уобличи као посебно кривично дело.

Отуда би требало размислити о нормативној опцији у којој постоји општа инкриминација права у области рада и социјалног осигурања, а истовремено из ње издвојити оне инкриминације које су посебно упечатљиве и честе, односно оне код којих постоји посебан јавни интерес за кривичноправну заштиту без обзира на фреквентност њиховог појављивања у пракси.

Када је реч о посебним кривичним делима која би требало издвојити, могуће је навести неколико поступања послодавца која несумњиво заслужују пажњу јавног тужилаштва, а које се односе на кршење прописа којима се уређује положај и права радника.

1) *Издѣлавање закључивања (одговарајуће) уговора са радником и/или нејријављивање радника на обавезно социјално осигурање.* Изузетно велики број лица у Србији ради без одговарајућег правног основа. Број радника који су ангажовани на фактичком раду износи око 12% укупне ангажоване радне снаге, мада синдикати наводе да би њихов удео могао бити и већи.¹⁸ Без обзира на то да ли су радници који су ангажовани на овај начин добровољно пристали на такав положај или су на исти приморани, односно доведени у заблуду о свом радноправном статусу, требало би имати далеко оштрији став према фактичком раду када је реч о одговорности послодавца у сваком смислу, па и кривичној одговорности одговорног лица код послодавца. Раднику може бити јасно предочено да ради на црно и да са њиме неће бити закључен уговор о раду, али се радник може држати и у заблуди да је у радном односу, користећи његову неинформисаност да је потребно да претходно закључи уговор о раду. У огромној већини случајева, послодавци у овим ситуацијама користе тежак финансијски и социјални положај радника и на тај начин намећу овакве незаконите услове рада. Међутим, и у ситуацијама када радник пристане на свој положај фактичког радника, то неће променити чињеницу да је реч о кршењу закона. Са једне стране, радник не може да се одрекне свог радноправног статуса и права која регулишу минимум услова рада, а која му у сваком тренутку припадају. Са друге стране, осим радника у овој ситуацији је оштећена и држава, и то вишеструко јер послодавац не плаћа порез на зараду и припадајуће дорпиносе за обавезно социјално осигурање. Због тога је свака ситуација у којој постоји фактички рад, од значаја за органе кривичног гоњења.¹⁹ Такође, треба имати у виду и оне раднике који раде са закљученим уговорима али ти уговори не одговарају њиховом фактичком положају и односу са послодавцем. Послодавци

¹⁸ Анкета о радној снази за први квартал 2023. године показује стопу неформалне запослености од 12,6%, док је у неким делатностима далеко већа (у пољопривреди 51,5%, у грађевини око једне трећине). Извори: Републички завод за статистику, *Анкета о радној снази I квартал 2023*, <https://www.stat.gov.rs/sr-latn/oblasti/trziste-rada/anketa-o-radnoj-snazi/>, 4.8.2023.; *Сваки трећи грађевински радник у Србији ради на црно*, <https://www.021.rs/story/Info/Srbija/313749/Svaki-treci-gradjevinski-radnik-u-Srbiji-radi-na-crno.html>, 4. 8. 2023.

¹⁹ Вид. Љ. Ковачевић, „Правни инструменти за сузбијање рада „на црно” у ЕУ – садржина и (не)деловитност”, у: *Казнена реакција у Србији IX гео* (ур. Ђорђе Игњатовић), 2019, 261 [258–293]; С. Јашаревић, „Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада”, *Зборник радова Правној факултету у Новом Сагу* 3/2015, 1059–1060 [1053–1068].

ове уговоре нуде (или намећу) радницима како би смањили своје обавезе према њима али и да би умањили обавезе према држави, односно да би незаконито смањили износ пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање.²⁰ Коначно, постоје и ситуације у којима послодавац закључи уговор са радником, али га никада не пријави на обавезно социјално осигурање. Могућа је и варијанта у којој га пријави само у почетним месецима рада, да би га касније одјавио без знања радника. У свим овим ситуацијама јасна је одговорност послодавца, односно одговорног лица код послодавца. „Квантификација“ овог дела могућа је на више начина, и предлог је да се они комбинују како би се постигла потпуна заштита и интереса радника и јавног интереса. Могуће је одредити да ће кривично дело постојати уколико послодавац начини штету у одређеном износу за неплаћене порезе и неплаћене доприносе за обавезно социјално осигурање, али и да ће постојати независно од износа штете уколико се утврди да је ангажовао више лица (на пример, више од пет лица) на неки од описаних незаконитих начина у неком периоду (на пример, годину дана). У упоредном праву постоје и мере које су комплементарне утврђивању одговорности послодавца, као што је изрицање мере забране рада послодавцу све док не уреди радноправни статус свих ангажованих радника у складу са законом.

2) *Неисплаћивање зараде и дружих примања зайосленима.* Поред нерешеног или незаконитог радноправног статуса, ово је најчешћи повод за покретање радних спорова. Изузетно велики број послодавца који не обрачунају и/или не исплаћују зараду на законит начин, указује на чињеницу да недостаје да кривичноправна заштита одигра своју превентивну улогу. Имајући у виду да је могуће уговорити разне врсте примања између послодавца и запосленог, као и да ова примања у неким специфичним околностима могу достићи високе новчане вредности (на пример, дневнице за боравак у иностранству), потенцијално ново кривично дело морало би да обухвати све врсте примања – зараду, накнаду зараде, накнаду трошкова и остала примања, која су предвиђена прописима који се примењују на конкретном оштећеног. Приликом утврђивања да ли постоји прекршај или и кривично дело, чини се да је потребно поставити исте критеријуме као и код претходно описаног дела, који би представљали комбинацију броја оштећених, дужине трајања незаконитог поступања, као и висине штете која је на тај начин узрокована. Требало би и овде напоменути да је осим запослених оштећени по правилу и држава, јер се неисплаћивањем потраживања радника, или незаконитим исплаћивањем ових потраживања²¹,

²⁰ Најчешћи примери су када послодавац закључи са радником уговор о обављању привремених и повремених послова, или уговор о делу, како би прикрио постојање радног односа. У новије време се појављује и такозвана „лажна samozапосленост“, када се фингира да између послодавца и радника постоји пословни однос са предузетником, док постојећи фактички однос одговара радном односу.

²¹ Класичан пример је исплаћивање минималне зараде или једног дела зараде преко банковног рачуна, и то је део на који се плаћа порез и доприноси, док се дуги део исплаћује раднику у готовини, „на руке“, без плаћања пореза и доприноса.

наноси штета како буџету Републике, тако и фондовима обавезног социјалног осигурања.

3) *Злостављање на раду*. Ова негативна појава у процесу рада регулисана је посебним законом. Иако злостављати некога подразумева кршити његово право на достојанство на раду, па самим тим и злостављање припада домену примене члана 163. КЗ-а, до сада није било случајева пријављивања злостављача за ово кривично дело, нити је јасно да ли би тужилаштво реаговало на овакву пријаву или би упутило оштећеног да заштиту оствари у посебним интерним поступцима или радном спору, у складу са Законом о спречавању злостављања на раду.²² Због тога би требало дефинисати посебно кривично дело које је фокусирано само на радње злостављања, и то оне у којима је дошло до озбиљних последица по жртву (на пример, уколико је злостављање узроковало здравствене тегобе, или уколико је дошло од отказивања уговора о раду или радном ангажовању које је последица злостављања на раду).

4) *Заштити радно ангажованих лица ван радној односа*. Већ је напоменуто да радно ангажована лица према Закону о раду немају готово ниједно право на раду или у вези са радом, па је стога и домашај њихове заштите у смислу примене члана 163. КЗ веома неделотворан. Стога би за ова лица требало утврдити исти третман у погледу напред наведених ситуација – када нису у формалном радноправном статусу који одговара њиховој фактичкој ситуацији, када нису пријављени на обавезно социјално осигурање иако би требало да буду на основу врсте уговоре који су закључили, када им послодавац дугује накнаду (они не примају зараду) или неко друго уговорено примање, као и када су жртве злостављања на раду (Закон о спречавању злостављања на раду се примењује и на ове лица).

И даље је потребно осим посебних, задржати и општу дефиницију кривичног дела. Дефинисање овог дела је нарочито важан поступак јер са једне стране треба дати опипљиве параметре када је неко дело почињено, а са друге треба јасно раздвојити кривично дело од сродних прекршаја. Ово би се могло рашчланити формулацијом да је последица незаконитог поступања одговорног лица код послодавца штета која је нанета радницима, буџету Републике или фондовима социјалног осигурања, у износу преко законом одређене границе. Не би при томе била потребна намера да се тако нешто учини, довољна је објективна последица – на пример, уколико послодавац ускрати запосленом право на коришћење годишњег одмора, начиниће одређену штету која свакако не би требало да буде предмет кривичног поступка. Али уколико послодавац ускрати право на коришћење годишњег одмора свим запосленима, висина штете ће свакако нарасти преко граница које се могу сматрати релевантним за покретање механизма утврђивања кривичне одговорности. При томе би требало имати на уму и да висина штете нема само материјалну компоненту, већ и да се кроз

²² Закон о спречавању злостављања на раду, *Службени гласник РС*, бр. 36/2010.

активирање кривичноправне заштите штити и јавни поредак. Послодавац који ускрати одређено право појединачном запосленом то може учинити из више разлога, али суштински запосленом остају на располагању разни механизми заштите који ће у теорији бити довољни да адекватно санкционишу послодавца и истовремено пруже одговарајућу накнаду штете оштећеном запосленом. Међутим, у ситуацијама када је кршење прописа систематско и масовно, постоји потреба да се заштити јавни интерес јер се кроз утврђивање кривичне одговорности штити правни поредак, који је очигледно нарушен од стране једног или више појединаца који не примењују законе. При томе није пресудно, нити би уопште морало бити важно, да ли је поступањем оштећена и држава (кроз неплаћање пореза, избегавањем уплаћивања доприноса, и слично). Ово је додатна отежавајућа околност за самог учиниоца, али би морало бити јасно да постоји потреба да се заштити правни систем и у ситуацијама када не постоји директно угрожавање других јавних интереса.

Наведена „квантификација“ међутим не би морала да буде критеријум када је реч о ускраћивању права из социјалног осигурања. Уколико одговорно лице, службеник Фонда пензијског и инвалидског осигурања, неосновано ускрати право на пензију (било које врсте) осигураннику, сама чињеница би морала бити довољна за кривичноправно процесуирање оваквог поступања. Сама свест учиниоца дела о томе да је поступио противправно, узроци или мотивација таквог понашања не би требало да буду релевантни за процену да ли је дело учињено, али могу бити релевантни у даљем поступку код одмеравања кривичне санкције.

Измене у дефиницији дела свакако ће довести до његове лакше перцепције. Иако је квантитативни израз последице недозвољеног понашања понекад вештачки, требало би радити на томе да се понуде чврсти оквири шта је разграничење у односу на истоврсне прекршаје, када постоји јавни интерес који мора бити заштићен у кривичном поступку а када се спорна ситуација може оставити на разрешење неким од постојећих судских или вансудских механизма за решавање радних спорова. И начин пријављивања дела ће се учинити ефикаснијим: јасним дефинисањем одређених кривичних дела, доћи ће се у ситуацију да ће инспектор рада (али и други инспекцијски органи) приликом вршења инспекцијског надзора моћи да поднесу кривичне пријаве чим утврде одређена конкретна кршења прописа.

Инертност јавног тужилаштва у претходним деценијама према овим кривичним делима довела је до њихове вишеструке мултипликације. Тужилаштво мора са много више елана процесуирати кривичне пријаве и изабрати у којим случајевима ће ићи линијом мањег отпора (на пример, употребом кривичноправног института споразума о признању кривичног дела) а који ће моћи да послуже као темељи стварања конзистентне судске праксе, која ће имати пре свега одвраћајући карактер. Да би се тако нешто догодило, потребно је да судови такође имају одговорнији приступ и

драстично поопштре казнену политику. Требало би развити свест о томе да је свако делање противно правном систему кажњиво и да ће у случајевима потпуног занемаривања обавеза послодавца према већем броју радника, одговорно лице код послодавца нужно кривично одговарати. У супротном, долази се до апсурдних закључака да послодавци могу без последица радити на штету буџета Републике и фондова социјалног осигурања, док се за исте па и мање значајне штетне радње ревносно гоне починиоци неких других кривичних дела.

Mario RELJANOVIĆ

Research associate

Institute of Comparative Law

CRIMINAL OFFENCE „VIOLATION OF LABOUR RIGHTS AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS”

Summary

Criminal offenses in the field of labour traditionally do not attract much attention from the public prosecution. That is why certain illegal actions by employers have become extremely frequent. The absence of a preventive function of incriminating certain behaviours contributes to the inertness of the prosecution in processing of these offences, as well as the insufficiently developed legal framework, imprecise definitions and blanket norms, which often leads to doubt as to whether a certain doing is a criminal offense at all. The research deals with these problems in relation to the general criminal offense from this group, “Violation of labour rights and social insurance rights”. The goal is to point out shortcomings in the application of the legal framework, but also to propose a thorough revision of this criminal offense. If it were to be broken down to particular segments and specified, the public prosecution could more easily perceive its commission. Also, the unusually lenient penal policy that leads to the profitability of committing this criminal act is pointed out. The basic hypothesis is that complementary actions in amending the norm and changing the attitude of the public prosecutors’ offices and courts can reverse the trend of massive criminal acts committed by unscrupulous employers. For this purpose, a normative method is used, as well as a case study.

Key words: Criminal law protection of workers. – Criminal offences in the field of labour. – Violation of rights based on labour. – Violation of social insurance rights.

Литература

- Брадаш, С. (2017), *Статистика и достојанствен рад*, Београд, <http://www.centaronline.org/userfiles/files/publikacije/fcd-analiza-statistika-i-dostojanstven-rad.pdf>.
- Ивошевић, З. (2023), „Рад ван радног односа”, у: *Актуелна истражања у области процесној, имовинској и радној права*, Београд, 204–215.
- Јашаревић, С. (2015), „Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3, 1053–1068.
- Јовановић, С., Рељановић, М. (2023), *Кривична дела у области рада*, Београд, doi: 10.56461/M192_23SJ.MR;
- Ковачевић, Љ. (2019), „Правни инструменти за сузбијање рада „на црно” у ЕУ – садржина и (не)делотворност”, у: *Казнена реакција у Србији IX гео* (ур. Ђорђе Игњатовић), 258–293;
- Рајић, Ј. (2016), „Проблем запошљавања особа са инвалидитетом”, *Strani pravni život* 3, 173–189.
- Стевановић, А. (2021), „Кривично дело повреде права по основу рада и права из социјалног осигурања”, *CRIMEN* (XII) 2, 167–181;
- Стојановић, З., Делић, Н. (2013), *Кривично право – њоседни гео*, Београд.

Правни извори

- Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 – усклађени дин. изн., 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 – усклађени дин. изн., 153/2020, 6/2021 – усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 10/2022 – усклађени дин. изн., 138/2022 и 6/2023 – усклађени дин. изн.
- Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 32/2013 и 14/2022 – др. закон;
- Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење
- Закон о спречавању злостављања на раду, *Службени гласник РС*, бр. 36/2010;

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.

Остали извори

Рељановић М., Јовановић С., *Три од сто*, <https://pescanik.net/tri-od-sto/>;

Републички завод за статистику, *Анкета о радној снази I квартал 2023*, <https://www.stat.gov.rs/sr-latn/oblasti/trziste-rada/anketa-o-radnoj-snazi/>;

Републички завод за статистику, *Пунолетњи учиниоци кривичних дела у Републици Србији*, годишња издања 2012 – 2022. година;

Сваки трећи грађевински радник у Србији ради на црно, <https://www.o21.rs/story/Info/Srbija/313749/Svaki-treci-gradjevinski-radnik-u-Srbiji-radi-na-crno.html>.

ДР ЈОВАН ЂИРИЋ КАО НАУЧНИК

OD ARBITRAŽNOG UGOVORA U PISMENOJ FORMI DO ARBITRAŽE BEZ UGOVORA –Evolucija arbitraže od papirnate do ekološki osveščene –

„...posmatraj doktorat kao školsku obavezu...neće to biti tvoje najbolje delo, to je samo stepenica koju moraš preskočiti“

J. Ćirić

Sažetak

Arbitraža kao način rešavanja sporova je pretrpela izvesne promene od metoda rešavanja sporova od strane izabranog lica kojima su trgovci starog Rima poveravali na rešavanje njihov spor do institucija pri privrednim komorama koji rešavaju sporove u međunarodnim trgovinskim transakcijama. Promene su uglavnom bile organizacione prirode, dok je suština arbitraže kao privatnog foruma ostala ista. I arbitra u starom Rimu i arbitra u 21. veku odlikuje poverenje i poveravanje učesnika u spornom odnosu. Bez poverenja u izabrano lice neće doći ni do poveravanja nadležnosti da konkretan spor reši. Svoje poverenje u arbitražno rešavanje, stranke iskazuju zaključivanjem arbitražnog ugovora. Kao i arbitraža i arbitražni sporazum je pretrpeo transformaciju tokom godina. U početku strogo postavljen uslov pismene forme ugovora vremenom je liberalnije tumačen, pa je danas moguće da arbitraža bude konstituisana i bez arbitražnog sporazuma. Dovoljna je volja učesnika spornog odnosa iskazana na početku postupka da bi se spor rešio arbitražnim putem. Ekološka osvešćenost i potreba očuvanja životne sredine, mogu dovesti u pitanje neophodnost „papirnate“ potvrde saglasnosti ugovornih strana. Odgovor na pitanje kako ekološki zahtevi utiču na organizaciju i rad novih arbitraža čini predmet ovog rada. Rad je strukturiran tako da u prvom delu obrađuje pitanje forme arbitražnog ugovora, drugi deo je posvećen trendovima očuvanja životne sredine kroz „ekološke“ arbitražne postupke, dok treći deo predstavlja kritički osvrt na predložena rešenja.

Ključne reči: Arbitraža. – Arbitražni sporazum. – Pisana forma. – Ekološka arbitraža.

1. Umesto uvoda

Spor nastao iz određenog pravnog odnosa može biti rešen sudskim ili arbitražnim putem. Za razliku od sudskog rešavanja sporova koji se odvija po sili zakona, rešavanje sporova pred arbitražom uslovljena je saglasnošću volja učesnika

* Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, jelena_vuk83@yahoo.com

spornog odnosa. Drugim rečima, optiranje za arbitražno rešavanje praćeno je punovažno zakljućenim sporazumom o arbitraži. Svoju optimizaciju sporazum o arbitraži će imati u onim pravnim sistemima koji su predvideli mogućnost da se sporovi iz odrećdenih pravnih odnosa mogu rešiti arbitražnim putem. Svoj odnos prema arbitraži kao privatnom i paralelnom naćinu rešavanja sporova, drŹava iskazuje definisanjem obima subjektivne i objektivne arbitrabilnosti.¹ Poslednjih godina svedoci smo da sporovi koji su tradicionalno rešavani pred nacionalnim sudovima, poput sporova iz prava konkurencije ili prava intelektualne svojine, postaju predmet arbitražnog postupka. Pored arbitrabilnosti koju moŹemo posmatrati kao spoljni element optimizacije arbitražnog sporazuma, njegova punovaŹnost je uslovljena ispunjenjem zakonom propisanih uslova.² Uslovi se odnose na saglasnost, sposobnost, osnov, kauzu i formu ugovora. Volja kojom se derogira nadleŹnost nacionalnih sudova mora biti stvarna, slobodna i ozbiljna, izjavljena od strane poslovno sposobnih lica u formi arbitražne (kompromisorne) klauzule ili kompromisa.

Arbitražna klauzula svoje mesto nalazi u glavnom ugovoru kao jedna od klauzula. Njome se ugovara nadleŹnost arbitraŹe za sve buduće sporove koji mogu nastati iz odrećdenog pravnog odnosa. Ovaj ugovor se, po pravilu, zakljućuje pre nego Źto je spor iz odrećdenog pravnog posla nastao, već u momentu njegovog zakljućenja, pa se moŹe reći da je okrenut ka budućnosti. Odnosi se na sve sporove koji bi eventualno iz odrećdenog pravnog odnosa mogli nastali. U poređenju sa kompromisom koji se zakljućuje nakon nastanka spora, kompromisorna klauzula uobićajeno sadrŹi manje elemenata od kompromisa, jer u momentu njenog zakljućenja joŹ uvek nema spora. Iako predstavlja deo glavnog ugovora, ne deli nuŹno istu pravnu sudbinu. Prema pravilima o autonomiji arbitražnog sporazuma, sporazum o arbitraži predstavlja nezavisan pravni posao za koga vaŹe posebna materijalna i procesna pravila.³

Za sporove koji su već nastali iz odrećdenog pravnog odnosa ugovora se kompromis. Za razliku od arbitražne klauzule, kompromis je okrenut prošlosti. Po pravilu, detaljniji je od arbitražne klauzule jer u trenutku zakljućenja ugovorne strane znaju da je spor nastao i upoznate su sa ćinjenicama spora. Neretko arbitražna klauzula sadrŹi odredbe o mestu arbitraŹe, merodavnom pravu kao i imena arbitara. Mandat arbitražnog tribunala je ogranićen na nastali spor i nije ovlašćen za druge sporove iz istog odnosa.⁴

Nezavisno od izabrane forme, optimizacija arbitražnog sporazuma uslovljena je ispunjenjem propisanih uslova punovaŹnosti. Jedan od uslova odnosi se i na pisanu formu sporazuma. Iako je Źiroko prihvaćen princip konsensualizma⁵,

¹ J. Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporava pred mećunarodnom trgovinskom arbitraŹom*, doktorska teza, Pravni fakultet, Beograd 2016, 70 i dalje.

² Ćl. 6 Zakona o arbitraŹi Republike Srbije, *SluŹbeni glasnik*, br. 46/2006.

³ Više o autonomiji arbitražnog sporazuma vid. J. Perović, „Autonomija ugovora o arbitraŹi”, *Pravo i privreda* 5-8/2008, 535–544.

⁴ M. Petrović, „PunovaŹnost arbitražnog sporazuma”, u: *Harmonizacija graćanskog prava u regionu*, 2013, 481.

⁵ Ćl. 67, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima.

sporazum o arbitraži mora biti u pisanoj formi i predstavlja izuzetak od ovog pravila. Razlozi za pisanu formu arbitražnog sporazuma mogu se tražiti u upozorenju strankama da zaključenjem arbitražnog sporazuma derogiraju sudsku nadležnost i da se *ad probationem* pisanom formom obezbeđuje dokaz o postignutoj saglasnosti ugovornih strana.

Pod pisanom formom se tradicionalno tumači isprava u kojoj je sadržan tekst ugovora i koja je potpisana od strane lica koja se ugovorom obavezuju.⁶ Prema Zakonu o obligacionim odnosima, „kada je za zaključenje ugovora potrebno sastaviti ispravu, ugovor je zaključen kada ispravu potpišu sva lica koja se njime obavezuju.”⁷ Dakle, pisana forma ugovora sastoji se iz dva elementa: teksta i potpisa ugovornih strana.⁸ Tekst izjave volje ne mora biti napisan svojeručno, već može biti sačinjen i pomoću određenog tehničkog sredstva ili od strane trećeg lica.⁹ Prema Zakonu o obligacionim odnosima, za ispunjenost uslova pisane forme nije neophodno da izjave volja obeju ugovornih strana budu izražene na istoj ispravi, već je dovoljno da strane „izmenjaju pisma“, tj. da svaka strana preda drugoj ispravu kojom se obavezuje.¹⁰ Ove isprave ne moraju biti identične u pogledu sadržine, ali moraju biti saglasne kad je reč o bitnim elementima ugovora.

Potpis stranaka dokaz je postojanja saglasnosti ugovornih strana, ali namera stranaka da spor reše pred arbitražom može da postoji i ako je izostao formalni potpis strana odnosa (na primer, pozivanjem na drugo pismeno, uključivanjem u spor bez prigovora nenadležnosti). Na koji način će se tumačiti postojanje namere stranaka i ispunjenost predviđenih uslova, zavisi od rešenja predviđenih u međunarodnim i nacionalnim izvorima prava.

Njujorška konvencija¹¹ kao najšire prihvaćen izvor arbitražnog prava u delu koji se odnosi na arbitražni sporazum propisuje da svaka država ugovornica priznaje pisani ugovor kojim se stranke obavezuju da stave u nadležnost arbitraži sve sporove ili neke od sporova koji nastanu ili bi mogli nastati između njih po određenom pravnom odnosu, ugovornom ili neugovornom, koji se odnosi na pitanje koje je podobno za rešavanje arbitražnim putem. Pod pisanim sporazumom podrazumevaju se arbitražna klauzula uneta u ugovor, kompromis, potpisani od stranaka ili sadržani u razmenjenim pismima ili telegramima.¹² Ovo pravilo predstavlja ogledalo tradicionalnog shvatanja forme arbitražnog sporazuma. Međutim, sami redaktori teksta su ostavili mogućnost da se primenjuju i blaži uslovi formalne punovažnosti dajući mogućnost ugovornicama da se pozivaju na

⁶ S. Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd 1964, 61; I. Radomirović, J. Vukadinović Marković, „Forma arbitražnog sporazuma”, *Revija za evropsko pravo* 25/2023, 98.

⁷ Čl. 72, st. 4 Zakona o obligacionim odnosima.

⁸ S. Radovanović, N. Mišević, „O elektronskoj formi ugovora u domaćem pravu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2018, 1645.

⁹ B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 331.

¹⁰ Čl. 72, st. 4. Zakona o obligacionim odnosima.

¹¹ Konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka (Njujorška konvencija), *Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori*, br. 11/81, 607.

¹² Čl. II (2) Njujorške konvencije.

liberalnije uslove punovažnosti prihvaćene međunarodnim ili bilateralnim sporazumima.¹³

Rešenja predviđena Uncitral Model zakonom¹⁴ u odnosu na rešenja Njujorške konvencije predstavljaju iskorak ka liberalnijem tumačenju zahtevane forme. Arbitražni sporazum smatraće se zaključenim u pisanoj formi ukoliko je do saglasnosti volja ugovornih strana došlo razmenom saopštenja teleksom, telegramom ili drugim sredstvima komunikacije koja omogućavaju pisani dokaz o ugovoru, kao i iz razmene tužbe i odgovora na tužbu u kojima jedna strana navodi postojanje tog ugovora a druga to ne poriče.¹⁵

Iako je Model zakon predviđao elastičnije shvatanje u pogledu forme ugovora, problem u praktičnom smislu je predstavljala široka upotreba Njujorške konvencije kao univerzalnog pravnog izvora za priznavanje i izvršenje arbitražnih odluka. Prevazilaženje problema moglo se postići pozivanjem na čl. VII stav 1 Njujorške konvencije koja daje prednost u primeni povoljnijim odredbama drugog međunarodnog izvora. Ovo je pak ostavljeno na slobodnom uverenju nacionalnih sudova da li će i na koji način imati razumevanje i opravdanje za arbitražni ugovor zaključenog nekonvencionalnim putem.

U nameri da se uslov pisane forme prilagodi savremenim trendovima, unutar UNCITRAL-a postojalo je shvatanje o izmeni Njujorške konvencije. Ipak, zbog očuvanja jedinstva i uniformne primene Njujorške konvencije, od ovo ideje se odustalo.¹⁶ Problem je prevaziđen donošenjem preporuke o tumačenju čl. II i VII. Prema ovom tumačenju, okolnosti koje prema navedenim članovima zadovoljavaju pisanu formu služe samo kao primer, a ne predstavljaju taksativno nabranje. S druge strane, čl. VII, st. 1 treba tumačiti tako da svakoj zainteresovanoj strani pruži mogućnost da se pozove na prava koja ima po drugim međunarodnim ugovorima ili zakonima a koja predviđaju fleksibilnije uslove punovažnosti ugovora.

Pitanje punovažnosti arbitražnog sporazuma u nacionalnim sistemima regulisano je na različite načine.

Prema srpskom Zakonu o arbitraži, punovažnost sporazuma o arbitraži uslovljena je pisanom formom ugovora. Zahtev za pisanom formom arbitražnog ugovora sadržan je u čl. 12 Zakona o arbitraži Republike Srbije. Pored klasičnog shvatanja ispunjenosti pisane forme, Zakon propisuje da se ugovor smatra zaključenim iako je zaključen razmenom poruka putem sredstava komunikacije, koja

¹³ Čl. VII Konvencije: „Odredbe ove konvencije ne diraju u važnost multilateralnih ili bilateralnih sporazuma koje su zaključile države ugovornice u pogledu priznanja i izvršenja arbitražnih odluka i ne lišavaju ni jednu zainteresovanu stranku prava koje bi mogla imati da se koristi nekom arbitražnom odlukom na način i u meri koji su dopušteni zakonodavstvom ili ugovorima zemlje u kojoj se poziva na odluku.”

¹⁴ Model zakon UNCITRAL-a o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, prihvaćen od strane Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo 21. juna 1985. s izmenama od 2006. godine.

¹⁵ Čl. 7 (2) Model zakona UNCITRAL-a

¹⁶ Više o razlozima koj su doprineli stavu da ne postoji potreba za menjanje Njujorške konvencije vid. A. Uzelać, „Forma arbitražnog ugovora u hrvatskom pravu: novo uređenje, njegova ishodišta i perspektive daljnjeg razvoja”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2-3/2006, 554.

omogućavaju pisani dokaz o postignutom sporazumu. Sporazum o arbitraži smatra se zaključenim i ako se stranke u pisanom ugovoru pozovu na drugo pismeno koje sadrži sporazum o arbitraži (opšti uslovi za zaključenje pravnog posla, tekst drugog ugovora i sl.) ako je cilj tog pozivanja da sporazum o arbitraži postane sastavni deo osnovnog posla.¹⁷ U takvim okolnostima se nepostojanje potpisa ugovornih strana može tumačiti kao korektiv strogo postavljenih uslova forme ugovora.¹⁸

Švajcarski zakon o arbitraži u čl. 178 predviđa da će arbitražni ugovor biti valjan ako je sastavljen na način koji omogućava tekstualni dokaz.¹⁹ Iako je švajcarsko arbitražno pravo pretrpelo izmene 2021. godine, rešenja koja se odnose na formu arbitražnog sporazuma nisu bila predmet detaljnije reforme. Praktično, za punovažnost arbitražnog ugovora nije potrebno da tekst ugovora bude potpisan od strane ugovornih strana, dovoljno je da je volja sadržana u elektronskoj korespondenciji.²⁰ Nemački zakon u čl. 1031 predviđa iscrpnu listu uslova čijim zadovoljenjem arbitražni sporazum se smatra punovažno zaključenim.²¹ S druge strane, Engleski zakon o arbitraži odredbama o formalnoj punovažnosti arbitražnog ugovora samo asocira²² na odredbe o pisanoj formi, dok u stvarnosti predstavlja pravnu fikciju. Drugim rečima, iako je predviđeno da arbitražni sporazum bude u pisanoj formi, ta forma je zadovoljena iako nije potpisana od strana ugovornih strana²³, ako je kreirana putem sredstava elektronske komunikacije²⁴, ako se na njegovo postojanje poziva jedna od strana, a druga ne osporava,...²⁵ Na kraju, kao poslednje sredstvo, čl. 81(1) (b) Zakona o arbitraži predviđa da čak i

¹⁷ J. Vukadinović Marković, „Arbitražna klauzula u opštim uslovima poslovanja- pitanje forme ili saglasnosti ugovornih strana”, *Pravni život* 11/2016, 287–297.

¹⁸ Vid. slučaj *Compagnie de Navigation et Transports S. A. v. MSC (Mediterranean Shipping Company) S. A.*, u kom su se stranke pozvale na arbitražnu klauzulu sadržanu u opštim uslovima poslovanja štampanu na poleđini teretnice. Klauzula je potpisana od strane jedne od stranaka tako da je švajcarski sud bio u dilemi da li da prizna punovažnost arbitražne klauzule jer strogo formalno gledano nisu ispunjeni uslovi punovažnosti prema Njujorškoj konvenciji. Sud je međutim, zauzeo stanovište da postoji arbitražni ugovor iako u njemu nisu sadržana oba potpisa.

¹⁹ Prilikom revizije Švajcarskog zakona o arbitraži bilo je pokušaja da se ublaži formalni uslov punovažnosti arbitražnog ugovora, prihvatajući i usmeni sporazum stranaka. Međutim, ovaj stav nije naišao na odobrenje javnosti uz argument da nije u saglasnosti sa očekivanjem poslovne zajednice. Vid. *The Case for Less Restrictive Form Requirements*, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2021, 282.

²⁰ S. Besson, A. Rigozzi, „La Réforme du droit Suisse de l'Arbitrage International”, *Revue de l'arbitrage* 1/2021, 21 navedno prema I. Radomirović, J. Vukadinović Marković, 101.

²¹ Arbitražni sporazum mora biti sadržan ili u ispravi koju su stranke potpisale ili u razmeni pisama, telefaksa, telegrama ili drugih sredstava komunikacije koja omogućava pisani dokaz sporazuma. 2. Formalni uslov iz st. 1. ovoga člana smatraće se ispunjenim ako je arbitražni sporazum sadržan u ispravi koju je jedna strana otposlala drugoj strani, ili koju je treća strana otposlala obema stranama i – ako se na vreme ne izjavi prigovor – sadržaj takve isprave će se smatrati delom ugovora u skladu sa opštim uslovima. 3. Upućivanje u ugovoru koji odgovara formalnim uslovima iz stava 1. i 2. na ispravu koja sadrži arbitražnu klauzulu čini će arbitražni sporazum ako je upućivanje takvo da tu klauzulu čini delom ugovora. 4. Arbitražni sporazum će biti zaključen izdavanjem teretnice, ako ona sadrži izričito upućivanje na arbitražnu klauzulu u čarter-partiji. 5. Arbitražni sporazumi čija je jedna od strana potrošač mora biti sadržana u ispravi koju su lično potpisale obe strane.

²² *Arbitration agreements- the in writing requirement*, LexisNexis, <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/arbitration-agreements-the-in-writing-requirement>, 20. 10. 2023.

²³ Čl. 5, st. 2, tač. a) Zakona o arbitraži (*Arbitration Act 1996*).

²⁴ Čl. 5, st. 2, tač. b) engleskog Zakona o arbitraži.

²⁵ Čl. 5, st. 5 engleskog Zakona o arbitraži.

ako se arbitražni sporazum ne zaključi u pisanoj formi, on će i dalje biti pravno obavezujući i primenjivaće se prema pravilima „običajnog“ prava.

Francuski zakon o arbitraži ne predviđa obaveznu pisanu formu arbitražnog ugovora u međunarodnim arbitražama.²⁶ Francuski sud je u brojnim odlukama istakao da se liberalnije tumačenje francuskog zakona arbitražnog ugovora u odnosu na druge nacionalne propise može koristiti oslanjajući se na čl. VII Njujorške konvencije u postupcima priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka.²⁷ S druge strane, obavezna pisana forma ugovora predviđena je za ugovaranje unutrašnje arbitraže, pokazujući nespремnost redaktora da u potpunosti napuste zahtev za pisanom formom.

Suprotno detaljnom regulisanju forme sporazuma, Danska i Švedska svojim nacionalnim pravilima ne predviđaju uslove za nastanak arbitražnog ugovora. Holandija propisuje da će sporazum zaključen elektronskim putem biti tumačen kao punovažni arbitražni sporazum.²⁸

Ono što možemo zaključiti analizirajući propise komparativnih zakona jeste da je vremenom zahtev za pisanom formom liberalnije shvatan. Od uslova da arbitražni sporazum mora biti potpisan od strane obe ugovorne strane, do prihvatanja arbitražnog ugovora koji može biti zaključen u usmenoj formi koji se dokazuje ispravama prošao je dugi niz godina. Sa modernim razvojem tehnologija u savremenom poslovnom ambijentu, forma ad solemnitate sporazuma o arbitraži nailazi na kritike u teoriji i praksi.²⁹

Da bismo uopšte mogli raspravljati o formi arbitražnog sporazuma, mora se postaviti pitanje razloga zahtevanja pisane forme arbitražnog sporazuma? Polazeći od tradicionalnog shvatanja o zaštitnoj i dokaznoj ulozi pisane forme ugovora, tumačeći navedene propise, možemo zaključiti da je u pitanju forma kojom se dokazuje postojanje volje ugovornih strana. Ne smemo pak isključiti zaštitnu funkciju forme kojom se ugovorne strane upozoravaju na nameru da određeni spor izuzmu iz sudske nadležnost.³⁰ Istovremeno se postavlja pitanje, nije li u međunarodnim poslovnim odnosima zahtevanje pisane forme ugovora i insistiranje na njenoj zaštitnoj funkciji, u suprotnosti sa modernim tendencijama arbitražnog prava i razvoja međunarodne ekonomije. Takođe, ima li prirodnijeg foruma za rešavanje sporova koji su suštinski međunarodni? Nije li pravičnije da spor iz određenog poslovnog odnosa između lica različitih nacionalnosti rešava neutralni forum po pravilima treće države nego nacionalni sud jedne od ugovornih strana prema pravilima njenog sedišta.

Sa druge strane, da li se u vreme elektronskog zaključenja poslova i elektronske trgovine, može smatrati da arbitražni sporazum postoji ako je ugovorna

²⁶ Čl. 1507 francuskog Zakonika o građanskom postupku (*Code de procedure civile*).

²⁷ *Fouchard, Gaillard, Goldama on International Commercial Arbitration* (eds. E. Gaillard, J. Savage). Kluwer Law International, The Hague/ London/ Boston 1999, 374.

²⁸ Vid. čl. 1072 (b) holandskog Zakonika o parničnom postupku.

²⁹ I. Radomirović, J. Vukadinović Marković, 92.

³⁰ U. Grušić, „Subjektivni domašaj arbitražnog sporazuma u srpskom pravu“, *Revija kopaoničke škole* 2/2020, 91.

strana prihvatila elektronskim putem (kliknula na „accept” ili „I agree”) tekst ugovora u kom je sadržana arbitražna klauzula? Sam sporazum nije odštampan, potpisi se ne nalaze na kraju teksta ali ugovorne strane smatraju da sporazum postoji. U pravnoj teoriji su mišljenja oko ovog pitanja podeljena. Jedna grupa autora³¹ smatra da je arbitražni sporazum punovažno zaključen ako je sadržan u razmenjenoj elektronskoj komunikaciji. S druge strane, postoje mišljenja da se arbitražni sporazum ne može zaključiti na ovaj način.³²

Polazeći od navedenih delova pisane forme: teksta i potpisa, oba elementa postoje i kod zaključenja arbitražnog sporazuma u elektronskom obliku. Naime, tekst ugovora koji je sastavljen doduše ne na papiru već elektronski, nalazi se na ekranu računara. Potpis stranaka nije na papiru, mastilom učinjen, već je virtualan putem elektronskog potpisa. Elektronskoj formi se zamera da otvara vrata manipulacije činjenicama odnosa, kao i psihološkom efektu koji takva forma ima na učesnike odnosa. Smatra se da pisana forma ugovora ima veću zaštitnu funkciju kao i da ima upozoravajući uticaj na lica spornog odnosa, ali ovaj argument čini nam se neosnovanim u transakcijama poslovnih lica koju su svakodnevno suočeni sa potpisivanjem pravnih poslova elektronskim putem. Ovome dodajemo i složeni postupak izdavanja elektronskog sertifikata za elektronski potpis podnosiocima zahteva stavljajući na raspolaganje sve informacije od značaja za korišćenje elektronskog potpisa uključujući i to da kvalifikovani elektronski potpis ima dejstvo svojevrstnog potpisa.³³

Mišljenja smo da arbitražni sporazum ne mora nužno biti u pisanoj formi, niti da je sadržan na listu papira i potpisan od strane ugovornih strana. U prilog ovom navodimo opšti trend elektronskog poslovanja, ali i potrebu za očuvanjem životne sredine i podizanje svesti da nije neophodno da se poseće još jedno drvo kako bi se zadovoljila rigidna forma arbitražnog sporazuma.

2. Uticaj klimatskih promena na arbitražu

Klimatske promene predstavljaju jedno od pitanja koje zaokuplja najviše pažnje naučne i stručne javnosti. Ujedinjene Nacije su analizirajući trendove menjanja klime, došle do zaključka da će do 2030. godine temperatura zemlje (na globalnom nivou) biti za 1.5 celzijus veća nego što je to bila pre industrijske revolucije. Posledice otopljanja osetiće se u svim sferama života na zemlji. Porast temperatura u direktnoj je korelaciji sa količinom ugljen-dioksida koji se

³¹ J. Arsić, „International commercial arbitration on the internet – Has the future come too early?”, *Journal of International Arbitration* 14(3)/1997, 209; R. Hill, „Online arbitration: Issues and solutions”, *Arbitration International* 15(2), 1999, 199. Autori se pozivaju na telegram koji takođe ne sadrži potpis stranaka, ali se smatra zaključenim arbitražnim sporazumom.

³² Često je arbitražna klauzula sadržana na kraju teksta određenog ugovora i opcijom pritiska na „I agree” ugovorne strane često su saglasne sa tekstom osnovnog posla ali ne i arbitražne klauzule. Stoga je potrebno razdvojiti ova dva sporazuma. V. R. Wolff, *E-arbitration agreements and e-awards – arbitration agreements concluded in an electronic environment and digital arbitral awards*, 2017, SSRN-id2922550.pdf.

³³ S. Radovanović, N. Mišćević, 1649.

ispušta u atmosferu. Poslednjih godina, količina ugljen dioksida koji se ispušta u atmosferu je tolika da je topljene leda sve ubrzanije, a porast nivoa svetskog mora sve izvesnija. Čine se brojni napori da industrije država smanje zagađenje atmosfere.³⁴ Takođe se dosta radilo na podizanju svesti o štetnosti zagađenja kroz projekte, brošure i naučne radove.³⁵ Jedan od pokušaja da se smanji zagađenje, prvenstveno kroz redukciju karbona (ugljenika), ali i seču šuma koja se koristi za upotrebu papira, našao je primenu u arbitražnim postupcima.

Prvi pokušaj da se skrene pažnja na seču šuma i uticaj koji promene u arbitražnom postupku mogu imati na globalno blagostanje bio je 2019. godine od strane Lucy Greenwood. Nakon početne inicijative pokrenuto je više programa koje za cilj imaju održivi razvoj arbitraže. Cilj ovih programa je da se smanji upotreba papira koja se koristi u korespondenci i postupcima u velikim arbitražama. Drugim rečima, cilj je da se smanji upotreba karbona prilikom štampanja dokumenata koji se koriste u arbitraži. Ideje za smanjivanje zagađenja i očuvanje prirode pobrojani su u dokumentu "Green Pleage" (Zeleno obećanje) kojim je između ostalog predviđeno da kad god je moguće arbitražni postupak vodi putem video konferencija kako bi se smanjila upotreba putovanja i redukcija nafte odnosno goriva prilikom prevoza na i sa arbitraža. Drugi način je kreiranje radnog prostora koji je samoodrživ odnosno kreiran tako da smanji upotrebu energije, da se koristi elektronska komunikacija u vođenju postupka kad god je to moguće jer se time smanjuje upotreba papira i štampača.

U januaru 2021. godine, Kampanja za zelene arbitraže predložila je usvajanje Zelenog okvira i šest povezanih protokola³⁶ sa ciljem da usmere organizacije i pojedince da smanje ispuštanje ugljen-dioksida koji se proizvodi u postupcima međunarodne arbitraže kroz konkretne akcije.

Zeleni okvir predlaže niz akcija kojima bi arbitražno okruženje učinilo iskorak ka očuvanju životne sredine. Glavni cilj koji je postavljen je smanjivanje ugljen dioksida na jedan od načina predviđenim protokolom. Predviđeni načini su sledeći: usvajanje čistih oblika energije, smanjivane dugosatnih putovanja i smanjenje otpada kao nus produkata arbitražnog postupka.³⁷ Ovaj dokument nije pravno obavezujući što ostavlja mogućnost izbora učesnicima arbitražnog

³⁴ Države Evropske unije prepoznale su problem globalnog zagrevanja i u tom smislu su donele Pariški sporazum 2015.godine. Cilj sporazuma je da se ograniči globalno zagrevanje, na način na koji su svetski čelnici definisali puteve putem kojih će taj cilj ostvariti:

1. Cilj je da se porast prosečne svetske temperature zadrži na nivou koja je manja od 2 stepena Celzijusa, ali da će uložiti dodatne napore da taj porast bude manji od 1.5 stepena u poređenju sa temperaturom pre industrijske revolucije.
2. države članice su se sporazumele da će svakih 5 godina podnositi planove o svojim akcijama i da će postavljati što ambicioznije planove u ispunjavanju takvih ciljeva. Članice su se obavezale da će se voditi principima transparentnosti i solidarnosti.

³⁵ S. Shashikant Naik, „Climate Change and Arbitration”, *Supremo Amicus* 26/2021, 497–502.

³⁶ Zeleni protokol za arbitražni postupak; Zeleni protokol za kompanije, komore i kompanije koje pružaju pravne usluge; Zeleni protokol za arbitre; Zeleni protokol za arbitražne konferencije; Zeleni protokol za arbitražne institucije i Zeleni protokol za arbitražne događaje.

³⁷ *Framework for Adoption Green Protokol*, 1.

postupka da prihvate Zeleni protokol bilo u celosti ili delimično. U tom smislu, Zeleni protokol za postupak rešavanja sporova pred arbitražnim tribunalom predviđa čitav niz pravila koje učesnici postupka mogu prihvatiti u celosti ili delimično sa ciljem smanjivanja štetnosti odvijanja arbitražnog postupka na prirodi i okolinu uopšte.

Osnovni ali ne i jedini način smanjenja štetnosti po životnu sredinu je minimalna upotreba štampača. Drugim rečima, celokupna korespondencija među strankama, izjave svedoka, veštačenje, trebalo bi da se odvija elektronskom komunikacijom koja ne iziskuje štampanje dokumenata u nekoliko primeraka. Upotreba printera je predviđena samo u izuzetnim slučajevima, na način da i prilikom upotrebe se svesno obraća pažnja na količinu utrošenog ugljenika. Merama je predviđeno da ukoliko je upotreba printera neophodna, određenim načinima štampanja može se smanjiti negativan uticaj na okolinu. Tako je predviđeno da se štampa u A5 formatu, upotrebom sive boje, dvostrano. Upotrebljen materijal da se odlaže na ekološki prihvatljiv način kao i da sredstva koja se koriste za štampanje (poput štampača, tonera i mastila) budu ekološki prihvatljivi.

Drugi način očuvanja životne sredine može se postići i ukidanjem avionskih letova učesnika arbitražnog postupka. Istraživanja su pokazala da dve trećina štetnih posledica arbitražnog postupka proizilazi iz upotrebe sredstava prevoza. Upotreba aviona praćena je dolaskom advokata, svedoka, stranaka kako bi se postupak vodio u određenom mestu koje su stranke sporazumom odredile ili koje arbitri smatraju adekvatnim.³⁸

Zeleni protokol predviđa da se arbitražni postupak može voditi i online. Odnosno, da je samo izuzetno neophodno da se sastanci i postupak vode *in vivo*. Problemi mogu nastati zbog različitih vremenskih zona kojima pripadaju učesnici postupka. U takvim situacijama može se dogovoriti vremenski raspored u kojima su predviđeni kraći sastanci sa preciziranim datumima koji bi bili u vremenskim intervalima koji su na sredini vremenskih zona učesnika postupka.³⁹

Zeleni protokol koji je namenjen arbitrima sadrži niz mera čijom primenom može doći do smanjenja štetnih posledica po životnu sredinu. Osnovno pravilo je da se arbitražni postupak vodi online kad god je to moguće. U slučaju da nije moguće voditi na ovaj način postupak, te da se arbitražni postupak mora sprovesti *in vivo*, arbitri mogu primenom određenih mera smanjiti negativan uticaj na životnu okolinu. Mere predviđene protokolom odnose se na : korišćenje čiste i obnovljive energije svaki put kad je to moguće, npr. korišćenjem led rasvete. Preporuka je da se koriste biljke za prečišćivanje vazduha i povećanje kiseonika u prostorijama gde se održava proces arbitražnog rešavanja umesto fabričkih prečišćivača.⁴⁰

³⁸ Vid. značaj sedišta arbitraže J. Perović, „Sedište arbitraže u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži” *Pravo i privreda* 4-6/2018, 157–172.

³⁹ Vid. Zeleni protokol, 4–5.

⁴⁰ Green Protocol for Law Firms, Chambers and Legal Service Providers Working in Arbitration, 2; Green Protocols for Arbitrators, 3.

Nabrojane mere možemo posmatrati kao dodatne preporuke, dok je osnovni način umanjena štetnosti po okolinu smanjivanje papira i tonera u arbitražnoj komunikaciji. Jedan od načina za smanjenje štetnosti je i izbacivanje iz upotrebe plastičnih kesa kao i adekvatno odlaganje elektronskih uređaja koji su rashodovani i pokvareni.⁴¹

Glavni učinak bi nastao ukoliko bi se održavali virtuelni (online) sastanci na kojima bi se vodio postupak. U prilog tome da je moguće rešavanje sporova online, odnosno da arbitražni postupak ne zahteva nužno i prisustvo stranaka u postupku (kao i advokata, veštaka), imali smo prilike da vidimo tokom pandemije Kovida 19. Kako je zbog globalne pandemije onemogućeno sastajanje i održavanje sastanaka uživo, postupak rešavanja sporova odigravao se virtuelnim putem⁴². Kako bi se olakšao postupak i donela pravila koja bi važila u ovakvim situacijama, brojne arbitražne institucije su donele pravila kojima uređuju postupak rešavanja sporova virtuelnim putem.

Tako je Londonski centar za arbitražu 2020. godine doneo nova Pravila za arbitražu kojima je predviđeno da se celokupna komunikacija među strankama odvija virtuelnim putem, odnosno elektronskom komunikacijom.⁴³ Ovim načinom bi se smanjili materijalni troškovi u odnosu na postupak uživo. U istom smeru je postupila i Međunarodna trgovačka komora, koja je u setu novih Pravila predvidela da arbitri u dogovoru sa strankama mogu celokupnu komunikaciju (ročišta, saslušanje stranaka) voditi putem telefona, e-maila ili drugih oblika virtuelne komunikacije.⁴⁴ Pravila ograničavaju i podnošenje podnesaka u štampanom obliku.⁴⁵

Sledeći primere arbitražnih centara, mnoge nacionalne države su donela svoja pravila po ugledu na pomenute LCIA i ICC. Tako je rumunski Centar za arbitražu predvideo da se ročišta mogu odvijati putem videokonferencija kao i da se celokupna komunikacija između stranaka odvija putem mailova osim ako situacija drugačije nalaže.

3. Kritički osvrt

Ako bi se zanemarila činjenica da kampanja za zelenu arbitražu može da predstavlja deo ukupne politike globalizacije, teško bi se na prvi pogled moglo šta zameriti ovakvoj plemenitoj ideji. Ono što, međutim, izaziva pažnju i podozrenje jesu stvarni dometi kampanje i realni efekti koji se mogu očekivati. Sumnje

⁴¹ Green Protocol for Law Firms, Chambers and Legal Service Providers Working in Arbitration, 4; Green Protocols for Arbitrators; Green Protocol for Arbitration Conferences.

⁴² Vid. V. Pavić, M. Djordjević, „Virtual Arbitration Hearings: The New Normal?“, *Annals* 69/2021, vol. 3, 547–573.

⁴³ Čl. 4 Londonskih pravila.

⁴⁴ Čl. 26.1 ICC Arbitration Rules (<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>, 17 March 2022).

⁴⁵ Deo I, sek. C, čl. 10, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration* (1 January 2021).

postoje zbog toga što se bez empirijskih istraživanja i proverenih podataka, teško može pretpostaviti da postojeće klasične arbitraže svojim radom iole ozbiljnije utiču na ozonski omotač i životnu sredinu i na povećano prisustvo ugljen dioksida u atmosferi. Ako je uticaj rada postojećih arbitraža zanemariv, onda se i od kampanje kada bude potpuno sprovedena i zelene arbitraže organizovane, mogu očekivati vrlo skromni rezultati. Na primer, teško je pretpostaviti da su troškovi prevoza arbitara i stranaka u sporu iole zastupljeniji u ukupnim troškovima prevoza, pa samim tim da su tako izazvani izduvni gasovi i CO₂ značajniji. Ili, da je udeo iskorišćenog papira u klasičnim arbitražama za vođenje postupka i samoj odluci u odnosu na ukupnu potrošnju papira značajniji, posebno ako se zna da se sve više koristi reciklirani papir. Stoga je teško napraviti korektna poređenja troškova rada jednih i drugih arbitraža. Otuda nam se čini da ne postoji realna dilema da li klasične ili zelene (ekološke) arbitraže, ali se kao praktično može postaviti pitanje kakav je odnos klasičnih arbitraža prema novim tzv. "daljinskim" arbitražama, ako se ove druge smatraju produktom kampanje za zelenije arbitraže. I sa stanovišta ostvarivanja cilja zbog kojih postoji arbitraža, ima smisla uporediti prednosti i nedostatke klasičnih u odnosu na daljinske arbitraže, posebno u pogledu postupka koji se pred njima odvija. Međutim, kako se često mešaju pojmovi „virtuelan“ i na „daljinu“, prethodno je potrebno napraviti razliku između virtuelnih i daljinskih arbitraža.

U tehničkom smislu, u računarskom jeziku se pod "virtuelnim" razume da "nije fizički prisutan kao takav već je napravljen od strane softvera da izgleda kao da jeste sa stanovišta programa ili korisnika."⁴⁶ Virtuelna, dakle, ne postoji u realnom, već u zamišljenom svetu.

U slučaju međunarodnih arbitražnih postupaka može se govoriti o daljinskom i virtuelnom saslušanju. Pri tome, u postupcima saslušanja koja se vode na više lokacija, učesnici rasprave nisu virtuelni, već stvarno postoje. Oni samo komuniciraju jedni sa drugima koristeći komunikacione tehnologije.⁴⁷ Kod "saslušanja na daljinu" reč je o saslušanju lica koja postoje, a koje se sprovodi korišćenjem komunikacione tehnologije za istovremeno povezivanje učesnika sa dve ili više lokacija. Ako se prihvati ova podela, pogrešno je govoriti o virtuelnim arbitražama koje veštački ili softverski stvaraju učesnike postupka, već samo o različitim oblicima arbitraža na daljinu.

U suštini pod daljinskim arbitražama se podrazumevaju arbitraže kod kojih se stranke u toku arbitražnog postupka ne nalaze na istom mestu i u istoj prostoriji, već su u telekomunikacionoj vezi koja im obezbeđuje neki od priznatih i prihvaćenih programa platformi.⁴⁸ Između sebe arbitri i stranke komuniciraju jedino preko ovog programa. Pri tome je tehnički moguće da ni arbitri ne sede zajedno, već u odvojenim mestima, kao i stranke. Moguće su i druge

⁴⁶ M. Hafez, „Chapter 4: The Legal Framework of Remote Hearings“, in: *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (eds. Maxi Scherer, Niuscha Bassiri *et al.*), Kluwer Law International 2020, 68.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

kombinacije.⁴⁹ Samim postupkom rukovodi predsednik veća od koga se očekuje da ima potrebna tehnička predznanja bez obzira na svu tehničku podršku institucije pred kojom se odvija arbitraža. Nesmetano odvijanje postupka zavisi od tehničkih karakteristika korišćene platforme i one su izvan moći i uticaja arbitara i stranaka.

Pod daljinskim saslušanjem se razumeju saslušanja koja se sprovede korišćenjem komunikacione tehnologije za istovremeno povezivanje učesnika sa dve ili više lokacija, na primer putem telefona i video konferencija. Daljinska saslušanja koriste vezu videokonferencije, odnosno tehnologiju koja omogućava istovremeno interakciju dve ili više lokacija dvosmernim video i audio prenosom, olakšavajući komunikaciju i ličnu interakciju između ovih lokacija. U međunarodnoj arbitraži koristi se nekoliko vrsta daljinskih saslušanja. Postoje „polu-udaljena“ saslušanja, na kojima bi, na primer, arbitražni tribunal mogao da bude fizički sastavljen sa stranaka na jednoj lokaciji, a jedan ili nekoliko eksperata ili svedoka mogu da svedoče pred njima na daljinu. Ovo se smatra uobičajenim formatom u međunarodnoj arbitraži. Međutim, u „potpuno udaljenim saslušanjima“, svi učesnici su na različitim lokacijama bez postojećeg glavnog mesta za saslušanje. Potpuno udaljena saslušanja se jedva koriste u međunarodnoj arbitraži, ali se trenutno razmatraju u mnogim arbitražnim postupcima kako bi se izborili sa neprikladima diktiranim pandemijom i ograničenjima koja zemlje nameću.⁵⁰

Rezultat ovakvog načina rada je potpuno eliminisanje troškova prevoza i smeštaja za dolazak i odlazak stranaka i drugih lica sa ročišta. U takvim, totalno virtualnim arbitražama se ne koristi ni papir već se svi dokumenti i zapisnici prezentuju preko monitora i na personalnim računarima. Uvođenje elektronskih zapisnika nije potpuna novost i neke tradicionalne arbitraže su ih već predvidele u svojim pravilnicima o radu. Tako arbitražna pravila MTK iz 2021. godine, predviđaju da arbitražni sud može da odluči nakon konsultacija sa strankama i na osnovu relevantnih činjenica i okolnosti da se svako ročište vodi na način da su lica fizički prisutna ili na daljinu putem videokonferencije, telefona ili drugog odgovarajućeg sredstva komunikacije.⁵¹ I u brojnim drugim pravilnicima predviđena je mogućnost održavanja saslušanja stranaka na daljinu. U tom kontekstu valja čitati donete smernice, vodiče, protokole i modele. Ipak, i dalje kao opšte ostaje pravilo da svaka stranka u arbitražnom postupku može da traži usmenu raspravu u kojoj su fizički prisutni arbitri i svedoci.

U vezi sa ovlašćenjem arbitražnog tribunala da naloži saslušanja na daljinu, stranke se uglavnom protive tome ili zbog toga što imaju pravo na usmenu raspravu koja zahteva fizičko saslušanje, ili zbog toga što bi saslušanje na daljinu prekršilo princip pravičnog i jednakog tretmana.

⁴⁹ M. Hafez, “Remote hearings and the use of technology in arbitration”, <https://globalarbitrationreview.com/review/the-middle-eastern-and-african-arbitration-review/2023/article/remote-hearings-and-the-use-of-technology-in-arbitration#footnote-073-backlink>, 20. 10. 2023.

⁵⁰ M. Hafez (2020), 72.

⁵¹ Čl. 266 (1).

Ako sporazum o arbitraži ne govori o održavanju ročišta na daljinu i ako važeći nacionalni zakon ili institucionalna arbitražna pravila ne sadrže nikakvu posebnu odredbu o daljinskim saslušanjima, osnov za održavanje saslušanja na daljinu, tribunal pronalazi u ovlašćenju da na najadekvatniji način organizuje proceduralna pitanja. Nacionalni arbitražni zakoni, kao i institucionalna pravila obično predviđaju da, bez ikakvog dogovora strana, arbitražni sud može „voditi arbitražu na način koji smatra odgovarajućim“, „odlučiti o svim proceduralnim i dokaznim pitanjima“ ili „odrediti postupak u potrebnoj meri, bilo direktno ili pozivanjem na statut ili pravila arbitraže“.⁵²

Na kraju, može se pretpostaviti da će daljinske arbitraže doprineti uštedi vremena i smanjenju ili eliminisanju putovanja, ali i dalje ostaje utisak da to ne može bitno uticati na životnu okolinu.

Jelena VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ

Research Associate

Institute of Comparative Law, Belgrade

**FROM WRITTEN ARBITRATION AGREEMENT
TO ARBITRATION WITHOUT AN AGREEMENT
- The Evolution of Arbitration from Written Form
to Environmentally Friendly Arbitration -**

Summary

Arbitration as a way of resolving disputes has undergone certain changes, from the methods of resolving disputes by the chosen person to whom the merchants of ancient Rome entrusted their dispute to institutions at chambers of commerce that resolve disputes in international trade transactions. The changes were mainly organizational in nature, while the essence of arbitration as a private forum remained the same. Both the arbitrator in ancient Rome and the arbitrator in the 21st century is adorned by trust and entrustment by the participants in the disputed relationship. Without trust in the chosen person, there will be no entrustment of jurisdiction to resolve a specific dispute. The parties express their confidence in the arbitration process by concluding an arbitration agreement. Like arbitration, the arbitration agreement has undergone a transformation over the years. The strictly set condition of the written form of the agreement received its more liberal interpretations over time. (there is a possibility of constituting the jurisdiction of the

⁵² Vid. J. Vukadinović Marković, *Postupak rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražama*, Beograd 2022, 70 i dalje.

arbitration even without an arbitration agreement.) The will of the participants in the disputed relationship expressed at the beginning of the proceedings is sufficient for the dispute to be resolved by arbitration. In terms of environmental awareness and the need to preserve the environment, the question arises whether it is necessary to require a “paper” confirmation of the consent of the Contracting Parties or whether the so-called simple consent of the Contracting Parties is sufficient. The answer to this question is the subject of this paper. The paper is structured in such a way that in the first part we deal with the issue of the form of the arbitration agreement, while the second part is dedicated to trends of environmental preservation through “eco-friendly” arbitration procedures. The third part presents a critical review of the analysed issues.

Key words: Arbitration. – Arbitration agreement. – Written form. – Green arbitration.

Literatura

- Arsić, J. (1997), „International commercial arbitration on the internet – Has the future come too early?“, *Journal of International Arbitration* 14(3), 209–221.
- Gaillard, E., Savage J. (eds.), (1999), *Fouchard, Gaillard, Goldama on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/ London/ Boston.
- Grušić, U. (2020), „Subjektivni domašaj arbitražnog sporazuma u srpskom pravu“, *Revija kopaoničke škole* 2, 79–99.
- Hafez, M. (2020), „Chapter 4: The Legal Framework of Remote Hearings“, in: *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (eds. Maxi Scherer, Niuscha Bassiri et al.), Kluwer Law International, 40–88.
- Hafez, M. (2023), „Remote hearings and the use of technology in arbitration“, <https://globalarbitrationreview.com/review/the-middle-eastern-and-african-arbitration-review/2023/article/remote-hearings-and-the-use-of-technology-in-arbitration#footnote-073-backlink>, 20. 10. 2023.
- Hill, R. (1999), „Online arbitration: Issues and solutions“, *Arbitration International* 15(2), 199–207.
- Pavić, V., Đorđević, M. (2021), „Virtual Arbitration Hearings: The New Normal?“, *Annals* 69, vol. 3, 547–573.
- Perović, J. (2008), „Autonomija ugovora o arbitraži“, *Pravo i privreda* 5-8, 535–544.
- Perović, J. (2018), „Sedište arbitraže u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži“, *Pravo i privreda* 4-6, 157–172.
- Perović, S. (1964), *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd.
- Petrović, M. (2013), „Punovažnost arbitražnog sporazuma“, in: *Harmonizacija građanskog prava u regionu*, 479–497.

- Radomirović, I., Vukadinović Marković, J. (2023), „Forma arbitražnog sporazuma”, *Revija za evropsko pravo* 25, 91–107.
- Radovanović, S., Mišević, N. (2018), „O elektronskoj formi ugovora u domaćem pravu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4, 1641–1661.
- Shashikant Naik, S. (2021), „Climate Change and Arbitration” *Supremo Amicus* 26, 497–502.
- The Case for Less Restrictive Form Requirements (2021), *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. The Case for Less Restrictive Form Requirements | Lorenz Oetiker | CMS.
- Uzelac, A. (2006), „Forma arbitražnog ugovora u hrvatskom pravu: novo uređenje, njegova ishodišta i perspektive daljnjeg razvoja”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2-3, 549–582.
- Vizner, B. (1978), *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb.
- Vukadinović Marković, J. (2016), „Arbitražna klauzula u opštim uslovima poslovanja-pitanje forme ili saglasnosti ugovornih strana”, *Pravni život* 11, 287–297.
- Vukadinović, J. (2016), *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska teza, Pravni fakultet, Beograd.
- Vukadinović Marković, J. (2022), *Postupak rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražama*, Beograd.
- Wolff, R. (2017), *E-arbitration agreements and e-awards – arbitration agreements concluded in an electronic environment and digital arbitral awards*, SSRN-id2922550.pdf

Pravni izvori

Arbitration agreements- the in writing requirement, LexisNexis, <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/arbitration-agreements-the-in-writing-requirement>, 20. 10. 2023.

РАД КОМИСИЈЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО НА КОДИФИКАЦИЈИ ПРАВИЛА О СУКЦЕСИЈИ ДРЖАВА У ОДНОСУ НА ДРЖАВЉАНСТВО ФИЗИЧКИХ ЛИЦА

Сажетак

Рада на кодификацији и пројективном развоју правила о држављанству физичких лица везана су за правила о стицању, губитку и промени држављанства у случају настајућа суцесије држава. Будући да суцесија држава настаје различитим модификацијама територијалној суверенитету, а да постојећа суцесиона међународна пракса није била јединствена и довољна за наставак обичајних правила, Комисија за међународно право Уједињених нација (УН), у чијој је иначе надлежности кодификација приоритетних области међународног права, прихватила се обавезе да систематизује принципе о суцесији држављанства физичких лица. У релативно крајњем року од 1993. до 1999. године, Комисија је успела да сачини Нацрт чланова о држављанству физичких лица у вези са суцесијом држава користећи се ранијим искуствима поводом усвајања Конвенције о суцесији држава у односу на уговоре из 1978. године и Конвенције о суцесији држава у односу на државну имовину, архиве и дугове из 1983. године. Иако њен рад због објективних околности није окончан усвајањем нове Конвенције, то ипак не значи да Нацртом чланова Комисија није најавила значајан напредак у „легијацији” материје о суцесији држава у односу на држављанство физичких лица.

Кључне речи: Суцесија држава. – Држављанство. – Кодификација и пројективни развој. – Комисија за међународно право. – УН.

1. Увод

Са дезинтегративним процесима у Европи крајем 20. века, питање међународноправног регулисања правних последица суцесије држава у односу на држављанство наново је актуелизовано. Питање је стављено на дневни ред Комисије за међународно право на њеном 45. заседању одржаном 1993. године.² Истичући значај кодификације ове области међународног

* Научни саветник, Институт за међународну политику и привреду, Београд, dimitrijevicd@diplomacy.bg.ac.rs

² ILC Report, A/48/10, 1993, 45th Session, 3 May to 23 July 1993.

права, Генерална скупштина УН подржала је рад Комисије Резолуцијом др. 48/31, од 9. децембра 1994. године. За Специјалног известиоца био је именован Вацлав Микулка (*Václav Mikulka*), председник чешког огранка Удружења за међународно право.¹ Након разматрања прелиминарног извештаја Специјалног известиоца, Комисија је 1995. године, формирала Радну групу која је у четири наврата подносила писмене и усмене извештаје о различитим питањима везаним за сукцесију држава у односу на држављанство.² У истом периоду (од 1995. до 1999. године), Специјални извештач поднео је Комисији за међународно право на разматрање четири своја извештаја. У Првом извештају износи се историјски осврт на развој материје о сукцесије држава у односу на држављанство и у том смислу дају се извесна појашњења о релевантности теме, као и о ограничењима која постоје у унутрашњим и међународном праву у погледу њеног регулисања.³ Други извештај садржи студију о држављанству физичких и правних лица и суштински се бави питањима која се односе на принципе и правила о сукцесији.⁴ Трећи извештај садржи нацрт од 25 чланова са пратећим коментарима. Први део односи се на „Опште принципе о држављанству у вези са сукцесијом држава”, док Други део прописује „Принципе примењиве у посебним ситуацијама сукцесије држава”. У извештају је додат и предлог Преамбуле са одредбама које се односе на дефиниције основних појмова.⁵ Четврти извештај Специјалног известиоца разматра питања регулисања сукцесије држављанства *stricto sensu*.⁶ Након што су сви поменути извештаји прошли разматрање Комисије за међународно право, били су упућени Одбору за израду нацрта Конвенције који је у периоду од 1997. до 1999. године, извршио номо-техничке припреме текста којег је Комисија за међународно право усвојила у форми Нацрта чланова о држављанству физичких лица у вези са сукцесијом држава. Будући да је Нацрт представљао солидну основу за усвајање Конвенције, очекивало се да ће након достављања мишљења и коментара влада држава чланица УН Нацрт бити и усвојен, што се нажалост није десило због објективних политичких околности у међународној заједници. Стога је на предлог Комисије за међународно право, Генерална скупштина УН усвојила Резолуцију 55/153 од 12. децембра 2000. године, којој је *придогај* *Нацрт* чланова у форми декларације, чиме је окончан рад на кодификацији и прогресивном развоју предметне материје.⁷

¹ ILC Report, A/49/10, 1994, 46th Session, 2 May to 22 July 1994.

² ILC Report, A/50/10, 1995, 47th Session, 2 May to 21 July 1995; ILC Report, A/51/10, 48th Session, 6 May to 26 July 1996; ILC Report, A/53/10, 50th Session, 20 April to 12 June and 27 July to 14 August 1998; ILC Report, A/54/10, 51st Session, 3 May to 23 July 1999.

³ First ILC Special Rapporteur Report, A/50/10, 1995, A/CN.4/467.

⁴ Second ILC Special Rapporteur Report, A/51/10, 1996, A/CN.4/474 and Corr.1.

⁵ Third ILC Special Rapporteur Report, A/52/10, 1997, A/CN.4/480.

⁶ Fourth ILC Special Rapporteur Report, A/53/10, 1998, A/CN.4/489.

⁷ ILC Report, Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States (With Commentaries), 3 April 1999, Supplement No. 10, A/54/10, *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, Vol. II, Part Two, 34–48; General Assembly Resolution 55/153 of 12 December 2000.

2. Нацрт чланова о држављанству физичких лица у вези са сукцесијом држава

2.1. Преамбула

Комисија за међународно право уградила је у Нацрт чланова о држављанству физичких лица у вези са сукцесијом држава Преамбулу у којој се наглашава повећана брига међународне заједнице и разних међународних организација и тела за предметну материју.⁸ У Преамбули се одређују границе између националног и међународног права тако што се потврђује да се држављанство суштински регулише унутрашњим правом, али у оквирима које успоставља међународно право. Овај приступ начелно је у складу са принципом садржаним у Декларацији о начелима међународног права о пријатељским односима и сарадњи држава у складу са Повељом УН из 1970. године, по коме су државе дужне да не интервенишу у послове који спадају у унутрашњу надлежност друге државе.⁹ Међутим, неинтервенција и немешање у послове других држава не значи да границе унутрашње надлежности у погледу регулисања држављанства нису утврђене међународним правом.¹⁰ На ограничење правила о *domaine réservé* указала је и међународна јуриспруденција између два светска рата.¹¹ Најауторитативнији став по питању међународноправног регулисања држављанства физичких лица истакао је Стални суд међународне правде када је у саветодавном мишљењу поводом држављанства у Тунису и Мароку потврдио да је питање искључиве надлежности државе релативно питање у зависности од развоја међународних односа и да у односу на питања која нису регулисана међународним правом, државе користећи своје дискрециона овлашћења могу бити ограничене обавезама преузетим према другим државама, чиме је и њихова јурисдикција ограничена правилима међународног права.¹² Слични приступи инкорпорирани су и у међународноправним инструментима. Тако је, примера ради, у члану 2. нацрта Конвенције о држављанству Харвардске правне школе потврђено да државе нису неограничене у погледу правног регулисања држављанства.¹³

⁸ Примера ради, Савет Европе усвојио је 1997. године, Европску конвенцију о држављанству која између осталог садржи и одредбе о држављанству у случају наступања сукцесије држава. В. European Convention on Nationality, Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 166, 6 Novembar 1997.

⁹ United Nations General Assembly Resolution 2625 (XXV): Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with Charter of the United Nations, Twenty-Fifth Session, New York, 24 October 1970.

¹⁰ J. Andrassy, *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1990, 229.

¹¹ „Nationality of Certain Persons (Memel Territory)”, *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, 1937, 908.

¹² „The Nationality Decrees in Tunisia and Morocco Case”, Advisory opinion, *Permanent Court of International Justice Reports*, Series B, 4/1923, 24.

¹³ „Draft conventions and comments on nationality, responsibility of states for injuries to aliens, and territorial waters”, Research in International Law of the Harvard Law School, *American Journal of International Law* 55/1929, vol. 23, 13.

У члану 1. Хашке конвенције о одређеним питањима сукоба закона о држављанству из 1930. године, прописано је да свака држава има право да уређује својим законом ко је њен држављанин. Међутим, за друге државе поменуто стање прихватљиво је у мери у којој је унутрашње право у сагласности са међународним конвенцијама, међународним обичајима и опште прихваћеним принципима о држављанству.¹⁴ Поменути приступ био је нарочито изражен након завршетка Другог светског рата кад су се на пиједестал издигла људска права.¹⁵ Од тада, начин на који државе регулишу држављанство више није питање њихове искључиве надлежности, већ је то и питање остваривања и заштите људских права и фундаменталних слобода појединца.¹⁶ Тако је право на држављанство, као основно људско право постало и својеврсни *iustus titulus* за остваривање других људских права.¹⁷ Као један од средишњих појмова којима међународна заједница посвећује посебну пажњу, право на држављанство прописано унутрашњим правом, морало би бити хармонизовано са општим правилима и принципима међународног права који регулишу нормативну колизију која у пракси може довести до појаве вишедржављанстава, а у одређеним случајевима, и до бездржављанства (*аџаџригије*).¹⁸ С обзиром да проблем држављанства обухвата легитимне интересе и држава и појединаца, Комисија за међународно право истакла је да кодификација правила у овој области представља изузетан правни подухват потребан за обезбеђење веће правне сигурности у свету коју није могуће остварити без уважавања прихваћених међународних обавеза.¹⁹

2.2 Оишће одредбе

2.2.1. Право на држављанство

Опште одредбе обухватају 19. чланова Првог дела Нацрта. У члану 1. дефинише се право на држављанство тако да: „Сваки појединац који на

¹⁴ Convention of Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, The Hague, 12 April 1930, UN *Legislative Series Laws*, ST/LEG/SER.B/4 Add. 1. January 1955, 567.

¹⁵ Conference for the Codification of International Law, League of Nations, Bases for Discussion drawn up for the Conference by Preparatory Committee, vol. I (Nationality), Document C. 73. M. 38. V, 1929, 16.

¹⁶ „Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica”, Inter-American Court of Human Rights, Advisory opinion OC-4/84, Series A, 4/1984, 94; *International Law Reports*, vol. 79, 1989, para. 32.

¹⁷ *Oppenheim's International Law* (eds. R. Jennings, A. Watts), Oxford University Press, Oxford, 2008, I Peace.

¹⁸ V. Mikulka, „The Impact of International Rules on Nationality”, in: *Dissolution, Continuation and Succession in Eastern Europe* (ed. Briggitte Stern), Kluwer Law International, The Hague 1998, 88; В. Чок, *Право на држављанство*, Београдски центар за људска права, Досије, Београд 1999, 40; *Сјоне међународној и ујоредној њрава, њримери из области људских њрава*, Службени гласник, Београдски центар за људска права, Центар за унапређивање правних студија, Београд 2010, 140–141.

¹⁹ Истим чланом Универзалне декларације прописано је и да нико не сме бити самовољно лишен права на држављанство нити права да промени држављанство.

датум сукцесије држава има држављанство државе претходнице, без обзира на начин стицања држављанства има и право на држављанство бар једне од држава у процесу сукцесије у складу са постојећим Нацртом”. Ова одредба кључна је будући да прати принцип прихваћен у члану 15. Универзалне декларације о људским правима из 1948. године, по којем, „свако има право на држављанство”.²⁰ Његов општи карактер међутим, остао је споран у доктрини међународног права, будући да се није могла идентификовати држава која би била у непосредној обавези да одговори захтеву за остваривањем права на држављанство. Комисија је пошла од става да у случају сукцесије постоји извесност да се идентификује држава која би била обавезна у погледу извршавања обавеза у односу на остваривање овог права, а што ће конкретно зависити од типа сукцесије држава. Следствено, у случају наступања сукцесије сва лица би имала једнако право на држављанство, а интерпретација члана 1. зависила би од тумачења других одредаба Нацрта, као и везе која постоји између појединца и државе.

2.2.2. Дефинисање основних појмова

У члану 2. Нацрта дефинишу се основни појмови који би требало да послуже његовом прецизнијем тумачењу.²¹ Тако, „сукцесија држава”, означава замену једне државе другом у одговорности за међународне односе једне територије. „Држава-претходница” означава државу на место које је дошла друга држава приликом сукцесије држава. „Држава сукцесор” означава државу која је дошла на место друге државе приликом сукцесије држава. „Трећа држава” означава сваку државу другу у односу на државу претходницу или државу сукцесорку. „Заинтересована држава” означава државу претходницу или државу сукцесора, већ зависно од случаја. „Заинтересовано лице” означава сваког појединца који, на датум сукцесије држава има држављанство државе претходнице, а чије држављанство може бити погођено сукцесијом. „Датум сукцесије држава” означава дан када је држава сукцесор заменила државу претходницу у одговорности за међународне односе територије на коју се сукцесија држава односи. Наведене дефиниције прате изразе присутне у члану 2. Бечке конвенције о сукцесији држава у односу на уговоре из 1978. године и Бечке конвенције о сукцесији држава у односу на државну имовину, архиве и дугове из 1983. године.²² Нацртом овог члана Комисија за међународно право потврдила је да се питање „држављанства лица погођених сукцесијом”, не односи на лица

²⁰ Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217 A(III) of 10 December 1948.

²¹ Будући да је Нацрт требало да послужи усвајању Конвенције, а да иста није донета под окриљем УН, дефиниције основних појмова анализирају се у контексту усвојених чланова Нацрта.

²² Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, UN Doc. A/CONF.80/31, 23 August, 1978; Vienna Convention on the Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts, UN Doc. A/CONF. 117/14, 7 April 1983.

без држављанства и држављане трећих држава настањених на територији државе претходнице на датум сукцесије држава.²³

2.2.3. Случајеви сукцесије држава обухваћени Нацртом

Члан 3. Нацрта утврђује да се његове одредбе имају применити, „искључиво на последице сукцесије држава које су настале у складу са међународним правом и посебно са принципима међународног права садржаним у Повељи УН”. Поменути приступом експлиците су усвојени сви међународни инструменти, који интерпретирају општа правила и начела међународног права садржана у Повељи УН. Члан антиципира решења садржана у члану 6. Бечке конвенције из 1978. године и члану 3. Бечке конвенције из 1983. године, која се односе на утврђивање граница тзв. правне сукцесије. Тумачењем одредбе члана 3. нацрта, закључује се да иста не прејудицира право на држављанство сваког појединаца зајемчено чланом 15. Универзалне декларације о људским правима.

2.2.4. Превенција бездржављанства

Комисија за међународно право у члану 4. Нацрта предвидела је да ће, „заинтересоване државе предузети све потребне мере да лица која на датум сукцесије имају држављанство државе претходнице не остану без држављанства услед сукцесије држава”. У том смислу, она је подсетила да је обавеза предузимања превентивних мера од стране држава да не би дошло до ситуације да лица остану без држављанства предвиђена масом међународноправних инструмената почев од Хашке конвенције и Протокола о одређеним случајевима бездржављанства из 1930. године, потом специјалног Протокола о бездржављанству из исте године, као и Конвенције о статусу лица без држављанства из 1954. године и Конвенције о смањењу броја лица без држављанства из 1961. године.²⁴ Иако се ови инструменти директно не односе на проблематику сукцесије држава, они садрже одредбе које се, *mutatis mutandis* могу применити и у случајевима наступања сукцесије држава. Решења која се примењује у законодавствима држава односе се пре свега на омогућавање примене права опције како би се избегло да одређене групе лица или појединци остану без држављанства. У

²³ Draft Articles on Nationality of Natural persons in relation to the Succession of States with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, vol. II, Part Two.

²⁴ Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, *League of Nations, Treaty Series*, vol. 179, No. 4137, 12 April 1930, 89; Protocol Relating to a Certain Case of Statelessness, *League of Nations, Treaty Series*, vol. 179, No. 4137, 12 April 1930, 115; Special Protocol Concerning Statelessness, *United Nations, Treaty Series*, vol. 2252, 12 April 1930, 435. Convention Relating to the Status of Stateless Persons, *United Nations, Treaty Series*, vol. 360, 28 September 1954, 117; Convention on the Reduction of Statelessness, *United Nations, Treaty Series*, vol. 989, 30 August 1961, 175.

циљу ограничавања негативних ефеката сукцесије, државе регулишу питања држављанства посебним уговорима. Обавезе ове врсте прописане су чланом 10. Конвенције о смањењу броја лица без држављанства по којем, сваки уговор о преносу територије садржи и одредбе којима се обезбеђује да лица не остану без држављанства. Конвенција подржава напоре држава да уговорима ове врсте буду обухваћене и државе које нису стране уговорнице Конвенције. У одсуству уговора, држава сукцесор има обавезу да осигура остваривање сопственог држављанства лицима која би остала без држављанства због насталих територијалних промена. Одредба из члана 4. намеће одређено превентивно понашање које не може бити искључиво резултат сукцесије држава. То међутим не значи да би држава сукцесор имала једнаку обавезу у погледу лица која би остала без држављанства због сукцесије и лица која су била без држављанства на територији државе претходнице пре наступања ове чињенице. У последњем случају држава сукцесор има дискреционо право да одлучује о додели свога држављанства, док у првом она остаје везана правилима о сукцесији.

2.2.5. Презумпција држављанства

Члан 5. Нацрта презумира да се његове одредбе односе на, „заинтересована лица чије је стално боравиште на територији погођеној сукцесијом држава, а за која се претпоставља да могу стећи држављанство државе сукцесора на датум сукцесије држава”. Оваквим решењем, Комисија је хтела да регулише положај лица погођених сукцесијом држава у временском *vacuiti* између датума сукцесије држава и усвајања законодавства о држављанству државе сукцесора (односно, закључења међународног уговора). Будући да наведена лица могу бити третирана у међувремену као лица без држављанства, Комисија је утврдила принцип по коме ће државе сукцесори обезбедити пријем у држављанство лицима чије је стално, редовно или уобичајено боравиште (*habitual residence*), било на погођеној територији у моменту наступања сукцесије држава. Презумпција у члану 5. отуд потврђује основно правило прихваћено за различите типове сукцесије држава. Међутим, ово је оборива претпоставка у случају да лица одлуче да оптирају за држављанство државе претходнице. Слично је и кад је држављанство уређено уговором којим је стипулисана могућност стицања држављанства према критеријуму сталног боравишта на територији погођеној сукцесијом. Презумпција стога почива на принципу ефективног држављанства тј. на чињеници да се правна веза држављанства заснива на стварној вези између државе и појединца која се манифестује кроз стално боравиште или други меродавни критеријум.²⁵

²⁵ I. Brownlie, „The relations of Nationality in Public International Law”, *The British Yearbook of International Law*, 1963, vol. 39, 318.

2.2.6. Закони о држављанству

У члану 6. Нацрта предвиђа се да би свака заинтересована држава требало да без одлагања донесе законе о држављанству повезане са сукцесијом држава. Будући да пракса држава у погледу остваривања права на држављанство у условима сукцесије држава варира, државе би требало да предузму и одговарајуће мере како би у разумном року од ступања на снагу закона о држављанству, заинтересована лица била обавештена о могућностима остваривања држављанства и последицама које поједини начини остваривања држављанства имају на њихов лични статус.²⁶ Члан 6. Нацрта наглашава и потребу регулисања других питања која су повезана са изменом држављанства као што су право на пребивалиште, право на одржање јединства породице, војне обавезе, пензије и друга социјална права.

2.2.7. Дајум стицања на снагу

Чланом 7. Нацрта, наглашава да забрана повратне силе закона у материји држављанства није увек добро дошла будући да се ради о регулисању личног статуса који неким посебним ситуацијама захтева извесна одступања од тог правила.²⁷ Одредба покрива доделу и стицање држављанства на основу закона, али и међународног уговора тако што, додела држављанства у односу на сукцесију држава, као и стицање држављанства које прати остваривање права опције почиње са дејством од датума сукцесије уколико заинтересована лица не желе да буду без држављанства у периоду од датума сукцесије до доделе и стицања држављанства”. Прихваћеним решењем, указује се да државе немају једнаку слободу код доделе држављанства на основу натурализације и стицања држављанства након сукцесије држава.

2.2.8. Заинтересована лица са стиалним боравиштем у другој држави

Циљ одредбе из члана 8. Нацрта јесте избегавање сукоба надлежности различитих држава у материји држављанства. Ставом 1. предвиђено је да држава сукцесор нема обавезу да додели своје држављанство заинтересованим лицима уколико је њихово стално боравиште у другој држави и ако та лица имају држављанство те или друге државе. Наведеним решењем не прејудира се обавеза државе сукцесора према другој држави у односу на обавезе које би могле проићи из релевантног међудржавног уговора. Тако,

²⁶ Практика држава по овом питању је разнолика. У неким државама унутрашње законодавство прописује начине стицања и губитка држављанства пре или у моменту сукцесије држава, док се у другим државама закони се доносе након сукцесије. В. Laws concerning Nationality, United Nations, *Legislative Series*, ST/LEG/SER.B/4, 1954, 263–267.

²⁷ H. Lauterpacht, „The Nationality of Denationalized Persons”, *The Jewish Yearbook of International Law*, 1948, 168.

уколико једно лице које испуњава услове за доделу држављанства према унутрашњем законодавству државе сукцесорке оно може то држављанство и добити након оптирања које је уговорено између заинтересованих страна. Ставом 2. предвиђено је да држава сукцесор неће доделити своје држављанство заинтересованим лицима чије је стално боравиште у другој држави супротном њиховој вољи, осим уколико би та лица остала без држављанства. Овим решењем, додела држављанства није искључена на консезуалној бази (па чак и прећутној). Ограничење у погледу надлежности државе сукцесора не постоји ако би заинтересовано лице остало без држављанства.²⁸

*2.2.9. Одрцање од држављанства друге државе
као услов за доделу држављанства*

Нацрт у члану 9. потврђује опште становиште да држава у циљу ограничења или елиминисања двојног или вишеструког држављанства има право да захтева од лица одрицање од држављанства друге државе као услов за задржавање сопственог држављанства. Будући да исто становиште важи и у ситуацијама у којима наступа сукцесија држава, Комисија је предвиђа да, „када једно заинтересовано лице које испуњава услове за стицање држављанства државе сукцесора има држављанство друге заинтересоване државе, држава сукцесор може условити доделу свог држављанства одрицањем од држављанства те друге заинтересоване државе. Ипак, овај услов неће бити прихваћен уколико би довео да заинтересовано лице остане без држављанства па барем и привремено”. Израз „друга заинтересована држава”, у поменутом контексту означава државу претходницу или другу државу сукцесора у односу на државу сукцесора у којој се питање одрицања од страног држављанства поставља.

*2.2.10. Губићак држављанства на основу добровољног стицања
држављанства друге државе*

Чланом 10. став 1. Нацрта предвиђено је да држава претходница може прописати да у случају наступања сукцесије држава заинтересована лица која добровољно стекну држављанство државе сукцесора истовремено губе и њено држављанство. У ставу 2. истог члана, предвиђено је и да држава сукцесор може прописати да заинтересована лица која стекну добровољно држављанство друге државе сукцесора или задрже пак, држављанство државе претходнице, истовремено губе њено држављанство. Наведено решење које је потекло је из међународне праксе, води рачуна о избегавању случајева двојног или вишеструког држављанства.

²⁸ D. P. O'Connell, *The Law of State Succession*, Cambridge University Press, Cambridge 1950, 251–258.

2.2.11. Пошћовање воље заинтересованих лица (њраво оиције)

У члану 11. регулише се остваривање права опције. Тако став 1. поменутог члана, потврђује да ће „државе узети у обзир вољу заинтересованих лица” када се она квалификују за стицање држављанства једне или више држава. Овакав приступ разрађен је даље у члановима 20, 23. и 26. Нацрта у односу на различите типове сукцесије држава. Њиме се не прејудииира стицање једног или више држављанстава. У ставу 2. наводи се да ће, „свака заинтересована држава осигурати право опције за своје држављанство заинтересованим лицима која имају одговарајућу везу са државом уколико би та лица сукцесијом држава, постала лица без држављанства”. Поменуто решење осветљава функцију права опције. Њиме се потврђује постојање „одговарајуће везе” која се у стварности манифестује кроз правну везу са државом (нпр. стално боравиште, рођење, итд.). Оваквим приступом избегава се могућност да заинтересована лица остану без држављанства (апатриди). У ставу 3. прописује се да, „када лица овлашћена на право опције искористе ово право, држава за чије су се држављанство лица определила треба да им додели своје држављанство”, док се у ставу 4. даље прецизира да, „када лица овлашћена на право опције искористе ово право, држава чијег су се држављанства ова лица одрекла треба да им одузме своје држављанство изузев ако би постала лица без држављанства”. Наведеним решењима Комисија је подвукла значај права опције и обавезу заинтересоване државе да ово право уважи. Ова обавеза пак, може произилазити из међународног уговора или националног законодавства заинтересоване државе.²⁹ Коначно, ставом 5. утврђује се да, „заинтересоване државе треба да пропишу разумни рок за остварење права опције”. Право опције не може зависити искључиво од законодавства или међународног уговора, већ и од других практичних чинилаца, док „разумни рок” према мишљењу Комисије означава време потребно за ефективно остваривање овог права. Поменуто право дубоко је утемељено у међународној пракси која се прогресивно развијала почев од Првог светског рата, па све до данас.³⁰ Из наведеног произилази да је сукцесиона пракса временом напустила принцип аутоматске сукцесије, у корист права опције као општег принципа међународног права чији развој у условима нарастања права о људским правима значи не само поступак добровољног стицања држављанства (*opting in*), већ и поступак његовог одрицања (*opting out*).³¹

²⁹ М. Крећа, *Међународно јавно њраво*, Правни факултет, Београд 2020, 264–265.

³⁰ Међународна пракса по завршетку Првог светског рата углавном се заснивала на међународним мировним уговорима. Након Другог светског рата, у доба деколонизације, пракса се променила будући да су нове независне државе доносиле посебне законске акте којима је питање држављанства било регулисано. Новија сукцесиона пракса пак, разликује се од раније, јер оставља слободу државама да саме регулишу питање држављанства. Вид. Д. Димитријевић, „Регулисање држављанства на простору бивше СФР Југославије”, *Међународни њроблеми*, vol. 60, бр. 2-3/2008, 291–344; „Сукцесија држављанства СФРЈ”, *Правни живоић* 13/2009, vol. V, 809–848.

³¹ О’Connell је био заступник принципа аутоматске сукцесије држављанства. Вид. D. P. O’Connell, 250. Са друге стране, Rousseau је био заступник права опције на основу међународног уговора. Вид. C. Rousseau,

2.2.12. Породично јединство

Нацрт у члану 12. предвиђа да у случају сукцесије држава стицање или губитак држављанства штети породичном јединству, „заинтересоване државе имају обавезу да предузму све потребне мере како би омогућиле да породица остане заједно или да буде поново уједињена”. Има доста примера у законодавној пракси који говоре у прилог очувања породичног јединства.³² Будући да је проблем вишестран, Комисија за међународно право закључила је да не би требало формулисати стриктно правило којим би се спречавала могућност стицања различитих држављанстава од чланова породице све док постоји могућност очувања њиховог јединства или поновног уједињења. Предузимањем „потребних мера” од стране државе, члан 12. нацрта Конвенције, стипулише обавезу непостављања нерационалних захтева према заинтересованим лицима. Узимајући у обзир различитост интерпретација у погледу установе породице у разним регионима света, Комисија за међународно право заузела је став да сукцесија држава укључује државе истог региона које деле исте или сличне назоре у односу на овај концепт.

2.2.13. Деца рођена након сукцесије држава

За децу рођену након сукцесије држава која нису стекла ни једно држављанство, члан 13. Нацрта предвиђа да имају право на држављанство заинтересоване државе на чијој су територији рођена. Поменуто решење ограничено је *ratione personae*, на децу рођену на територији државе на коју се односи сукцесија, али не и на децу која су рођена на територији трећих држава. Такође, решење је ограничено и *ratione temporis*, пошто су чланом 13. обухваћена искључиво деца рођена након датума сукцесије држава. Уопште узев, овај члан се односи на децу за коју се не зна које држављанство имају њихови родитељи. Комисија за међународно право прописала је наведено решење позивајући се на одредбе неких општих међународноправних инструмената попут члана 3. Декларације о правима детета из 1959. године, која предвиђа да свако дете након рођења има право на држављанство, потом члан 24. став 3. Пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године, који гарантује сваком детету право на стицање држављанства, те коначно и на члан 7. став 1. Конвенције о правима детета из 1989. године, који прописује да ће свако дете бити регистровано одмах након рођења и да ће имати право на стицање држављанства. Штавише, у ставу 2. члана 7. истог инструмента напомиње се да су стране уговорнице дужне осигурати

Droit international public, Dalloz, Paris 1987/III, 174–175. Неки правници, попут Kunza сматрали су пак, да је право опције независно од уговора и да произилази из принципа самоопредељења. Вид. J. L. Kunz, „L'option de nationalité”, *Recueil des Cours*, 1930/I, vol. 31, 111–75.

³² Наведено решење присутно је у Анексу „Д” Уговора о установљавању Републике Кипар од 16. августа 1960. године. Сличан приступ прихваћен је и у најновијој сукцесионој пракси у Европи.

спровођење поменутих права, нарочито у случајевима где би то довело да дете остане без држављанства.

2.2.14. *Статус стално насељених*

Став 1. члана 14. утврђује принцип по којем, „статус заинтересованих лица са сталним боравиштем неће бити погођен сукцесијом држава”. Та лица задржавају статус и након датума сукцесије. Овај случај одвојен је од случаја стицања држављанства треће државе у условима сукцесије и задржавања права на стално боравање. Полазећи од најновијих случајева сукцесије у Централној и Источној Европи, Комисија за међународно право у ставу 2. члана 14. прописала је да државе имају обавезу да предузму све потребне мере како би омогућиле повратак расељених лица у своја стална боравања на територији погођеној сукцесијом држава.

2.2.15. *Недискриминација*

Члан 15. Нацрта потврђује општи принцип недискриминације на начин да, „заинтересоване државе неће одбити заинтересованим лицима право да задрже или стекну држављанство или право да оптирају након сукцесије држава, нити ће их дискриминисати по било којем основу”. За наведено решење, Комисија је искористила етаблирану међународну праксу којом је конфирмиран принцип недискриминације у погледу остваривања права на држављанство.³³ Поменутих решењем међутим, нису били укључени и други познати критеријуми којима би се обухватио шири круг лица овлашћених да захтевају држављанство заинтересованих држава.³⁴

2.2.16. *Забрана арбитрарног одлучивања у вези држављанства*

Члан 16. Нацрта односи се на специфичне ситуације сукцесије држава које искључују арбитрарно одлучивање на начин да државе сукцесори не могу својевољно одузети заинтересованим лицима држављанство државе претходнице, односно не могу им одбити право да стекну њихово држављанство или да користе право опције. Циљ наведеног решења јесте избегавање могућих злоупотреба права које се могу догодити у процесу подношења захтева у вези држављанства.³⁵

³³ Добре примере представљају Конвенција о ограничењу бездржављанства, Конвенција о укидању свих облика расне дискриминације и Европска конвенција о држављанству.

³⁴ “Acquisition of Polish Nationality”, *Advisory opinion*, Permanent Court of International Justice, 1923, Series B, n° 7, 15.

³⁵ Принцип је потврђен чланом 15. став 2. Универзалне декларације о људским правима. Забрана својевољног одузимања држављанства реафирмисана је у бројним међународним инструментима као

2.2.17. *Поступак у вези држављанства*

Одредбом из члана 17. Нацрта, Комисија за међународно право настојала је да оствари минимум захтева у погледу процедуре стицања држављанства. Њоме се регулише да ће, „захтев за стицање, задржавање или одрицање од држављанства или остваривање права опције у случају сукцесије држава бити узето у поступак без одлагања. Одговарајуће одлуке донете у писменом облику биће подложне ефективном управном или судском преиспитивању”. У међународној пракси, уобичајено је да унутрашње право држава прописује услове за доношење административних или судских одлука по предметном питању на један ефективан начин што упућује на могућности одлучивања у другом степену о одлукама донетим поводом поднетих захтева.³⁶

2.2.18. *Размена информација, консултације и преговори*

Циљ одредбе из члана 18. Нацрта састоји се у идентификацији негативних последица сукцесије у погледу држављанства чије је остваривање гарантовано чланом 1. Нацрта. Следствено се у ставу 1. члана 18. наглашава обавеза држава да размењују информације и да се консултују ради регулисања штетних последица сукцесије (које се могу односити на бездржављанство, двојно држављанство или одвојеност чланова породице, и др.). Ставом 2. члана 18, утврђује се обавеза држава да преговарају и да траже решења за уклањање штетних последица сукцесије кроз преговоре, а када се укаже прикладним и корисним, и кроз закључивање споразума.

2.2.19. *Остале државе*

Одредба из става 1. члана 19. Нацрта осигурава право других држава у односу на државу која додељује своје држављанство да не признају доделу држављанства лицима која немају ефективну везу, „осим ако би резултат тог третмана био исти као према лицима без држављанства”. У том смислу, решење се заснива на ставу да међународно право не може онемогућити штетне ефекте унутрашњег законодавства о држављанству, али неку контролу има у случајевима претеривања када државни акти остају без међународноправних ефеката.³⁷ Само повлачење дистинкције између државне везе која је супротна интересима других држава и државне везе која то није, отвара питања

што је Конвенција о ограничењу бездржављанства (члан 8. став 4), Конвенција о правима детета (члан 8), и Европска конвенција о држављанству (члан 4. тачка ц, и члан 18).

³⁶ У члану 12. Европске конвенције о држављанству предвиђено је да ће одлуке у вези држављанства бити отворене за административно или судско преиспитивање.

³⁷ P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz, Paris 1975, 11.

надлежности држава.³⁸ У условима сукцесије држава као ефективна држављанска веза сматра се „изворна веза” (*genuine connection*) између државе сукцесора и лица која захтевају њено држављанство. Поменути критеријум тестира се према могућности остваривања јурисдикције над овим лицима или према могућности остваривања њихове дипломатске заштите.³⁹ Став 2. члана 19. Нацрта, предвиђа да, „ништа не спречава државе да третирају заинтересована лица која су остала без држављанства сукцесијом држава као држављане заинтересоване државе чије држављанство су овлашћена да траже или чије држављанство би могла да задрже, под условом да је такав третман користан за та лица”. Из наведене одредбе произилази да државе не морају да прихвате дискриминаторску одлуку или закон државе сукцесора којим се онемогућава одређеним лицима стицање или задржавање држављанства.⁴⁰ Значење се проширује и на случајеве где су лица остала без држављанства сопственом заслугом или пропустом и где друге државе могу да третирају ова лица као држављане државе сукцесора на чије држављанство имају право, после процене да би то било у њиховом интересу.⁴¹

2.3. Посебне категорије сукцесије држава

Други део Нацрта чланова подељен је на четири одељка према одређеним типовима сукцесије држава и то: 1. Пренос дела територије; 2. Уједињене државе; 3. Распад државе и, 4. Одвајање дела или делова територије. При утврђивању критеријума меродавних за остваривање права на држављанство Комисија за међународно право пошла је од принципа ефективног држављанства у односу на посебне типове сукцесије држава. Притом је дала предност критеријуму сталног боравишта у односу на остале критеријуме који се користе приликом доделе држављанства државе сукцесорке, одузимања држављанства државе претходнице и признања права опције.⁴² Критеријуми попут места

³⁸ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford 1990, 397.

³⁹ У зависности од случаја, критеријум сталног боравишта захтева проверу стварне намере настанкања (*animo manendi*). Вид. A. Radelzhofer, „Nationality”, in: *Encyclopedia of Public International Law* (ed. Amsterdam R. Bernhardt), 1997, vol. III, 503. Други критеријуми попут средишта интереса одређеног лица, његових породичних веза, учешћа у јавном животу, показивања припадности одређеној држави, такође представљају важне чиниоце приликом утврђивања ефективне везе. Вид. „Nottebohm Case”, Second Phase, Judgment, *International Court of Justice Reports*, 1955, 4, 23; Поред наведених критеријума у јуриспруденцији се истичне важност критеријума места рођења. Вид. „The Case Romano v. Comma”, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1925-1926, London 1929/III, 265. Пракса дисолуције држава у Европи на крају 20. века, иде у прилог наведеном критеријуму.

⁴⁰ Вид. H. Lauterpacht, 168.

⁴¹ Отуд постоје и схватање да није могуће оспорити држави право да додели одређеним лицима држављанство и у случају непостојања ефективне везе изузев када се ради о злоупотреби, непажњи или озбиљној грешци. Вид. „Flegenheimer Case” (*Italy v. United States of America*), Decision of 20 September 1958, UNRIIA, 1965/XIV, 327.

⁴² J. de Burllet, *Nationalité des personnes physiques et décolonisation: Essai de contribution à la théorie de la succession d'Etats*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, Bussels 1975/ X, 144-180.

рођења или правне везе са конститутивним јединицама државе претходнице такође имају одређени значај приликом детерминације држављанства лица чије је стално боравиште ван територије државе сукцесора, посебно када таква лица изгубе држављанство услед престанка државе претходнице.

2.3.1. Пренос дела територије

У члану 20. Нацрта, регулише се додела држављанства државе сукцесора и одузимање држављанства државе претходнице у случају добровољног преноса дела територије. Одредба стипулише да, „када је део територије државе пренет на другу државу, држава сукцесор ће доделити своје држављанство заинтересованим лицима која имају стално боравиште на пренетој територији, док ће држава претходница одузети своје држављанство тим лицима, осим ако другачије произилази из остваривања права опције које је им је загарантовано. Држава претходница одузеће своје држављанство пре него заинтересована лица стекну држављанство државе сукцесора”. Комисија је наведено решење конципирала консултујући међународну праксу. Правило о сталном боравишту повезано је са правилом о одузимању или губитку ранијег држављанства државе претходнице, осим у ситуацијама када вршење права опције не упућује на другачије решење. Датум од којег заинтересована лица која нису искористила право опције постају држављани државе сукцесора зависи од обима уступљене територије. Ако територијалне промене захватају велики обим становништва, таква измена ступа на снагу датумом сукцесије. У супротном случају, много је практичније да се за датум измене држављанства узме датум са којим је прошао рок за остваривање права опције. Последње решење није неспојиво са претпоставком из члана 5. Нацрта о аутоматској промени држављанства на датум сукцесије. Без обзира на датум стицања држављанства државе сукцесора, држава претходница има обавезу да спречи да заинтересована лица остану без држављанства у прелазном периоду, до стицања држављанства државе сукцесора.⁴³ Са друге стране, држава сукцесор остаје слободна да понуди своје држављанство лицима која имају одговарајућу везу са делом пренете територије. У коначном разматрању члана 20. Комисија за међународно право закључила је да би заинтересована лица која су оптирала за држављанство државе претходнице требало да задрже њено држављанство и након датума сукцесије, чиме се не прекида континуитет у вршењу држављанских права.

2.3.2. Уједињење држава

У члану 21. Нацрта, регулише се додела држављанства државе сукцесора у случају уједињења држава тако да „када се две или више држава

⁴³ Venice Declaration, Council of Europe, Strasbourg, 10 February 1997, doc. CDL-INF 97 (1).

уједине и образују једну државу без обзира да ли је држава сукцесор нова држава и да ли је њен субјективитет идентичан субјективитету једне од држава које су се ујединиле, држава сукцесор ће доделити своје држављанство свим лицима која на датум сукцесије држава имају држављанство државе претходнице”. Уједињење држава подразумева различите случајеве спајања држава где долази до замене међународних субјективитета. Поред тога, уједињење означава и инкорпорацију тј. припајање држава другој држави уз задржавање идентитета државе којој се друге припајају. Спајање држава у једну нову државу разликује се од формирања нове независне државе од бивших зависних територија или од интеграције једне раније зависне територије постојећој држави која није држава претходница. Уједињење подразумева различите конституционалне облике држава, од унитарних до федеративних. Но, без обзира на степен идентитета са државама претходницама, члан 21. Нацрта упућује на регулисање проблема доделе држављанства државе сукцесора свим заинтересованим лицима која имају држављанство државе претходнице на датум сукцесије држава и то, без обзира од критеријума њиховог сталног боравишта. Поред усвојеног правила постоји и изузетак када је држава сукцесор сходно члану 8. Нацрта у могућности да не додели своје држављанство лицима чије је стално боравиште ван њене територије или која поседују држављанство треће државе. Наведено решење које је потекло је из државне праксе, у међувремену постало и део обичајног међународног права.

2.3.3. Распад државе (дисолуција)

Чланом 22. Нацрта уређује се додела држављанства државе сукцесора у случају дисолуције (распада) држава, када држава претходница престаје да постоји као међународноправни субјект, и кад њени држављани престају да уживају право држављанства. Одредба у тачки а) прописује да, „када се држава распадне и престане да постоји и када различити делови територије државе претходнице образују две или више држава сукцесорки, свака држава сукцесор ће, осим ако остваривање права опције не указује на нешто друго, доделити своје држављанство заинтересованим лицима која имају стално боравиште на њиховој територији”.⁴⁴ Тачка б) члана 22. Нацрта упућује на сходну примену члана 8. који се односи на лица која имају уобичајено боравиште у трећој држави или другој држави сукцесорки. Њоме се стипулише да држава сукцесорка има обавезу доделити своје држављанство заинтересованим лицима која имају одговарајућу правну везу

⁴⁴ Критеријум сталног боравишта потврђен је у пракси након распада Аустро-Угарске монархије чланом 64. Сен-Жерменског уговора. У најновијим случајевима дисолуције Југославије и Чехословачке, неке државе сукцесорке користиле су критеријум „републичког држављанства” тј. „држављанства конститутивних федералних јединица” као основ за утврђивање услова за стицање сопственог држављанства, поред критеријума сталног боравишта.

са конститутивним јединицама државе претходнице које су ушле у састав државе сукцесора, као и заинтересованим лицима која нису овлашћена на држављанство било које заинтересоване државе према претходно наведеном критеријуму, а која алтернативно испуњавају неки од следећих критеријума: имају стално боравиште у трећој држави; рођена су у трећој држави; пре напуштања државе претходнице имала су последње стално боравиште на подручју које је постало део подручја државе сукцесора или пак, поседују било коју другу одговарајућу везу са државом сукцесором. Критеријум „одговарајуће везе” користи се у смислу правне везе са конститутивним јединицама унутар државе претходнице које су сукцесијом постале саставни део државе сукцесора. Њено постојање утврђује се према одредбама унутрашњег законодавства државе претходнице. Иначе, сви поменути критеријуми из члана 22. Нацрта, примењиви су *mutatis mutandis*, и на различите делове територије државе претходнице који су по распаду државе претходнице припојени другим, већ постојећим државама. Будући да члан 22. Нацрта не упућује на модалитете стицања држављанства државе сукцесора, употреба напред наведених критеријума може проузроковати да лица буду квалификована за стицање држављанства у више држава што *per se*, повлачи остваривање права опције. С обзиром да губитак држављанства државе претходнице настаје као последица државног распада, додела држављанства на основу права опције представља обавезу држава сукцесора. У члану 23. Нацрта, загарантовано је остваривање права опције од стране држава сукцесора на начин да се државе сукцесорке обавезују да ће гарантовати право опције заинтересованим лицима покривеним одредбама члана 22. која испуњавају услове за стицање држављанства две или више држава сукцесора, али и лицима која нису покривена одредбама из овог члана. Наведено решење користи тзв. двоструку квалификацију која се примењује у случајевима када лице стално настањено на територији државе сукцесора има у исто време и држављанство конститутивне јединице државе претходнице која је ушла у састав друге државе сукцесорке. Овакве ситуације претпостављају коришћење права опције. У другим ситуацијама пак, лица могу бити стално настањена на подручју треће државе, а да су рођена на подручју које је постало део подручја државе сукцесора. Таква лица могу поседовати и одговарајућу везу са другом државом сукцесорком. Решење из члана 23. тиме не ограничава слободу државе сукцесора да гарантује право опције и овој категорији лица. Такође, њиме се не искључују ни лица која имају држављанство државе претходнице на основу филијације или натурализације, а која нису везана сталним боравиштем на њеној територији. Циљ коришћења права опције у наведеном случају јесте избегавање ситуације да заинтересована лица остану без држављанства, због чега им се пружа могућност да стекну држављанство треће државе.

2.3.4. Одвајање дела или делова територије (сецесија)

Члан 24. Нацрта односи се на сецесију дела или делова државне територије и формирање једне или више држава сукцесора. Наступањем овог типа сукцесије држава, држава претходница не престаје егзистирати као међународноправни субјект. Ако у овом случају држава претходница настави да постоји, члан 24. прописује да ће, „држава сукцесор, осим ако остваривање права опције не указује на нешто друго, доделити своје држављанство заинтересованим лицима која имају стално боравиште на њеној територији (тачка а).⁴⁵ Сходно одредби члана 8. Нацрта, држава сукцесор ће доделити своје држављанство заинтересованим лицима која нису покривена тачком а), али која имају одговарајућу везу са конститутивном јединицом државе претходнице која је постала део државе сукцесора. Поред тога, држава сукцесор ће доделити држављанство заинтересованим лицима која нису овлашћена на држављанство било које заинтересоване државе унутар тачке а), и која немају одговарајућу везу са конститутивном јединицом државе претходнице која је постала део државе сукцесора. Ово под условом да заинтересована лица имају стално боравиште у трећој држави, која су тамо рођена или која су пре напуштања државе претходнице имала последње стално боравиште на подручју које је постало подручје државе сукцесора, односно која имају другу одговарајућу везу са државом сукцесором. Према схватању Комисије за међународно право, наведени критеријуми могу бити примењена *mutatis mutandis*, у сваком од случајева настанка нове независне државе поред чињенице да с међународноправног аспекта постоје значајне разлике између дисолуције и сецесије држава.⁴⁶ Став 1. члана 25. Нацрта односи се на губитак држављанства државе претходнице који је уједно у вези са стицањем држављанства државе сукцесора. Одредба прописује да ће, „држава претходница одузети своје држављанство заинтересованим лицима која испуњавају услове за стицање држављанства државе сукцесора сходно члану 24”. Она даље констатује и да „држава претходница неће одузети држављанство својим држављанима пре него што стекну држављанство државе сукцесора”. Услови који се овде постављају односе се на квалификованост заинтересованог лица које није претходно користило право опције и није задржало држављанство државе претходнице, односно којем је држављанство државе претходнице одузето пре ефективног стицања држављанства државе сукцесора (члан 24. и члан 25. став 1). Лица која су

⁴⁵ У међународној пракси након Другог светског рата коришћено је наведено право у процесу деколонизације (нпр. у случају сепарације Бангладеша од Пакистана 1971. године). Најновија дезинтегративна пракса у Источној Европи отишла је даље прецизирајући садржину и домет његове примене (нпр. код распада бившег Совјетског Савеза).

⁴⁶ Међутим, ваља истаћи да постоје другачији критеријуму који се употребљавају у међународној пракси. Примера ради, код сецесије Сингапура од Малезијске федерације 1965. године, коришћен је критеријум дуплог држављанства. Суплементарно је у пракси коришћен и критеријум места рођења који је примењен у случају сецесије Еритреје од Етиопије 1993. године.

квалификована за стицање држављанства државе сукцесора укључују и она лица којима држава претходница неће одузети држављанство, осим ако се она остваривањем права опције не одреде за овакво решење (став 2. члана 25). Критеријуми за детерминацију поменуте групе лица захтева коришћење истих критеријума прописаних чланом 24. У члану 26. нацрта дефинише се гаранција права опције од стране државе претходнице и државе сукцесора. Одредба прописује да ће држава претходница и држава сукцесор (или државе сукцесорке), гарантовати прво опције свим заинтересованим лицима. Право на задржавање држављанства државе претходнице међутим, не односи на сва квалификована лица. То право односи се само на лица која су рођена на територији која је ушла у састав државе сукцесора, али која су до одласка у иностранство стално пребивала на делу територије која је остала територија државе претходнице и након сукцесије држава. Слично право опције прописано је и за случају избора једног од држављанстава држава сукцесора. У овом случају могуће је користити предвиђене гаранције у вези остваривања права опције на основу критеријума утврђених у члану 24, тј. у случајевима где је лице квалификовано за добијање држављанства једне или више држава сукцесорки. Право опције било би тако оствариво само за лица која имају стално боравиште у трећим државама. Члан 26. попут члана 23. Нацрта, не ограничава слободу држава да дају гаранције у погледу оптирања и другим заинтересованим лицима.

3. Закључна разматрања

На основу анализе Нацрт чланова о држављанству физичких лица у односу на сукцесију држава који је усвојен Резолуцијом Генералне скупштине 55/153 од 12. децембра 2000. године, може се закључити да је његова примена ограничена *ratione personae*, на држављанство физичких лица. *Ratione materiae*, Нацрт покрива случајеве стицања и губитка држављанства, као и остваривања права опције у случају наступања сукцесије држава. У Првом делу Нацрт садржи опште одредбе, док у Другом делу обухвата посебне одредбе са принципима који се односе на регулисање држављанства у случају наступања различитих типова сукцесије држава. Поменути принципи груписани су у четири засебна одељка у зависности од типологије сукцесије држава. Ова типологија принципијелно прати типологију прихваћену у Конвенцији о сукцесији држава у односу на државну имовину, архиве и дугове из 1983. године, иако је у извесном смислу и ограничава. Наиме, у Нацрту су типови сукцесије држава лимитирани на пренос дела територије, уједињење и распад држава, као и на одвајање дела или делова територије. Нацрт чланова не садржи посебан случај „нових независних држава” због уверења чланова Комисије да претходно наведени типови сукцесије држава у довољној мери покривају све могуће случајеве „деколонизације” који би се

могли десити у будућности. Приликом кодификације материје, Комисија за међународно право узела је у обзир ранију међународну праксу која датира од периода након завршетка Првог светског рата, па до најновијег периода који је углавном обележен дезинтегративним процесима. Иако Нацрт није прихваћен у форми Конвенције (због објективних политичких околности), сасвим је сигурно да ће бити разматран од стране држава чланица УН, као користан водич у регулисању отворених питања држављанства физичких лица у вези са сукцесијом држава.⁴⁷

Duško DIMITRIJEVIĆ

Research Fellow

Institute of International Politics and Economics, Belgrade

THE WORK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE CODIFICATION OF THE RULES ON THE SUCCESSION OF STATES IN RELATION TO THE NATIONALITY OF NATURAL PERSONS

Summary

The work on the codification and progressive development of the rules on the nationality of natural persons is related to the rules on the acquisition, loss and change of nationality in the event of the succession of states. Since the succession of states takes place through various modifications of territorial sovereignty, and the existing international practice of succession was not unique and sufficient for the creation of customary rules, the Commission for International Law of the United Nations, which is otherwise responsible for the codification of priority areas of international law, accepted the obligation to systematize the principles on the succession of natural persons' nationality. In a relatively short period of time from 1993 to 1999, the Commission managed to draw up Draft Articles on the Nationality of Natural Persons in relation to State Succession using earlier experiences regarding the adoption of the Convention on Succession of States in respect of Treaties from 1978 and Convention on the Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts from 1983. Although its work due to objective circumstances did not end with the adoption of the new Convention, this does not mean that the Draft Articles of the Commission did not make significant progress in the "legislation" of the matter on the succession of states in relation to the nationality of natural persons.

⁴⁷ A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 375.

Key words: *State succession. – Nationality. – Codification and progressive development. – International Law Commission. – UN.*

Literatura

- Andrassy, J. (1990), *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb.
- Aust, A. (2010), *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Brownlie, I. (1963), „The relations of Nationality in Public International Law”, *The British Yearbook of International Law*, vol. 39, 318.
- Brownlie, I. (1990), *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford.
- Burlet, J. (1975), *Nationalité des personnes physiques et décolonisation: Essai de contribution à la théorie de la succession d’Etats*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruylant, Bussels.
- Димитријевић, Д. (2008), „Регулисање држављанства на простору бивше СФР Југославије”, *Међународни проблеми* 2-3, Vol. 60, 291–344.
- Димитријевић, Д. (2009), „Сукцесија држављанства СФРЈ”, *Правни живои* 13, , том V, 809–848.
- Jennings, R., Wats, A. (2008), *Oppenheim’s International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Крећа, М. (2020), *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд.
- Lagarde, P. (1975), *La nationalité française*, Dalloz, Paris.
- Lauterpacht, H. (1948), „The Nationality of Denationalized Persons”, *The Jewish Yearbook of International Law*, 168.
- Mikulka, V. (1998), „The Impact of International Rules on Nationality”, in: *Dissolution, Continuation and Succession in Eastern Europe* (ed. Brigitte Stern), Kluwer Law International, The Hague.
- O’ Connell, D. P. (1950), *The Law of State Succession*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Radelzhofer, A. (1997), „Nationality”, in: R. Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, vol. III, 503
- Rousseu, C. (1987), *Droit international public*, Dalloz, Paris, Tom III, 174–175.
- Kunz, J. L. (1930), „L’option de nationalité”, *Recueil des Cours*, Tom I, vol. 31, 111–175.
- Чок, В. (1999), *Право на држављанство*, Београдски центар за људска права, Досије, Београд.
- Чок, В. (2010), *Своје међународној и ујоредној права, примери из области људских права*, Службени гласник, Београдски центар за људска права, Центар за унапређивање правних студија, Београд.

Правни извори

- „Acquisition of Polish Nationality”, *Advisory opinion*, Permanent Court of International Justice, 1923, Series B, n° 7, 15.
- Convention of Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, The Hague, 12 April 1930, UN *Legislative Series Laws*, ST/LEG/SER.B/4 Add. 1. January 1955.
- Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, *League of Nations, Treaty Series*, vol. 179, No. 4137, 12 April 1930.
- Convention Relating to the Status of Stateless Persons, United Nations, *Treaty Series*, vol. 360, 28 September 1954.
- Convention on the Reduction of Statelessness, United Nations, *Treaty Series*, vol. 989, 30 August 1961.
- Conference for the Codification of International Law, League of Nations, Bases for Discussion drawn up for the Conference by Preparatory Committee, vol. I (Nationality), Document C. 73. M. 38. V, 1929.
- „Draft conventions and comments on nationality, responsibility of states for injuries to aliens, and territorial waters”, Research in International Law of the Harvard Law School, *American Journal of International Law*, vol. 23, S5/1929.
- Draft Articles on Nationality of Natural persons in relation to the Succession of States with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, vol. II, Part Two.
- European Convention on Nationality, Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 166, 6 November 1997.
- „Flegenheimer Case” (Italy v. United States of America), Decision of 20 September 1958, UNRIIA, 1965/XIV, 327.
- First ILC Special Rapporteur Report, A/50/10, 1995, A/CN.4/467.
- Fourth ILC Special Rapporteur Report, A/53/10, 1998, A/CN.4/489.
- General Assembly Resolution 55/153 of 12 December 2000.
- ILC Report, A/48/10, 1993, 45th Session, 3 May to 23 July 1993.
- ILC Report, A/49/10, 1994, 46th Session, 2 May to 22 July 1994.
- ILC Report, A/50/10, 1995, 47th Session, 2 May to 21 July 1995.
- ILC Report, A/51/10, 48th Session, 6 May to 26 July 1996.
- ILC Report, A/53/10, 50th Session, 20 April to 12 June and 27 July to 14 August 1998.
- ILC Report, A/54/10, 51st Session, 3 May to 23 July 1999.
- ILC Report, Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States (With Commentaries), 3 April 1999, Supplement No. 10, A/54/10, *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, Vol. II, Part Two, 34–48.

- „Nationality of Certain Persons (Memel Territory)”, *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, 1937, 908.
- „Nottebohm Case”, Second Phase, Judgment, *International Court of Justice Reports*, 1955, 4, 23.
- „Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Contitution of Costa Rica”, Inter-American Court of Human Rights, Advisory opinion OC-4/84, Series A, 4/1984, 94; *International Law Reports*, vol. 79, 1989.
- Protocol Relating to a Certain Case of Statelessness, League of Nations, *Treaty Series*, vol. 179, No. 4137, 12 April 1930.
- Second ILC Special Rapporteur Report, A/51/10, 1996, A/CN.4/474 and Corr.1.
- Third First ILC Special Rapporteur Report, A/52/10, 1997, A/CN.4/480.
- Special Protocol Concerning Statelessness, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2252, 12 April 1930.
- „The Nationality Decrees in Tunisia and Morroco Case”, Advisory opinion, *Permanent Court of International Justice Reports*, Series B, 4/1923, 24.
- „The Case Romano v. Comma”, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1925-1926, London, 1929/III, 265.
- Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217 A(III) of 10 December 1948.
- United Nations General Assembly Resolution 2625 (XXV): Declaration on Principles of International Law concernign Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with Charter of the United Nations, Twenty-Fifth Session, New York, 24 October 1970.
- Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, UN Doc. A/CONF.80/31, 23 August, 1978.
- Vienna Convention on the Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts, UN Doc. A/CONF. 117/14, 7 April 1983.
- Laws concerning Nationality, United Nations, *Legislative Series*, ST/LEG/SER.B/4, 1954, 263-267.
- Venice Declaration, Council of Europe, Strasbourg, 10 February 1997, doc. CDL-INF 97 (1).

ПЕРИОДИЗАЦИЈА РАЗВОЈА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Сажетак

Једно од сјорних иишања у науци међународној права је периодизација његовој развоја. Уз критеријуме који се најчешће јављају у доктрини (везивање за одређене епохе или догађаје) у раду је даи осврћи и на ирисиује који су мање ирисујни, као што је доода ирема важним међународним ујоворима, географском и културолошком критеријуму и ирема судјекту који је иредмет истраживања. У закључним разматрањима даиа је оиша оцена разних ирисиуја, уз залаање за комбиновање различитих критеријума у зависности од тоа о ком делу ирошлости је реч и за које иише се класификација врши. Са своје сиране, аутор разликује следећа раздобља: 1) сирари век (од иојаве ирвих држава око 4.000. ире н. е. до V в.); 2) средњи век (VI-XV в.); 3) доба аисолутизма и великих колонијалних освајања (XVI – XVIII в.); 4) девинаесћи век; 5) ирва иоловина XX в. (1900-1945) и 6) савремено доба (од 1945. и. до данас). Реч је о оквирној периодизацији која захтева иоделе унуиар сваке епохе, с иим да се оне не ослањају на ииоријске догађаје као иакове, већ на суиинске иромене у међународном ираву.

Кључне речи: Међународно ираво. – Ииорија. – Правна ииорија. – Правна наука.

1. Увод

Има мишљења да ниједна проблематика везана за међународно право није тако мало истражена као његова историја.¹ Тврди се да је том питању посвећивана мала или никаква пажња зато што историчари нису били заинтересовани за међународно право, док међународни правници нису били заинтересовани за правну историју, тако да је тек у новије време такво стање ствари почело да се мења.² У том духу је и став да је први професионални историчар међународног права био Ернест Нис (*Ernest Nys*) са својим

* Академик, редовни професор, научни саветник, Пословни и правни факултет, Универзитет „МБ”, Београд и Правни факултет Самарског националног универзитета, Самара, krivokapicboris@yahoo.com

¹ S. C. Neff, „A Short History of International Law”, in: *International Law* (ed. M. D. Evans), Oxford University Press 2010, 3.

² V. Vadi, „International Law and Its Histories: Methodological Risks and Opportunities”, *Harvard International Law Journal* 2/2017, 315–316.

делом „Порекло међународног права“ (*Les origines du droit international*) објављеним 1893. г.³

Нисмо сигурни да су ове оцене тачне, јер су се развојем међународног права бавили многи, у разним епохама. Уосталом, и аутор који као првог историчара међународног права истиче Ниса, у наставку помиње његовог учитеља Франсоа Лорана (*François Laurent*) и његову 18-томну „Историју међународног права и међународних односа“ (*Histoire de droit des gens et des relations internationales*) објављену још 1850-1870. г.⁴ Па ипак, чињеница је да о еволуцији међународног права ни данас не знамо довољно.

Међународно право је у сталном развоју. Непрекидно се обогаћује новим нормама, институтима и принципима, а повремено и читавим новим гранама. То значи да се истовремено новим садржајима испуњава његова прошлост, јер оно што је важило јуче, сада је њен део, као што ће иста таква судбина задесити добар део онога што је на снази данас. Конкретна његова правила имају разне периоде појаве и важења, а затим се мењају или гасе, с тим да је сâмо међународно право вечно и постојаће све док је људи и прекограничних друштвених односа.

Паралелно са процесом еволуције међународног права, о његовој прошлости, укључујући и ону врло далеку, сазнајемо све више. Томе доприносе повремена открића нових археолошких налазишта, па и читавих давно несталих градова, са њиховим понекад изненађујуће добро очуваним архивама и библиотекама, дешифровање старих списа и докумената који су одавно похрањени у депоима музеја и универзитета, али су тек у наше време довољно проучени и слично.

Мада је наша представа о развоју међународног права све потпунија, она и даље није довољно свеобухватна и поуздана. Додатно, и оно што нам је познато често се посматра и вреднује на разне начине. Уосталом, чак и догађаји који се одвијају пред нашим очима, који се, дакле, могу пратити и осетити и, рекло би се, добро проучити, различито се схватају и оцењују у разним срединама. Ако је много тога спорно у вези са садашњошћу, јасно је да је то још више изражено када је реч о прошлости.

То се односи и на периодизацију развоја међународног права. Разни аутори не само што његово рођење смештају у разне епохе, већ различито виде и етапе његовог развоја. Разлике у приступима су толике да би се могло говорити само о сагласности о томе да нема сагласности. И заиста, свако ову проблематику види на свој начин.

Међутим, што боље и потпуније сазнавање прошлости неке појаве је и те како потребно, јер олакшава упознавање са њом, разумевање стања у коме се налази у садашњости и омогућава извесно предвиђање тога како ће се развијати у будућности. Све то важи и за међународно право.

³ M Koskenniemi, „A History of International Law Histories“, in: *The Oxford Handbook of the History of International Law* (eds. B. Fassbender, A. Peters), Oxford University Press 2012, 943.

⁴ *Ibid.*

2. Начини периодизације еволуције међународног права

Наука је предложила велики број разних периодизација еволуције међународног права. То је допринело бољем разумевању саме појаве, али је, с друге стране, донекле релативизовало сваку од понуђених класификација. Стога је, ради њиховог бољег разумевања, многобројне идеје исказане у правној литератури пожељно груписати с обзиром на мерило на које се ослањају.

2.1. Ослањање на периодизацију историјске историје

То је најчешћи приступ. Своди се на то да се прошлост међународног права смешта у уходане поделе читаве историје на раздобља као што су стари век, средњи век, нови век, модерно доба и слично односно, из нешто другачијег угла, међународно право робовласничког друштва, феудализма, капитализма итд.

Проблем је што су односне историјске епохе углавном дефинисане само оквирно, што има за последицу да се, у оквиру једне епохе, под исти кров стављају времена која су се међусобно по много чему знатно разликовала. При томе, чак и када се бележи подударност ставова историчара о постојању извесних раздобља, нема сагласности око тога када она почињу и докле трају. Поред тога, прелаз из једног у други период није био тренутан већ постепен, што, између осталог, подразумева да су паралелно са новим односима и нормама на одређеним подручјима, на неким другим и даље постојали претходне форме и садржаји.

Иако има и оних који само наводе неколико основних епоха без њихове дубље анализе, већина теоретичара се не задовољава тиме, већ након указивања на најважнија раздобља у еволуцији међународног права, у оквиру њих идентификује одређене фазе.

Понекад се срећу и прилично сложене конструкције. Једна од њих читав животни век међународног права смешта у два велика оквира тако што разликује: 1) епоху локалног (регионалног) и 2) епоху универзалног међународног права. Затим унутар прве епохе издваја два раздобља: а) међународно право древног периода (Месопотамија и Египат, Кина, Индија) и б) европско међународно право до 1648. г. (Стара Грчка, римско-хеленски период, средњи век). Премда је друга епоха неупоредиво краћа, њена класификација је детаљнија, тако што се ту разликују: а) период Вестфалске конфигурације универзалног међународног права (1648-1815), б) период универзалног међународног права на основу Завршног акта Бечког конгреса (1815-1919), в) универзално међународно право периода Друштва народа (1919-1946) и г) универзално међународно право ОУН (од 1945. до данас).⁵

⁵ А. И. Дмитриев, У. Э. Батлер, *История международного права*, Одесса 2013, 70–504.

Заједничка карактеристика периодизација о којима је реч јесте да се ослањају на деобу историје, која се врши с обзиром на политичке, економске и сличне критеријуме, а не на основу чисто правних момената. То онда има за последицу више или мање изражено непоклапање епоха опште историје и онога што је посебно занимљиво из угла еволуције међународног права.

2.2. Везивање за преломне догађаје

Суштина овог приступа јесте да се уместо покушаја утврђивања релативно великих и често недовољно прецизно дефинисаних епоха, као критеријум узму конкретне ситуације.

Најдрастичнији случај постоји када се подела врши према само једном одабраном догађају, тако да се развој међународног права дели на само два велика раздобља, оно „пре“ и оно „после“ преломне тачке. Проблем је што ту тачку свако схвата на свој начин, па је за једне то Вестфалски мир (1648), за друге француска револуција (1789), за треће Октобарска револуција (1917), за четврте Први светски рат (1914) итд.

Независно од тога на који догађај се ослањају, периодизације које идентификују само две епохе пате од истих болести. Оне најчешће не одговарају на питање од када (од које године, века или догађаја) тече прва од тих ера. Поред тога, тешко се може оправдати смештање у исто раздобље неколико хиљада година историје. То онда неизоставно захтева да се праве додатне периодизације, али се тада јавља логично питање – чему уопште издвајање двеју основних епоха, када се оне морају одмах делити на мање периоде?

Тако нпр. неки аутори праве разлику између две велике епохе у развоју међународног права – 1) класичне (1648-1918) чији почетак везују за Вестфалски мир, а крај за завршетак Првог светског рата и 2) модерне (од 1919) коју деле у неколико фаза: а) од Првог до Другог светског рата, б) од оснивања УН до завршетка деколонизације (1945-1960), в) од даљег ширења међународне заједнице до краја Хладног рата и распада СССР (1989), г) од тада па надаље.⁶ Морамо се запитати, а шта је са међународним правом пре 1648. г.? Такође, како се као део некакве „класичне“ епохе у исти кош могу ставити међународно право средине XVII и нпр. друге половине XIX в.? Ако је „модерна“ епоха, која је у време публиковања рада о којем је реч, трајала непуних 80 година, подељена на четири фазе, како то да на сличан начин није подељен претходни период који је обухватио скоро три века? То нас наводи на закључак да разликовање „класичне“ и „модерне“ епохе, онако како је дато у конкретном случају не само да није извршено на прихватљив начин, већ, у тим оквирима није ни потребно.

⁶ P. Malanczuk P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, 1997, 10.

Пример ослањања на конкретне догађаје је и периодизација која издваја четири етапе развоја међународног права: 1) од Вестфалског мира до краја Првог светског рата, 2) од Првог до Другог светског рата, 3) од усвајања Повеље УН до краја Хладног рата и 4) од завршетка Хладног рата до данас.⁷ И ту је проблем што се настанак међународног права везује за Вестфалски мир, што се не може прихватити,⁸ али и то што се као посебна епоха издваја период од краја Хладног рата који јесте интересантан са становишта међународних односа, али није донео ништа ново из угла међународног права.

Општа примедба која се тиче наведених и сличних приступа састоји се у томе да то који су преломни догађаји у еволуцији међународног права оцењује свако сам за себе.

Премда су у историји заиста постојали догађаји који су за кратко време значајно променили односе у свету и тако утицали и на међународно право, оно се ипак развија постепено, а не путем некакве револуције. Та оцена је посебно тачна ако се има у виду читав развој међународног права као целине.

2.3. Периодизација према важним међународним уговорима

Увиђајући да се промене у политичкој историји не поклапају нужно са кључним преображајима у међународном праву, један број теоретичара изабрао је да се ослони на најважније међународне уговоре као на граничне који омеђују разне периоде еволуције међународног права. На први поглед то има смисла, посебно када се зна да међународни споразуми нису само органски део међународног права, већ представљају његове најважније правне изворе. На тој основи део доктрине врши периодизације према годинама закључења најважнијих уговора. Тај приступ се обично користи када је реч о релативно новијој историји, с тим да се најчешће издвајају Вестфалски уговор (1648), Утрехтски уговор (1713), Париски мир (1856), Версајски мир (1919) и др.

Пошто су многи од тих споразума потписани на међународним конгресима и конференцијама, често се уместо уговора као преломни моме-нат узима односни скуп, као нпр. Бечки конгрес (1815), Берлински конгрес (1878), Хашке конференције мира (1899. и 1907) и др. Ту се онда заправо опет ради о периодизацији заснованој на одабраним догађајима (у овом случају: међународним скуповима) зато што су међународни уговори о којима је реч у нераскидивој вези са њима.

Уосталом, пошто се овде бавимо еволуцијом међународног права, велико је питање да ли је односни уговор, који је можда заиста од великог

⁷ A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2001, 19–45.

⁸ B. Krivokapić, „Значај Вестфалског конгреса (1648) за међународно право”, *Ревизија Копачичке школе природног права* 1/2023, 47–70.

значаја за међународне односе (јер је окончао рат, решио велики спор итд.) заиста изазвао промене у међународном праву, посебно такве за које би се могло рећи да су суштинске.

Томе ваља додати да ако је реч о еволуцији општег међународног права, приступ који би то питање посматрао кроз призму појаве нових важних споразума по природи ствари је временски ограничен у смислу да се може користити само за период од друге половине XIX или чак тек од почетка XX в. Ово зато што се тек од тада може говорити о универзалном међународном праву. Али чак ни у том случају он није од велике помоћи, јер нема и не може постојати кодификација читавог међународног права, тако да је значај и најважнијих уговора у принципу увек омеђен оквирима материје која је њима регулисана.

Са друге стране, то не значи да приступ о којем је реч нема никакву вредност. Он може бити користан, па и неопходан када је прилагођен посебним потребама, као што је нпр. излагање развоја одређене гране међународног права. И заиста, има смисла издвајати разне периоде пре и након што су усвојени важни уговори којима су на нови начин уређени односи, а посебно када су тим споразумима извршени кодификација и прогресивни развој међународног права у датој области. Ван тога ослањање на међународне уговоре као на нешто што мења међународно право у тој мери да се може говорити о новој епохи, не чини се оправданим.

2.4. Географски критеријум

Овај приступ постоји онда када се развој међународног права посматра везано за одређене географске просторе.⁹ То има смисла, јер нам олакшава упознавање са специфичностима еволуције регионалног међународног права. Такав прилаз је нарочито прихватљив када се географски критеријум повезује са историјским, па се проучава међународно право које је важило у одређеним просторним и историјским оквирима, као нпр. у пракси античких индијских држава или у средњем веку у Западној Европи. Фокусирање на те проблеме омогућава да се они проуче и објасне много подробније него у делима која претендују да прикажу стање ствари у читавом свету.

Још већа дубина истраживања постоји када се на одређеном географском простору и у јасно дефинисаним раздобљима пажња усмери на нека уска питања, као што је нпр. истраживање развоја међународних уговора у разним периодима старог века у Месопотамији.

⁹ Тако нпр. А. Altman, *Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law: The Ancient Near East (2500-330 BCE)*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

2.5. Културолошки критеријум

Овде се полази од тога којој култури припада међународно право које је предмет истраживања. Ту може доћи до преклапања са географским критеријумом утолико што су често одређеним географским подручјима својствени извесни културолошки обрасци. Стога нас неће зачудити ако утврдимо да су на некој широј територији у задато време важила иста или слична правна правила, па тако и правила међународног права.

Међутим, погрешно би било веровати да се може поставити знак једнакости између географских и културолошких чинилаца. Пре свега, територија може бити и врло велика, све до тога да обухвата читав континент, што подразумева да ту живе разни народи, који уз низ заједничких карактеристика имају и мноштво различитости, међу којима и различиту правну традицију.

Поред тога, исте културе могу се наћи на различитим географским подручјима, што онда баца ново светло на проблем. Тако се нпр. може одвојено проучавати еволуција међународног права хришћанских држава, међународног права које важи у односима између муслиманских држава итд. Тада је на делу једна врста временски уоквирене примене упоредноправног метода, који би требало да олакша препознавање заједничких елемената код свих или већине односних система, уз истовремено указивање на специфичности сваког од њих.

Мада начелно занимљив, овај приступ није уобичајен и стога није довољно проучен. Ипак, чини се да он у себи крије одређени потенцијал, посебно у случају повезивања са добро припремљеним историјским истраживањима.

2.6. Субјект који је предмет истраживања

Проучавање развоја међународног права може се вршити кроз призму различитих субјеката као нпр. из угла историје једне или неколико држава. Ту се онда излаже развој тог права током дужег или краћег временског периода, али везано само за одабрану државу одн. државе. Тако нпр. могу се разликовати истраживања која се тичу развоја међународног права у односима грчких полиса, Рима, Кине, Француске итд.

Овај приступ није непознат у науци међународног права. И заиста, он има смисао већ и зато што свака држава има своје сопствено међународно право. То је њено *субјективно међународно право*, схваћено као онај део постојећих међународноправних норми и принципа које везују управо њу.¹⁰ То онда значи да свака држава има и своју посебну историју међународног права.

¹⁰ Вид. Кривокапић Б., *Међународно јавно право*, Београд 2017, 96–97.

Због тога што је фокус на ономе ко је предмет истраживања (тачније, развој чијег субјективног међународног права се проучава) могло би се помислити да би у овом случају било исправније рећи да је критеријум периодизације објект истраживања. Није тако. Свако истраживање има неки предмет одн. објект, тако да нам коришћење тог израза мало казује ако се истовремено не објасни шта се тачно проучава. Са друге стране, иако се помињу субјекти, овде објект истраживања нису они, већ су то фазе развоја међународног права које у одређеном времену и простору важи за њих.

Премда је превасходно реч о државама, проучавање и излагање развоја међународног права може се, разуме се, вршити и из угла других субјеката међународног права, као што су међународне организације, квазидржаве итд. Подразумева се да је тада пажња усмерена првенствено на појаву и међународноправни статус тих субјеката у разним периодима развоја међународног права, а не на општу периодизацију међународног права као појаве.

3. Закључна разматрања

Сваки од поменутих и других могућих начина периодизације развоја међународног права има своје место и може бити од користи. Све зависи од тога за које потребе се даје и како се одабрана раздобља посматрају и групишу.

Тако, ако је реч о приказу еволуције међународног права током читаве историје, у принципу је добро држати се уходаних раздобља прихваћених у општој историји, с тим да се унутар њих могу разликовати поједини периоди. Ако је у питању анализа онога што се догађало у неком релативно краћем временском интервалу, нпр. у XX в., природно је поћи од посебно важних догађаја.

Независно од начина на који се врши, периодизација може имати за предмет еволуцију читавог међународног права. То значи да се може радити о општој подели развоја међународног права и то таквој, која, с једне стране, обухвата читаву историју, а са друге, односи се на сав свет (универзални, глобални метод). Такав приступ је добар ако се жели указати да међународно право има врло дугу и богату прошлост. Њено разбијање на разна раздобља и унутар њих на више или мање периода, омогућава нам да боље разумемо ту проблематику и уверимо се да, гледано на дуге стазе, међународно право се у принципу увек развијало одн. унапређивало.

Могући су и ужи приступи. Тако се нпр. може посматрати развој међународног права одређеног географског подручја у одабраним историјским оквирима (парцијални одн. регионални метод). То је корисно за разумевање стварности која је предмет проучавања и њеног поређења са

претходним или каснијим периодима одн. са оним што је у исто време важило у другим деловима света.

На сличан начин може се анализирати развој међународног права везано за конкретну државу, али у разним периодима њене историје. То може бити занимљиво из угла историје државе и права те земље, али и ради поређења њеног субјективног међународног права са таквим правима других посебно интересантних држава.

У овом раду се тиме нисмо бавили, али у принципу су могуће и периодизације које се заснивају на праћењу развоја неког института међународног права – нпр. међународног уговора или чак само одређене врсте уговора као нпр. уговора о миру. Такво истраживање и његов резултат требало би да омогуће боље разумевање настанка односног института, разлога који су довели до његове појаве, његове трансформације током времена итд. али по природи ствари могу имати само ограничени значај, оивичен задатом темом.

Нарочито интересантно је вршење разних периодизација развоја одређене гране међународног права – уговорног права, дипломатског права, ратног и хуманитарног права итд. То се може тицати одабраног дужег или краћег временског периода (нпр. развој дипломатског права у XVIII в.) а посебно је занимљиво када је реч о проучавању еволуције односне гране током читаве историје, што по природи ствари захтева дефинисање одређених временских раздобља и додатних периода унутар њих.

Могући су, разуме се, и други приступи. Сваки од њих има своје предности и мане.

Посебан проблем представља чињеница да је све што има аутора по природи ствари више или мање субјективно. То важи и за периодизације о којима је реч. Премда теже да се ослањају на објективне моменте, оне зависе од особина свог творца које, чак и ако он сам није тога свестан, утичу на његов поглед на свет и појаве у њему. Уз разне друге чиниоце као што су врста и степен образовања, знање страних језика, таленат и слично, важан печат обично оставља идеологија.

Добар пример је оно што је била једна од карактеристика доба Хладног рата. Тада су аутори из СССР и његових сателита у основи следили исте ставове, некритички и без стварне потребе позивајући се на дела оснивача марксизма-лењинизма и одлуке партијских конгреса. Везано за периодизацију међународног права, у науци међународног права тих земаља доминирало је гледиште према којем најновију и најпрогресивнију фазу еволуције тог права представља рађање посебног социјалистичког међународног права (оног које је важи у односима између социјалистичких држава) као наводно међународног права вишег типа.¹¹ Са друге стране, оптерећеност

¹¹ Д. Б. Левин, Г. П. Капложная, *Международное право*, Москва 1964, 53–78; В. И. Лисовский, *Международное право*, Москва 1970, 42–55; Г. И. Тункин, *Международное право*, Москва 1982, 12–27, 223–255;

идеологијом могла се у исто време препознати и у многим радовима теоретичара са Запада. Уосталом, инсистирање великог броја њих на томе да је међународно право створено на Вестфалском конгресу (1648) или да је тада доживело фундаменталне промене, није ништа друго него покушај наметања остатку света одређеног идеолошког концепта, проглашавањем једног регионалног скупа који се тичао само дела европских држава, за епохални догађај у историји човечанства и преломну тачку у развоју међународног права.

У настојању да дођемо до општих закључака, верујемо да је код избора начина периодизације развоја међународног права потребно водити рачуна о следећем:

1) такве периодизације су корисне, јер нам омогућавају упознавање са прошлoшћу и боље разумевање позитивног међународног права и његових норми, принципа и института, а делом и макар оквирно предвиђање њиховог будућег развоја;

2) сврха (циљ) прављења сваке од тих периодизација даје најбољи одговор на питање који би метод ваљало претежно користити у сваком датом случају;

3) за правилно разумевање ове проблематике пожељно је узети у обзир различите ставове што већег броја теоретичара, са разних страна и из разних временских периода, што, разуме се, подразумева критички приступ, заснован на релевантним научним методима;

4) у случају периодизације читавог развоја међународног права најбоље је комбиновати ослањање на добро познате и опште прихваћене релативно дуге временске периоде (епохе) као што су оне које нуди политичка историја и одабране догађаје који су оставили снажан утицај на друштвене односе и изазвали важне промене у међународном праву;

5) ваља водити рачуна о томе да се све више убрзавају темпо живота и динамика којом се смењују догађаји. Једна од последица тога јесте да за суштинске новине у међународном праву није више потребно да, као некада, протекну стотине или чак хиљаде година. Истовремено, о ономе што је обележило последњих неколико векова знамо релативно доста, јер је то углавном пажљиво регистровано и добро сачувано. То нас наводи да идентификујемо што више фаза развоја савременог међународног права, које све брђе смењују једна другу;

6) независно од тога који метод је легао у основу периодизације, увек остаје отворено питање да ли су добро одабрани и правилно примењени конкретни параметри. То значи да се мора рачунати са тим да увек може бити спорно да ли су односне епохе добро дефинисане, да ли се заиста

Ф. И. Кожевников, *Международное љраво*, Москва 1987, 67–84. Приказ и критику тих ставова види у: В. Krivokapić, „Adieu a la théorie du droit international socialiste”, *Revue de politique internationale* 990-994/1991, 17–21.

може прихватити да су одабрани догађаји имали значај који им се придаје и слично.

Ма колико труда било уложено у то да периодизација развоја међународног права буде што потпунија и прецизнија, није могуће добити савршен резултат. Ово зато што су се, посебно у далекој прошлости, у исто време на разним просторима одвијали више или мање различити процеси, што су се исти односи успоставили на разним подручјима у разна времена итд. Стварност никада није била једноставна и једнозначна, па стога таквим није могло бити ни међународно право које је било производ и део те стварности.

Ово помињемо због тога што је у људској природи да историју посматра као низ епоха које су смениле једна другу, при чему је доласком нове, аутоматски престајало да важи све оно што је обележавало претходну. У реалном животу није тако. Прелазак из једног облика друштвених односа, укључујући и међународне, у други, не одвија се тренутно и у потпуности, па тако ни међународно право никада није било једно исто за све, већ су постојале разне регионалне и друге специфичности. Поред тога, смене историјских епоха нису увек нужно доводиле до суштинских промена у међународном праву. То и не треба да чуди, када се има у виду да су иза нас хиљаде година људске историје, са догађајима који су се одвијали паралелно у разним деловима света и често били различити, па и противречни. Другим речима, који год критеријум да се одабере и како год да се повуче граница између разних раздобља, долазимо до тога да је многа правила и институте међународног права немогуће прецизно сместити у чврсте оквире. Све поделе еволуције међународног права на некакве епохе и друге периоде имају само оријентациони карактер, јер нити има стварно прецизних и неспорних граница преласка из једног периода у други, нити су се промене свугде одвијале истим темпом.

Посебан проблем јесте питање од када се уопште може говорити о међународном праву? Дајући периодизације еволуције међународног права, многи аутори једноставно прескачу то питање и почињу тиме што говоре о међународном праву неке епохе (нпр. старог века) или о међународном праву до неког битног догађаја (нпр. до Вестфалског конгреса) не помињући уопште када односно раздобље почиње. Са друге стране, међу онима који дају осврт на проблем његовог настанка, једни корене међународног права траже у недовољно истраженим ходницима древне историје, док други сматрају да се ради о релативно новој појави, старој свега неколико векова. У вези са овим је још један проблем који се своди на спор око тога где је настало међународно право – у Европи или свугде где су се јавили односи између држава. Премда је у принципу у тесној вези са ставом о томе када је настало међународно право, он има и самосталан значај. Од одговора на наведена питања зависи и како ће изгледати периодизација која излази из пера сваког конкретног аутора.

Када смо већ дошли до тога да свако даје властито виђење еволуције међународног права, не би било коректно да се овај рад сведе на критичку анализу приступа других теоретичара, а да се његов аутор сакрије у сенци, избегавајући да објасни сопствено виђење проблема. Стога ћемо у најкраћим цртама изнети наше погледе.

Верујемо да се еволуција међународног права може поделити на следећа раздобља: 1) стари век (од појаве првих држава око 4.000 г. пре н. е. до V в.); 2) средњи век (VI-XV в.); 3) доба апсолутизма и великих колонијалних освајања (XVI – XVIII в.); 4) XIX в.; 5) прва половина XX в. (1900-1945) и 6) савремено доба (од 1945. г. до данас).

Подразумева се да та оквирна периодизација захтева додатне поделе унутар сваке епохе. При томе, за разлику од уобичајених деоба које се ослањају на важне догађаје из опште историје, у обзир се морају узети суштинске промене у међународном праву.

С обзиром на то да нам простор не дозвољава да се детаљно бавимо сваком од епоха које смо издвојили, задржаћемо се у најкраћим цртама на два која би потенцијално могле бити највише спорне. При томе ћемо указати и на неке од најважнијих промена у међународном праву.

Спорним може бити зашто смо као посебну епоху издвојили доба апсолутизма и великих колонијалних освајања. Немајући боље решење, назвали смо то раздобље по појавама које су на много начина обележиле стварност тог времена и обликовале међународно право. Ближе гледајући, то је доба наглог пораста броја и значаја међународних скупова, с тим да се истовремено бележе продори у домену дипломатског права, појављују савремени конзули као држави службеници послати у иностранство, у земљама Истока влада режим капитулација, настају источноиндијске компаније као специфични субјекти међународног права, усваја се начело слободе отвореног мора, дефинише се ширина територијалног мора, уобличавају се институти опције и плебисцита, уређују се многа питања из домена ратног и хуманитарног права итд.

Везано за други потенцијално спорни моменат, то што је као савремено међународно доба означено читаво раздобље од 1945. г. до данас последица је чињенице да се у међувремену ништа није суштински променило. Међународно право се невероватно развило, појавио се велики број нових међународних организација, одређени међународноправни субјективитет признат је све ширем кругу вандржавних ентитета (не само међународним организацијама, већ све више и транснационалним компанијама, одређеним невладиним организацијама, разним групама, па чак и појединцима), у личности Европске уније створена је прва наддржавна творевина, кодификован је низ области међународног права, појавиле су се нове гране међународног права (нпр. космичко право) итд. Ништа од тога није спорно. Чињеница је, међутим, да је све то део система установљеног Повељом УН,

чију окосницу чине УН и међународно право које је развијено под њиховим окриљем. Почев од 90-их година прошлог века међународноправни поредак је у дубокој кризи и тек када након изласка из ње буде установљен принципијелно нови међународноправни оквир, моћи ће се говорити о почетку нове епохе.

Као и све друге, и периодизација коју смо предложили је оквирна, условна и добрим делом субјективна, што значи да се мора посматрати са неопходном дозом резерве и еластичности. Међутим, у ситуацији када је реално гледајући објективно немогуће извршити стварно прецизну деобу разних епоха и фаза у његовом развоју, надамо се да може послужити као платформа за разумевање најважнијих трансформација које је током историје доживело међународно право.

За крај, с обзиром на то да се све поменуте периодизације у принципу ослањају на стање у међународним односима, који по природи ствари снажно утичу на развој међународног права, не сме се заборавити да и међународно право са своје стране увек утиче на даљи ток међународних односа. Свако право, па и међународно, не само што фиксира и правно уобличује промене које су настале у друштвеним односима, већ служи и као средство за њихово брже преобликовање у жељеном правцу.

Boris KRIVOKAPIC

Business and Law Faculty, "MB" University, Belgrade

Law School, Samara National University "S. P. Korolev", Samara

PERIODIZATION OF THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW

Summary

One of the controversial issues in the science of International Law is the periodization of its development. In addition to the criteria that appear most often in the doctrine (linking to certain eras or events), the paper also reviews approaches that are less common, such as periodization according to important international agreements, geographical or cultural criteria, or according to the subject of research. In the concluding remarks, a general evaluation of various approaches is given, advocating for the combination of different criteria depending on which part of the past it is about and for what purposes the classification is being made. For his part, the author suggested distinguishing the following periods: 1) the old age (from the appearance of the first states around 4,000 BC to the 5th century AD); 2) the

Middle Ages (from 6th to 15th centuries); 3) the age of absolutism, the emergence of centralized modern states and large colonial conquests (from 16th to 18th centuries); 4) nineteenth century; 5) the first half of the XX century (1900-1945) and 6) modern times (from 1945 to the present). It is a framework periodization that requires certain divisions within each epoch, with that they will not rely on historical events as such, but on essential changes in international law.

Key words: *International Law. – History. – Legal history. – Doctrine.*

Литература

- Altman, A. (2012), *Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law: The Ancient Near East (2500-330 BCE)*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Cassese, A. (2001), *International Law*, Oxford University Press.
- Дмитриев, А. И., Батлер, У. Э. (2013), *История международного права*, Одесса.
- Кожевников, Ф. И. (1987) *Международное право*, Москва.
- Koskenniemi, M. (2012), „A History of International Law Histories”, in: *The Oxford Handbook of the History of International Law* (eds. B. Fassbender, A. Peters), Oxford University Press, 943–971.
- Krivokapić, B. (1991), „Adieu a la théorie du droit international socialiste”, *Revue de politique internationale* 990-994, 17–21.
- Кривокапић, Б. (2017), *Међународно јавно љправо*, Београд.
- Krivokapić, B. (2023), „Značaj Vestfalskog kongresa (1648) z.a међународно право”, *Revija Kораонићке школе природног права* 1, 47–70.
- Левин, Д. Б., Калюжная, Г. П. (1964), *Международное право*, Москва.
- Лисовский, В. И. (1970), *Международное право*, Москва.
- Mack, W. (2015), *Proxeny and Polis: Institutional Networks in the Ancient Greek World*, Oxford University Press.
- Malanczuk, P. (1997), *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, Routledge.
- Neff, S. C. (2010), „A Short History of International Law”, in: *International Law* (ed. M. D. Evans), Oxford University Press, 3–31.
- Тункин, Г. И. (1982), *Международное љправо*, Москва.
- Vadi, V. (2017), „International Law and Its Histories: Methodological Risks and Opportunities”, *Harvard International Law Journal* 2, 311–352.

ИЗАЗОВИ ПРОЦЕСА ЗАПОШЉАВАЊА ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА У ЗЕМЉАМА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА***

Сажетак

У овом раду, иуиљеви ирава воде нас у земље нашеј реиона, Босну и Херцејовину, Црну Гору, Северну Македонију и Србију. Ауиорке анализирају иројисе који се односе на зайошљавање нуруководећих државних службеника и изазове у њиховој ирими у иракси. Поред иоја, ауиорке размаирају и дужину ирајања иосиуика и иросечан број кандигаиша на конкурсу, као иоказатиље ефикасносии и делотиворносии ироцеса зайошљавања. Ауиорке закључују да је у иоследњих неколико иодина у неким од анализираних земаља, као шио су Црна Гора и Србија, а донекле и БиХ, дошло до значајној унаиуређења иравној оквира иосиуика зайошљавања. Поиредно је, међуиим, и даље радиии на јачању иоверења ирађана у објективност и неиристираност иово иосиуика у свим земљама у реиону, уз развијање стирииешких иолииика реируиације, како би се обезбедило да државна уирава иривуче и задржи службенике који моју да својим знањем и веиштинама на најбољи мојући начин одиоворе савременим друишвеним изазовима.

Кључне речи: Зайошљавање. – Државни службеници. – Босна и Херцејовина. – Црна Гора. – Северна Македонија. – Србија.

1. Увод

Област запошљавања је један од најважнијих сегмената управљања људским ресурсима у свакој организацији. Ако се запошљавање обавља правично, ефикасно и ефективно, организација има велике шансе да унапреди свој рад и организациони учинак.

* Виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, a.rabrenovic@iup.rs, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1159-9421>.

** Научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, m.matijevic@iup.rs, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2459-9201>.

*** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

Историјски гледано, државна управа је одувек била атрактиван послодавац, који нуди предности као што су сигурно запослење и обезбеђена социјална заштита, што су значајни чиниоци у привлачењу и задржавању квалитетних људи са различитим знањима и вештинама. Међутим, како се друштво у коме живимо све више мења, тако се мењају и проблеми са којима се државни службеници суочавају, па је и државној управи потребно да привуче кандидате са специфичним вештинама и све разноврснијим спектром искустава и знања која су у средишту вођења јавних политика - климатске промене, становање, неједнакост, миграције, јавне финансије, пораст вештачке интелигенције и сл. Због тога се државна управа све више такмичи да привуче кандидате са вештинама који су такође веома тражени у приватном сектору.²

Док се многе организације из приватног сектора боре на различите начине да привуку и задрже најбоље кандидате који ће одговорити савременим друштвеним изазовима, запошљавање у јавном сектору је још захтевнији процес. Разлог за то је што јавне управе у савременим демократијама теже да приликом запошљавања поштују два кључна принципа - начело једнакости и начело професионалних способности.³ Начело једнакости произилази из уставних начела да сваки грађанин има право на радни однос у јавној управи, под условом да испуњава опште услове утврђене законом и посебне услове утврђене конкурсом.⁴ Начело професионалних способности, с друге стране, захтева да посао добије кандидат који има најбоље професионалне способности за обављање послова упражњеног радног места. У ширем смислу, начело професионалних способности може се дефинисати као успостављање посебног система вредности јавне управе, заснованог на професионализму, компетентности и интегритету ради остваривања јавног интереса.⁵ Оно представља противтежу принципа „политичке лојалности“, популарно названог „систем плена“, у којем се места у јавној управи попуњавају на основу политичких веза уместо професионалних способности.⁶

Запошљавање државних службеника у земљама у региону предмет је широког интересовања научника, међународних организација и практичара. Највећи број аутора изучава запошљавање у државној управи у националном контексту,⁷ а мањи број изучава ово питање из упоредно правне

² OECD, *Improving the Attractiveness of the Public Service*, OECD, 2023, 2.

³ F. Cardona, „Recruitment in Civil Service Systems of EU Member States and in Some Candidate States“, рад представљен на семинару *Civil Service Recruitment Procedures*, Vilnius, 21–22. март 2006, 2, <https://idfi.ge/public/upload/pdf/civil%20service%20estonia.pdf>, 17. 8. 2023.

⁴ *Ibid.* F. Cardona, *CIDS Position Note on Recruiting for Defence Intelligence Services*, Center for Integrity in the Defence Sector, 2022, необјављен рукопис.

⁵ P. W. Ingraham, „Building Bridges over Troubled Waters: Merit as a Guide“, *Public Administration Review* 4/ 2006, vol. 66, 486.

⁶ Е. Пусић, *Наука о управи*, Школска књига, Загреб 1973.

⁷ Н. Врањеш, В. Ђурић, „Послужба селекције ујавних службеника – Европски стандарди и домаћи правни оквир“, *Правна ријеч* 46/2017, 303–323; В. Ђурић, Н. Врањеш, „Врсте и правна природа аката о пријему и постављењу државних службеника“, *Правна ријеч* 42/2015, 381–401.

перспективе.⁸ Током протекле две деценије, програм Сигма/ОЕЦД припрема периодичне извештаје о напретку у области управљања људским ресурсима у свим земљама Западног Балкана које су у процесу приступања Европској унији,⁹ који чине основу за годишње извештаје Европске комисије о напретку ка чланству. Професионализам у јавној служби земаља Западног Балкана анализиран је и у оквиру истраживања које је водио Јан Мејер Сахлинг, у оквиру пројекта Сигме о професионализацији Западног Балкана 2012.¹⁰ У протеклих неколико година Регионална школа за јавну управу (РЕСПА) је такође је показала интересовање за област запошљавања, како би се анализирали правни оквир и практични проблеми у овој области и дали савети земљама у региону како да их превазиђу.¹¹ Током 2018. године, под покровитељством РЕСПА, рађено је и истраживање које је укључивало анализу правног оквир запошљавања у државној управи у земљама Западног Балкана, заједно са материјалима за обуку који би се могли користити у циљу промовисања интегритета, са посебним освртом на вођење интервјуа заснованог на компетенцијама и спровођење анализе радних места.¹²

Циљ овог рада је да се анализирају новине у правном оквиру запошљавања неруководећих државних службеника у земљама у региону и специфични изазови са којима се ове земље тренутно суочавају у имплементацији ових прописа. Анализиране земље су: Босна и Херцеговина, Црна Гора, Северна Македонија и Србија. У Босни и Херцеговини, анализирани су управни нивои институција БиХ, Федерације БиХ и Републике Српске. У фокусу анализе су прописи који се односе на радна места неруководећих државних службеника, тј. службеника који нису на високим менаџерским позицијама, као што су, на пример, помоћник министра, секретар министарства, или руководиоца неке управне организације, јер у свим анализираним земљама постоје разлике у правном режиму запошљавања највиших руководиоца, што превазилази оквире овог рада.

Рајд је организован у три кључна дела. У првом делу рада размотрићемо детаљније међународне стандарде у области запошљавања државних службеника, са посебним освртом на Принципе јавне управе Сигме/ОЕЦД-а. У другом, централном делу рада биће размотрене релевантне законске и подзаконске одредбе које се односе на спровођење конкурсне процедуре и избор кандидата на конкурс, као и изазови у њиховој примени. Ауторке ће

⁸ З. Вукашиновић Радојичић, *Евројски службенички системи*, Криминалистичко полицијска академија, 2013.

⁹ Годишњи извештаји о мониторингу Принципа јавне управе Сигме доступни су на веб страници Сигме: <https://www.sigmaxweb.org/publications/monitoring-reports.htm>, 14. 8. 2023.

¹⁰ J. M. Sahling, „Civil Service Professionalism in the Western Balkans”, *SIGMA paper*, No. 48, Paris 2012; J. M. Sahling, „Sustainability of Civil Service Reforms in Central and Eastern Europe Five Years After EU Accession”, *SIGMA Papers*, No. 44, 2009, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/5kml60pvjmbq-en>.

¹¹ J. M. Sahling *et al*, *Merit Recruitment in the Western Balkans: An Evaluation Change between 2015 and 2018*, RESPA, University of Nottingham, 2019.

¹² A. Rabrenovic, A. Knezevic Bojovic (eds.), *Integrity and Good Governance in the Western Balkans*, RESPA, 2018.

такође анализирати и дужину трајања поступка запошљавања и просечан број кандидата на конкурс, као показатеље ефикасности и делотворности поступка. У завршном делу рада ауторке ће сажети налазе анализе и дати препоруке за унапређење делотворности поступка запошљавања.

2. Међународни стандарди у области запошљавања у јавној управи

Област управљања људским ресурсима у јавном сектору не подлеже обавезујућим међународним стандардима. Начин на који држава управља људским ресурсима у јавном сектору сматра се подручјем од националног интереса. Ипак, постоји неколико општих међународних инструмената којима се дефинишу најбољи међународни стандарди у области управљања људским ресурсима у јавној управи, укључујући и област запошљавања.¹³

У Конвенцији УН против корупције усвојеној 2003. године посебно се наглашава важност принципа професионалних способности и транспарентности у процесу запошљавања јавних службеника.¹⁴ На сличан начин, у Препоруци Савета Европе бр. Р (2000) 6 о статусу јавних службеника у Европи наглашава се потреба за постојањем правног оквира којим би се регулисао статус јавних службеника, при чему је важно поштовати начело професионалних способности, кроз обавезу спровођења јавног конкурса.¹⁵

И Европска унија установила је своја начела о управљању људским ресурсима, које је развио програм Сигма у оквиру Организације за економску сарадњу и развој (ОЕЦД).

Да би се детаљније разрадили захтеви Европске комисије за управљање људским ресурсима, програм Сигма/ОЕЦД је 2014. године припремио документ под називом Принципи јавне управе,¹⁶ који су измењени и допуњени 2017. године.¹⁷ Поред тога, припремљен је и Методолошки оквир за Принципе јавне управе, који садржи детаљнију разраду Принципа, као и индикаторе оцене целокупног система управљања људским ресурсима.¹⁸ Иако нису правно обавезујући, ти стандарди имају значајне практичне ефекте на земље кандидате јер Европска комисија процењује њихов напредак у односу на њих у својим годишњим извештајима о напретку. Сигма такође припрема годишње извештаје о напретку на основу Принципа јавне управе, које Европска комисија користи за припрему својих годишњих извештаја.

¹³ Council of Europe's Recommendation No. R (2000) 6 on the Status of Public Officials in Europe. <https://rm.coe.int/native/09000016804c3142>, 20. 8. 2022.

¹⁴ UN Convention against Corruption. 2003. <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>, 20. 8. 2022.

¹⁵ Council of Europe's Recommendation No. R (2000) 6 on the Status of Public Officials in Europe. <https://rm.coe.int/native/09000016804c3142>, 20. 8. 2022.

¹⁶ SIGMA/OECD, *Principles of Public Administration*, OECD publishing, Paris 2014.

¹⁷ SIGMA/OECD, *Principles of Public Administration*, OECD publishing, Paris 2017.

¹⁸ SIGMA/OECD, *Methodological Framework for the Principles of Public Administration*, SIGMA/OECD, 2019.

Стандарди који се односе на запошљавање јавних службеника разрађени су у области која се тиче управљања људским ресурсима у јавној управи. У оквиру овог одељка принцип бр. 3 разрађује стандарде у области запошљавања државних службеника који нису на руководећим радним местима. У складу са овим принципом, запошљавање јавних службеника треба буде засновано на професионалним способностима и једнаком третману кандидата у свим фазама процеса запошљавања.¹⁹ Да би се обезбедила непристрасност, Сигма захтева да се за свако упражњено радно место распише конкурс, а да конкурсну процедуру спроведе комисије за запошљавање, која би требало да делује независно од било каквог политичког утицаја.²⁰ Политички функционери не би требало да буду чланови конкурсних комисија.²¹ Чланови конкурсних комисија треба да поседују солидно разумевање послова који се обављају на оглашеном радном месту, као и вештине и знања потребне за њихово обављање. Да би се обезбедила објективност, процес селекције треба да укључи како писмене тестове, тако и усмене провере – интервјуе, који треба да буду структурирани.²² На крају конкурсне процедуре, најбоље ранжирани кандидат би требало да буде примљен у радни однос у органу државне управе.²³ Једини изузетак од овог правила може да се направи у случају позитивне дискриминације осетљивих група (нпр. лица са инвалидитетом), у складу са Директивном ЕУ 2000/78/ЕК или уколико први изабрани кандидат одустане од конкурса.²⁴ Најзад, поступак селекције би требало да траје оптимално до 90 дана, како би се обезбедило да прави људи буду примљени на рад у право време.²⁵ Оптималан број кандидата на конкурс, са друге стране, требало би да буде преко 10, како би се обезбедила компетитивност свеобухватне процедуре запошљавања.

3. Анализа правног оквира и практичних изазова у спровођењу конкурса

Принцип запошљавања на основу професионалних способности садржан је у законодавствима свих анализираних земаља региона, преваходно кроз установљење обавезе органа управе да се запошљавање врши на основу јавног конкурса. У неким анализираним земљама, међутим, постоје и изузеци у погледу запошљавања на одређено време на службеничка радна места, што није у складу са међународним стандардима.

¹⁹ SIGMA/OECD (2017), 44.

²⁰ *Ibid.*

²¹ SIGMA/OECD (2019), 77.

²² *Ibid.*, 78.

²³ *Ibid.*, 77.

²⁴ *Ibid.*, 78.

²⁵ *Ibid.*, 80.

Тако, на пример, у Републици Србији, запошљавање на одређено време због привремено повећаног обима посла и даље се врши без конкурсне процедуре.²⁶ Овај недостатак требало је да буде отклоњен изменама и допунама Закона о државним службеницима из 2018. године,²⁷ којима је предвиђено да државни орган може примити у радни однос на одређено време због привремено повећаног обима посла без спровођења јавног конкурса лице које је у претходне четири године учествовало у јавном конкурс у који је спроводио државни орган и испунило мерила прописана за избор у том конкурсном поступку, ако испуњава услове за рад на том радном месту и ако има потребне компетенције.²⁸ У пракси, међутим, није било помака у обавезним конкурсним процедурама за запошљавање лица на одређено време у случајевима повећаног обима посла.²⁹ Поред тога, постоји проблем и са великим бројем запослених по уговору о делу, који се, по правилу, ангажују за обављање послова ван надлежности органа државне управе.³⁰ Међутим, то правило се често не поштује у пракси, што отвара могућност за његову злоупотребу и подривање принципа професионалних способности.³¹ Запошљавање на одређено време због повећаног обима посла, без конкурсне процедуре, такође се често спроводи и у Републици Српској, а нису ретки случајеви у којима се службеници који су примљени у радни однос на одређено време након расписаног конкурса примају у радни однос на неодређено време,³² што је у супротности са начелом професионалних способности.

У последњих неколико година постигнут је напредак у олакшавању поступка пријаве на конкурс у целом региону. Тако је, на пример, у институцијама БиХ детаљно разрађена процедура за подношење електронске пријаве кандидата,³³ а на веб страници Агенције за државну службу кандидати могу наћи информације о конкурсима који су у току, као и о онима који су завршени.³⁴ У Републици Српској, такође је омогућено да кандидати, уместо оригинала, поднесу копије докумената када се пријављују на конкурс,³⁵ а

²⁶ SIGMA/OECD, *Monitoring report: Principles of Public Administration Serbia*, OECD publishing, Paris 2021, 70. У даљем тексту – SIGMA (2021a).

²⁷ Закон о изменама и допунама Закона о државним службеницима, *Службени гласник РС*, 95/2018.

²⁸ Закон о изменама и допунама Закона о државним службеницима, *Службени гласник РС*, чл. 63, ст. 3.

²⁹ SIGMA (2021), 70.

³⁰ А. Рабреновић, Т. Малезић Рапајић, „Реформа јавне управе у Србији у контексту европских интеграција”, у: *65 година од Римских ујединавања: Европска унија и њерсејективне европских интеграција Србије* (ур. Ј. Геранић Перишић, В. Ђурић, А. Вишекруна), Институт за упоредно право, Београд, 131.

³¹ SIGMA/OECD (2021a), 70.

³² Н. Врањеш, В. Ђурић, „Поступак селекције управних службеника – европски стандарди и домаћи правни оквир”, *Правна ријеч* 46/2016, 317.

³³ Упутство о начину и поступку подношења електронске пријаве кандидата у поступку запошљавања државних службеника у институцијама босне и херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 16/2022.

³⁴ Веб страница Агенције за државну службу институција БиХ: <https://www.ads.gov.ba/bs-Latn-BA>, 18. 8. 2023.

³⁵ SIGMA/OECD, *Monitoring report: Principles of Public Administration Bosnia and Herzegovina*, OECD publishing, Paris 2022, 78.

на веб страници Агенције за државну управу налазе се информације о актуалним конкурсима.³⁶ У Републици Србији, кандидати нису више дужни да подносе сву конкурсну документацију уз пријаву на конкурс. Само кандидати који су успешно прошли фазе изборног поступка пре интервјуа са конкурсном комисијом позивају се да, у року од пет радних дана од дана пријема обавештења, доставе остале доказе који се прилажу у конкурсном поступку,³⁷ чиме се кандидатима знатно олакшава цео конкурсни процес. У Црној Гори, током пандемије КОВИД 19 уведена је електронска пријава за кандидате, која је знатно унапредила ефикасност пријаве на конкурс.³⁸

Формирање конкурсних комисија које су одговорне за спровођење јавног (или интерног) конкурса гарантована је законом у свим анализираним земљама, а структура конкурсних комисија разликује се од земље до земље. У институцијама Босне и Херцеговине конкурс спроводи петочлана конкурсна комисија, где два члана предлаже институција која попуњава упражњено радно место, а три члана именује Агенција за државну службу са своје листе стручњака.³⁹ Слична је ситуација и у Федерацији БиХ, где поступак селекције спроводи комисија састављена од најмање три члана – једног представника државног органа који попуњава упражњено радно место, једног представника синдиката и једног независног стручњака са листе стручњака. У Црној Гори поступак избора врши комисија коју чине представник Управе за кадрове, представник органа управе који расписује конкурс и независни стручњак ангажован путем огласа.⁴⁰ У Србији, два члана конкурсне комисије долазе из органа који је покренуо конкурсни поступак, док је један њен члан из Службе за управљање кадровима, која треба да обезбеди поштовање свих процедуралних правила. Конкурсне комисије за избор на ниже и средње руководеће позиције у Северној Македонији и Републици Српској чине државни службеници из органа у коме се конкурс одржава, што показује већи степен децентрализације у процесу запошљавања и отвара већи ризик за пристрасност и политизацију поступка запошљавања.

У пракси је често тешко обезбедити непристрасност и професионалност рада конкурсних комисија. Чланови конкурсних комисија, посебно они који долазе из органа управе који спроводи конкурс, неретко нису довољно обучени да спроводе конкурсне процедуре, посебно ако се ради о службеницима који се не баве питањима људских ресурса, па им

³⁶ Веб страница Агенције за државну службу Републике Српске, <https://adu.vladars.net>, 18. 8. 2023.

³⁷ Закон о државним службеницима, *Службени гласник РС* бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022, чл. 56, ст. 6.

³⁸ SIGMA/OECD, *Monitoring Report, The Principles of Public Administration, Montenegro*, November 2021, SIGMA/OECD, 66, и даљем тексту – SIGMA/OECD (2021b).

³⁹ Закон о државној служби у институцијама БиХ, *Сл. гласник БиХ*, бр. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12 и 93/17, чл. 24, ст. 2.

⁴⁰ Закон о државним службеницима и намјештеницима, *Сл. лист ЦГ*, бр. 2/2018, 34/2019, 8/2021, чл. 46, ст. 3.

спровођење конкурса и није у опису радног места. Конкурсне комисије се именују на предлог руководиоца органа, осим, на пример, у институцијама БиХ где директор Агенције за државну службу и формално поставља чланове конкурсне комисије.⁴¹ У Федерацији БиХ, директор Агенције за државну службу такође поставља чланове конкурсних комисија, на предлог руководиоца органа управе.⁴² Директор може да одбије да постави одређеног члана, што се у пракси и дешава, али не може да предложи другог кандидата. У Црној Гори је тешко обезбедити спољне експерте који имају одговарајуће квалификације да учествују у процесу селекције кандидата.⁴³

Један од начина повећања објективности је и обавезно писано тестирање кандидата, које је сада присутно у већини земаља региона. У свим анализираним системима у региону, кандидати за службеничка радна места морају да прођу како писмене тестове, тако и интервјуе, што је у складу са најбољом међународном праксом. Изузетак је само Република Српска, где је положен државни испит предуслов за конкурисање за државну службу, али се селекција кандидата врши искључиво на основу интервјуа, што може довести у опасност објективност поступка селекције. И у Републици Србији, до 2019. године, главни обавезни селекциони инструмент био је интервју, али је изменама и допунама Закона о државним службеницима из 2018. уведен систем компетенција, чија се провера врши према мерилима прописаним за избор,⁴⁴ што укључује и писмено тестирање, па је на овај начин системски унапређена објективност процеса селекције. У Црној Гори, ново службеничко законодавство је такође увело значајна побољшања поступка селекције. Практични део писаног испита се сада спроводи уз електронски заштићен код за очување анонимности кандидата, а питања се додељују насумично као и код општег дела писаног испита, чиме се јача објективност и минимизира утицај људског фактора у овој фази селекције.⁴⁵

У последњих неколико година, у институцијама БиХ уведен је структурирани интервју који је заснован на компетенцијама, што представља такође важно унапређење у поступку селекције кандидата.⁴⁶ На нивоу Федерације БиХ структурирани интервју није обавезан, али га конкурсне комисије најчешће спроводе у пракси.⁴⁷

⁴¹ Закон о државној служби у институцијама БиХ, чл. 24, ст. 1.

⁴² Закон о државној служби у Федерацији БиХ, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 29/2003, 23/2004, 39/2004, 54/2004, 67/2005, 8/2006, 77/2006- одлука УС, 45/2010 – др. закон, 4/2012, 99/2015 I 9/2017 – одлука УС, чл. 27, ст. 1.

⁴³ SIGMA/OECD (2021 b), 66.

⁴⁴ Закон о државним службеницима, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022, чл. 56, ст. 2; А. Рабреновић, „Правни оквир процеса запошљавања у државној управи Србије – новине и изазови”, у: *Упоредноправни изазови у савременом њраву – In тетогат др Сџефан Андоновић* (ур. Ј. Рајић Ђалић), Институт за упоредно право, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Београд 2023, 208.

⁴⁵ SIGMA/OECD, (2021 b), 66.

⁴⁶ Правилник о карактеру и садржају јавног конкурса, начину провођења интервјуа и обрасцима за провођење интервјуа, *Службени гласник БиХ*, бр. 63/16, 21/17, 28/21, 38/23, чл. 28–32.

⁴⁷ SIGMA/OECD (2022), 78.

4. Избор кандидата који је победио на конкурсy

У завршној фази селекције, када се бира кандидат који ће победити на конкурсy, и даље постоји одређен степен дискреције руководиоца органа. Највећа дискрециона овлашћења у овом погледу имају руководиоци у Северној Македонији и Федерацији БиХ. У овим системима конкурсна комисија саставља отворену листу успешних кандидата (која може имати и десетак кандидата) а руководиоца органа управе има дискреционо право да изабере било ког кандидата са листе.⁴⁸ Анализа процедура селекције коју је спровела Сигма/ОЕЦД на основу података из 2020. године показала је да на нивоу Федерације БиХ у већини поступака селекције (6 од 10) на радно место није постављен кандидат који је освојио највећи број поена.⁴⁹

У Црној Гори овај ниво дискреције руководиоца је нижи, али је и даље присутан. Конкурсна комисија сачињава листу три најбоље рангирана кандидата, а руководиоца организационе јединице/органа управе има дискреционо право да са листе изабере једног од кандидата. Пре доношења одлуке руководиоца је дужан да обави интервју са свим кандидатима са листе.⁵⁰ Истини за вољу, током 2020. године најбоље рангирани кандидати са листе били су већином изабрани и са њима заснован радни однос у државним органима.⁵¹

У институцијама БиХ, Агенција за државну службу аутоматски именује најбољег кандидата на основу резултата постигнутих у процесу тестирања, што је у складу са међународним стандардима. Међутим, у систему постоји снажно инсистирање на једнакој етничкој заступљености у овом процесу (као што је то и на другим административним нивоима у БиХ), што је у супротности са принципом професионалних способности. У Републици Српској, Агенција за државну службу предлаже кандидата са најбољим резултатом старешини државног органа (који је покренуо јавни конкурс),⁵² који је подзаконским актом обавезан да прихвати предлог Агенције.⁵³ Постоји, међутим, могућност да руководиоца не поштује законом предвиђени рок за именовање. У том случају цео процес се проглашава неважећим и треба га поновити.

У Србији је изменама и допунама Закона о државним службеницима из 2018. године донета важна квалитативна промена у завршној фази селекције кандидата – захтев да руководиоца органа изабере најбољег кандидата са листе успешних кандидата, а не једног од три најбоље ранжираних

⁴⁸ Закон о државној служби ФБИХ, чл. 31.

⁴⁹ SIGMA/OECD (2022), 77.

⁵⁰ Закон о државним службеницима и намјештеницима, *Сл. лист Црне Горе*, чл. 48.

⁵¹ SIGMA/OECD (2021 b), 66.

⁵² Правилник о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и запослење државних службеника, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 68/2009, чл. 21.

⁵³ *Ibid.*, чл. 25.

кандидата, што је у складу са Сигма принципима и добром европском праксом. Изменама и допунама Закона о државним службеницима руководиоци државног органа постали су обавезни да у року од 15 дана од дана пријема листе кандидата приме у радни однос кандидата који је са најбољим резултатом испунио мерила за избор.⁵⁴ У случају да најбоље ранжирани кандидати имају исти број бодова, а један од њих је из редова националне мањине, предност ће имати припадник националне мањине као вид афирмативне мере уведене да би се превазишао проблем неадекватне заступљености припадника националних мањина у државној управи Републике Србије.⁵⁵

5. Дужина процеса запошљавања и просечан број кандидата на конкурс

Имајући у виду да је један од циљева процеса запошљавања да организација добије нове запослене у право време, дужина трајања поступка запошљавања је такође важан показатељ делотворности овог процеса и валаности његовог правног оквира. Дужина процеса регрутације и селекције варира у земљама региона.

Тако, на пример, у ентитету Републике Српске, целокупан процес запошљавања траје од 60 - 70 дана, што је прилично кратак временски период који се може сматрати ефикасним.⁵⁶ Овако кратак временски оквир можда и не чуди имајући у виду да је једини метод селекције интервју са кандидатима за државне службенике, што значајно олакшава цео поступак. У Црној Гори у 2020. просечно време трајања поступка запошљавања, који укључује и писано и усмено тестирање, било је мање од 90 дана, што такође представља солидан временски оквир.⁵⁷ Релативно кратко време трајања поступка је делом и последица увођења електронских пријава за кандидате током пандемије КОВИД 19,⁵⁸ што је олакшало процес пријављивања и иницијалне селекције.

Са друге стране, анализирани подаци одабраних процедура запошљавања у институцијама БиХ, Федерацији БиХ, Србији и у Северној Македонији, показали су да поступак може трајати више од пет, а понекад и шест

⁵⁴ Закон о државним службеницима, чл. 57, ст. 2.

⁵⁵ Закон о државним службеницима, чл. 57, ст. 3. За анализу законских одредби којима се уводи ова афирмативна мера видети: М. В. Матијевић, „Афирмативне мере за запошљавање припадника националних мањина у државној управи Републике Србије: осврт на постојећа решења”, *Правни живот* 3/2019, 589–605. О стандарду адекватне заступљености припадника националних мањина у јавном сектору више у: М. V. Matijević, „Towards a Better Understanding of the Standard of Adequate Representation of Persons Belonging to National Minorities in Public Sector”, *Strani pravni život* 4/2019, 19–39.

⁵⁶ SIGMA/OECD, 2022, 78.

⁵⁷ SIGMA/OECD (2021b), 66.

⁵⁸ *Ibid.*

месеци, што је веома дуг временски период. Разлози за то су различити, од пандемије КОВИД 19 до стриктно регулисаних процедура давања сагласности на нова запошљавања која су била актуелна из разлога фискалних ограничења. Поред тога, у Федерацији БиХ један од главних разлога дугог трајања поступка запошљавања био је веома велики заостатак у решавању броја предмета од стране Одбора за жалбе Федерације БиХ, који решава како о жалбама кандидата за државне службенике и државних службеника органа Федерације БиХ, тако и државних службеника из кантона Федерације.⁵⁹ На нивоу институција БиХ, процедуре запошљавања су током 2020. године такође трајале неколико месеци или чак више од једне године. Разлог за то била је обавеза тражења сагласности Већа министара БиХ за сваки пријем у државну службу, због буџетских ограничења.⁶⁰ У Северној Македонији процедуре запошљавања такође понекад трају дуже од шест месеци.⁶¹ У Србији су процедуре запошљавања током 2020. године у просеку трајале око 148 дана,⁶² што је веома дуг период, а разлози се могу тражити у централизацији процеса селекције, ограничења која је наметнула пандемија КОВИД 19, као и обавези тражења одобрења за свако ново запослење од Министарства финансија.

Број кандидата који се пријављују на конкурс често се сматра једним од главних показатеља ефикасности процеса запошљавања и делотворности његовог правног оквира. Овај број такође варира од земље до земље. Према стандардима Сигме оптималан број пријављених кандидата на конкурс је 10 и више од тога. У земљама региона, највиши број пријављених кандидата који испуњавају услове конкурса био је 2021. године у институцијама БиХ – 7 кандидата, док је најнижи био у Црној Гори, само 3,2. (према подацима за 2020. годину). У Србији је број кандидата који испуњавају конкурсне услове у 2020. години био само 4, што је значајно мање у односу на 2016. годину када је био чак 13.⁶³ У Северној Македонији, са друге стране, увиђа се тренд раста у односу на 2016. годину када је само један кандидат у просеку конкурисао за радно место у државној управи, док је у 2020. години тај број износио 4, што и даље није довољно да обезбеди конкурентност конкурсне процедуре.⁶⁴ Више информација о просечном броју кандидата на конкурс може се наћи на графikonу бр. 1.

⁵⁹ SIGMA/OECD (2022), 78.

⁶⁰ *Ibid.*

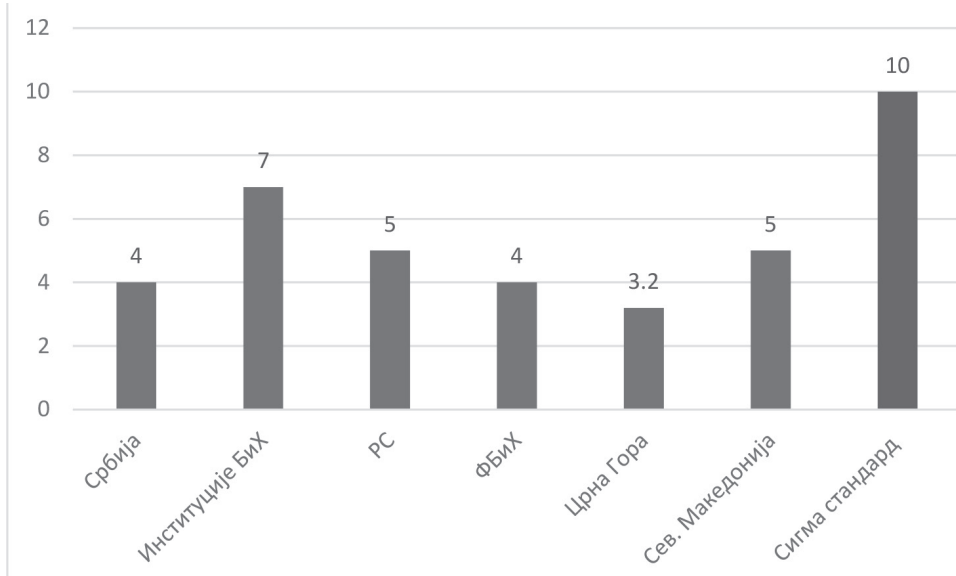
⁶¹ SIGMA/OECD, *Monitoring Report, The Principles of Public Administration, Macedonia*, November 2021, OECD publishing, 74, у даљем тексту SIGMA/OECD (2021c).

⁶² SIGMA/OECD (2021a), 73.

⁶³ SIGMA/OECD (2021a), 71.

⁶⁴ SIGMA/OECD (2021c), 74.

Графикон бр. 1 Просечан број пријављених кандидата који испуњавају услове конкурса у Србији, институцијама БиХ, Федерацији БиХ, Републици Српској и Црној Гори и СИГМА стандард



Извор: СИГМА извештаји о мониторингу Принципа јавне управе за БиХ за 2022. и Црну Гору, Северну Македонију и Србију за 2021. годину. Напомена: подаци за институције БиХ, Федерацију БиХ и РС су из 2021. године.

Закључак

Ова сажета упоредна анализа путева права у области запошљавања државних службеника у земљама региона показала је значајне напретке који су остварени у овој области у већини анализираних земаља у последњих неколико година, а који су у великој мери усагласили њихове правне оквире са међународним стандардима. У Србији је у процес управљања људским ресурсима уведен модел компетенција, које су постале основ за процес запошљавања, олакшана је пријава кандидата, уведено је обавезно писано тестирање и избор најбољег кандидата са листе успешних кандидата. Србију, међутим, и даље мучи проблем запошљавања на одређено време, као "заобилазница" принципа запошљавања на основу професионалних способности. У Црној Гори нови Закон о државним службеницима поставио је темеље за знатно поједностављенији систем пријаве кандидата, унапређење поступка тестирања и смањење степена дискреције руководиоца у избору кандидата, која, ипак, није у потпуности превазиђена. У институцијама БиХ напредак је остварен пре свега кроз увођење структурираног

интервјуа заснованог на компетенцијама, а на сва три нивоа власти у БиХ олакшана је пријава на конкурс заинтересованим кандидатима. У Северној Македонији, са друге стране, није било неких значајнијих побољшања у овој области.

Како солидан правни оквир није и гаранција добре праксе, суштинско питање је колико су заиста системи запошљавања унапређени и да ли се оно спроводи на основу принципа професионалних способности или неких других критеријума, као што су политичка повезаност или, код нас у региону већ добро познате, пријатељске или родбинске ”везе”? На ово питање, наравно, није лако дати тачан одговор без дубинског емпиријског истраживања, које би истражило ставове како државних службеника, тако и кандидата који су конкурисали за посао у државној управи. Подаци о броју пријављених кандидата које је прикупила Сигма указују, међутим, да број пријављених кандидата који испуњавају услове на конкурс у већини земаља не премашује број пет, што је знатно испод броја који одликује добру међународну праксу (10 и више), што великим делом указује на релативно низак степен поверења потенцијалних кандидата и јавности уопште у непристрасност поступка запошљавања.

Међутим, чини нам се да проблеме у процесу запошљавања не можемо сагледати у целини без узимања у обзир ширег друштвеног контекста, јер запошљавање у државној управи и јавном сектору уопште представља један део шире слагалице укупних економских и друштвених услова у земљи. Ако погледамо ову ширу слику, може се тврдити да је један од важних фактора релативно слабе привлачности рада у државној управи неефикасно опште тржиште рада, које карактерише низак и опадајући људски капитал, погоршан континуираном и растућом имиграцијом становника са подручја Западног Балкана у земље ЕУ и друге развијене економије. С обзиром на тренутне економске околности, погоршане недавном пандемијом КОВИД-а 19, земљама у региону није лако да створе ефикасно тржиште рада са високообразованим профилем запослених, што има негативан утицај на напоре државне управе да привуче што већи број кандидата који испуњавају услове конкурса. Из тог разлога, да би се побољшала привлачност рада у државној управи у земљама региона чини се да осигурање поштовања европских принципа јавне управе неће бити довољно. Постоји потреба да се уложи и додатни напори и развију посебне стратегије регрутације, укључујући јавне кампање за привлачење младих и образованих да развијају своју каријеру у државној управи, што би требало да повећа шансе државне управе земаља у региону да добију преко потребна знања и вештине како би на најбољи могући начин одговорили све комплекснијим савременим друштвеним изазовима.

Aleksandra RABRENOVIĆ

Senior Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

Milica V. MATIJEVIĆ

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

CHALLENGES IN THE PROCESS OF RECRUITMENT AND SELECTION OF CIVIL SERVANTS IN THE WESTERN BALKAN COUNTRIES

Summary

In this paper, the paths of law lead us to the countries of our region, Bosnia and Herzegovina, Montenegro, North Macedonia and Serbia. The authors analyse the regulations which govern recruitment and selection process of non-managerial civil servants in the respective countries and the challenges in their implementation in practice. In addition, they examine the duration of the recruitment procedure and the average number of candidates in the competition, as indicators of the efficiency and effectiveness of the recruitment and selection process. The authors conclude that over the past few years in some of the analyzed countries, especially in Serbia and Montenegro, and to some extent in BiH, there has been a significant improvement in the legal framework of the recruitment and selection procedure. However, it is necessary to continue to work on strengthening citizens' trust in the objectivity and impartiality of these procedures in all countries in the region, along with the development of strategic recruitment policies, in order to ensure that the civil service is able to attract and retain personnel with relevant knowledge and skills to be able to effectively respond to the challenges of a modern society.

Key words: *Recruitment and selection. – Civil servants. – Bosnia and Herzegovina. – Montenegro. – North Macedonia. – Serbia.*

Литература

Cardona, F. (2022), *CIDS Position Note on Recruiting for Defence Intelligence Services*,

Center for Integrity in the Defence Sector, необјављен рукопис.

Cardona, F. (2006), „Recruitment in Civil Service Systems of EU Member States and in Some Candidate States”, рад представљен на *Civil Service*

- Recruitment Procedures*, Vilnius, 21–22. март 2006, <https://idfi.ge/public/upload/pdf/civil%20service%20estonia.pdf>, 17. 8. 2023.
- Ђурић, В., Врањеш, Н. (2015), „Врсте и правна природа аката о пријему и постављењу државних службеника”, *Правна ријеч* 42, 381–401.
- Ingraham, P. W. (2006), „Building Bridges over Troubled Waters: Merit as a Guide”, *Public Administration Review* 4, vol. 66.
- Матијевић, В. М. (2019), „Афирмативне мере за запошљавање припадника националних мањина у државној управи Републике Србије: осврт на постојећа решења”, *Правни живот* 3, 589–605.
- Matijević, V. M. (2019), „Towards a Better Understanding of the Standard of Adequate Representation of Persons Belonging to National Minorities in Public Sector”, *Strani pravni život* 4, 19–39, doi: 10.5937/spz63-24844.
- OECD (2023), *Improving the Attractiveness of the Public Service*, OECD.
- Пусић, Е. (1973), *Наука о ујрави*, Школска књига, Загреб.
- Рабреновић, А., Малезић Рапајић, Т. (2022), „Реформа јавне управе у Србији у контексту европских интеграција”, у: *65 година од Римских ујвора: Евројска унија и њерсијективне евројских интјерација Срдије* (ур. Ј. Ђеранић Перишић, В. Ђурић, А. Вишекруна), Институт за упоредно право, Београд, 125–139.
- Рабреновић, А. (2023), „Правни оквир процеса запошљавања у државној управи Србије – новине и изазови”, у: *Ујореднојравни изазови у савременом јраву – In memoriam др Сјефан Андоновић* (ур. Ј. Рајић Ђалић), Институт за упоредно право, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Београд, 205–219.
- Rabrenovic, A., Knezevic Bojovic, A. (eds.), (2018), *Integrity and Good Governance in the Western Balkans*, RESPA.
- Sahling, J. M. (2012), „Civil Service Professionalism in the Western Balkans”, *SIGMA paper*, No. 48, Paris.
- Sahling, J. M. (2009), „Sustainability of Civil Service Reforms in Central and Eastern Europe Five Years After EU Accession”, *SIGMA Papers* No. 44, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/5kml6opvj mbq-en>.
- Sahling, J. M. et al. (2019), *Merit Recruitment in the Western Balkans: An Evaluation Change between 2015 and 2018*, RESPA, University of Nottingham
- SIGMA/OECD (2022), *Monitoring report: Principles of Public Administration, Bosnia and Herzegovina*, OECD publishing, Paris.
- SIGMA/OECD (2021), *Monitoring report: Principles of Public Administration, Serbia*, OECD publishing, Paris, SIGMA/OECD (2021a).
- SIGMA/OECD (2021), *Monitoring report: Principles of Public Administration, Montenegro*, OECD publishing, Paris, SIGMA/OECD (2021b).
- SIGMA/OECD (2021), *Monitoring report: Principles of Public Administration*,

- North Macedonia, OECD publishing, Paris, SIGMA/OECD (2021c).
- SIGMA/OECD (2019), *Methodological Framework for the Principles of Public Administration*, SIGMA/OECD.
- SIGMA/OECD (2017), *Principles of Public Administration*, OECD publishing, Paris.
- SIGMA/OECD (2014), *Principles of Public Administration*, OECD publishing, Paris.
- Врањеш, Н., Ђурић, В. (2016), „Поступак селекције управних службеника – европски стандарди и домаћи правни оквир”, *Правна ријеч* 46, 303–323.
- Врањеш, Н., Ђурић, В. (2017), „Поступак селекције управних службеника – Европски стандарди и домаћи правни оквир”, *Правна ријеч* 46, 303–323.
- Вукашиновић Радојичић, З. (2013), *Европски службенички сисџеми*, Криминалистичко полицијска академија.

Pravni izvori

- UN Convention against Corruption. 2003. <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>, 20. 8. 2022.
- Council of Europe’s Recommendation No. R (2000) 6 on the Status of Public Officials in Europe. <https://rm.coe.int/native/09000016804c3142>, 20. 8. 2022.
- Закон о државним службеницима, *Службени ѓласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022.
- Закон о државној служби у институцијама БиХ, *Сл. ѓласник БиХ*, бр. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12 и 93/17
- Закон о државној служби у Федерацији БиХ, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 29/2003, 23/2004, 39/2004, 54/2004, 67/2005, 8/2006, 77/2006- одлука УС, 45/2010 – др. закон, 4/2012, 99/2015 I 9/2017 – одлука УС.
- Закон о државним службеницима и намјештеницима, *Сл. лисѓ ЦГ*, бр. 2/2018, 34/2019, 8/2021.
- Правилник о карактеру и садржају јавног конкурса, начину провођења интервјуа и обрасцима за провођење интервјуа, *Службени ѓласник БиХ*, бр. 63/16, 21/17, 28/21, 38/23
- Правилник о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и запослење државних службеника, *Службени ѓласник Републике Српске*, бр. 68/2009, чл. 21.

НАКНАДНА ОЦЕНА СПРОВЕДЕНИХ КОНЦЕНТРАЦИЈА У ПРАВУ ЕУ – СЛУЧАЈ TOWERCAST

Сажељак

У марту 2023. године, Суд правде ЕУ је донео пресуду у предмету Towercast, којом се њелима за заштитију конкуренције земаља чланица ЕУ и националним судовима изричито даје овлашћење да на концентрације које не испуњавају ЕУ или националне прагове за пријаву концентрације, примењују члан 102. Уговора о функционисању ЕУ који реулише забрану злоупотребе доминантног положаја, под условом да су испуњени услови предвиђени тим чланом. Сходно овој пресуди, национално тело за заштитију конкуренције пред којим се води поступак (или суд), мора да утврди да ли стипалац контроле има доминантан положај и да ли својим понашањем на тржиштиу нарушава конкуренцију. То значи да се успоставља нова пракса охрабривања својеврсне накнадне контроле спроведених концентрација које иштеницијално нарушавају конкуренцију, а које претходно нису биле предмет контроле од стране ЕУ и које немају европску димензију.

Кључне речи: Towercast. – Контрола концентрација. – Злоупотреба доминантног положаја. – Убилачка преузимања. – Право конкуренције.

1. Увод

Доношење пресуде у предмету Towercast¹ представља још једну прекретницу у развоју права конкуренције Европске уније (ЕУ) и земаља чланица, будући да се њом даје још једна могућност телима за заштиту конкуренције земаља чланица да поступцима које спроводе буду обухваћене и концентрације чији учесници немају обавезу подношења пријаве Европској комисији, односно за које Европска комисија није надлежна.

* др Ивана Ракић, научни сарадник; Комисија за заштиту конкуренције, руководилац Сектора за испитивање концентрација; спољни сарадник Института за упоредно право; ORCID – 0000-0003-3659-5897, ivanaracic12@gmail.com. Ставови изнесени у раду лични су ставови аутора и не одражавају нужно ставове Комисије за заштиту конкуренције.

¹ Предмет С-449/21 – Towercast v. Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie, одлука Суда правде ЕУ од 16. марта 2023. године, ECLI:EU:C:2023:207.

Након доношења Упутства о примени механизма одвраћања из члана 22. Уредбе о концентрацијама на одређене категорије предмета у марту 2021. године,² којим је Европска комисија направила радикалан заокрет у примени наведеног члана, национална тела за заштиту конкуренције сада имају додатно овлашћење да фактички врше *ex-post* контролу односно оцелу концентрација које не подлежу обавези пријаве Европској комисији због неиспуњавања услова у погледу укупних годишњих прихода, укључујући тзв. „убилачка преузимања“ (*killer acquisitions*).³

„Убилачка преузимања“ су преузимања мањих иновативних (*start-up*) компанија у различитим привредним секторима, од стране доминантних компанија – лидера у областима свог пословања и снажних тржишних учесника, у циљу уклањања ових компанија у успону (као потенцијалних конкурената) и спречавања да постану њихови стварни конкуренти. Ради се о новим компанијама које, иако имају значајан потенцијал, по правилу не остварују довољно велике приходе (или уопште не остварују приходе) да би њиховим преузимањем настала обавеза пријаве концентрације Европској комисији и успоставила се надлежност Европске комисије.⁴

Као што се наведеним упутством успоставља нова пракса охрабривања националних тела и Европске комисије да врше контролу концентрација које немају тзв. европску (комунитарну) димензију, тако се и пресудом у предмету *Towercast* успоставља пракса охрабривања својеврсне накнадне контроле спроведених концентрација које потенцијално нарушавају конкуренцију, а које претходно нису биле предмет контроле од стране ЕУ.

Овај рад је отуда посвећен анализи случаја *Towercast* и његовом могућем утицају на правну сигурност и на стварање подстицаја учесницима на тржишту за повезивањем, као и пракси Комисије за заштиту конкуренције у погледу поступања у сличним ситуацијама.

2. Примена Уредбе ЕУ о концентрацијама

Европска комисија врши контролу концентрација пре спровођења концентрације (*ex-ante* контрола), тако да учесници на тржишту који намеравају да спроведу концентрацију морају да је пријаве и да од Европске

² Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases (*OJ C* 113, 31. 3. 2021).

³ Вид. И. Ракић, „Правци развоја контроле концентрација у ЕУ и Србији”, у: 65 година од Римских уговора: Евројска унија и њерсијективне евројских интеејрација Срдије (ур. Ј. Ђеранић Перишић, В. Ђурић, А. Вишекруна), Београд 2022, 144 и даље.

⁴ В. С. Cunningham, F. Ederer, S. Ма, „Killer Acquisitions”, *Journal of Political Economy* 3/2021, 649. и даље; М. Woźniak-Cichuta, „Teleological Perspective of EU Merger Control and its Interplay with Killer Acquisitions on Digital Markets”, in: *EU Antitrust: Hot Topics & Next Steps, Proceedings of the International Conference held in Prague on January 24–25, 2022* (ed. Václav Šmejkal), Praha 2022, 149–150; OECD (2020), Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf, 5. 12. 2022, 9.

комисије добију одобрење за њено спровођење, под условом да пријављена концентрација подлеже контроли, односно да се на њу могу применити прописи о контроли концентрација. Правила ЕУ о концентрацијама не предвиђају дефиницију концентрација, већ само наводе појединачне правне облике концентрација којима се обухватају све капиталне трансакције које доводе до укрупњавања учесника на тржишту и које морају бити предмет претходне контроле. Уколико се на концентрације не могу применити прописи о контроли концентрација, такве концентрације начелно нису предмет анализе надлежних тела за заштиту конкуренције, као ни Европске комисије.

На нивоу Европске уније примењује се Уредба Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту из 2004. године.⁵ Уредба ЕУ о концентрацијама прописује тзв. финансијске прагове чијим преласком за учеснике у концентрацији настаје обавеза пријаве, чиме ограничава своју примену само на концентрације које имају европску димензију. Прописани прагови (који се односе на укупне годишње приходе учесника у концентрацији) имају искључиви значај разграничења надлежности између органа ЕУ и надлежних тела земаља чланица – уколико концентрација има европску димензију она је у искључивој надлежности Комисије и на њу се примењује Уредба ЕУ о концентрацијама, а начелно се искључује надлежност тела земље чланице и примена њеног националног права.

Док нису била усвојена правила о контроли концентрација на нивоу ЕУ, Европска комисија и Суд правде су широким тумачењем покушавали да на концентрације примене одредбе Римског уговора које регулишу рестриктивне споразуме и злоупотребу доминантног положаја. На тај начин се дејство чл. 85. и 86, под одређеним условима, проширивало и на концентрације којима се стиче или јача доминантан положај на тржишту. Случајеви у којима су овакви ставови изнети јесу случајеви *Continental Can* из 1973. године и *Philip Morris* из 1987. године, када је Суд правде потврдио да се стицањем контроле над конкурентом може стећи доминантан положај на тржишту и да се такав положај може злоупотребити, што представља опасност од нарушавања конкуренције.

У случају *Continental Can*,⁶ иако је поништио одлуку Европске комисије која је сматрала да су учесници у концентрацији злоупотребили доминантан положај, Суд правде је потврдио став Комисије да учесник на тржишту може, под одређеним условима, злоупотребити свој доминантан положај стицањем већинског власничког учешћа у другом учеснику на тржишту који је његов конкурент. То је могуће када учесник на тржишту јача

⁵ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, br. L. 24/2004, даље у тексту: Уредба ЕУ о концентрацијама.

⁶ Случај *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, бр. 6-72, пресуда Суда од 21. 2. 1973, *ECR* 1973, 215.

свој доминантан положај повезивањем са другим учесницима на тржишту тако да уклања стварне или потенцијалне конкуренте на тржишту. Овом пресудом, Суд је фактички омогућио контролу концентрација применом члана 86. који се односи на забрану злоупотребе доминантног положаја.⁷

Наведена тумачења Суда правде ипак нису била погодна за систематску контролу концентрација, јер је примена чл. 85. и 86. имала веома ограничено дејство и није била довољна да се обезбеди заштита конкуренције.⁸ У складу са чланом 85, контрола је била могућа само у случају закључивања уговора и искључивала је стицање потпуне контроле, док је у складу са чланом 86, контрола била могућа само када су учесници већ стекли доминантан положај, и по правилу се вршила након реализоване концентрације, што је значило вршење *ex-post* контроле и стварање високих трошкова у случају евентуалног развргавања новонасталих ентитета на тржишту. То је био један од најважнијих разлога за усвајање Уредбе ЕУ о концентрацијама из 1989. године, иако су на усвајање Уредбе утицали и други чиниоци. Циљ Уредбе је био да се директном применом на концентрације са европском димензијом обезбеди њихова контрола на „једном месту“. Коначно, од 2004. године се примењује нова уредба, која предвиђа исте принципе као и Уредба из 1989. године.⁹

Случај *Towercast* је пандан предмету *Continental Can*, с том разликом да у време случаја *Continental Can* нису постојала правила о контроли концентрација. Због тога се не може говорити о истим условима за примену члана 102 Уговора о функционисању ЕУ на концентрације, што ће у наставку бити објашњено.

3. Случај TOWERCAST

Пресуда у предмету *Towercast* донета је као одлука о претходном питању (тзв. прелиминарна одлука) у поступку *Towercast v Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie*, који је покренут на захтев Апелационог суда у Паризу, а на основу члана 267. Уговора о функционисању ЕУ. Захтев за одлучивање по претходном питању и доношење прелиминарне одлуке су се односили на тумачење члана 21(1) Уредбе ЕУ о концентрацијама. Према члану 21(1), ова уредба се примењује само на концентрације дефинисане чланом 3. Уредбе и не примењује се на концентрације које немају европску димензију. Захтев Апелационог суда у Паризу је постављен у оквиру спора између друштва *Towercast SASU* и француског тела за заштиту

⁷ Вид. тач. 18–28. пресуде Суда у случају *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*.

⁸ Вид. С. Граић Степановић, „Фузија предузећа у антимонополском праву Европске уније”, *Право и људска права* 1-2/2000, 45.

⁹ Вид. И. Ракић, *Концентрације привредних субјеката у Републици Србији са освртом на право Европске уније*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2014, 38–44.

конкуренције (Autorité de la concurrence) и француског Министарства привреде, а поводом одлуке којом се одбија притужба друштва Towercast због злоупотребе доминантног положаја. Овом поступку су претходиле следеће околности.

Друштво Télédiffusion de France (TDF), које је у Француској пружало услуге емитовања телевизијског програма коришћењем дигиталне терестријалне мреже, односно телевизијске технологије – Digital Terrestrial Television (DTT), 2016. године је реализовало трансакцију која се односила на стицање појединачне контроле над привредним друштвом Itas, које је пословало у истом сектору, и то куповином свих акција друштва Itas. Стицање контроле над друштвом Itas није било предмет претходне контроле концентрација, ни пред Европском комисијом ни пред француским телом, јер учесници у концентрацији нису остваривали приходе који су били предвиђени као услов за подношење пријаве према правилима ЕУ и правилима Француске. Такође, спровођење трансакције није довело ни до упућивања поступка Европској комисији на основу члана 22. Уредбе ЕУ о концентрацијама.

Друштво Towercast, као конкурент који такође пружа услуге путем DTT технологије у Француској, 2017. године је упутило француском телу за заштиту конкуренције притужбу у вези са праксом која се спроводи у области DTT. Ово друштво је указало на то да преузимање друштва Itas од стране друштва TDF представља злоупотребу доминантног положаја, јер нарушава конкуренцију на veleпродајном узлазном и силазном тржишту емитовања DTT, тиме што значајно јача постојећи доминантан положај друштва TDF на тим тржиштима.

Француско за заштиту конкуренције је 2020. године донело одлуку којом утврђује да притужба против TDF групе друштава није доказана и да сходно томе не треба наставити предметни поступак. Комисија је закључила да је доношењем Уредбе о концентрацијама из 1989. године утврђена јасна граница између контроле концентрација и других поступака заштите конкуренције, што је потврђено и Уредбом из 2004. године. Због тога је примена члана 102 Уговора о функционисању ЕУ постала беспредметна, ако конкретан учесник на тржишту није извршио злоупотребу доминантног положаја која се може одвојити од те концентрације. Друштво Towercast је поднело суду тужбу против ове одлуке француског тела.

Друштво Towercast се у тужби позвало на пресуду у предмету *Continental Can* из 1973. године, наводећи да је том пресудом Суд пресудио да је Европска комисија могла законито да примени тадашњи члан 86 Римског уговора (садашњи члан 102 Уговора о функционисању ЕУ) на концентрације учесника на тржишту и да су начела из те пресуде и даље релевантна. Друштво Towercast сматра да увођење контроле концентрација није значило престанак примене члана 102 Уговора о функционисању ЕУ на концентрације које немају европску димензију, затим да члан 102 има директну примену, као и да у погледу спроведених концентрација које немају

европску димензију треба спровести *ex-post* контролу ових концентрација у складу са чланом 102 Уговора о функционисању ЕУ.

Француско тело је своју аргументацију засновало на ставу да систем контроле концентрација успостављен у ЕУ искључује *ex-post* поступке који се воде због закључења рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја.

Апелациони суд, који је упутио захтев за одлучивање о претходном питању, истиче да је члан 102 Уговора о функционисању ЕУ одредба која има директну примену и поставља питање да ли се изузетак предвиђен чланом 21(1) Уредбе ЕУ о концентрацијама примењује и на концентрације које нису биле предмет никакве *ex-ante* контроле. Апелациони суд је Суду правде поставио следеће претходно питање: треба ли члан 21. Уредбе ЕУ о концентрацијама тумачити тако да он онемогућава национално тело за заштиту конкуренције да концентрацију, која нема европску димензију и која је спроведена без било какве претходне контроле, анализира као злоупотребу доминантног положаја која је забрањена чланом 102 Уговора о функционисању ЕУ.¹⁰ Поставља се дакле питање да ли национално тело за заштиту конкуренције може вршити накнадну контролу спроведених концентрација након којих је одређени учесник на тржишту стекао доминантан положај, а које нису биле предмет претходне контроле због тога што немају европску димензију.

Одлучујући о овом претходном питању, Суд правде је констатовао да је смисао члана 21(1) Уредбе ЕУ о концентрацијама да разграничи примену ове уредбе само на концентрације дефинисане чланом 3. ове уредбе, на које се Уредба 1/2003 начелно не примењује. Затим се наводи да тиме није одговорено на питање да ли члан 102 Уговора о функционисању ЕУ ипак може да се примени на концентрацију која нема европску димензију и која није била предмет претходне контроле концентрација. Зато Суд правде сматра да се не може закључити да је законодавац намеравао да учини беспредметном контролу концентрације која се на националном нивоу спроводи на основу члана 102 Уговора о функционисању ЕУ.¹¹

Суд сматра се не може сматрати да се националним телима ускраћује могућност да на концентрације примењују одредбе Уговора о функционисању ЕУ које се односе на заштиту конкуренције, посебно јер и Уредбу ЕУ о концентрацијама треба посматрати као део законодавне целине којом се спроводе чл. 101 и 102 Уговора о функционисању ЕУ и којом се темељи систем контроле који гарантује да конкуренција на тржишту ЕУ не буде нарушена.¹²

¹⁰ Вид. тач. 29. пресуде у предмету C-449/21 – *Towercast v. Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie.*

¹¹ Вид. тач. 30-38. пресуде у предмету C-449/21 – *Towercast v. Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie.*

¹² Вид. тач. 39. пресуде у предмету C-449/21 – *Towercast v. Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie.*

Из Уредбе ЕУ о концентрацијама, како Суд наводи, произлази да иако се њом успоставља *ex-ante* контрола концентрација са европском димензијом, она ипак не искључује *ex-post* контролу концентрација које немају европску димензију. То значи да се Уредба ЕУ о концентрацијама примењује само на концентрације са европском димензијом, а да је допуштено да одређене концентрације не буду предмет *ex-ante* контроле а да ипак буду предмет *ex-post* контроле.¹³ Суд даље наводи да би супротно тумачење, које заговара француско тело за заштиту конкуренције, водило одбацивању директне примене одредбе примарног права због доношења секундарног извора права ЕУ. То значи да се националним телима не може бранити да примењују члан 102 Уговора о функционисању ЕУ на концентрације, посебно зато што се на концентрације које немају европску димензију примењује национално право земаља чланица и томе се не може нико противити. Забрана злоупотребе доминантног положаја је јасна, прецизна и безусловна, и има директну и самосталну примену.¹⁴

Сходно наведеном, на концентрације које немају европску димензију може се применити члан 102 Уговора о функционисању ЕУ, ако су испуњени услови предвиђени овим чланом за утврђивање постојања злоупотребе доминантног положаја. Надлежно тело или национални суд пред којим се води поступак је у обавези да утврди да ли је стицалац контроле у предметној спроведеној концентрацији, стекао доминантан положај и да ли је својим поступањем значајно нарушио конкуренцију на релевантном тржишту.¹⁵ С обзиром на све наведено, Суд на постављено претходно питање одговара потврдно и наводи да члан 21(1) Уредбе ЕУ о концентрацијама треба тумачити тако да он не искључује могућност да национално тело за заштиту конкуренције или национални суд, концентрацију која нема европску димензију и која је спроведена без претходне контроле, анализира као злоупотребу доминантног положаја која је забрањена чланом 102 Уговора о функционисању ЕУ.¹⁶

То значи да национална тела и судови могу да врше накнадну контролу спроведених концентрација које немају европску димензију и које нису биле предмет претходне контроле, применом правила о забрани злоупотребе доминантног положаја, али само под условима предвиђеним овим правилима.

¹³ Вид. тач. 40-41. пресуде у предмету C-449/21 – *Towercast v. Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie*.

¹⁴ Вид. тач. 42-51. пресуде у предмету C-449/21 – *Towercast v. Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie*.

¹⁵ Вид. тач. 52. пресуде у предмету C-449/21 – *Towercast v. Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie*.

¹⁶ Вид. тач. 53. пресуде у предмету C-449/21 – *Towercast v. Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie*.

4. Закључак

Имајући у виду природу донете пресуде у предмету *Towercast*, може се рећи да је она од изузетног значаја за развој права конкуренције ЕУ. Одлуке о претходним питањима омогућавају, првенствено националним судовима да приликом примене права ЕУ примене тумачење Суда правде изнето у прелиминарној одлуци. Пресудом у предмету *Towercast*, Суд правде је разрешио евентуалну дилему у погледу одвојене примене правила о контроли концентрација и забрани злоупотребе доминантног положаја на концентрације које немају европску димензију.

Изнето тумачење се може сматрати правилним, јер се ради о различитим ситуацијама и различитим правилима која нису међусобно искључива. Уредба ЕУ о концентрацијама се примењује на концентрације са европском димензијом, при чему се не искључује примена других правила на концентрације које немају европску димензију, као што је примена члана 102 Уговора о функционисању ЕУ. Ипак, треба водити рачуна да се члан 102 у том случају не односи на *концентрације*, већ на *понашање учесника на тржишту* који је након спровођења концентрације стекао доминантан положај и својим понашањем на тржишту злоупотребио тако стечен положај и значајно нарушио конкуренцију. Отуда и потреба да се оваква примена члана 102 сматра својеврсном накнадном контролом концентрација које немају европску димензију. Дакле, у конкретном случају не ради се о *контроли концентрација*, већ о примени забране злоупотребе доминантног положаја, без обзира на то што је доминантан положај стечен путем концентрације које није претходно била предмет контроле. Осим тога, овакви накнадни поступци се могу водити само уз испуњење строгих критеријума за примену члана 102. Стога се не може говорити о угрожавању правне сигурности и строжем приступу у примени правила ЕУ (иако постоје таква мишљења¹⁷), јер је јасно који су услови за утврђивање подреде конкуренције у том погледу.

Наведеним тумачењем јесу подстакнути национални судови и тела за заштиту конкуренције да воде овакве поступке, али то не значи да ће у пракси доћи до пораста броја ових поступака нити да се тиме проширују надлежности за оцену концентрација које немају европску димензију. Услови за примену члана 102 су веома строги и на националним телима и судовима је велики терет доказивања да је понашањем неког доминантног друштва нарушена конкуренција. Јасно је да се овим путем могу обухватити

¹⁷ Вид. J. Mulder, W. Sauter, „A new regime for below threshold mergers in EU competition law? The Illumina/ Grail and Towercast judgments”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023, 11, 550–553; R. Podszun, „Thresholds of Merger Notification: The Challenge of Digital Markets, the Turnover Lottery, and the Question of Re-interpreting Rules”, July 27, 2023, <https://ssrn.com/abstract=4522433>; A. S. D’Amico, „Closing the tech acquisitions enforcement gap: from article 22 to article 102”, *European Competition Journal*, doi: 10.1080/17441056.2023.2270744, 2023, 17 и даље.

потенцијално проблематичне концентрације које другачије не би могле бити предмет оцене дозвољености у ЕУ и земљама чланицама, али то не значи да се њихова контрола врши мимо прописа о заштити конкуренције.

Учесници на тржишту су свакако стално под надзором тела за заштиту конкуренције, тако да се не може рећи да им се овом пресудом умањује предвидљивост у пословању, као и у понашању тела за заштиту конкуренције. Јасно је да ће учесници на тржишту сада имати већу одговорност, али треба имати у виду и да у евентуалним поступцима због злоупотребе доминантног положаја они нису под надзором због тога што су стекли контролу над другим учесником на тржишту, већ зато што је њихово понашање проблематично с аспекта примене права конкуренције.

Практични проблеми који могу настати у вези са пресудом у предмету *Towercast*, односе се на кључно питање шта ће се сматрати проблематичним понашањем које испуњава критеријуме за злоупотребу доминантног положаја. Потребно је водити се ставом Суда да се у том случају морају испунити услови из члана 102 Уговора о функционисању ЕУ, и да се националним телима и судовима препушта да процене да ли стичалац контроле који има доминантан положај тим понашањем значајно нарушава конкуренцију.

Може се поставити и питање какав ће практични утицај ова пресуда имати на рад националних тела за заштиту конкуренције и националних судова, као и на њихов однос за Европском комисијом, будући да већина земаља уређује систем контроле концентрација по узору на право ЕУ. Може се видети и да је белгијско тело већ окончало један такав поступак, при чему је сврха тог поступка била да се утврди да ли „преузимање контроле“ над другим учесником, у конкретном случају, представља повреду члана 102 Уговора о функционисању ЕУ. Овакво тумачење пресуде *Towercast*, међутим, може створити правну несигурност, јер се конкуренција нарушава *ионашањем* неког учесника на тржишту, а не *преузимањем контроле* (као наводном радњом злоупотребе доминантног положаја), као што је проценило белгијско тело.¹⁸ Чини се ипак да то није смисао наведене пресуде.

У том погледу се поставља и питање како ће донета пресуда одразити и на право конкуренције у Републици Србији? Може се рећи да Комисија за заштиту конкуренције већ тумачи одредбе Закона о заштити конкуренције¹⁹ на наведени начин и при томе се угледа на праксу Европске комисије, што се може видети из закључка о покретању поступка испитивања повреде конкуренције против друштва *Glovoapp Technology doo Beograd* због злоупотребе доминантног положаја.²⁰ Ово друштво је основано 2019. године када су на тржишту пословале још најмање две платформе – *Donesi* и *Wolt*,

¹⁸ Proximus/EDPnet (Towercast case law): the Belgian Competition Authority terminates proceedings following the divestiture of EDPnet to Citymesh, Belgian Competition Authority, Press Release N° 51/2023, 6 November 2023.

¹⁹ Службени гласник РС, бр. 51/09 и 95/13.

²⁰ Закључак број 5/0-01-758/2022-01 од 2. 11. 2022.

да би се након преузимања платформе Donesi од стране друштва Glovo током 2021. године променила и структура овог тржишта, а Glovo је значајно проширио мрежу пословања и драстично повећао свој тржишни удео. Из навода у овом закључку и јавно доступних података, може се закључити да стицање контроле над платформом Donesi није било предмет контроле концентрација. Стога, не би требало очекивати нове измене Закона о заштити конкуренције и постојећих подзаконских прописа како би се поступало у складу са ставом Суда правде, јер Комисија већ има правни оквир за поступање на наведени начин.

Ivana RAKIĆ

Research Fellow

Commission for Protection of Competition, Head of the Merger Control Division
Institute of Comparative Law, External Associate

EX-POST REVIEW OF IMPLEMENTED MERGERS IN THE EU COMPETITION LAW – TOWERCAST CASE

Summary

In March 2023, the Court of Justice of the European Union has brought the decision in Towercast case which explicitly empowers the national competition authorities and national courts in EU member states, to apply Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union which regulates the prohibition of abuse of a dominant position, to mergers that do not meet EU or national merger notification thresholds, provided that the conditions stipulated in that article are met. According to this judgement, the national competition authority or court which conducts the proceeding must determine whether the acquirer of control has a dominant position and whether its behavior on the market distorts competition. This means that a new practice of encouraging a kind of ex-post control of implemented mergers that potentially impede competition, which were not previously subject to control by the EU and which do not have a European dimension, is being established.

Key words: Towercast Case. – Merger Control. – Abuse of Dominant Position. – Killer Acquisitions. – Competition Law.

Litratura

Cunningham, C., Florian, E., Song, M. (2021), „Killer Acquisitions”, *Journal of Political Economy* 3, 649–702.

- D'Amico A., S. (2023), „Closing the tech acquisitions enforcement gap: from article 22 to article 102, *European Competition Journal*, doi: 10.1080/17441056.2023.2270744.
- Граић Степановић, С. (2000), „Фузија предузећа у антимонополском праву Европске уније”, *Право и њивреда* 1-2, 37–63.
- Mulder, J., Sauter, W. (2023), „A new regime for below threshold mergers in EU competition law? The Illumina/ Grail and Towercast judgments”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 11, 544–553.
- Podszun, R. (2023), „Thresholds of Merger Notification: The Challenge of Digital Markets, the Turnover Lottery, and the Question of Re-interpreting Rules”, July 27, 2023, <https://ssrn.com/abstract=4522433>.
- Ракић, И. (2014), *Концентрације њивредних субјеката у Републици Србији са осврћом на њраво Евројске уније*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Ракић, И. (2022), „Правци развоја контроле концентрација у ЕУ и Србији”, у: *65 година од Римских ујовора: Евројска унија и њерсјективне евројских њивредација Србије* (ур. Ј. Геранић Перишић, В. Ђурић, А. Вишекруна), Београд, 143–155.
- Woźniak-Cichuta M. (2022), „Teleological Perspective of EU Merger Control and its Interplay with Killer Acquisitions on Digital Markets”, in: *EU Antitrust: Hot Topics & Next Steps, Proceedings of the International Conference held in Prague on January 24–25, 2022* (ed. Václav Šmejkal), Praha, 149–164.

Правни извори

- OECD, Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control, 2020, www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf, 31. 10. 2023.
- Предмет С-449/21 – *Towercast v. Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie*, одлука Суда правде ЕУ од 16. марта 2023. године, ECLI:EU:C:2023:207.
- Предмет *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, бр. 6-72, пресуда Суда од 21. 2. 1973, ECR 1973.

UTICAJ ČLANA 22 OPŠTE UREDBE O ZAŠTITI PODATAKA O LIČNOSTI NA PAMETNE UGOVORE U OSIGURANJU

Sažetak

Pametni ugovori predstavljaju inovativnu tehnološku revoluciju, i kao takvi mogu biti od posebnog značaja za osiguravajuća društva. U radu autor istražuje ključne aspekte primene pametnih ugovora u osiguranju, uključujući prednosti, izazove i aktuelne trendove. Pametni ugovori omogućavaju značajno unapređenje operativnih procesa, poboljšavaju sigurnost transakcija i donose promene u regulativnom okruženju osiguranja. Međutim, postavlja se pitanje kakva je uloga člana 22 Opšte uredbe o zaštiti podataka o ličnosti (GDPR) koji omogućava osiguraniku da se na njega ne primenjuje odluka zasnovana isključivo na automatskoj obradi ukoliko su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi. U prvom delu autor analizira pojam pametnih ugovora, kao i prednosti i mane njihove primene za industriju osiguranja. U drugom delu, obrađuje se uticaj člana 22 GDPR-a na primenu pametnih ugovora, uz predloge kako da se izbegnu povrede odredaba GDPR-a.

Ključne reči: Pametni ugovor. – Automatizovano donete odluke. – GDPR. – Osiguravajuća društva. – Podatak o ličnosti.

1. Uvod

Pametni ugovori predstavljaju tehnološku inovaciju koja može doprineti olakšanju pravnog prometa u različitim sektorima privrede, pa tako i u industriji osiguranja. Pametni ugovor predstavlja ideju koja se zasniva na sistematskom izvršavanju ugovora između povezanih strana,¹ a prvi ga pominje Nik Sabo.² On je definisao pametne ugovore kao „kompjuterizovani protokol transakcija koji izvršava uslove ugovora“. Svrishodnost pametnih ugovora bio je da se proširi funkcionalnost POS (Point of Sale) terminala. Sabo je još 1996. godine definisao četiri cilja pametnih ugovora: posmatranje, proverljivost, privatnost i

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, iva.tosic@pravnofakultet.edu.rs

¹ D. V. Kilpin *et al.*, „A Critical Review into the Digital Transformation of Land Title Management: The Case of Mining in Zimbabwe“, in: *Cybersecurity in the Age of Smart Societies*, Springer, 2022, 38.

² Za više vid. N. Szabo, „The idea of smart contracts“, in: *Nick Szabo's Papers and Concise Tutorials*, vol 6, 1997; N. Szabo, „Formalizing and Securing Relationships on Public Networks“, *First Monday* 9/1997, Vol. 2.

sprovedenje.³ Pametni ugovori se zasnivaju na blockchain tehnologiji – bazi podataka u kojoj su podaci nakon unosa nepromenljivi (ireverzibilnost), a ta baza je distribuirana (tj. pohranjena istovremeno na većem broju računara), te ne postoji mogućnost da se iz jednog centra utiče na njen sadržaj.⁴

Industrija osiguranja tradicionalno se oslanjala na složene procese i obimnu dokumentaciju za utvrđivanje i naknadu štete. Međutim, pojava pametnih ugovora omogućava potpuno drugačije razmatranje ovih procesa. Oni omogućavaju automatizaciju, transparentnost i sigurnost u osiguravajućim transakcijama, čime potencijalno transformišu način na koji se osiguranje kupuje, prodaje i reguliše. Veza između automatizacije - što je karakteristika pametnih ugovora - i osiguranja je intrigantna zbog mogućeg uticaja, posebno u pogledu operativne efikasnosti i sigurnosti u sprovođenju transakcija.⁵ Neki od primera primene pametnih ugovora u osiguranju odnose se na osiguranje putovanja koje se automatski aktivira na osnovu GPS lokacije putnika i osiguranje imovine koje se aktivira na osnovu senzora za detekciju požara ili provala. Studije slučaja pokazuju da su ovi sistemi efikasni i smanjuju potrebu za dugim procesima prijave i evaluacije štete.

Međutim, postavlja se pitanje kakav je uticaj odredaba Opšte uredbe za zaštitu podataka o ličnosti (General Data Protection Regulation- GDPR), a posebno člana 22 na pametne ugovore. Naime, kao što smo pomenuli automatizovano donošenje odluka je osnovna karakteristika pametnih ugovora, dok član 22 predviđa da lice na koje se podaci odnose ima pravo da se na njega ne primenjuje odluka zasnovana isključivo na automatskoj obradi, uključujući i profilisanje, koja proizvodi pravne efekte koji se na njega odnose ili na sličan način značajno utiču na njega. Međutim, GDPR predviđa i neke izuzetke od ovog osnovnog pravila. Stoga, potrebno je analizirati odnos između tehnološke revolucije kao što su pametni ugovori, i svih prednosti koje oni nose, i odredaba GDPR-a koje teže zaštititi lica na koje se podaci odnose.

2. Pametni ugovori u osiguranju

Pametni ugovori predstavljaju jednu od najuspešnijih i najkorisnijih aplikacija blockchain tehnologije. Oni su programabilni kodovi koji se ugrađuju i potvrđuju u blockchain mreži, što omogućava da postanu nepromenljivi i automatizovani u izvršavanju.⁶

Za razliku od tradicionalnih ugovora koji se zaključuju putem papirne dokumentacije ili platformi za elektronsku trgovinu, pametni ugovori funkcionišu

³ Za više vid. Y. Kemmoe *et al.*, „Recent Advances in Smart Contracts: A Technical Overview and State of the Art”, *IEEE Access* 2020, Vol. 8, 117782–117801.

⁴ M. Cvetković, „Smart ugovori: revolucija ili komplikacija?”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 85/2019, 226.

⁵ A. Borseli, „Smart Contracts in Insurance: A Law and Futurology Perspective”, *InsurTech: A Legal and Regulatory View* 2020, 102.

⁶ A. Đurović, „Pametni ugovori kao inovacija u pravu osiguranja”, *Pravo i privreda* 3/2020, 307.

na blockchain mreži. Ovo im omogućava da izvršavaju različite akcije i uslove automatski i bez potrebe za posredovanjem. Stoga se pametni ugovori često definišu kao poseban protokol koji ima za cilj da doprinese, verifikuje ili sprovede pregovore ili izvršenje ugovora bez mešanja treće strane na sledljiv i nepovratan način.⁷ Ključna karakteristika pametnih ugovora je ispunjenje obaveza bez potrebe za ljudskim učešćem. Međutim, potpuna automatizacija je prepreka za komplikovane ugovore odnose i postojeću praksu.⁸

2.1. Pojam i primena u osiguranju

Pametni ugovori kao što smo videli predstavljaju jedan od potencijala blockchain tehnologije koji nudi mogućnost široke primene u industriji osiguranja.⁹ Oni omogućavaju jedan novi nivo poverenja jer su osiguranici svesni da nema nikakvih potencijalnih komplikacija oko realizacije ugovora. Pored toga, ponuda proizvoda se širi i smanjuju se troškovi jer pametni ugovori omogućavaju jednostavno ugovaranje i realizaciju. Prateća pojava primene pametnih ugovora je i jedan sasvim novi stepen transparentnosti.¹⁰

Ceo ciklus njihove primene sastoji se od četiri koraka: kreiranja, implementacije, izvršenja i završetka pametnih ugovora.¹¹ Najpre se više strana uključenih u transakciju dogovara oko prava i obaveza iz ugovornog odnosa. Zatim se angažuju stručnjaci da ugovor pretvore u programski jezik koristeći logičke strukture. Validirani ugovori se zatim implementiraju na platforme na vrhu blockchajna. Pametni ugovori, kada se jednom implementiraju, ne mogu se menjati zbog svojstva nepromenljivosti blockchajna. Digitalni novčanici ugovornih strana se zamrzavaju kako bi se, ako bilo koja strana prekrši ugovor, unapred definisana kazna naplatila iz digitalnog novčanika. Nakon implementacije pametnih ugovora, ugovorne klauzule se izvršavaju. Kada se uslov ispuni, odgovarajući skup izjava se automatski izvršava, a izvršena transakcija se skladišti u blockchain-u. Nakon što se pametni ugovori izvrši, novo stanje učesnika se ažurira. Osim toga, digitalni resursi preneti u transakciji takođe se ažuriraju, kao i digitalni novčanici uključenih strana. Na kraju ovog koraka, pametni ugovor se smatra završenim.¹²

Primena pametnih ugovora je posebno pogodna za sporazume koji na početku imaju jasno definisane obaveze i parametre. Stoga, u osiguranju pametni

⁷ M. Durovic, A. Janssen, „The formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?“, in: *Smart Contracts and Blockchain Technology: Role of Contract Law* (eds. Larry DiMatteo, Michael Cannarsa, Cristina Poncibo), Cambridge University Press, Cambridge 2019, 7.

⁸ D. Glušac, „Pravni okvir regulisanja pametnih ugovora“, in: *Sadašnjost i budućnost uslužnog prava*, Kragujevac, 2022, 433.

⁹ Za više vid. T. Piljan, *et al.*, „Uticaj blockchain tehnologije na osiguranje“, *Vojno delo* 2/2018, 360–373.

¹⁰ S. Nuhbegović, „Blockchain i industrija osiguranja“, *Svijet osiguranja* 2019, 24.

¹¹ Za više vid. Z. Zheng *et al.*, „An Overview on Smart Contracts: Challenges, Advances and Platforms“, *Future Generation Computer Systems* 2020, Vol. 105, 475–491.

¹² G. Kaur *et al.*, *Understanding Cybersecurity Management in Decentralized Finance - Challenges, Strategies, and Trends*, Springer, 2023, 15.

ugovori mogu imati široku primenu. Primera radi, kod mikro osiguranja posrednici mogu verifikovati i zabeležiti mala potraživanja osiguranja na distributivnoj digitalnoj knjizi udela kako bi pokrenuli brzu isplatu.¹³ Putno osiguranje predstavlja još jednu vrstu osiguranja gde pametni ugovori mogu imati značajnu ulogu. Proizvod Fizzy pokrenula je francuska osiguravajuća kompanija AXA i predstavlja pametno putno osiguranje koje pokriva štetu nastalu usled kašnjenja avionskog leta. Pametni ugovor prima informacije od globalnih baza letova, te ukoliko se desi da je let odložen za dva ili više sati, onog trenutka kada to kašnjenje evidentiraju zvanične baze podataka o letovima ugovor se automatski izvršava i korisniku se isplaćuje naknada iz osiguranja.¹⁴ Pametni ugovori mogu se primeniti i kod odštetnih zahteva. Osiguranik može zaključiti ugovor sa osiguravajućem društvom da se korisnicima osiguranja u slučaju smrti osiguranika isplatiti osigurana suma. Na osnovu izvoda iz matične knjige umrlih, pametni ugovor može automatski proveriti da li je preminula osoba bila osigurana, a zatim pokrenuti postupak obrade i isplate osigurane sume korisnicima osiguranja.¹⁵ Zbog nedostatka automatizacije u osiguranju, obrada zahteva može trajati dugo u rasponu od nekoliko nedelja do nekoliko meseci. Ovo postaje problem i za klijente i za osiguravajuća društva jer su osiguranici zarobljeni u vremenskim ograničenjima svog novca.¹⁶ Iz svega navedenog možemo zaključiti da pametni ugovori mogu imati široku primenu u osiguravajućim društvima. Iako se na taj način omogućavaju znatne prednosti, ipak pametni ugovori imaju i neke nedostatke.

2.2. Prednosti i nedostaci primene pametnih ugovora u osiguranju

Kada se ispune određeni uslovi, pametni ugovori se automatski izvršavaju, te na taj način eliminišu potrebu za posrednicima ili trećim stranama. Preciznost i transparentnost pametnih ugovora smanjuje potrebu za sporovima između ugovornih strana. Mogu se izvršavati bilo gde u svetu gde postoji pristup internetu i blockchain mreži, bez geografskih ograničenja. Oni omogućavaju značajnu uštedu vremena i resursa, jer nema potrebe za dugotrajnim procesima overe i posredovanjem. Programirani su da budu precizni i dosledni u primeni pravila, što smanjuje rizik od ljudske greške ili subjektivnih tumačenja.

Pametni ugovori se oslanjaju na logiku programiranja „ako–onda“ i pomažu da se osiguraju nepromenljivost, bezbednost, privatnost, smanjeni troškovi

¹³ K. Tomić, „Blockchain tehnologija, pametni ugovori i njihova implementacija u industriji osiguranja“, *Pravo i praksa osiguranja - izazovi, nove tehnologije i korporativno upravljanje*, Palić 2018, 142.

¹⁴ S. Nuhbegović, 24.

¹⁵ K. Tomić, 141.

¹⁶ M. Boban, J. Radalj, „Regulativa i primjena blockchain tehnologije i pametnih ugovora u suvremenom elektroničkom poslovanju“, *Unaprjeđenje kvalitete studiranja na pravnim fakultetima u Hrvatskoj*, Rijeka 2021, 143.

i automatizacija.¹⁷ Kao što smo videli, njihova primena u osiguranju omogućava značajno unapređenje operativne efikasnosti jer se automatski ispunjavaju kada su uslovi polise ispunjeni, bez potrebe za angažovanjem ljudskih resursa unutar samog osiguravajućeg društva ili posrednika. Smanjuje se potreba za intervencijom od strane zaposlenih i eliminišu se dugotrajni administrativni koraci. Na taj način, pametni ugovori omogućavaju brzu i automatsku obradu šteta na osnovu unapred definisanih uslova, što skraćuje vreme čekanja na isplatu klijentima. Eliminisanje potrebe za posrednicima i manuelnim procesima može smanjiti operativne troškove osiguravajućih kompanija, što može dovesti i do nižih premija za osiguranike. Pametni ugovori mogu pratiti i upravljati polisama u realnom vremenu, omogućavajući bolje upravljanje rizicima i prilagođavanje polisa promenama u stvarnom vremenu. Imajući u vidu da se transakcije čuvaju u decentralizovanom registru, smanjen je rizik od prevara i manipulacija, čime se jača poverenje između strana ugovornica.

Međutim, iako pametni ugovori donose mnoge prednosti, postoji i niz pravnih izazova koji ih prate. Kao prvo, pitanje jurisdikcije i određivanja mero-davnog prava može biti kompleksno, posebno u međunarodnim osiguranjima. Ovi nedostaci zahtevaju pažljivo razmatranje i regulativni okvir. Takođe, pametni ugovori su kodirani i izvršavaju se prema uslovima napisanim u kodu, pa greške u kodiranju mogu dovesti do neželjenih posledica i gubitaka. Kao što smo videli pametni ugovori su nepromenljivi, što takođe može biti izazov u pojedinim situacijama. Dodatna problematika odnosi se na odredbe GDPR-a i pravo lica na koga se podaci odnose da se na njega ne primenjuje odluka doneta isključivo na automatizovan način. Samim tim, potrebno je da se industrija osiguranja prilagodi napretku tehnologije i da uloži značajna sredstva u obuku zaposlenih. Na ovaj način omogućava se efikasno korišćenje pametnih ugovora.

3. Član 22 GDPR i pametni ugovori

Član 22. GDPR-a pokazuje kako se tokom zakonodavne procedure donošenja Uredbe fokus sa profilisanja prebacio na širi pojam - automatizovanog donošenja odluka.¹⁸ U skladu sa odredbom člana 22 lice ima pravo da se na njega ne odnose odluke koje su zasnovane isključivo na automatskoj obradi, uključujući i profilisanje, koja proizvodi pravne efekte ili značajno utiče na njega. Imajući u vidu da pametni ugovori predstavljaju vrstu automatizovanog donošenja odluka, koja može imati značajne prednosti za industriju osiguranja, važno je utvrditi kakav je uticaj pomenutog člana na ovu tehnološku inovaciju.

¹⁷ J. Neuburger et al. *Smart contracts: best practices*, 2020, <https://prfirmppwwcdn0001.azureedge.net/prfirmstgacctpwwcdncont0001/uploads/dc2c188a1be58c8c9bb8c8babc91bbac.pdf>, 5. 10. 2023.

¹⁸ M. Brkan, „Do algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond”, *International Journal of Law and Information Technology* 2019, 5. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3124901, 25. 9. 2023.

3.1. Uslovi za primenu člana 22 GDPR

Član 22 GDPR predviđa kumulativno ispunjenje dva uslova usled kojih lice na koji se podaci odnose može zahtevati da se na njega ne odnosi odluka doneta na automatizovan način:

1. da je odluka zasnovana isključivo na automatskoj obradi, što znači da nije postojalo ljudsko učešće u donošenju odluke;
2. da odluka proizvodi pravne efekte ili značajno utiče na lice na koje se podaci odnose.

Radi analize uticaja ove odredbe na pametne ugovore, najpre je potrebno utvrditi da li pametni ugovor možemo smatrati „odlukom“ u smislu člana 22 GDPR. Sa druge strane, recital 71, proširuje dejstvo ove odredbe navodeći „... imati pravo na to da se na njega ne odnosi odluka, što može obuhvatati meru...“ Iako ovo dovodi do nedoumice i neusaglašenosti odredaba Uredbe, možemo zaključiti da je zakonodavac težio širem tumačenju. Osim toga i Sud pravde Evropske Unije je u više navrata težio širem tumačenju pojedinih koncepata Uredbe, pa smo stava da to treba primeniti i ovde, barem u onim slučajevima kada je pametni ugovor doveo do rezultata koji bi inače bio postignut ljudskom „odlukom“. Ipak, čak i u onim slučajevima kada je diskutabilno da li pametni ugovor u konkretnom slučaju možemo smatrati odlukom, treba primeniti preambulu 71 i mogućnost da se ovaj član proširi i na mere koje ispunjavaju dva pomenuta uslova.¹⁹

Proces automatizovanog donošenja odluka sastoji iz tri faze: prikupljanje podataka, razvoj modela (kroz korišćenje algoritama) i donošenje odluke.²⁰ U industriji osiguranja, ova tehnologija najčešće se koristi za procenu rizika i određivanje cena polisa osiguranja. Međutim, ipak se javljaju određeni problemi povezani sa automatizovanim donošenjem odluka u ovoj industriji. Jedan od glavnih je to što odluke donete na ovaj način mogu diskriminisati pojedine korisnike. Primera radi, može se dogoditi da takve odluke favorizuju pojedine kategorije korisnika, putem neopravdanog određivanja niže cene polise osiguranja, što je u suprotnosti sa ciljevima industrije osiguranja da pruži adekvatnu zaštitu svim korisnicima. Pored navedenog, može ograničiti mogućnost pojedinih lica da dobiju adekvatno osiguranje, odnosno isključiti određene kategorije lica iz osiguranja iz razloga koji nisu povezani sa stvarnim rizikom. Imajući to u vidu zakonodavac uvodi pomenuti izuzetak u slučaju da su ispunjeni uslovi za njegovu primenu. Iako postoji sklonost kompanija da usled uštede vremena i sredstava donose

¹⁹ M. Finck, „Smart contracts as a form of solely automated processing under the GDPR“, *International Data Privacy Law* 2/2019, Vol. 9, 82.

²⁰ D. Kamarinou, C. Millard, J. Singh, „Machine Learning with Personal Data“, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper 247/2016, 8, <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?D=454026098004122089016111096092008093000085002012023032095093066109069084095002-12400605701812203910710901208810212202002306607302509403603703090103073097064111005067012046082071009068127122086126026082115098007112004006016027007118096127104004083084&EXT=pdf&INDEX=TRUE>, 26. 9. 2023.

odluke isključivo na automatizovanoj bazi, da bi odluka bila doneta, neophodno je da u donošenju odluke postoji ljudsko učešće.²¹ Reč „isključivo“ ima posebno značenje u ovom članu. Ona nam ukazuje da zakonodavac nije imao nameru da u potpunosti zabrani automatizovano donošenje odluka, već samo ono u kom nije postojalo nikakvo ljudsko učešće. Međutim, problematika se javlja oko utvrđivanja činjenice da li je ljudsko učešće zaista postojalo. Kod pametnih ugovora, moglo bi se smatrati da je postojalo ljudsko učešće jer je bilo potrebno kreirati pametni ugovor, tj. ljudske namere preneti u kompjuterski kod. Ipak, ne može se primeniti tako široko tumačenje, pa odlukom odnosno merom u smislu člana 22 treba smatrati samo krajnji ishod (izvršenje pametnog ugovora) te u tom smislu možemo reći da je ta odluka zaista doneta bez ljudskog učešća.²² Stoga, možemo zaključiti da je kod primene pametnih ugovora prvi uslov ispunjen.

Osim navedenog, zakonodavac predviđa još jedan uslov. Ovo ograničenje obuhvata samo automatizovano donete odluke koje proizvode pravne efekte ili značajno utiču na lice na koje se podaci odnose. Dok pravna dejstva obuhvataju situacije u kojima je pravni status promenjen ili su stvorene zakonske obaveze, utvrđivanje „značajnih“ efekata u praksi izaziva nedoumice.²³ Čak i u situacijama kada proces donošenja odluke nema uticaja na zakonska prava pojedinca, on bi mogao tražiti da se odluka na njega ne primenjuje ukoliko proizvodi efekat koji na sličan način utiče na njega.²⁴ Značajno je naglasiti da GDPR uvodi reč „slično“ na sintagmu „značajno utiče“. Ovo sugerise da nije dovoljno da odluka značajno utiče na pojedinca, već u odnosu na pravne efekte mora uticati na sličan način.²⁵ U najekstremnijem slučaju, odluka može dovesti do isključenja ili diskriminacije pojedinaca.²⁶ Ako se pametni ugovor koristi za izvršenje ugovorne obaveze ona proizvodi pravne efekte. Mnogi pametni ugovori će tako imati pravne efekte i kao posledica toga podleći članu 22. Čak i ako se ne izazivaju pravni efekti, izvršenje pametnog ugovora može značajno uticati na subjekta podataka. Prema članu 22(1), „slično značajan efekat“ može biti kako pozitivan, tako i negativan i javlja se kada su posledice automatizovanog procesiranja podataka „dovoljno velike ili važne da zasluže pažnju“. Ovo uključuje značajne efekte na okolnosti, ponašanje ili izbore pojedinca ili dugotrajni ili trajni efekat na pojedinca. Ipak ne treba primeniti maksimalističko tumačenje jer ono može dovesti do situacije u kojoj bi bilo koja jednostavna veza „ako-onda“ sa pravnim efektima bila obuhvaćena zabranom automatizovanog procesiranja, čak i ako ne utiče značajno na

²¹ M. Veale, L. Edwards, „Clarity, Surprises, and Further Questions in the Article 29 Working Party Draft Guidance on Automated Decision-Making and Profiling“, *Computer law and Security Review* 2018, 400.

²² M. Finck, 83.

²³ M. Veale, L. Edwards, 401.

²⁴ J. Rajić Čalić, I Tošić, „Profilsanje i automatizovano donošenje odluka od osiguravajućeg društva u svetlu zaštite podatka o ličnosti“, *Uporednopravni izazovi u savremenom pravu - In memoriam dr Stefan Andonović* (ur. Jovana Rajić Čalić), Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Beograd 2023, 576.

²⁵ Za više vid. F. Zuiderveen Borgesius, J. Poort, „Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law“, *Journal of Consumer Policy* 3/2017, 347–366.

²⁶ „Article 29 Data Protection Working Party“, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 10.

lice na koje se podaci odnose.²⁷ Ukoliko automatizovano donošenje odluka nema nikakav obavezujući efekat za subjekta podataka i ne lišava ga njegovih legitimnih prava, takva odluka ima mali uticaj. Međutim, kada je odluka obavezujuća za pojedinca i utiče na njihova prava, zakon mora da obezbedi adekvatne zaštitne mere.²⁸ Kada su u pitanju osiguravajuća društva, uskraćivanje osiguranja ili na-plata veće premije kao rezultat primene algoritma nesporno predstavlja u smislu odredaba člana 22 odluku koja ima „značajne efekte“ na lice na koje se podaci odnose. Međutim, neće uvek biti lako utvrditi da odluka ima značajne efekte na osiguranika, te će utvrđivanje da je ispunjen ovaj uslov izazvati najveće probleme u praksi prilikom primene ovog člana.²⁹

Član 22. GDPR-a ne treba primenjivati samo na odluku koja proizvodi pravna dejstva ili značajno utiče na subjekte podataka, već i na prikupljanje podataka u svrhu profilisanja i kreiranje profila kao takvih. Ovo proizilazi iz činjenice da donošenje odluke predstavlja samo završni deo procesa profilisanja i da bi odluka bila zakonita i pravična mora biti zasnovan na zakonitom i pravičnom procesu.³⁰

Često se navodi da se odredbama člana 22. GDPR-a propisuje određeno pravo lica na koje se podaci odnose. Međutim, ne može se reći da se radi o „pravu“ u smislu u kom su to ostala prava lica predviđena odredbama Uredbe (npr. pravo na pristup podacima, na brisanje podataka, na prenos podataka itd.). Ono se razlikuje po tome što subjekat podataka ne stiče konkretno pravo, već mogućnost da ne bude podložan posebnim vrstama odluke.³¹

3.2. Izuzeci od primene člana 22 GDPR

Sa druge strane, GDPR predviđa i nekoliko izuzetaka od ovog osnovnog pravila. Osiguravač može da primeni isključivo automatizovano donošenje odluka samo ako:

1. je odluka neophodna za zaključenje ili izvršenje ugovora sa pojedincem;
2. je izričito ovlašćen zakonom;
3. postoji izričit pristanak pojedinca.

Kada je u pitanju izuzetak koji se odnosi na zaključenje odnosno izvršenje ugovora, važno je napomenuti da osiguravajuće društvo često teži korišćenju isključivo automatizovanog donošenja odluka jer veruje da je to najprikladniji

²⁷ M. Finck, 85.

²⁸ Za više vid. T. Zarsky, „The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making”, *Science, Technology, & Human Values* 2016, 118–132.

²⁹ J. Rajić Čalić, I. Tošić, 576.

³⁰ D. Kamarinou, C. Millard, J. Singh, 8.

³¹ I. Mendoza, L. A. Bygrave, *The Right not to be Subject to Automated Decisions based on Profiling*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2017-20, 9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964855, 27. 9. 2023.

način za postizanje cilja. Osiguravač mora pokazati da je ova vrsta obrade neophodna, jer ukoliko postoji drugi efikasan i manje nametljiv način za postizanje istog cilja, onda ovakvo donošenje odluke ne ispunjava uslov neophodnosti. Uredba navodi da je to moguće radi praćenja i sprečavanja prevara i utaje poreza, ili za osiguranje sigurnosti i pouzdanosti usluga koju pruža rukovalac.³² Međutim, kada su u pitanju pametni ugovori, iako se oni mogu koristiti za zaključenje ugovora između korisnika usluga osiguranja i osiguravajućeg društva, da bi se primenio ovaj izuzetak, potrebno je dokazati da je bilo neophodno upotrebiti pametni ugovor za zaključenje ugovora. Teško je zamisliti situaciju u kojoj bi se to moglo opravdati. Nesporno je da to olakšava zaključenje ugovora, ali u malom broju situacija ispunjava uslov neophodnosti.³³ U svakom slučaju, kod takvih obrada moraju se primenjivati odgovarajuće zaštitne mere, koje bi trebalo da obuhvataju pružanje određenih informacija licu na koje se podaci odnose i pravo na ljudsku intervenciju, pravo na izražavanje svog mišljenja, na dobijanje pojašnjenja odluke donete nakon takve procene i pravo na osporavanje odluke.³⁴ Član 22 GDPR-a takođe ovlašćuje države članice ili EU da usvoje izuzetke od zabrane automatizovanog procesiranja podataka, pod uslovom da se štite prava i interesi subjekata podataka. Međutim, trenutno nije donet zakon na nivou EU ili države članice koji omogućava isključivo automatizovano procesiranje podataka u vezi sa pametnim ugovorima, tako da se u ne može primenjivati ni ovaj izuzetak. Treći izuzetak odnosi se na situaciju kada postoji izričit pristanak lica na koje se podaci odnose. „Izričit pristanak“ nije definisan u GDPR-u, već su donete posebne Smernice radi tumačenje tog pojma.³⁵ U onim slučajevima kada se zahteva izričit pristanak zbog visokog rizika obrade ličnih podataka, subjekt podataka mora dati „izričitu izjavu pristanka“ pismenim putem, popunjavanjem elektronskog obrasca ili skeniranih dokumenata korišćenjem onlajn potpisa. Sa druge strane, član 7 GDPR predviđa da subjekt podataka ima pravo da povuče svoj pristanak u bilo koje vreme. Iako to ne može uticati na zakonitost obrade zasnovane na pristanku koji je prethodio povlačenju, ovaj zahtev uzrokuje poteškoće u slučaju automatizovane obrade podataka, jer osim ako to nije izričito predviđeno, može biti teško subjektu podataka da okonča procesiranje podataka povlačenjem pristanka. U tom slučaju i u odsustvu druge zakonite osnove koja opravdava obradu podataka, lični podaci bi trebalo da budu izbrisani od strane kontrolora, što nas dovodi do problema izmene ili brisanja podataka u blockchain-u, jer kao što smo prethodno utvrdili radi se o bazi podataka u kojoj su podaci nakon unosa nepromenljivi. Ove komplikacije ukazuju na to da oslanjanje na pristanak kao osnovu za zakonitu obradu ličnih podataka izaziva značajne prepreke pogotovo imajući u

³² Article 29 Data Protection Working Party, 23–24.

³³ M. Finck, 86.

³⁴ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (GDPR), *Official Journal of the European Union*, recital 71.

³⁵ Za više vid. Article 29 Data Protection Working Party, 28.

vidu da povlaćenje pristanka pruža osnov za ostvarivanje prava na brisanje podataka.³⁶

Mere zaštite koje društvo mora da preduzme u vezi sa isključivo automatizovanim odlukama treba da obuhvataju, kao minimum, način da subjekt podataka dobije ljudsku intervenciju, izrazi svoje stanovište i ospori odluku, jer osiguravnik može osporiti odluku samo ako zna na osnovu čega je doneta.

3.3. Predlozi za prevazilaženje problema

Pametni ugovori su programabilni i izvršavaju se putem algoritama, često bez direktnog ljudskog učešća. U takvim slučajevima, ako se pametni ugovor koristi za donošenje odluka koje se odnose na lične podatke, kao što smo videli takve odluke često mogu biti u sukobu sa članom 22 GDPR-a. Kako bi se izbegle povrede člana 22 GDPR-a, neophodno je da osiguravajuća društva preduzmu neke korake. Najpre, gde god je to moguće i potrebno, trebalo bi omogućiti ljudsku intervenciju u procesu donošenja odluka koje se odnose na lične podatke. To znači da, iako se pametni ugovor može koristiti za automatizaciju, trebalo bi da zaposleni unutar društva pregledaju takve odluke i, ako je neophodno, intervenišu. Pametni ugovori moraju biti razvijeni i implementirani uz poštovanje zakonitih osnova za obradu ličnih podataka. To se može odnositi na dobijanje saglasnosti pojedinaca ili obradu podataka radi zakljućenja i izvršenja ugovora. Međutim, ipak treba imati u vidu sve poteškoće o kojima smo prethodno govorili. U pojedinim slučajevima, korišćenje pametnih ugovora može se smatrati visokorizičnom obradom podataka. Tada, trebalo bi izvršiti procenu uticaja na zaštitu podataka kako bi se identifikovali i upravljali rizicima. Radi zaštite lica na koja se podaci odnose, važno je obezbediti transparentnost kao i da imaju pravo na pristup, ispravku, brisanje ili prenos svojih podataka.³⁷

Ukratko, član 22 GDPR-a postavlja važne zahteve i ograničenja za pametne ugovore kako bi se obezbedila zaštita ličnih podataka i osiguralo poštovanje prava subjekata podataka. Organizacije i razvojni timovi koji koriste pametne ugovore moraju biti svesni ovih pravila i preduzeti odgovarajuće korake kako bi se uskladili sa zakonodavstvom.

4. Zaključak

Pametni ugovori su ključna tehnološka inovacija koja donosi potencijal za transformaciju industrije osiguranja. Osmišljeni kao digitalni ugovori bazirani

³⁶ W. Gregory Voss, „Data protection issues for smart contracts”, *Smart Contracts: Technological, Business and Legal Perspectives* 2022, 93, <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=62902106506906601101910906511403-1072004042024048051009122067094096090118110024114092123124006123042032124103103124124016105073119033078019018121019012026103092100004070050017096122097067113004083007081104113027089022111084096099065113084113072112001024&EXT=pdf&INDEX=TRUE>, 28. 9. 2023.

³⁷ GDPR, čl. 15, čl. 16, čl. 17, čl. 18, čl. 19, čl. 20.

na blockchain tehnologiji, koji se sami izvršavaju, obećavaju revoluciju u mnogim industrijama, uključujući industriju osiguranja. Njihova sposobnost da automatski izvršavaju uslove ugovora na bezbedan i transparentan način doprinosi jačanju potencijala i unapređenju industrije osiguranja, ali pred nju postavlja i izazove. Stoga, kako bi se iskoristile prednosti pametnih ugovora, neophodno je pažljivo razmotriti pravne izazove koji proizilaze iz njihove upotrebe. Sa druge strane, kao što smo videli GDPR, a posebno član 22 predstavljaju značajnu prepreku za primenu pametnih ugovora u osiguranju. Naime, ovaj član daje mogućnost licu na koga se podaci odnose da se na njega ne primenjuje automatizovano doneta odluka ukoliko su ispunjeni određeni uslovi. Na ovaj način ograničava se primena pametnih ugovora imajući u vidu da oni upravo predstavljaju odluke donete na automatizovan način, bez ljudskog učešća. Iako član 22 GDPR-a predviđa neke izuzetke od ovog osnovnog pravila utvrdili smo da se oni u malom broju slučajeva mogu primeniti na pametne ugovore. Stoga, možemo zaključiti da odredbe člana 22 GDPR-a u velikoj meri mogu ograničiti primenu pametnih ugovora u osiguranju, te je neophodno da osiguravajuća društva preduzmu odgovarajuće mere za prevazilaženje tih problema.

Iva TOŠIĆ

Assistant professor

Union University, Law School Belgrade

IMPACT OF ARTICLE 22 OF GENERAL DATA PROTECTION REGULATIOM ON SMART CONTRACTS IN INSURANCE

Summary

Smart contracts as innovative technological revolution can be of great importance in insurance companies. In the paper, the author explores key aspects of the application of smart contracts in insurance, including advantages, challenges and current trends. Smart contracts enable significant improvement of operational processes, improve the security of transactions and bring about changes in the insurance regulatory environment. However, it is important to analyze impact of Article 22 of the GDPR on smart contracts, which allows the insured not to be subject to a decision based solely on automatic processing if the conditions stipulated by law are met. In the first part, the author analyzes concept of smart contracts, as well as their advantages and disadvantages for the insurance industry. In the second part, the author examines impact of Article 22 of the GDPR on the implementation of smart contracts.

Key words: *Smart contract. – Automated decision making. – GDPR. – Insurance companies. – Personal data.*

Literatura

- „Article 29 Data Protection Working Party“, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*.
- Boban, M., Radalj, J. (2021), „Regulativa i primjena blockchain tehnologije i pametnih ugovora u suvremenom elektroničkom poslovanju“, *Unaprjeđenje kvalitete studiranja na pravnim fakultetima u Hrvatskoj*, Rijeka.
- Borseli, A. (2020), „Smart Contracts in Insurance: A Law and Futurology Perspective“, *InsurTech: A Legal and Regulatory View*.
- Brkan, M. (2019), „Do algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond“, *International Journal of Law and Information Technology*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3124901, 25. 9. 2023.
- Cvetković, M. (2019), „Smart ugovori: revolucija ili komplikacija?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 85.
- Durovic, M., Janssen, A. (2019), „The formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?“, in: *Smart Contracts and Blockchain Technology: Role of Contract Law* (eds. Larry DiMatteo, Michael Cannarsa, Cristina Poncibo), Cambridge University Press, Cambridge.
- Đurović, A. (2020), „Pametni ugovori kao inovacija u pravu osiguranja“, *Pravo i privreda* 3.
- Finck, M. (2019), „Smart contracts as a form of solely automated processing under the GDPR“, *International Data Privacy Law* 2, Vol. 9.
- Glušac, D. (2022), „Pravni okvir regulisanja pametnih ugovora“, *Sadašnjost i budućnost uslužnog prava*, Kragujevac, 2022.
- Gregory Voss, W. (2022), „Data protection issues for smart contracts“, *Smart Contracts: Technological, Business and Legal Perspectives*, <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=629021065069066011019109-065114031072004042024048051009122067094096090118110024114-092123124006123042032124103103124124016105073119033078019018121019012026103092100004070050017096122097067113004083007081104113027089022111084096099065113084113072112001024&EXT=pdf&IND EX=TRUE>, , 28. 9. 2023.
- Kamarinou, D. Millard, C., Singh, J. (2016), „Machine Learning with Personal Data“, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper 247/2016, <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?D=454026098004-1220890161110960920080930000850020120230320950930661090690-8409500212400605701812203910710901208810212202002306607302509403603703090103073097064111005067012046082071009068127122086126>

- 026082115098007112004006016027007118096127104004083084&EXT=pdf&INDEX=TRUE, 26. 9. 2023.
- Kaur, G., et al. (2023), *Understanding Cybersecurity Management in Decentralized Finance - Challenges, Strategies, and Trends*, Springer.
- Kemmoe, Y., et al. (2020) , „Recent Advances in Smart Contracts: A Technical Overview and State of the Art”, *IEEE Access*, Vol. 8.
- Kilpin, D. V., et al. (2022), „A Critical Review into the Digital Transformation of Land Title Management: The Case of Mining in Zimbabwe”, *Cybersecurity in the Age of Smart Societies*, Springer.
- Mendoza, I., Bygrave, L. A. (2017), *The Right not to be Subject to Automated Decisions based on Profiling*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2017-20, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964855, 27. 9. 2023.
- Neuburger, J., et al. (2020), *Smart contracts: best practices*, 2020, <https://prfirm-pwwwcdnoo01.azureedge.net/prfirmstgacctpwwwcdncontoo01/uploads/dc-2c188a1be58c8c9bb8c8babc91bbac.pdf>, 05. 10. 2023.
- Nuhbegović, S. (2019), „Blockchain i industrija osiguranja”, *Svijet osiguranja*.
- Piljan, T., et al. (2018), „Uticaj blockchain tehnologije na osiguranje”, *Vojno delo* 2, 360–373.
- Rajić Čalić, J., Tošić, I. (2023), „Profilisanje i automatizovano donošenje odluka od osiguravajućeg društva u svetlu zaštite podataka o ličnosti”, in: *Upared-nopravni izazovi u savremenom pravu - In memoriam dr Stefan Andonović* (ur. Jovana Rajić Čalić), Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerzitetu u Kragujevcu, Beograd.
- Szabo, N. (1997), „The idea of smart contracts”, in: *Nick Szabo's Papers and Concise Tutorials*, Vol. 6.
- Szabo, N. (1997), „Formalizing and Securing Relationships on Public Networks”, *First Monday* 9, Vol. 2.
- Tomić, K. (2018), „Blockchain tehnologija, pametni ugovori i njihova implementacija u industriji osiguranja”, *Pravo i praksa osiguranja - izazovi, nove tehnologije i korporativno upravljanje*, Palić.
- Veale, M., Edwards, L. (2018), „Clarity, Surprises, and Further Questions in the Article 29 Working Party Draft Guidance on Automated Decision-Making and Profiling”, *Computer law and Security Review*.
- Zarsky, T. (2016), „The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making”, *Science, Technology, & Human Values*.
- Zheng, Z., et al. (2020), „An Overview on Smart Contracts: Challenges, Advances and Platforms”, *Future Generation Computer Systems*, Vol. 105.
- Zuiderveen Borgesius, F., Poort, J. (2017), „Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law”, *Journal of Consumer Policy* 3.

Pravni izvori

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (GDPR), *Official Journal of the European Union*.

ДИФЕРЕНЦИРАНА ИНТЕГРАЦИЈА: „ПЛОВИДБА НА ОТВОРЕНОМ МОРУ” – РЕФОРМА И ПРОШИРЕЊЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ЗА 21. ВЕК**

Сажетак

Концепт диференцираности је одувек био присутан у праву ЕУ. На почетку европској интеграционој процеса диференцираним интеграцијама придељавало само у изузетним случајевима, и за тачно дефинисане циљеве. Трајање им је било временски ограничено и нису имплементирале трајно одвајање међу државама чланицама. Временом се број држава чланица повећавао, а разлике међу њима прогубљивале. Хетерогеност ЕУ је посебно дошла до изражаја након последња три таласа проширења. Стога се појавио антиапонизам између проширења ЕУ и прогубљења сарадњи. Да ли су могућа проширења ЕУ уз прогубљење интеграција између најреднијих држава чланица? Један од одговора је концепт диференцираности, за који се залаже и најновији француско-немачки извештај о институционалној реформи ЕУ – „Пловидба на отвореном мору”. У раду је најпре представљен развој диференциране интеграције у ЕУ. Затим су анализирани унутрашњи и спољни изазови са којима се ЕУ суочава у последњих двадесет година, а који утичу и на политику проширења. Најпоследњу је разматран француско-немачки извештај из септембра 2023. године. Поседна фаза посвећена је осмишљавању будућности европских интеграција са четири различита нивоа (концептична круа) интеграција, од којих сваки имплементира различит однос права и обавеза.

Кључне речи: Диференцирана интеграција. – Политика проширења. – Криза ЕУ. – Репформа ЕУ. – Француско-немачки извештај.

1. Уместо увода

Др Јована Ђирића упознала сам 2. октобра 2006. године, свог првог радног дана у Институту за упоредно право. Било је то моје прво радно

* Научни саветник, Институт за упоредно право, Београд, ceranicj@gmail.com

** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

место и помало сам стрепела како ће све изгледати. Након једног разговора са др Ђирићем, тада замеником директора, распршиле су све моје зебње. Временом смо, независно од професионалне сарадње, постали блиски пријатељи.

Током више од петнаест година дружења често смо разговарали на најразличитије теме. Сваки разговор сам њим био је као **пловидба на отвореном мору**, слободан, занимљив, непредвидив, а ја сам увек осећала да ми отварао нове перспективе и давао ветар у леђа.

И данас када у мислима дискутујем са њим, осећам ту слободу, надахнутост и отворену перспективу.

Хвала Вам, драги Ђиро!!!

2. Диференцирана интеграција

Диференцираност је одувек присутна у европском пејзажу. Самим Оснивачким уговорима, као и актима секундарног законодавства, одобрава се различит положај држава чланица у оквиру одређених политика ЕУ. Међутим, на почетку европског интеграционог процеса, модалитетима диференцираности, као што су посебни режими, дерогације, клаузуле *opting-out*, прибегавало само у изузетним случајевима и за тачно дефинисане циљеве, при чему им је трајање било временски ограничено. Дакле, нису имплицирали трајно одвајање међу државама чланицама.

Један од темеља европске конструкције представљао је концепт једнакости и јединства држава чланица на основу кога све државе истовремено учествују у развоју свих заједничких политика. Изузеци од примене овог принципа огледали су се у повременим и привременим случајевима диференцираности.

Међутим, како се временом број држава чланица Европских заједница/ Европске уније сукцесивно повећавао, продубљивале су се и разлике између њих. Нису се тичале само економске моћи, већ и друштвено-политичког уређења, културно-историјског наслеђа, правних традиција итд. Хетерогеност ЕУ посебно долази до изражаја након последња три таласа проширења. Сходно томе, уочава се антагонизам између проширења ЕУ и продубљења сарадњи. Намеће се питање да ли је могуће обезбедити услове да се Унија шири и под своје окриље прихвата нове чланице, а да истовремено оне старије не чекају, већ продубљују интеграције?¹

Као један од одговора на ово питање искристалисао се концепт диференцираности (флексибилности). Под флексибилношћу комунитарног права подразумева се могућност да се државе чланице налазе у различитом

¹ Ј. Ђеранић Перишић, „Између флексибилности и дезинтеграције – диференцираност у праву Европске уније”, у: *Актуелна ишћања савремене законодавства*, Београд 2022, 220.

положају у погледу опсега права и обавеза у оквиру одређених политика ЕУ. Дакле, на основу овог концепта свака држава чланица продубљује интеграције сопственим ритмом.²

Осим тога, узрок диференцираности може бити и неприхватање појединих земаља да учествују у одређеним политикама ЕУ. Дакле, поред елемента способности, напуштању принципа на основу кога све чланице учествују у развоју свих политика доприноси и елемент воље. Другим речима, поједине земље, иако могу, не желе да учествују у одређеним политикама.³

О диференцираности у праву ЕУ постоји велики број теорија.⁴ „Већи-на њих метафорично дочарава флексибилно устројство европске конструкције концептима о *Евроји у више брзина*, *Евроји променљиве геометрије*, *Евроји концентричних кругова*, *Евроји на више нивоа или сирајвова*, тврдом језгру, центру гравитације итд. Упркос одређеним разликама између ових сликовитих представа, заједничко им је да некада јединствена европска конструкција уступа место Унији у којој све државе чланице неће бити у истом положају, тј. у којој ће се њихов степен интегрисаности разликовати.”⁵ Најпознатији примери диференциране интеграције су Економска и монетарна унија и Шенгенска сарадња.

Диференцираност, као концепт комунитарног права, први пут је институционализована Уговором из Амстердама 1997. године у виду одредби о ближој, појачаној сарадњи (енг. *enhanced cooperation*). Ове одредбе измењене су и допуњене Уговором из Нице 2001. године и Уговором из Лисабона 2007. године (ступио на снагу 1. децембра 2009. године) који се и данас примењује.⁶

На основу Уговора из Лисабона 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. Државе чланице, 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. Ближе сарадње усмерене су на фаворизовање остварења циљева ЕУ, заштиту њених интереса и јачање процеса интеграција. Оне су отворене у сваком тренутку за све државе чланице.⁷

² Ј. Ђеранић, *Облици повезивања држава чланица у Европској унији*, Службени гласник, Београд 2011, 21–23.

³ В. Racine, *et. al., Perspectives des coopérations renforcées dans l'Union européenne*, La Documentation française, Paris 2004, 39–40.

⁴ А. Stubb, „A categorization of differentiated integration”, *Journal of Common Market Studies* 2/1996, 283–296.

⁵ Ј. Ђеранић, „Диференцирана интеграција – инструмент за превазилажење различитости између држава чланица ЕУ – са посебним освртом на њене импликације на универзално и особено у праву ЕУ”, у: *Универзално и особено у праву* (ур. Огњен Вујовић), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2018, 65–66.

⁶ Вид. Ј. Ceranić, „Flexibility Concept in the Context of European Integration – Evolution, Survey and Perspectives”, *Strani pravni život* 4/2017, 17–19.

⁷ Чл. 20, ст. 1 Уговора о Европској унији.

Интересантно је да је до данас механизам ближе сарадње формално покренут само два пута. Први пут у вези са избором права које се примењује на развод брака и законско раздвајање, а други пут у контексту унитарне патентне заштите.

3. Криза Европске уније

Током последње две деценије, ЕУ суочава се са бројним изазовима који утичу на све области њеног деловања, укључујући и политику проширења. Након три таласа проширења (2004/2007/2013), у Унији се појавио тзв. замор од проширења (енг. *enlargement fatigue*). Године 2008. избила највећа економска криза од почетка европског интеграционог процеса. Затим је 2015. године почела мигрантска криза, која се сматра највећом глобалном мигрантском кризом нашег времена. Поврх тога, 2016. године Уједињено Краљевство (УК) је на референдуму одлучило да изађе из ЕУ. На самом почетку 2020. године, цео свет је погодила глобална пандемија изазвана вирусом Ковид-19. А 2022. годину отпочела је украјинска криза која и данас траје.

Будући да је криза ЕУ обухвата неколико различитих, али повезаних криза, често се назива и поли-криза.⁸ Свака компонента, тј. аспект ове кризе је комплексан, и ниједна од криза није суштински превазиђена, што свеукупну слику чини још сложенијом.

Узимајући све то у обзир, није изненађујуће да су европски грађани изгубили веру у структуре ЕУ и уопште Унију као пројекат. Демократски дефицит представља озбиљан проблем и велику претњу за будућност европског интеграционог процеса.⁹

За потребе овог рада, сви изазови са којима се ЕУ суочава у последњих двадесет година, а који утичу и на политику проширења, могу се поделити на тзв. унутрашње – изазове (дез)интеграције и спољне изазове.

3.1. Унутрашњи изазови – изазови (дез)интеграције

Када је реч о унутрашњим изазовима –изазовима (дез)интеграције, уочавају се два потпуно супротна процеса: умор од проширења и Брексит.

⁸ Re-energizing Europe, A package deal for the EU27, https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&, 7. 10. 2023.

⁹ Под демократским дефицитом подразумева се појава која означава осећај грађана да се процес интеграција одвија без њиховог учешћа и мимо њихове контроле. Проблем демократског дефицита временом је прерастао у опште незадовољство европских грађана које је резултирало порастом евроскептицизма у последњих петнаестак година.

3.1.1. Умор од њроширења

Од самог почетка европских интеграција, очигледно је да је идеја о повезивању европских земаља много шири од удруживања шест држава у циљу производње и трговине угљем и челиком. То је била отворена организација са циљем економског интегрисања земаља Западне Европе, а потом успостављања заједничког тржишта. Касније су те идеје проширене на друге облике интеграција и врата су отворена већем броју држава чланица.¹⁰

Дана 1. маја 2004, десет земаља придружило се ЕУ: Пољска, Чешка, Словачка, Мађарска, Естонија, Летонија, Литванија, Словенија, Кипар и Малта. То је било највеће проширење у историји европских интеграција. Дана 1. јануара 2007. Румунија и Бугарска су приступиле ЕУ. Напослетку, 1. јула 2013. Хрватска је постала тада 28. држава чланица ЕУ. У ранијим таласима проширења Унији су приступале мање групе солидно припремљених земаља, док је проширење 2004/2007 подразумевало улазак десет пост-комунистичких земаља које су тек прошле кроз транзицију ка демократској владавини и тржишној економији.¹¹

Припреме за улазак ових земаља трајале су дуго, утрошено је много средстава и уопште тај процес исцрпео је ЕУ. Сходно томе, ЕУ се суочила са одређеним умором од проширења. Стога када се разматра ефикасност процес проширења, као један од фактора мора се узети у обзир је и воља држава чланица ЕУ да прихвате нове чланице у европску заједницу народа.

3.1.2. Брексит

На референдуму 23. јуна 2016. бирачко тело УК гласало је за излазак из ЕУ. Први пут у историји европских интеграција једна држава одучила је да напусти ЕУ. Брексит је стигао у време када је ЕУ већ била у кризи што је допринело комплексности ситуације.

Процес изласка из ЕУ први пут је предвиђен Уговором из Лисабона. Свака држава чланица може одлучити да се, у складу да својим уставним правилима, повуче из Уније.¹² Држава чланица која одлучи да се повуче, своју намеру саопштава Европском савету. У светлу оријентације Европског савета, Унија преговара и закључује споразум са државом, којим се утврђује начин њеног повлачења, водећи рачуна о оквиру њених будућих односа са Унијом.¹³

¹⁰ Б. Кошуткић, Б. Ракић, Б. Милосављевић, *Увод у њраво европских интеграција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 171.

¹¹ N. Wunsch, N. Olszewka, „From projection to introspection: enlargement discourses since the ‘bing bang’ accession”, *Journal of European Integration* 2022, 3, doi.org/10.1080/07036337.2022.2085261.

¹² Чл. 50, ст. 1 УЕУ.

¹³ Чл. 50, ст. 2 УЕУ.

Преговори између ЕУ и УК о повлачењу, као и о оквиру будуће сарадње, вођени су детаљно. С обзиром на то да је УК приступило ЕУ пре пола века, њихове економије су веома повезане. Географска и економска међузависност УК и ЕУ је реалност, другим речима, УК може напустити ЕУ, али се не може одселити из Европе.¹⁴

Преговори о условима повлачења УК из ЕУ завршени су у децембру 2019. године, и УК је званично напустило ЕУ 31. јануара 2020. Ипак, процес преговарања о условима повлачења представљао је додатно оптерећење за ЕУ и њену већ осетљиву политику проширења. Осим тога, Брексит је у неким државама кандидатима утицао на пад подршке грађана европским интеграцијама.

3.2. Спољни изазови

У последње две деценије, много спољних фактора утицало је на ЕУ, и следствено томе политику проширења: економска криза, мигрантска криза, пандемија вируса Ковид-19 и текућа украјинска криза.

3.2.1. Економска криза

Светска економска криза погодила је и ЕУ и њене државе чланице. Иако је криза почела као економска, брзо се проширила на остале сегменте привреде и друштва.

У првим годинама кризе, државе чланице су се превасходно фокусирале на то како да избегну најгоре могуће последице, примењујући углавном *ad hoc* мере. Стога су у потпуности занемариле спровођење неопходних структурних реформи како на нивоу ЕУ, тако и на националним нивоима. То је био рационалан начин суочавања са кризом, у недостатку „упутства” које би одлучиоци могли да отворе и узимајући у обзир недостатак консензуса између и унутар држава чланица. Као резултат, ЕУ није могла да се бави бројним узроцима кризе, већ само симптомима.¹⁵

Стога се ЕУ суочила са озбиљном колатералном штетом узрокованом поли-кризом на националном, европском и глобалном нивоу. Политичке, економске, социјалне и друштвене последице кризе ограничавају способност ЕУ да предузме одлучније мере за решавање њених основних узрока.¹⁶

¹⁴ Europe After Brexit: A proposal for Continental Partnership, <https://www.bruegel.org/report/europe-after-brexit-proposal-continental-partnership>, 7. 10. 2023.

¹⁵ Re-energizing Europe, A package deal for the EU27.

¹⁶ J. Ceranic Perisic, „Western Balkans – Integration Perspectives”, in: *European Integration Perspectives in Times of Global Crises* (eds. Andreas Kellerhals, Tobias Baugartner, Corinne Reber), EIZ Publishing, Zurich 2023, 126, <https://doi.org/10.36862/eiz-567>

3.2.2. Миџранска криза

Феномен масовног кретања миграната и избеглица према Европи са Средњег истока, посебно из Сирије 2015/6. описује се као најстрашња избегличка криза нашег времена. Непредвиђени талас људи ставио је европску солидарност на тест, како између земаља примаоца и транзитних земаља, тако и према самим избеглицама. Иако је на почетку кризе, 2015. године, препозната неопходност формулисања заједничког европског одговора, свеобухватни заједнички приступ није спроведен.¹⁷

Владе држава чланица ЕУ покушале су да одговоре ефикасно на кризу, али је било тешко постићи компромис због непремостивих разлика између два табора: оних који тврде да Европљани имају моралну, људску и законску обавезу да подрже оне којима је потребна помоћ и смештај и оних који сматрају да Европа мора да заштити себе саму од великог броја људи који покушавају да дођу на европски континент.¹⁸

Недостатак солидарности унутар ЕУ главни је извор тензија између земаља ЕУ, не само због довођења у питање будућности Шенгена, већ због постојања ширег негативног утицаја на кохезију унутар ЕУ. Подела терета руковођења избегличком кризом била је лакмус тест за европску солидарност.¹⁹

3.2.3. Криза изазвана пандемијом вируса Ковид-19

Пандемија изазвана вирусом Ковид-19 зауставила је свет за неколико месеци, имајући значајан утицај на све аспекте живота. Време након пандемије праћено је великим променама у друштвеној стварности – међународном поретку, поимању и остваривању људских права и слобода, функционисању политичког живота и политичких институција, употреби савремених технологија у пословању, економским токовима и преференцијама људи, начину обављања различитих послова и делатности јавних служби итд.²⁰ Ове промене утицале су и на процес европских интеграција и политику проширења.

3.2.4. Украјинска криза

Руско-украјински рат променио је геополитичку ситуацију у Европи и у свету. Рат на европском континенту и тежње Украјинаца да постану део

¹⁷ J. Ceranic Perisic, „Migration and Security – with a Special Emphasis on Serbia as a Transit Country”, in: *Challenges, risks and threats for security in Europe* (eds. Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner), EIZ Publishing, Zurich 2019, 51, <https://doi.org/10.36862/eiz-246>

¹⁸ *Ibid.*, 50–51.

¹⁹ Re-energizing Europe, A package deal for the EU27.

²⁰ В. Ђурић, М. Глиштић (ур.), *Пандемија Ковида 19 : њравни изазови и одговори*, Институт за упоредно право, Београд 2021, 7.

ЕУ суштински су трансформисали динамику процеса проширења. Украјина и Молдавија добиле су статус кандидата у јуну 2022. године, а Грузија је препоручена за статус кандидата под условом да настави напредак у спровођењу политичких реформи.

Одједном се, након вишегодишње инерције, број кандидата и потенцијалних кандидата повећао, што је оживело процес проширења дајући му нови смисао.

Историја европских интеграција сведочи да када год су спољне границе ЕУ мењане, у смислу повећања броја држава чланица, а самим тим и различитости између њих, интензивирани су расправа о диференцираним интеграцијама.²¹

4. Извештај француско-немачке радне групе о институционалној реформи ЕУ – „Пловидба на отвореном мору”

Узимајући у обзир изазове проширења ЕУ, у јануару 2023. године владе Француске и Немачке именовале су дванаест независних експерата са задатком да израде детаљну студију о реформама ЕУ како би била спремна за будућа проширења.

Француско-немачки извештај под називом „Пловидба на отвореном мору: реформа и проширење ЕУ за 21. век” представљен је током састанка министара европских послова у Бриселу, 19. септембра 2023.²² Француска и Немачка изнеле су заједнички предлог о томе како би ЕУ могла да се прилагоди приступању нових држава чланица. Овај предлог стигао је у тренутку интензивирања дебате о проширењу ЕУ, чему је допринела изјава председника Европског савета, Шарла Мишела (*Charles Michel*), да би Унија 2030. требало да буде спремна за прихватање нових држава чланица. Француско-немачки предлог односи се на реформу институција ЕУ, Оснивачких уговора и буџета, а у контексту припрема замаља као што су Украјина, Молдавија и државе Западног Балкана за придруживање ЕУ.

Препознајући сложеност усклађивања визија различитих држава чланица о томе како би Унија у будућности требало да изгледа, француско-немачки извештај (даље: Извештај) залаже се за флексибилну реформу и процес проширења, те предлаже две врсте мера:²³

²¹ A. Kellerhals, „Switzerland’s relationship with the EU: integration at its own speed?” In: *Multi-speed Europe* (eds. Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner), EIZ Publishing, Zurich 2011, 147–164.

²² Report on the Franco-German Working group on EU Institutional Reform, *Sailing on the High Seas: Reforming and Enlarging EU for the 21st Century*, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2023/09/19/Paper-EU-reform.pdf>, 5. 10. 2023.

²³ *Ibid.*, 40–42.

- хитне акције за унапређење функционалности ЕУ; Извештај садржи листу почетних корака које би требало предузети пре наредних избора за Европски парламент;²⁴
- суштинске реформе, укључујући припреме за ревизију Оснивачких уговора; те реформе би требало да се спроведу током наредног изборног периода (2024–2029. година).

Унутрашње функционисање и капацитет ЕУ требало би унапредити не само зато што је проширење ЕУ поново на дневном реду, већ и како би Унија могла боље да одговори на потребе грађана. Реакције ЕУ на различите кризе „растегле” су надлежности ЕУ до крајњих граница. Било да се ради о здравственој, енергетској, мигрантској или финансијској кризи, ЕУ је, у недостатку европских инструмената, деловала позивајући се на ванредна овлашћења или прибегавајући међувладиним аранжманима. Такви *ad hoc* приступи оправдани због притиска времена, међутим Унија би требало да се реформише како би могла да предузима ефикасне мере.²⁵

С обзиром на геополитичке и унутрашње изазове, а у контексту припрема за проширење, ЕУ би требало да унапреди функционисање и оствари три основна циља.²⁶ Први циљ је јачање капацитета ЕУ за доношење и спровођење одлука у свим политика ЕУ заснованим на примарном законодавству ЕУ, укључујући и области сарадње које су, због разних криза, *de facto* су прешле у надлежност ЕУ. С обзиром на спољашње и унутрашње изазове, брзе одлуке су од суштинске важности. Други циљ је јачање владавине права, темељних вредности ЕУ и демократског легитимитета ЕУ. Трећи, централни, циљ је припрема институција ЕУ за проширење. Тим експерата истиче да би реформе које имају за циљ јачање капацитета ЕУ, владавину права и основне вредности и демократски легитимитет требало наставити чак и ако проширење ЕУ буде одложено.²⁷

Структура Извештаја је трипартитна и поглавља се односе на:

1. Владавину права;
2. Институционалне реформе; и
3. Продубљење и проширење ЕУ.

Детаљна анализа сва три поглавља превазилази обим овог рада, те је у редовима који следе укратко указано на најважније тачке првог и другог поглавља, док је фокус на трећем.

4.1. Владавина њрава

Владавина права је уставно начело ЕУ, о коме се не може преговарати, и предуслов за придруживање ЕУ. Унија не може функционисати без

²⁴ Избори за Европски парламент биће одржани у јуну 2024. године.

²⁵ Report on the Franco-German Working group on EU Institutional Reform, 14–15.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

реципроцитета, међусобног поверења и поштовања начела ЕУ.²⁸ „Постигнућа у области владавине права представљају саму окосницу процеса придруживања Европској унији. Током последње две деценије владавине права налази се и у фокусу унутрашњих политика ЕУ и није више само апстрактна дужност већ добија и јасне материјалне обресе.”²⁹

Европска комисија је пре више од десет година увела нови приступ проширењу, познатији као „прво основна права” (енг. *the “fundamentals first”*), на основу кога без резултата на пољу демократије и владавине права, неће бити свеукупног напретка у преговорима. Јачање владавине права је од 2011. године смештено у сам центар политике проширења. Искуства претходних проширења показала су да је владавина права основни предуслов за реализацију других вредности на којима је ЕУ заснована.³⁰

4.2. Решавање институционалних изазова

У погледу решавања институционалних изазова, Извештај препознаје пет области које су кључне за остварење три реформска циља.

Прво, због комплексности институционалне структуре ЕУ и великог броја актера, институцијама недостаје агилност. Стога Извештај сугерише:³¹

- 1) Плафонирање броја посланика Европског парламента на 751;
- 2) Нови систем расподеле мандата у Европском парламенту;
- 3) Замену трочланог система ротирајућег председавања Саветом ЕУ петочланим;
- 4) Смањење броја чланова Комисије на две трећине држава чланица.

Друго, Извештај наглашава потребу да се реформишу процеси доношења одлука у оквиру Савета министара. Пре наредног проширења, у свим областима у којима се одлуке доносе једногласно, требало да би да се убудуће доносе квалификованом већином. То значи да државе чланице ЕУ више немају могућност стављања вета на одлуке, као што су нпр. оне у вези са економским санкцијама, снабдевањем оружјем или финансијском подршком. Осим у областима спољне, безбедносне и одбрамбене политике, у свим осталим одлуке би требало да се доносе у поступку саодлучивања, тј. заједничког одлучивања Савета министара и Европског парламента, који је након ступања на снагу Уговора из Лисабона постао редован законодавни поступак.³²

²⁸ *Ibid.*, 15–17.

²⁹ А. Кнежевић Бојовић, В. Ђурић, „Владавина права – начелни изазови и пресек стања у Србији на одабраним примерима из области правосуђа”, у: *65 година од Римских уговора – Европска унија и њерсијективне европских интјеграција Србије* (ур. Јелена Ђеранић Перишић, Владимир Ђурић, Александра Вишекруна), Институт за упоредно право, Београд 2022, 51, 10.56461/ZR_22.65godRU.K1_KBC

³⁰ Рабреновић, А., Ђеранић, Ј., „Закључци и препоруке”, у: *Усклађивање права Републике Србије са њравним њековинама Европске уније : њриоритетни, њроблеми, њерсијективне*, Институт за упоредно право, Београд 2012, 302.

³¹ Report on the Franco-German Working group on EU Institutional Reform, 18–20.

³² *Ibid.*, 20–22.

Треће, Извештај наглашава значај демократског легитимитета у доношењу одлука у ЕУ и предлаже четири сета мера за његово јачање.³³

Четврто, Извештај разматра неколико кључних аспеката у вези са овлашћењима и надлежностима Европског парламента.³⁴

Пето, Извештај се бави комплексним питањем буџета ЕУ и расподеле средстава у проширеној Унији, истичући да би буџет морао да буде већи и флексибилнији.³⁵

4.3. Продубљење и проширење ЕУ

У оквиру трећег одељка, Извештај разматра три питања: измене и допуне Оснивачких уговора, диференцирану интеграцију и управљање процесом проширења.

4.3.1. Измене и допуне Оснивачких уговора

Многе препоруке из Извештаја не захтевају измене и допуне Оснивачких уговора. Жељене циљеве могуће је постићи применом одредби као што су тзв. пасарела клаузуле (енг. *passarelle clause*), овлашћења за ванредне ситуације, прибегавање механизму ближе сарадње или члану 352 Уговора о функционисању ЕУ. Коришћење ових инструмената изводљивије је од измена и допуне Уговора које подразумевају „двоструку једногласност”, тј. сагласност о променама у самој ЕУ, као и ратификацију новог уговора од страних свих држава чланица, уз ризике и кашњења узрокована националним ратификацијама.³⁶

Ипак, позивајући се на демократски легитимитет, транспарентност, кохерентност и амбиције за променама, Извештај препоручује изазовнији пут, а то су измене и допуне, тј. ревизија Уговора, истичући да за то постоји неколико опција. Стандардна опција је типична ревизијска процедура, која захтева сазивање Конвенције. Међутим искуство претходне Конвенције (2002–2003) и уопште историја ревизије уговора сведоче да су политичке препреке вероватне. Стога Извештај разматра алтернативна решења и резервне опције. Опредељење за неку од њих је политичка одлука.

Извештај се првобитно залаже за усвајање предложених амандмана у складу са поступком предвиђеним чланом 48, ст. 2 Уговора о Европској унији (УЕУ), што је пут за промену Уговора (сазивање Конвенције праћено међувладином конференцијом) (опција 1).³⁷ На овај начин јача се легитимитет

³³ *Ibid.*, 23–27.

³⁴ *Ibid.*, 27–28.

³⁵ *Ibid.*, 28–29.

³⁶ *Ibid.*, 30.

³⁷ *Ibid.*

ревизије Уговора, посебно ако се укључе представници земаља кандидата. Државе чланице остају „Господари Уговора”, не губе контролу над садржајем амандмана јер о изменама и допунама одлучују на међувладиној конференцији након Конвенције.

Ако не постоји споразум о сазивању Конвенције, алтернатива је поједностављени поступак ревизије (опција 2).³⁸ Према члану 48, став 6 УЕУ, Европски савет одлучује (простом већином и уз сагласност Европског парламента) да Конвенција није оправдана обимом тражених амандмана. Будући да се овај избор се може оспорити, како пред Судом правде ЕУ, тако и пред националним судовима, постоји ризик да измене Уговора не буду ратификоване.³⁹

Извештај предвиђа и алтернативне сценарије, а то су ревизија Уговора кроз приступни уговор или уговоре. Реформа ЕУ се формално може повезати са уговорима о приступању којима се модификују Оснивачки уговори (опција 3).⁴⁰ Члан 49, став 2 УЕУ наводи да је то одвојен, посебан поступак ревизије Уговора, што поједностављује поступак ревизије формалним повезивањем са (следећим) споразумом о приступању. Национални парламенти или грађани путем референдума гласају само једном за обе ствари (ревизију и приступање/а) што олакшава ступање на снагу амандмана. Проширење захтева бар формално прилагођавање Уговора, што је добар аргумент за повезивање реформе ЕУ са проширењем и изменама Уговора.

Међутим, на основу одредбе УЕУ, ова могућност ревизије Уговора је у принципу ограничена само на она „прилагођавања Уговора која [...] такво прихватање подразумева”. Било шта што побољшава функционисање ЕУ након проширења може бити део споразума о приступању. Ипак, овај приступ има низ ограничења. Прво, неке предлоге реформи тешко је повезати са приступањем, нпр. проширење надлежности ЕУ у области јавног здравља.⁴¹ Затим, повезивање реформе ЕУ са уговором о приступању намеће питање у погледу времена, јер реформа зависи од брзине приступања, а самим тим и од напретка земље кандидата. Поред тога, ако све земље не приступе одједном, измене Уговора морају бити укључене у први споразум о приступању, што отежава укључивање других кандидата у дискусију. Коначно, демократски легитимитет овог решења је упитан с обзиром на то да Европски парламент није у потпуности укључен у преговоре о споразуму о приступању.⁴²

Решење за ове проблеме може бити секвенцијални приступ (опција 4).⁴³ Као први корак, државе чланице израђују „оквирни споразум о проширењу

³⁸ *Ibid.*, 30–31.

³⁹ Осим тога, није сигурно да ће Европски парламент дати сагласност пошто је 9. јуна 2022. гласао за сазивање Конвенције. Коначно, ни „поједностављена” ревизија не измиче захеву за „двоструку једногласност”.

⁴⁰ Report on the Franco-German Working group on EU Institutional Reform, 31.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

и реформи” који садржи измене неопходне за функционисање ЕУ у будућности. О овом споразуму се преговара са циљем приступања, иако одвојено од споразума о приступању, о којима и даље преговара Комисија. Дакле, нема потребе да све земље кандидати приступе у исто време истим споразумом о приступању који садржи и амандмане на Уговоре. Институционалне одредбе у оквирном споразуму могу бити условљене бројем промена у државама чланицама. Реформа тако може бити на снази пре стварног приступања првих земаља кандидата. Мањкавост ове опције огледа се у томе што се и овде може поставити питање транспарентности (Европски парламент не учествује у преговорима о приступању).

Недостаци свих претходних опција доводе до опције 5,⁴⁴ а то је укључивање Конвенције у реформу на основу члана 49 УЕУ (уговор о проширењу). Конвенцији се може дати мандат за израду поменутог „оквирног споразума о проширењу и реформи”. За разлику од опције 1, постоји веза са процесом приступања, што значи да ниједно приступање не може да се одигра без претходног спровођења реформе. Такође је лакше укључити земље кандидате у процес.

Који год пут да се изабере – обична ревизија или у вези са споразумом о приступању – ступање на снагу амандмана на уговоре подлеже „двострукој једногласности”. Постоје начини да се реагује на блокаду насталу услед одбијања или немогућности државе чланице да потпише или ратификује ревизију Уговора или чак да се покрене обичан поступак ревизије: могу се преговарати клаузуле *opt-out*, или држава чланица може одлучити да напусти ЕУ, уз преговоре који јој обезбеђују посебан статус у оквиру ЕУ. За све то и даље је потребна сагласност државе/а чланице/а која/е не жели/е реформе.

Али чак и ако нема сагласности, и даље постоји пут напред (опција 6),⁴⁵ а то је Допунски споразум о реформи између држава чланица које су вољне да напредују. Та опција доступна је у случају неуспешне Конвенције или застоја у ратификацији у контексту уобичајеног поступка ревизије Уговора (опција 1 или 2) или недостатка консензуса о оквирном споразуму о проширењу и реформи (опције 4 и 5). Било који припремни рад може да послужи као полазна основа за ревизију кроз допунски споразум међу државама чланицама које су спремне за реформу. Створа се „коалиција вољних” и отвара пут за више диференцираности унутар ЕУ.

Кроз додатну реформу може се увести, на пример, квалификована већина, а може послужити и за измене буџета. Штавише, политике и надлежности ЕУ могу се регулисати таквим посебним правилима.⁴⁶

Ипак, додатна реформа има и ограничења: није могуће, нпр., смањити број комесара. Допунски уговор додатно повећава сложеност правног

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, 32.

⁴⁶ *Ibid.*

система ЕУ, стварајући *de facto* „језгро Европе”,⁴⁷ што изазива проблеме у погледу усаглашавања између обавеза држава чланица ЕУ које су везане Уговором из Лисабона и оних које обавезује нови допунски уговор.

4.3.2. Диференцирана интеграција

У ЕУ од преко 30 држава чланица неопходна је флексибилност. Унија већ располаже бројним модалитетима флексибилности, као што су прелазне клаузуле након приступања нових држава чланица, привремене дерогације, ближа сарадња, перманентно структурирана сарадња или условно учешће. Ипак, диференцијација доводи до институционалне и нормативне сложености, а *Europe à la carte* је управо оно што је тзв. комунитарни метод покушао да избегне.⁴⁸

Примена диференцијације је ограничена. Не може се користити за решавање неслагања у вези са поштовањем начела супрематије права ЕУ или решавања на нивоу држава чланица питања у вези са владавином права. Унија не може преговарати о принципима и вредностима садржаним у члану 2 УЕУ.⁴⁹

Диференцирана интеграција има унутрашњу и спољашњу димензију. Интерно, постоје бројни инструменти који омогућавају заинтересованим државама чланицама да продубе интеграције у одређеним областима извођењем заједничких пројеката унутар институционалног оквира ЕУ, у складу са основним принципима и вредностима ЕУ и комунитарним актијем (фр. *acquis communautaire*).

Поред заштитних клаузула, поступак ближе сарадње⁵⁰ је кључни механизам. Неке од препорука из Извештаја могу бити спроведене на овај начин. За друге ближа сарадња није довољна или је мало вероватно да може заменити одговарајућу реформу Уговора.

Екстерна, спољна диференцијација је до сада омогућавала државама које нису чланице ЕУ да учествују у појединачним политикама ЕУ, као што су Швајцарска, Исланд, Норвешка и Литхенштајн које су део Шенгена. Последње три учествују на унутрашњем тржишту кроз Европски економски простор, док је Швајцарска делимично укључена путем билатералних споразума.⁵¹

У ширем смислу, спољна диференцијација се такође односи на проширење ЕУ и суседску политику. Може постати значајна за будућу (проширену) ЕУ, ако поједине државе чланице блокирају неопходне реформе

⁴⁷ *Ibid.*, 32–33.

⁴⁸ *Ibid.*, 33.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Чл. 20 УЕУ.

⁵¹ А. Kellerhals.

Уговора и сходно томе преговарају нове *opt-out*, или желе мање обавезујући статус у вези са европским интеграцијама. У овим случајевима, могао би се предвидети посебан придружени статус ЕУ или само учешће у Европској политичкој заједници.

У Извештају се наводи да би државе чланице требало да буду спремније да искористе постојеће инструменте флексибилности. Међутим, диференцијација носи одређене ризике за европске интеграције, кохерентност акција ЕУ и њене принципе. Стога Извештај препоручује употребу елементарна флексибилности уз поштовање одређених принципа.⁵²

Ревизија Уговора најчешће имплицира диференцијацију. Уколико се земља не слаже са неким изменама Уговора, може јој се понудити да се у нови уговор унесу *opt-out* клаузуле. Њихово уношење требало би омогућити само тамо где ревизија продубљује интеграције, било додавањем нових надлежности било проширивањем области у којима се одлуке доносе квалификованом већином. Диференцијација у смислу клаузула *opt-out* из постојећих правних тековина ЕУ или основних вредности (владавина права, демократија и основна права) није могућа.⁵³

С обзиром на то да све државе европског континента нису вољне и/или способне да се придруже ЕУ у догледној будућности, а и да неке садашње чланице могу да се одреде за лабавије облике интеграције, Извештај препоручује да се будућност европских интеграција предвиди у виду концентричних кругова, односно различитих нивоа, слојева интеграција, при чему сваки подразумева различит обим права и обавеза.

- 1) Унутрашњи круг: Чланице еврозоне и Шенгенског простора већ учествују у облицима дубље интеграције из којих су неке земље трајно или привремено изузете. Поред тога, постоје и примери примене механизма ближе сарадње. Колација вољних може даље продубљивати сарадњу у различитим областима, као што су клима, енергија, опорезивање итд.
- 2) Сама Европске унија: Све садашње и будуће државе чланице обавезују исти политички циљеви, поштују члан 2 УЕУ и уживају користи од кохезионих фондова и редистрибутивне политике. Садашње надлежности ЕУ остају у срцу европских интеграција.
- 3) Придружени чланови: Први спољни ниво омогућава рационализацију различитих облика повезивања са земљама Европског економског простора, Швајцарском или чак УК. „Све ближа заједница” не обавезује придружене чланове, нити они учествују у дубљим политичким интеграцијама у областима као што су правосуђе и

⁵² То су: поштовање правних тековина ЕУ и интегритет европских политика и активности; коришћење институција ЕУ; отвореност за све чланице ЕУ; подела овлашћења за доношење одлука, трошкова и користи; могућност да оне земље које су вољне могу да напредују.

⁵³ Report on the Franco-German Working group on EU Institutional Reform, 34.

унутрашњи послови или грађанство ЕУ. Ипак, основни услов за придружено чланство је посвећеност поштовању заједничких принципа и вредности ЕУ, укључујући и демократију и владавину права. Основна област учешћа је јединствено тржиште. Институционално, придружени чланови немају представнике ни у Европском парламенту ни у Комисији, али могу учествовати у раду Савета без права гласа, и потпадају под надлежност Суда правде ЕУ. Придружени чланови уплаћују ниже износе за буџет ЕУ (нпр. за заједничке институционалне трошкове), али имају и мање бенефите (нпр. немају приступ кохезионим и пољопривредним фондовима).

- 4) Европска политичка заједница (ЕЗП):⁵⁴ Спољни ниво не укључује никакав облик интеграције са обавезујућим правом ЕУ нити специфичне захтеве у погледу владавине права и не подразумева приступ Јединственом тржишту. Уместо тога, ЕПЗ се фокусира на геополитичку конвергенцију и политичку сарадњу у областима узајамне важности, као што су безбедност, енергија, животна средина и клима итд. Недавно успостављена ЕЗП требало би да еволуирала из свог садашњег лабавог облика у аранжман са јачим институционалним везама. Економски односи унутар ЕПЗ могу се уредити уговорима о слободној трговини. Минимум заједничких основа за све учеснике ЕЗП подразумева чланство у Савету Европе и Европској конвенцији за људска права.

Чланство у два спољна слоја интеграција, може бити користан корак ка чланству у ЕУ, али му није предуслов.

4.3.3. Управљањем њроцесом њроширења ЕУ

Напоследку, у Извештају се говори о томе како управљати процесом проширења ЕУ. Следеће проширење ће се разликовати од претходних, не само из геополитичких разлога (Украјина и Молдавија су постале кандидати), већ и зато што је процес приступања ревидиран. У фебруару 2020. године Европска комисија је предложила нову методологију приступања под називом „Убрзање процеса приступања – кредибилна перспектива ЕУ за Западни Балкан.”⁵⁵ Како би се оживео процес приступања, нова методологија почива на четири критеријума, а за спровођење сваког од њих предвиђа

⁵⁴ Ј. Ђеранић Перишић, „Иницијативе за ставрање Европске политичке заједнице – од педесетих година до данас”, у: Судски поступак – правда и правичност, Зборник радова 35. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић (ур. Јелена Перовић Вујачић), Београд 2022, 499–514.

⁵⁵ 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, COM (2020) 57 final.

један или више механизма: за повраћај кредибилитета – фокус на основне реформе, за остварење јачег политичког јединства – одржавање међувладиних конференција, за уношење додатне динамике у процес преговора – организацију преговарачких поглавља у тематске кластере, и напослетку за гаранцију предвидљивости – позитивне и негативне подстицаје.⁵⁶

Ова реформа процеса проширења можда је утицала на технички ниво преговора, али до политичког замаха није дошло. До следећег проширења потребно је предузети конкретне кораке, не само да би се ЕУ припремила за проширење, већ и да би се поново учинио динамичним процес приступања заснован на заслугама и подржалe земље у транзицији.

Да би повратила кредибилитет, ЕУ би требало да буде спремна за проширење до 2030, а кандидати би требало да раде на испуњењу критеријума за приступање ЕУ до тог најранијег датума уласка. Узајамно обавезивање повећало би поверење у сам процес које је нарушено изостанком обавезивања и напретка током претходних година. Ново политичко руководство након европских избора 2024. требало би у потпуности да се посвети овом циљу и потребном реформском процесу за његово остварење.⁵⁷

Што се тиче начина приступања, не зна се да ли ће поново бити великог проширења као 2004. године, са мноштвом кандидата који приступају као блок, или ће се се прибећи тзв. приступ *peīaiia* са различитим датумима приступања за кандидате. Обе опције имају предности и недостатке. Прва опција подразумева да земље кандидати мотивишу и подржавају реформски процес процес других, али је у супротности са приступом заснованим на заслугама. То значи да или напреднији чекају оне који касне, или да они дефинишу брзину приступања, што подразумева пријем земаља које нису у потпуности спремне за то.⁵⁸

Друга опција, тзв. приступ *peīaiia*, у складу је са принципом заснованим на заслугама. Међутим, то омогућава државама чланицама, укључујући и новоприслијене земље, да блокирају приступање неким земљама због билатералних сукоба. Овај ризик може се ублажити тако што би се у приступне споразуме унеле клаузуле о транзиторном периоду током кога оне не би имале право гласа о будућим проширењима у току одређеног временског периода. Такође, приступање се може разматрати тек након што се сукоб између земаља кандидата реши. Стога Извештај препоручује да се приступне рунде раздију на мање групе земаља.⁵⁹

⁵⁶ Ј. Ђеранић Перишић, „Нова методологија проширења Европске уније – правни апекти и изазови”, у: *65 година од Римских уговора – Европска унија и њерсејективне европских инитејрација Србије* (ур. Јелена Ђеранић Перишић, Владимир Ђурић, Александра Вишекруна), Институт за упоредно право, Београд 2022, 31–47, 10.56461/ZR_22.65godRU.op_CP

⁵⁷ Report on the Franco-German Working group on EU Institutional Reform, 37.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

5. Закључни осврт

У правној теорији се мишљења о предностима и недостацима увођења ближе сарадње [свађено у ширем смислу диференциране интеграције, прим аут. Ј.Ђ.П.] дијаметрално разликују. Једни у њој виде спасоносни рецепт за опстанак Заједнице/Уније макар и у концентричним круговима или са више брзина. Други аутори сматрају да се ближом сарадњом заправо отвара процес дефинитивног раслојавања Заједнице/Уније који може довести у питање и њен опстанак. Ипак, без обзира на ове разлике, чињеница је да су државе пристале на поделу на оне које могу да уђу брже и јаче у интеграционе токове и на оне које то не могу, или то не желе.”⁶⁰

Европска унија се већ неко време суочава са највећом кризом од оснивања, укључујући и најновије геополитичке изазове на истоку континента. С обзиром на то да ЕУ не поседује адекватне правне механизме којима би могла да одговори на бројене изазове, неопходан је реформа ЕУ. Стога би процеси институционалне реформе ЕУ, проширења ЕУ и стварања Европске политичке заједнице требало да се одвијају паралелно.

Управо је томе посвећен француско-немачки извештај из септембра 2023. године. Каква год била његова политичка судбина, ЕУ ће морати да се реформише и редефинише односе са суседима. Чини се да је у овом тренутку диференцирана интеграција најприкладније решење за бројне изазове који чекају ЕУ.

Jelena ČERANIĆ PERIŠIĆ

Principal Research Fellow

Institute of Comparative Law

DIFFERENTIATED INTEGRATION: „SAILING ON HIGH SEAS” – REFORMING AND ENLARGING EU FOR 21ST CENTURY

Summary

The concept of differentiation has always been present in the EU law. At the beginning of the European integration proces, differentiated integrations were used only in exceptional cases, and for precisely defined goals. They were limited in time and the permanent separation between Member States was not implied. Over

⁶⁰ Р. Вукадиновић, „Диференцирана интеграција као спасоносни метод интеграције или дезинтеграције ЕУ”; *Правна ријеч* 39/2014, 560.

time, the number of Member States increased, and the differences between them deepened. The heterogeneity of the EU has become particularly evident after the last three waves of enlargement. Therefore, an antagonism has emerged between EU enlargement and deepening cooperation. Are EU enlargements possible, with deepening integration between more advanced Member States? One of the answers is the concept of differentiation, which is recommended by the latest Franco-German report on the institutional reform of the EU – „Sailing on High Seas”. The paper first presents the concept of differentiated integration in the EU. Then, the paper analyzes the internal and external challenges that the EU has been facing in the last twenty years, which also affect the enlargement policy. Finally, Franco-German report from September 2023 is discussed. Special attention is devoted to envisioning the future of European integration as four distinct tiers, each with a different balance of rights and obligations.

Key words: Differentiated Integration. – Enlargement Policy. – EU Crisis. – EU Reform. – Franco-German Report.

Литература

- Вукадиновић, Р. (2014), „Диференцирана интеграција као спасоносни метод интеграције или дезинтеграције ЕУ”; *Правна ријеч* 39/2014, 541–560.
- Ђурић, В. Глинтић, М. (2021), (ур.), *Пандемија Ковида 19: њравни изазови и одговори*, Институт за упоредно право, Београд.
- Kellerhals, A. (2011), „Switzerland’s relationship with the EU: integration at its own speed?” in: *Multi-speed Europe* (eds. Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner), EIZ Publishing, Zurich, 147–164.
- Кнежевић Бојовић, А. Ђорић, В. (2022), „Владавина права – начелни изазови и пресек стања у Србији на одабраним примерима из области правосуђа”, у: *65 година од Римских уговора – Евројска унија и њерсијективне евројских интјеирација Србије* (ур. Јелена Ђеранић Перишић, Владимир Ђурић, Александра Вишекруна), Институт за упоредно право, Београд, 51–72, 10.56461/ZR_22.65godRU.K1_KBC
- Кошутић, Б., Ракић, Б., Милосављевић, Б. (2015), *Увод у њраво евројских интјеирација*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Рабреновић, А., Ђеранић, Ј. (2012), „Закључци и препоруке”, у: *Усклађивање њрава Рејублике Србије са њравним ѡековинама Евројске уније : ѡриоритетни, ѡроблеми, ѡерсијективне*, Институт за упоредно право, Београд.
- Racine, V., et. al. (2004), *Perspectives des coopérations renforcées dans l’Union européenne*, La Documentation française, Paris.
- Stubb, A. (1996), „A categorization of differentiated integration”, *Journal of Common Market Studies* 2, 283–296.

- Ђеранић, Ј. (2011), *Облици њовезивања држава чланица у Европској унији*, Службени гласник, Београд.
- Ќеранић, Ј. (2017), „Flexibility Concept in the Context of European Integration – Evolution, Survey and Perspectives”, *Strani pravni život* 4, 9–24.
- Ђеранић, Ј. (2018), „Диференцирана интеграција – инструмент за превазилажење различитости између држава чланица ЕУ – са посебним освртом на њене импликације на универзално и особено у праву ЕУ”, у: *Универзално и особено у љраву* (ур. Огњен Вујовић), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 63–78.
- Ђеранић Перишић Ј. (2022) „Између флексибилности и дезинтеграције – диференцираност у праву Европске уније”, у: *Акљуелна љиљијања савременој законодавсљва*, Београд, 219–234.
- Ђеранић Перишић, Ј. (2022), „Нова методологија проширења Европске уније – правни аспекти и изазови”, у: *65 љодина од Римских ујовора – Европска унија и љерсљекљиве европских инљљљрација Србије* (ур. Јелена Ђеранић Перишић, Владимир Ђурић, Александра Вишекруна), Институт за упоредно право, Београд, 31–47, 10.56461/ZR_22.65godRU.op_CP
- Ђеранић Перишић, Ј. (2022) „Иницијативе за стварање Европске политичке заједнице – од педесетих година до данас”, у: *Судски љосљуљак – љравда и љравичносљ*, *Зборник радова 35. сусреља Кољаоничке школе љриродној љрава Слободан Перовић* (ур. Јелена Перовић Вујачић), Београд, 499–514.
- Ceranic Perisic, J. (2019), „Migration and Security – with a Special Emphasis on Serbia as a Transit Country”, in: *Challenges, risks and threats for security in Europe* (eds. Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner), EIZ Publishing, Zurich 2019, 43–64, <https://doi.org/10.36862/eiz-246>
- Ceranic Perisic, J. (2023), „Western Balkans – Integration Perspectives”, in: *European Integration Perspectives in Times of Global Crises* (eds. Andreas Kellerhals, Tobias Baugartner, Corinne Reber), EIZ Publishing, Zurich, 121–138, <https://doi.org/10.36862/eiz-567>
- Wunsch, N., Olszewka, N. (2022) „From projection to introspection: enlargement discourses since the ‘bing bang’ accession”, *Journal of European Integration*, 1–22, doi.org/10.1080/07036337.2022.2085261.

Правни извори

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, COM (2020) 57 final.

Интернет извори

- Report on the Franco-German Working group on EU Institutional Reform, Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging EU for the 21st Century, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2023/09/19/Paper-EU-reform.pdf>, 5. 10. 2023.
- Re-energizing Europe, A package deal for the EU27, https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&, 7. 10. 2023.
- Europe After Brexit: A proposal for Continental Partnership, <https://www.bruegel.org/report/europe-after-brexit-proposal-continental-partnership>, 7. 10. 2023.

СТЕЧАЈ, ПУТ КОЈИ ВОДИ И ДО НАМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА ПОВЕРИЛАЦА**

Сажетак

Стечај можемо дефинисати као стање које је проузроковано његовом неспособношћу за плаћање. Са друге стране, стечајни процес представља пут који доводи до стечаја тог субјекта, односно његовог плаћања, уколико не постоје услови за наставак његовог рада. Наведено представља основни циљ стечаја, односно стечајног процеса, а други циљ се односи на намирење поверилаца. Но, повериоци неће бити измирени у целости. Неки од њих ће бити и оштећени. Некада може доћи и до намерног оштећења поверилаца. Томе доприносе радње дужника пре покретања стечајног процеса, којима се умањује стечајна маса и онемогућавају повериоци да намире своја потраживања. Но, пре и у току стечајног процеса може доћи до извршења кривичних дела, што, иако, доводи до оштећења поверилаца, које можемо дефинисати као намерно. Аутор у раду даје одговоре на поједина питања која се тичу намерног оштећења поверилаца. Једно од питања је и коме више одговара покретање стечајног процеса. Лоично је да је дужник лице које може имати више користи од стечаја, имајући у виду да он неће намириши повериоце у целости.

Кључне речи: Стечајни процес. – Дужник. – Повериоци. – Потраживања. – Оштећење.

1. Увод

Стечајни поступак има два основна циља. Први се односи на гашење неликвидног привредног субјекта, који не може да извршава своје обавезе, а други на намирење поверилаца.¹ Имајући у виду да је стечајни поступак увод у гашење дужника или у наставак његовог рада,² а да са друге стране,

* Доктор правних наука, научни саветник, редовни професор, Институт за упоредно право Београд, v.colovic@iup.rs, <https://orcid.org/0000-0002-2016-1085>.

** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

¹ М. Јовановић Zattila, В. Чоловић, *Стечајно право*, Досије, Београд 2007, 17.

² Наиме, у току стечајног поступка се може покренути поступак реорганизације, чији је циљ стварање услова за наставак рада дужника, као и за намирење поверилаца у складу са планом реорганизације.

представља начин оштећења поверилаца, обзиром да се, већина њих не може намирити у целини, поставља се питање да ли је покретање стечајног поступка корисно за одређене субјекте тог поступка или не? Одмах ћемо дати одговор, који је једноставан. То је стечајни дужник, који није извршавао своје обавезе из разлога који могу да буду оправдани или неоправдани, односно који није извршавао своје обавезе о доспелости и тиме допринесио оштећењу поверилаца. Али, одмах можемо поставити и друго питање, а то је да ли је свако оштећење поверилаца намерно. Наравно да није, што дефинише и законодавац. Наиме, Закон о стечају Републике Србије (даље: ЗС)³ регулише намерно оштећење поверилаца у одељку који регулише побијање правних радњи дужника, а такође и у оквиру кривичних дела у вези са стечајним поступком. Исто тако, и у случају покретања поступка реорганизације дужника, чији је циљ наставак његовог рада, може се поставити питање намерног оштећења поверилаца, али се тада може поставити и питање одговорности поверилаца, обзиром на начин усвајања плана реорганизације као обавезног елемента овог поступка.

Ми ћемо у раду покушати да одговоримо на питање шта представља намерно оштећење поверилаца. Да ли су то само радње дужника које морају да испуне услове да би се побијале или се ради и о другим начинима, у оквиру поступка реорганизације, као и у самом стечајном поступку, на који се могу намерно оштетити повериоци. Сигурно је да стечајни поступак представља неизвесност за повериоце, имајући у виду довољност стечајне масе. Али, да ли стечај као институт даје могућност дужнику да, на неки начин, искористи своју инсолвентност, односно да ли би намерно оштећење поверилаца требало везивати само за побијање правних радњи дужника. Сигурно је да кривична дела која су предвиђена и у кривичном и у стечајном законодавству Републике Србије могу заштити повериоце, односно стечајну масу, али се поставља питање саме дефиниције кривичног дела, тј. да ли ће се, у сваком случају, радити о намери оштећења поверилаца и умањења стечајне масе.

2. Дефиниција намерног оштећења поверилаца

Да би могли да дефинишемо намерно оштећење поверилаца, морамо одговорити на неколико питања, како би одредили елементе овог појма. Прво питање које се поставља код намерног оштећења поверилаца, односи се на круг лица која могу начинити намерну штету повериоцима. Друго, да ли морају сви повериоци да буду оштећени да би могли да говоримо и о намерном оштећењу поверилаца. Треће, којим радњама се може извршити намерно оштећење поверилаца. Четврто, да ли до намерног оштећења

³ Закон о стечају Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр.104/99, 99/2011-др.закон, 71/2012-одлука УС, 83/204, 113/2017, 44/2018 и 95/2019.

поверилаца може доћи само у току стечајног поступка или и пре његовог покретања. И пето, да ли стечајни поступак предвиђа инструменте којима се може спречити намерно оштећење поверилаца, односно, да ли се одредбе стечајног законодавства баве само последицама тог оштећења.

Што се тиче првог питања, лица која могу начинити штету повериоцима су сам стечајни дужник, затим остали повериоци, као и лица која су учествовала у закључењу правног посла са дужником, којим се оштећује један или више поверилаца.⁴ На друго питање ћемо одговорити да не морају да буду оштећени сви повериоци, односно довољно је да један поверилац буде оштећен, како би могли да говоримо о намерном оштећењу, односно, можемо говорити о поговорању појединих поверилаца у односу на друге који могу бити оштећени, управо другачијим третманом поверилаца. Што се тиче радњи којим се могу оштетити повериоци, оне могу бити разноврсне. Ми ћемо у раду поменути неке од радњи које могу довести до намерног оштећења поверилаца, пре свега, у оквиру анализе кривичних дела који се везују за стечај дужника. Наравно, те радње могу бити везане како за сам ток стечајног поступка, тако и за период пре покретања стечајног поступка. Но, битно је да се докаже да се тим радњама оштећују повериоци, односно доводи у питање намирење њихових потраживања, услед умањења имовине дужника, односно стечајне масе. Што се тиче четвртог питања, морамо рећи да се намерно оштећење поверилаца регулише у оквиру института побијања правних радњи дужника, на ограничени начин.⁵ Касније ћемо посебно посветити пажњу начину регулисања намерног оштећења поверилаца, имајући у виду, пре свега, период у коме се предузимају радње које могу бити побијане. Најзад, везано за пето питање, осим побијања, стечајно законодавство не предвиђа инструменте којима се може санкционисати намерно оштећење поверилаца. Враћање имовине у стечајну масу не може представљати довољну заштиту поверилаца, имајући у виду и њихов положај у самом стечајном поступку који зависи од многих елемената, који се односе на исплатни ред, врсту потраживања, итд.

У сваком случају, о оштећењу поверилаца, било да се ради о намерном или не, морамо говорити у оквиру стања које проузрокује стечај, тј., покретање стечајног поступка, а то је дужа инсолвентност одређеног привредног субјекта.⁶ Дужа инсолвентност је, пре свега, проузрокована тешкоћама у пословању, које се односе на немогућност извршења обавеза, као на немогућност плаћања, што за последицу има даље неизвршење обавеза према

⁴ Та лица могу бити у блиској вези са стечајним дужником, али и не морају. Довољно је да су закључили уговор или било који други правни посао са дужником којим се умањује дужникова имовина на штету поверилаца.

⁵ Овде се препоставља да је дужников саговорач знао или морао знати за финансијску ситуацију дужника. М. Јовановић Zattila, В. Чоловић, *Стечајно право*, Правни факултет Универзитета у Ниш, Ниш 2013, 109.

⁶ М. Јовановић Zattila, В. Чоловић (2007), 17.

трећим лицима, односно повериоцима.⁷ Покретањем стечајног поступка трећа лица, односно повериоци долазе у ситуацију да њихова потраживања буду угрожена, тј. да њихова имовина коју су уложили у један привредни или други субјект буде умањења, на тај начин што ће бити онемогућено извршење посла. Обзиром да они не могу своја потраживања наплатити мирним путем, неминовно је иницирање покретања стечајног поступка, као поступка који доводи, у већини случајева, до краја инсолвентног субјекта, односно, стечајног дужника.

Иначе, стечајни поступак је веома неизвештан и тежак за повериоце. Основни циљ стечаја јесте намирење поверилаца, али се њихова потраживања не исплаћују у целости, односно могуће је да неки или сви повериоци не буду, уопште, намирени.⁸ Практично, покретање стечајног поступка увек доводи до оштећења поверилаца, обзиром да ће они добити само део својих потраживања према дужнику.

Осим тога, морамо рећи да је дужник најбоље информисан о свом финансијском стању, тако да он може предузети мере, које штите интересе, пре свега, поверилаца. Не само то, дужник подношењем предлога за покретање стечајног поступка, због претеће платежне неспособности, штити и своје интересе, као и своју економску позицију. Међутим, са друге стране, чињеница је и да друга лица, пре свега, повериоци, могу бити упознати са платежном способношћу дужника, односно са његовом претећом платежном неспособношћу.⁹

3. Три начина намерног оштећења поверилаца

Као што смо рекли, поред чињенице да повериоци не наплаћују своја потраживања у целини, постоје ситуације када у стечајном поступку може доћи и до намерног оштећења поверилаца, односно, до ситуација када дужник намерно предузима одређене радње које доводе до оштећења поверилаца. Први начин се односи на поступање дужника пре покретања стечајног поступка, када дужник незаконито располаже са својом имовином, на начин да је умањује и тиме оштећује све или поједине повериоце. Други начин се односи на чињеницу да до намерног оштећења поверилаца може доћи и у случају извршења кривичних дела у области стечаја, како би се проузроковало покретање овог поступка и тиме повериоци довели у незавидан положај, када је у питању намирење њихових потраживања.¹⁰ Трећи начин је везан за поступак реорганизације, али, као што смо рекли, у

⁷ М. Јовановић Zattila, В. Чоловић (2013), 24.

⁸ В. Чоловић, *Стечајно право*, Паненропски универзитет Апеирон, Бања Лука 2010, 10.

⁹ В. Чоловић, Н. Мрвић Петровић, „Недоумице током регулисања стечајних кривичних дела”, у: *Привредна кривична дела*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Институт за упоредно право, Београд, 2017, 156.

¹⁰ В. Чоловић (2010), 105–106.

уводном делу, да би се покренуо поступак реорганизације, потребно је да повериоци усвоје план који садржи мере које морају бити реализоване да би дошло до наставка рада дужника.¹¹ У сваком случају, оштећење поверилаца, било да се ради о намерном или не, не можемо везивати само за радње извршене пре покретања стечајног поступка, односно не можемо везивати само за институт побијања правних радњи дужника.

4. Побиање правних радњи дужника и намерно оштећење поверилаца

На првом месту, повериоци се могу оштетити правним радњама предузетим, пре свега, од стране дужника пре покретања стечајног поступка. Те радње дужника које доводе о умањења стечајне масе, као и до немогућности намирења поверилаца се могу побијати. Овде је, значи, битно да се ради о томе да се поједини повериоци оштећују, а поједини погодују, односно да су одређени повериоци у бољем положају у односу на остале.¹² Сматра се да је правна радња дужника предузета у оном моменту када наступају њена дејства. Правном радњом се неће сматрати само чињење, већ и пропуштање од стране дужника. Значи, све оне радње које могу довести до оштећења појединих поверилаца могу бити предмет побијања, без обзира на који начин су извршене. Побиање правну радњу у стечају значи да се тражи утврђивање да поменута правна радња стечајног дужника нема дејства према стечајној маси, а ако је поверилац нешто стекао на основу те радње, онда он мора да врати у стечајну масу, то што је стекао. Значи, сврха побијања дужникових правних радњи је уклањање штетних последица тих радњи према повериоцима и стварање услова за њихово намирење.¹³ Право побијања правних радњи, као што смо рекли, имају само повериоци и дужник, односно стечајни управник који га заступа. Наиме, ради се о трансакцијама које је дужник извршио у редовном пословању, затим трансакције које је извршио дужник са овлашћењем суда или повереника, а које излазе из редовног пословања, и трансакције које су редовно извршене у оквиру извршавања одобреног плана финансијског и оперативног реструктурирања дужника. Сама побијана правна радња нема дејства према стечајној маси и противна страна дужна је да врати у стечајну масу све имовинске користи.¹⁴

Могу се побијати оне правне радње дужника, које су предузете без накнаде или уз минималну накнаду, а којом се оштећују поједини повериоци, ако је предузета у одређеном временском периоду, односно у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка.

¹¹ У питању је план реорганизације који усвајају повериоци, односно који гласају за њега сразмерно висини својих потраживања. М. Јовановић Zattila, В. Чоловић (2007), 162.

¹² С. Шапчанин, О правним радњама стечајног дужника извршеним за време стечаја, Београд 1907, 17.

¹³ Х. Момчиновић, *Побиање правних радњи у стечају, Санација и стечај ОУР*, Загреб 1988, 94.

¹⁴ Ј. Гуцуња, *Правно реулисање йовјерилачко-дужничких односа, докйорски рад*, Нови Сад 1980, 357–358.

Ако се, пак, ради о уобичајеном поклону, који има малу вредност (наводи се „поклоннезнатне вредности“), тада се та правна радња не може побити.¹⁵ Да би се могле побити правне радње без накнаде или уз минималну накнаду, потребно је да је лице, које је примило одређену вредност, имало већу корист од тога.¹⁶ Овде можемо рећи, да ће бити јако тешко утврђивати шта је поклон веће вредности, шта је пригодан поклон, а шта је поклон мале вредности. То ће се, нарочито, односити на лица која су повезана или блиска са дужником. Исто тако, веома тешко се утврђује да ли је треће лице, које је примило одређену вредност, извршењем наведене правне радње, имало одређене веће користи или не. У сваком случају, код правних радњи учињених без накнаде, треба водити рачуна, у којим околностима су оне учињене.

Једно од питања које се поставља код побитјања правних радњи дужника, односи се на повериоце који могу да поднесу тужбу за побитјање. Наиме, да ли наведено могу учинити сви повериоци или само они који су пријавили своја потраживања. Сматрамо да могу сви, имајући у виду рок за побитјање правних радњи до којег сва потраживања не морају бити испитана.¹⁷ Иначе, парница у вези са побитјањем правних радњи дужника, коју покрене један поверилац, корисна је, ако се повољно заврши, за све повериоце. Требало би раздвојити те две фазе у стечајном поступку, односно побитјање правних радњи дужника посматрати као фазу стечајног поступка, која је везана за одређени законски рок, од утврђивања потраживања поверилаца, које је такође везано за рок, али које има низ посебних карактеристика¹⁹.

4а. Намерно оштећење поверилаца

Уколико је дужник имао намеру да оштети одређеног повериоца или повериоце, онда све правне радње дужника, предузете са том намером, могу бити предмет побитјања, ако су предузете у последњих пет година, пре подношења предлога за покретање стечајног поступка.²⁰ У овој ситуацији се претпоставља, да је друга уговорна страна, која има одређену корист од наведене правне радње, знала за намеру дужника, уколико је знала за дужникову неспособност за плаћање. Интересантно је да законодавац ништа не каже у погледу повезаних лица са дужником, када дужник закључује правни посао, који директно оштећује повериоце, са једним од блиских лица. Сматрамо да би одредбе о намерном оштећењу морале да важе и код правних радњи дужника са њему блиским (повезаним)

¹⁵ В. Чоловић, Н. Милијевић, *Стечај, теорија-пракса*, Бања Лука 2020, 157.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ В. Чоловић, Н. Милијевић, 154.

¹⁸ Вучетић, *Субјектни права побитјања у стечају*, Привредноправни приручник, Београд 1970, 31–32.

¹⁹ Х. Момчиновић, 101.

²⁰ В. Чоловић, Н. Милијевић, 705.

лицима.²¹ О природи ових послова и неопходности њиховог побијања, говори и предвиђање временског периода, у коме оне морају бити предузете, да би биле предмет побијања.

Код намерног оштећења поверилаца морамо разликовати следеће: - намеру дужника да оштети повериоце; - радње дужника усмерене на закључење уговора или другог правног посла са другим лицем, којим ће се пренети одређена имовина која би представљала део стечајне масе стечајног дужника у случају отварања стечајног поступка; - субјективни моменат који се састоји у знању сауговорача за претећу дужникову неспособност за плаћање или већ насталу инсолвентност; и – недовољност стечајне масе за намирење поверилаца. Иначе, сматрамо да одредбе о намерном оштећењу треба да важе и код правних радњи дужника са њему блиским (повезаним) лицима.

Ако би поставили питање о евентуалном субјективном односу стечајног дужника према стечајној маси, односно, да она неће бити довољна, ако он учини наведену радњу којом се иста умањује, мислимо да би морали негативно да одговоримо на исто, обзиром да је довољно утврдити да је он поступио недозвољено, односно, да је умањио имовину и тиме оштетио повериоце. У вези са тим, не би требало поставити питање да ли је он оштетио једног, више или све повериоце. Лице које закључује уговор или неки други правни посао са стечајним дужником, којим се умањује дужникова имовина, може бити било ко, што значи да се не мора радити о блиским сродницима стечајног дужника, да би могли да утврдимо да се ради о радњама које доводе до намерног оштећења поверилаца.²² Довољно је да је правни посао закључен и да је имовина пренесена на друго лице. Уопште није битно утврдити због чега је тај посао закључен, односно, који је предмет истог. Наравно, морају се узети у обзир ситуације које се односе на обавезна плаћања од стране стечајног дужника, која би се односила на пореске обавезе, таксе, итд. Код намерног оштећења поверилаца битно је утврдити да је сауговорач знао за намеру дужника.²³ Овде морамо истаћи да се сазнање о намери претпоставља, ако је сауговорач стечајног дужника знао да је стечајни дужник инсолвентан или да му прети инсолвентност, као и да наведеном радњом долази до оштећења поверилаца.²⁴

²¹ Повезана лица могу бити повезана заједничким интересом у привредном субјекту, а могу бити и сродници. Повезана лица могу бити правна и физичка лица. В. Чоловић, *Оснивајућа друштва, законодавство Србије, право ЕУ, упоредно право*, Институт за упоредно право Београд 2010, 56–58.

²² М. Јовановић Zattila, В. Чоловић (2013), 118.

²³ Такву ситуацију имамо кад стечајни дужник закључи са трећим лицем уговор о продаји покретне ствари испод њене реалне вредности, при чему задржи право коришћења исте. Рецимо, оснивач привредног друштва уступи свом сину, по основу уговора о продаји, скупе машине знатно испод њихове реалне цене. Овај правни посао је закључен у намери да се имовина отуђи од будућих поверилаца и тиме им се нанесе штета, при чему је друга уговорна страна за то знала. У случају да дође до отварања стечајног поступка, син се појављује са уговором из кога се види да је својина на машинама пренета на њега као купца. Он тражи излучење имовине из стечајне масе (иступа као излучни поверилац). Како је овде евидентна намера оштећења стечајни управник побојним тужбом иницира поништај оваквог правног посла и повраћај имовине у стечајну масу.

²⁴ Члан 123 ЗС.

*

* *

Радње побијања правних радњи дужника морају бити усмерене ка стечајној маси.²⁵ Значи, сврха побијања правних радњи стечајног дужника је повраћај имовине, коју је треће лице стекло, а које би ушле у стечајну масу да није предузета побијана радња. Код овог института се мора поставити питање ретроактивности дејства отварања стечајног поступка, обзиром да се стечајна маса формира тек после предузимања радњи побијања. Право побијања делује уназад, за одређено време. Циљ побијања је заштита потраживања поверилаца од штетних радњи лица, будућег стечајног дужника.²⁶ Побијање правних радњи дужника је и предвиђено у циљу спречавања дискриминације и погодовања појединих поверилаца од стране стечајног дужника. Из тог разлога, дејство му се протеже у прошлост, са циљем да се такве радње анулирају, тј. да изгубе правну снагу. Морамо поменути и етички моменат, који се састоји у недопуштености да се несавесни појединци богате на рачун других.

Иначе, у појединим законодавствима је предвиђено да се могу нападати радње које је дужник предузео чак у последњих десет година пре подношења предлога за њихово побијање, уз испуњење услова који се односи на постојање намере²⁷. Ако је дужник за своју чинидбу примио противчиридбу једнаке вредности која је директно ушла у његову имовину, правна радња поводом које је чинидба извршена се може побијати само уз услове предвиђене за намерно оштећење поверилаца²⁸. Уговор уз накнаду, ако је склопљен између дужника и њему блиске особе, се може побијати ако је поверилац њиме директно оштећен, ако је склопљен раније од две године пре подношења предлога за отварање стечајног поступка, или ако друга страна докаже да јој у време склапања уговора није била позната намера дужника да оштети повериоца²⁹. Могуће је нападати и бестеретан уговор који је дужник закључио са блиским лицем, којим се стечајни поверилац непосредно ставља у неповољан положај³⁰.

5. Кривична дела у вези са стечајем

Кад говоримо о кривичним делима у вези са стечајем, говоримо о делима којима се намерно узрокује такво стање у једном привредном субјекту које доводи до покретања стечајног поступка, као и о делима којима се пре

²⁵ М. Јовановић Zattila, В. Чоловић (2007), 101.

²⁶ *Ibid.*, 102.

²⁷ М. Салма, „Побијање правних радњи стечајног дужника”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2009, 108.

²⁸ М. Салма, 108.

²⁹ *Ibid.*, 109.

³⁰ *Ibid.*

покретања или у току самог стечајног поступка оштећују повериоци. У питању су две групе кривичних дела у вези са стечајним поступком. У сваком случају, поједина кривична дела у вези са стечајем повезујемо са намером оштећења поверилаца.

У законодавству Републике Србије, наведена кривична дела су регулисана, како у кривичном, тако и у стечајном законодавству. Чињеница је да кривична дела која су регулисана у кривичном законодавству Републике Србије, пре свега, обухватају намеру оштећења поверилаца, односно, умањења имовинске масе из које би они наплатили своја потраживања. Наиме, Кривични законик Републике Србије (даље: КЗС)³¹ у својој XXII глави „Кривична дела против привреде“³², предвиђа следећа кривична дела која се могу извршити пре покретања стечајног поступка, а која обухватају и умањење имовинске масе. На првом месту је проузроковање стечаја, код којег се ради о несавесном и нерационалном располагању средствима привредног субјекта. Одговорно лице у привредном субјекту, коме је поверено управљање средствима и имовином, може на више начина несавесно и нерационално да располаже њима и тиме оштећује и повериоце тог субјекта. Затим, КЗС регулише и проузроковање лажног стечаја које се односи на намеру покретања стечајног поступка, како би се избегле обавезе према трећим лицима. Код овог кривичног дела, циљ је покретање стечајног поступка, а одговорно лице умањује имовину привредног субјекта и тако доводи до наведеног циља. Овде се може радити о привидном или стварном умањењу имовине привредног субјекта. У том циљу, одговорно лице може да умањи имовину, тако што ће је прикрити, затим продати по нижој цени од тржишне или је једноставно уништити. Исто тако, он може закључити фиктивни уговор, којима се признаје дуг или непостојећа потраживања. Осим тога, он може прикрити, преиначити или уништити пословне књиге привредног субјекта, тако да се из њих неће моћи сазнати право финансијско стање. Све наведено представља и начине намерног оштећења поверилаца. Најзад, КЗС дефинише и кривично дело које се јасно односи на намеру оштећења поверилаца и које, управо, носи тај назив. Код овог кривичног дела, одговорно лице субјекта-дужника може поједине повериоце исплатити пре времена, односно, пре доспелости. Осим тога, одговорно лице може исплатити и неистинита и лажна потраживања, како би погодовао поједине повериоце.³³

ЗС, такође, регулише кривична дела у вези са стечајем. ЗС предвиђа кривична дела која могу извршити и повериоци, али ћемо ми издвојити само оно кривично дело које доводи до оштећења поверилаца, а које носи назив „Располагање имовином стечајног дужника после отварања стечајног поступка“.³⁴

³¹ Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

³² Чланови 232, 232а и 233 КЗС.

³³ В. Чоловић, Н. Мрвић Петровић, 159.

³⁴ Члан 205 ЗС.

Ово кривично дело се односи на незаконито располагање стварима и правима стечајног дужника. Наиме, ко после покретања стечајног поступка, а пре ступања на дужност стечајног управника располаже стварима и правима стечајног дужника без накнаде или уз накнаду која не одговара тржишној вредности тих ствари и права, чини кривично дело. Овде се ради о кривичном делу које је могуће извршити у периоду док још стечајни управник није преузео дужност. Овде је битан моменат преузимања улоге законског заступника дужника од стране стечајног управника.

Можемо рећи да су сва наведена кривична дела у вези са стечајем, без обзира да ли су регулисана одредбама КЗС или ЗС, представљају основ за оштећење поверилаца и то намерно оштећење, чак и код кривичног дела „проузроковање стечаја“ регулисаног у КЗС, који обухвата радње нерационалног и несавесног трошења средстава.

Два закључка, која се намећу, на основу анализе начина регулисања кривичних дела у вези с стечајем су следећи: - у даљем регулисању ове материје, морала би бити предвиђена дела везана за поједине фазе стечајног поступка и за одређене субјекте, који могу бити извршиоци истих; и - у вези са првим наведеним закључком, поставља се питање, да ли би, у том случају, било упутно та кривична дела регулисати, само, у кривичном законодавству. Број могућих недозвољених радњи које се могу извршити у стечајном поступку је велики. То се исто односи и на субјекте, што значи да једно кривично дело у вези са стечајним поступком може извршити како стечајни дужник, тако и стечајни управник, а, наравно, и поверилац. Морамо рећи да је ова област веома сложена, која не заслужује да се регулише на начин, како је то учињено у законодавству Републике Србије.

Поменућемо и неке од облика оштећења поверилаца које би требало узети у обзир приликом будућег дефинисања кривичних дела. То су: а) нерационално трошење средстава, односно располагање средствима без постојања економске оправданости; б) отуђење имовине у бесцење, односно продаја имовине испод њене стварне вредности; ц) прекомерно задуживање, које доводи до немогућности враћања дугова, а само задуживање није резултат стварних потреба; д) преузимање несразмерних обавеза, које се, касније, не могу извршити; е) лакомислено закључивање уговора са лицима неспособним за плаћање, која не могу да испуне преузете обавезе; ф) пропуштање благовременог остваривања потраживања, односно случајеви, када односни субјект не наплаћује потраживања, па она застаре; и г) уништење и прикривање имовине, како би се избегло извршење обавеза, односно како би се остварила нека друга корист, као последица уништења имовине.³⁵ Сигурно је да би се могли дефинисати и други облици, који би се односили на умањење имовине, односно оштећење поверилаца.

Можемо поставити питање, да ли је боље одредити једно тзв. „шире“ кривично дело, односно, оно кривично дело које би имало прилагодљивију

³⁵ В. Чоловић, Н. Милијевић, 376–377.

дефиницију, под којим би могли да сврстамо већину недозвољених радњи, имајући у виду да њих може бити више, као и субјеката који их могу извршити или је боље предвидети више посебних кривичних дела, која би се односила на тачно одређене недозвољене радње и на одређене субјекте – извршиоце тих дела. Ова питања можемо поставити и код кривичних дела, којима се утиче на покретање стечајног поступка, као и код оних која се могу извршити у току самог стечајног поступка³⁶. Имајући у виду у којој групи кривичних дела се стечајна кривична дела регулишу, једно од спорних питања је и да ли стечајна кривична дела имају заједнички објект заштите или не, односно, да ли се ради о више заштитних објеката, па, самим тим, и о више група кривичних дела. То је веома битно питање, ако узмемо у обзир кад могу ова дела да се изврше, тако да заштитни објект може бити имовина инсолвентног лица, затим имовина стечајног дужника, односно, стечајна маса, али и имовина поверилаца³⁷.

Такође, рекли смо да се кривична дела у вези са стечајем могу извршити пре, али и након покретања стечајног поступка. Када су у питању кривична дела учињена пре покретања стечајног поступка, као одговорна можемо дефинисати лица којима је поверено управљање привредним субјектом, као и она којима је поверено управљање имовином тог субјекта. То су власници привредних субјеката (као и предузетници), затим директори, чланови управног одбора, надзорни органи (ревизори) итд. Ако се ради о кривичним делима учињеним у току самог стечајног поступка, тада се ради о лицима која су именована на неку од функција у стечајном поступку, као што су стечајни управник, члан одбора поверилаца и сл. Такође, као одговорно лице можемо означити и неког од повериоца.³⁸

6. Намерно оштећење поверилаца у поступку реорганизације

Циљ покретања поступка реорганизације јесте даљи рад дужника, односно спречавање његовог гашења. Наравно, осим овог циља, морамо и дефинисати и други циљ, а то је извршење обавеза дужника према повериоцима. Но, и у овом поступку може доћи до оштећења поверилаца, па и намерног, које се може начинити мерама, односно облицима реорганизације који се дефинишу у оквиру плана реорганизације, што значи да штету могу начинити сва лица која могу и поднети план реорганизације. Стечајни управник је једно од тих лица. План реорганизације је најважнији акт овог поступка и од мера, односно облика реорганизације, зависи успешност овог поступка, тј. могућност наставка рада дужника.³⁹ Оно што морамо рећи јесте да повериоци гласају за план, односно прихватају га или не,

³⁶ В. Чоловић, 105–106.

³⁷ В. Чоловић, Н. Мрвић Петровић, 154.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ В. Чоловић, 116.

али стечајни управник спроводи исти.⁴⁰ Значи, лица која могу поднети план реорганизације су стечајни дужник, стечајни управник, па и стечајни повериоци. Мере (облици) реорганизације могу садржати елементе евентуалног оштећења поверилаца. Да ли у оквиру предлагања тих мера које се налазе у плану реорганизације можемо наћи елементе намере, питање је посебног утврђивања у сваком конкретном случају. Но, и у оквиру самог спровођења или спречавања спровођења овог плана можемо утврдити елементе одређеног поступања којим се умањује шанса за наставак рада дужника, а што може довести и до оштећења поверилаца, које се може квалификовати и као намерно.

Ризици везани за поступање стечајног управника, али и других лица у поступку реорганизације, присутни су током свих фаза овог поступка. Реализација тих ризика може довести до оштећења поверилаца. Осврнућемо се, кратко, на одговорност стечајног управника у овом поступку и евентуалну заштиту од штете коју он може нанети повериоцима. Наиме, да би се избегла штета, односно могућност њеног настанка, потребно је на адекватан начин регулисати одговорност стечајног управника, као и обавезно осигурање од одговорности тог субјекта.⁴¹ Посебно би требало дефинисати одговорност стечајног управника у одом поступку. Веома је битно да се та одговорност предвиди као скривљена, како би у потпуности стечајни управник одговарао за штету и у поступку реорганизације.⁴² Наравно, о одговорности стечајног управника и штети коју он може нанети повериоцима можемо говорити и у оквиру стечајног поступка.

У сваком случају, чињеница је да се штета може нанети повериоцима у поступку реорганизације дужника, а што мора представљати предмет посебног утврђивања, имајући у виду специфичности које садржи овај поступак.

7. Закључак

На питања која смо поставили у другом одељку овог рада, а која су кључна за дефинисање шта представља намерно оштећење поверилаца, као и који су облици истог, већ смо одговорили, тако да ћемо на овом месту покушати, на основу тих одговора, да дефинишемо неколико закључака који се односе на наведени институт, али и на целокупан стечај, односно, стечајни поступак, као и на поступак реорганизације. Наиме, ако погледамо одредбе ЗС, о намерном оштећењу поверилаца говоримо, фактички, само код побијања правних радњи дужника. Но, да би, уопште, могли да се

⁴⁰ В. Чоловић, 127.

⁴¹ М. Јовановић Zattila, В. Чоловић (2013), 48.

⁴² Стечајни управник може да поднесе план реорганизације. Управо због тога јасно треба дефинисати његову одговорност и у овом поступку.

позовемо на наведени институт и евентуално вратимо имовину у стечајну масу дужника, мора се испунити неколико услова. Први се односи на савесност субјеката у правном послу, односно, да су знали или морали знати да је дужник инсолвентан, односно, да му прети инсолвентност, други на чињеницу да је правни посао закључен уз минималну накнаду или без ње, као и трећи да је правни посао извршен у одређеном временском периоду пре покретања стечајног поступка. Чак и кад би се утврдиле све чињенице које би довеле до повраћаја имовине у стечајну масу, поставља се питање да ли би била враћена сва имовина која је била предмет правног посла, као и да ли ће повериоци и тада бити оштећени, имајући у виду да они намирују одређени проценат својих потраживања, а да су могли бити исплаћени у целости, да није дошло до закључења наведеног правног посла. Значи, да би дефинисали намерно или уобичајено оштећење поверилаца морамо поћи од основне дефиниције да се може побијати само она правна радња, која умањује вредност стечајне масе и, самим тим, доводи до оштећења појединих поверилаца.

Кад је у питању поступак реорганизације, морамо, прво, да поставимо питање да ли подношење плана реорганизације зависи од статусног облика стечајног дужника, која умањује вредност стечајне масе и, самим тим, доводи до оштећења појединих поверилаца. Друго, мора се поставити питање које су то мере реорганизације које би могле да угрозе накнаду потраживања појединим повериоцима. Најзад, треће питање се односи на чињеницу да ли усвајање плана реорганизације могло да значи да неки повериоци неће бити исплаћени, уопште или делимично.

Морамо поменути и кривична дела у вези са стечајним поступком. Видели смо да се она могу извршити у било којој фази стечајног поступка до закључења истога, али и у периоду пре његовог покретања. Друго, субјекти који могу бити извршиоци ових дела су различити. У вези са тим, поново истичемо потребу за детаљнијим регулисањем ове материје.

Имајући у виду све што смо навели у овом раду, морамо рећи да намерно оштећење поверилаца не смемо везивати само за институт побијања правних радњи дужника, обзиром на то да до умањења стечајне масе, па, самим тим и до оштећења поверилаца, може доћи у било којој фази стечајног поступка, односно, у поступку реорганизације. Такође, извршилац није само дужник, већ то могу бити и остала лица, пре свега, други повериоци, али и лица која могу својим одлукама у поступку да доведу до намерног оштећења поверилаца, као што су стечајни судија и стечајни управник. Управо због тога, можемо рећи да је стечај пут који води и до намерног оштећења поверилаца, обзиром да се радње које представљају наведено оштећење могу бити извршене како пре, тако и у свим фазама стечајног поступка, као и поступка реорганизације. Наравно, да ли ће те радње садржати елементе кривичних дела, зависи од чињеница које су предмет посебног утврђивања садржине тих радњи.

Vladimir ČOLOVIĆ

Principal Research Fellow, Full time professor

Institute of Comparative Law

BANKRUPTCY, A ROAD THAT LEADS, ALSO, TO THE INTENTIONAL DAMAGE OF CREDITORS

Summary

Bankruptcy can be defined as a condition caused by his inability to pay. On the other hand, the bankruptcy proceedings represents a path that leads to the bankruptcy of that entity, i.e. its shutdown, if there are no conditions for continuing its work. The above represents the basic goal of bankruptcy, that is, bankruptcy proceedings, and the second goal refers to the settlement of creditors. However, creditors will not be paid in full. Some of them will be damaged. Sometimes there can also be intentional damage of creditors. The debtor's actions before the initiation of bankruptcy proceedings, which reduce the bankruptcy estate and prevent creditors from settling their claims, contribute to this. However, before and during the bankruptcy proceedings, criminal acts may be committed, which also leads to damage of creditors, which we can define as intentional. In the paper, the author provides answers to certain questions concerning intentional damage of creditors. One of the questions is who will benefit more from bankruptcy proceedings. It is logical that it is the debtor, bearing in mind that he will not pay the creditors in full, in any case.

Key words: *Bankruptcy proceeding. – Debtor. – Creditors. – Claims. – Damage.*

Литература

- Вучетић, В. (1970), *Субјектни права подијања у стечају*, Привредноправни приручник, Београд.
- Гуцуња, Ј. (1980), *Правно реулисање њовјерилачко-дужничких односа*, докторски рад, Нови Сад.
- Јовановић Zattila, М., Чоловић, В. (2007), *Стечајно право*, Досије, Београд.
- Јовановић Zattila, М., Чоловић, В. (2013), *Стечајно право*, Правни факултет Универзитета у Ниш, Ниш.
- Момчиновић, Х. (1988), *Подијање њравних радњи у стечају*, Санација и стечај ОУР, Загреб.
- Салма, М. (2009), „Подијање правних радњи стечајног дужника”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3, 99–118.

- Чоловић, В. (2010), *Осијуравајућа друштва, законодавство Србије, право ЕУ, упоредно право*, Институт за упоредно право Београд.
- Чоловић, В. (2010), *Стечајно право*, Паненропски универзитет Апеирон, Бања Лука.
- Чоловић, В., Мрвић Петровић, Н. (2017), „Недоумице током регулисања стечајних кривичних дела“, у: *Привредна кривична дела*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Институт за упоредно право, Београд, 153–165.
- Чоловић, В., Милијевић, Н. (2020), *Стечај, теорија-пракса*, Бања Лука.
- Шапчанин, Сава (1907), *О правним радњама стечајној дужника извршеним за време стечаја*, Београд.

Правни извори

- Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.
- Закон о стечају Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр.104/99, 99/2011-др.закон, 71/2012-одлука УС, 83/204, 113/2017, 44/2018 и 95/2019.

SVOJINSKA TRANSFORMACIJA SPORTSKIH KLUBOVA U SRBIJI - NEDOVRŠENA TRANZICIJA -

Sažetak

U ovom radu autor je u znak sećanja na pokojnog kolegu i prijatelja Jovana Ćirića, obradio temu o kojoj su tokom dugog niza godina razgovarali. Glavni razlog usled koga se autor ovom prilikom opredelio baš za navedenu temu rada jeste okolnost da je pokojni Jovan Ćira bio autor radova u svim zbornicima radova koje je u proteklih petnaest godina objavio Institut za uporedno pravo u vezi sa fudbalom i sportom. Autor je detaljno opisao i objasnio potrebu za modernim zakonskim uređenjem materije sporta i neophodnost reforme celokupnog pravnog okvira koji uređuje sport u Republici Srbiji, kao i potrebu za sprovođenjem privatizacije u oblasti sporta. U tekstu je istakao okolnost da je reč o temama o kojima se neprestano polemise u stručnoj javnosti i medijima još od vremena raspada Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. U kratkim crtama, prikazana su dva koncepta svojinske transformacije u oblasti sporta, koji su svaki za sebe izrađeni i predstavljeni u različitom vremenskom periodu, a usled nastupanja svetske ekonomske krize 2008. godine i kasnije pandemije izazvane virusom SARS-COV2 tokom 2020. godine, ostali su u sencitih kriznih situacija kao mrtvo slovo na papiru. U zaključnom delu teksta iznet je stav da je uprkos svim rizicima i nedostacima koje neki budući zakonski okvir za svojinsku transformaciju sportskih organizacija i privatizaciju sportskih objekata može da donese, neophodno što pre sprovesti proces svojinske transformacije u okviru sportskog sistema Srbije, a kako bi on pokušao da uhvati korak sa modernim sportskim sistemima evropskih država.

Ključne reči: Sport. – Privatizacija. – Svojinska transformacija. – Zakon. – Fudbal.

1. Uvod

Ove godine navršava se dvadeset godina od kako sam se kao istraživač pripravnik zaposlio u Institutu za uporedno pravo u Beogradu i već prvog dana posla upoznao kolegu i prijatelja Jovana Ćirića kome posvećujem ovaj rad. Tog prvog dana mog boravka u Institutu, došao sam u potpuno nepoznatu sredinu

* Dr Dejan Šuput je predsednik Komisije za pravna pitanja FSS, dejansuput@yahoo.com

sa prethodnim radnim iskustvom ostvarenim u Savetu za državnu upravu Vlade Republike Srbije i Ministarstvu saobraćaja i telekomunikacija.

Institut za uporedno pravo, kao naučnoistraživačka institucija, za mene je bio i ostao veoma otvorena akademska sredina, znatno mirnija i odmerenija po svakodnevnoj atmosferi rada, u odnosu na dve godine rada provedene u organima državne uprave u nestabilnoj epohi početne političke i ekonomske tranzicije u Republici Srbiji. Uprkos takvom utisku, kao i svaki mlad čovek, osećao sam dozu neizvesnosti dolaskom u novu radnu sredinu. Tada je Jovan Ćirić, koga do tada uopšte nisam poznao, bio na funkciji zamenika direktora Instituta, dok je direktorka Instituta za uporedno pravo bila profesorka Vesna Rakić Vodinelić, koje sam se sećao sa Pravnog fakulteta u Beogradu, na kome sam studirao, ali je suštinski nisam poznao. Već tokom prvih radnih dana, Jovan Ćirić, na samo njemu svojstven, neposredan, human i šaljiv način, upoznao me je sa celim institutskim kolektivom i razvejavao je sve moje brige koje su se odnosile na to da li ću se uklopiti u kolektiv i da li ću moći da odgovorim svim radnim zadacima u Institutu, pa sam prestao da ga oslovljavam sa gospodine Ćiriću i do današnjeg dana za mene je ostao Ćira. Štaviše, vrlo brzo me je ubedio da se manem istraživanja u oblasti upravnog prava i da svoju ljubav i interesovanje prema sportu i sportskom pravu, povežem sa krivičnopravnim temama i na taj način otvorim sebi put za pisanje magistarske i doktorske teze. Time je na neki način, Ćirin lični uticaj, preovladao nad uticajem koji je u stručnom smislu na mene imao, sada takođe pokojni profesor Dragoljub Kavran, koji me je u prvim godinama mog rada usmerio ka upravnom pravu i reformi sistema državne uprave.

Glavni razlog da se ovom prilikom opredelim baš za ovu temu rada jeste okolnost da je pokojni Ćira bio autor radova u svim zbornicima radova koje je u proteklih petnaest godina objavio Institut za uporedno pravo u vezi sa fudbalom i sportom¹. Sa kolegom Ćirićem redovno sam išao na fudbalske utakmice koje su se odigravale u Beogradu i često smo nakon utakmica raspravljali o temi da li je moguće sprovesti takozvanu privatizaciju sportskih, a pre svega fudbalskih klubova u Srbiji. Naše, tada kolokvijalne rasprave, vremenom su rezultirale time da je Institutu za uporedno pravo, zajedno sa Sportskim fondom „Zepter” u Beogradu, krajem 2008. godine, organizovao i održao naučni skup pod nazivom „Sport i privatizacija”. Na tom skupu učešće su uzeli, ne samo eminentni pravници, već i uvaženi ekonomisti i sportski radnici, a Jovan Ćirić svesrdno je tada kao direktor Instituta, podržao moju ideju da organizujemo skup, a potom 2009. godine objavimo i zbornik radova, koji je u to vreme bio ispunjen tekstovima koji su imali oštar kritički pristup prema javnoj politici u oblasti sporta koju je vodila tadašnja Vlada Republike Srbije. Sećam se da je Ćira, iako formalnopravno postavljen na mesto direktora Instituta od strane ministarstva nadležnog za nauku, podržao sve nas koji smo u svojim tekstovima iznosili ozbiljnu kritiku i zamerke na račun odluka koje su u to vreme donosili Ministarstvo omladine i sporta i Ministarstvo

¹ Reč je o sledećim zbornicima radova: „Sport i privatizacija”, „Srpski fudbal – stanje i perspektive”, „Srpski fudbal – uporednopravni izazovi i perspektive” i „Srpski fudbal – uporednopravni izazovi i perspektive II”.

privrede. Iako je izlaženje tog zbornika loše prihvaćeno od tadašnjih političara na vlasti, Ćira se nikada nije bojao za svoj položaj direktora Instituta, niti je podlegao pritiscima koji su do njega dolazili u vezi sa distribuiranjem već izdatog zbornika.

2. Propuštene prilike

Potreba za modernim zakonskim uređenjem materije sporta i neophodnost reforme celokupnog pravnog okvira koji uređuje sport u Republici Srbiji, kao i potreba za što hitnijim sprovođenjem privatizacije u oblasti sporta, teme su o kojima se neprestano polemiše u stručnoj javnosti i medijima još od vremena raspada Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) 1991. godine.² Uprkos tome, do kraja 2023. godine, malo je učinjeno na suštinskoj transformaciji sportskog sistema Republike Srbije i unapređenju kvaliteta i funkcionalnosti propisa koji uređuju njegovo funkcionisanje i razvoj. Još manje je učinjeno kada je reč o svojinskoj transformaciji sportskih organizacija, pre svega sportskih klubova i privatizaciji sportskih objekata u društvenoj i državnoj svojini.

Činjenica da je od petooktobarskih demokratskih promena, kao događaja od koga se u novijoj srpskoj istoriji računa početak sprovođenja procesa tranzicije, prošlo 23 godine i da u tom periodu ni jedna od mnogobrojnih vlada i skupštinskih većina koje su ih podržavale nisu uspele da donesu zakon kojim bi bila uređena materija svojinske transformacije sportskih organizacija i privatizacije sportskih objekata u društvenoj i državnoj svojini, govori da su prilikom priprema zakonskih tekstova i pokušaja donošenja mnogobrojnih verzija Zakona o sportu, postojali značajni nerešeni društveni problemi koji se nisu ticali isključivo pravne struke, već politike i ekonomije. Nedostatak dovoljno jake i dovoljno široke političke podrške za donošenje zakona kojim bi bila uređena materija svojinske transformacije sportskih organizacija i privatizacije sportskih objekata (bilo da je reč o nekom posebnom zakonu, bilo da se ta materija uredi u okviru Zakona o sportu) govori da političke elite Srbije nisu uspele da nadvladaju i prevaziđu privatne interese stranačkih lidera, stranačke dogovore, interese privrednih oligarha i sportskih klanova prilikom pisanja i predlaganja do sada predstavljenih, a kasnije donošenih verzija Zakona o sportu. U vezi sa prethodno navedenim i u vezi sa pominjanjem početka procesa tranzicije u Srbiji, potrebno je sagledati širi društveni kontekst započetih i do dana današnjeg sprovedenih reformi, kako bi se razumelo zbog čega je tranzicija u Srbiji još uvek nedovršena, a sportski sistem Srbije još uvek nereformisan. Srbija je u 2001. godini zaplovila procesom tranzicije prema slobodnom građanskom društvu sa potpuno funkcionalnim demokratskim institucijama. Uopšteno posmatrano, srpske administrativne reforme nisu bile potpomognute sistemskim analizama i usmerene ka sveobuhvatnim analizama stanja u društvu. Fragmentirana priroda reformi uticala je na to da je bilo teško otkriti jasnu sliku promena koje su

² D. Šuput, „Reforma pravnog okvira koji uređuje sport u Republici Srbiji i privatizacija”, u: *Sport i privatizacija*, Institut za uporedno pravo i Sportski fond Zepter, Beograd 2009, 48.

se u tom periodu desile.³ Takva situacija prisutna je i u sistemu sporta Republike Srbije, koji je tokom dvadesetogodišnjih fragmentiranih i sporadičnih reformi, uvek bio na začelju liste reformskih prioriteta i po svojim reformskim uspesima neosporno zaostaje za reformama sprovedenim u privredi, trgovini, bankarstvu, građevini i mnogim drugim delatnostima.

Tokom dugog niza godina, takozvana privatizacija u sportu zasenila je u srpskoj javnosti sva druga pitanja koja bi trebalo da uredi neki novi Zakon o sportu. U drugom planu našla su se pitanja kao što su pravni status sportista (propisivanje prava i obaveza sportista), uređivanje sistema školskog, vojnog i policijskog sporta, finansiranje javnog interesa u oblasti sporta, nadzor nad stručnim radom u sportu i zaštita zdravlja sportista.

U javnosti je stvoren utisak da je privatizacija u sportu pitanje svih pitanja i da bez njenog brzog sprovođenja u budućnosti neće više biti srpskog sporta. Od privatizacije se očekuje da deluje kao čarobni štapić i preko noći oporavi oronuli sportski sistem Srbije, iako postoji opasnost da loše koncipirana privatizacija dodatno oteža stanje u srpskom sportu.

Najveći problem predstavlja činjenica što niko od političkih lidera koji zagovaraju privatizaciju u sportu, nije jasno odredio šta se podrazumeva pod izrazom „privatizacija u sportu”. Privatizacija u sportu je veoma neprecizan izraz. Nije jasno šta taj izraz obuhvata i da li podrazumeva samo privatizaciju sportskih klubova ili i privatizaciju sportskih objekata (nepokretnosti). Takođe je nejasno da li se pod privatizacijom u sportu podrazumeva i privatizacija sportskih centara u državnom i društvenom vlasništvu koji postoje u različitim pravnim formama: u formi društvenih preduzeća (npr. SRC Banjica u Beogradu); u formi javnih preduzeća (npr. Arena Beograd, Hipodrom Beograd, SPENS); u formi javnih komunalnih preduzeća (npr. Ada Ciganlija); u formi javnih ustanova.

Posebno sporno pitanje jeste i biće privatizacija sportskih klubova, pre svega fudbalskih klubova. Od privatizacije fudbalskih klubova se najviše očekuje, iako je ona suštinski nemoguća. U Republici Srbiji ne postoje državni sportski klubovi – sportski klubovi čiji je osnivač i vlasnik država. Sportski klubovi osnovani su i rade u pravnoj formi udruženja građana (sportskih udruženja), tako da su samim tim privatni i imaju svoju imovinu kojom raspolazu. Njihova prodaja od strane države bila bi protivpravna. Umesto toga, postoji mogućnost da se novim Zakonom o sportu, ili nekim posebnim zakonom koji bi uredio tu materiju, propiše transformacija sportskih klubova iz pravnog oblika udruženja građana u pravni oblik privrednog društva (npr. otvorenog akcionarskog društva, društva sa ograničenom odgovornošću i sl.). Ako se prihvati takva argumentacija i takvo zakonsko rešenje, biće moguća jedino privatizacija državne i društvene imovine koju pojedini klubovi koriste, ali se u tom slučaju postavlja pitanje smisla i obima te privatizacije.

Ne treba gubiti iz vida da se prilikom rasprava o predstojećoj privatizaciji u sportu najviše se govori o privatizaciji FK „Crvene zvezde” i FK „Partizana” iz

³ S. Eriksen, D. Solumsmoen, *Nedovršena tranzicija*, Top Career, Beograd 2005, 8.

Beograda, ali ne zbog njihove vrednosti kao brenda, već zbog skupog gradskog građevinskog zemljišta na kome se ta dva kluba, tj. njihovi sportski objekti nalaze. Međutim, ni u slučaju navedenih fudbalskih klubova pravna situacija nije jednostavna, pošto deo zemljišta za koje su investitori zainteresovani koriste i sportska društva „Crvena zvezda” i „Partizan”. U slučaju eventualne privatizacije navedenih fudbalskih klubova i njihove imovine, postavlja se pitanje kakva će biti sudbina njihovih sestrinskih klubova iz sportova kao što su atletika, rvanje i boks, koji takođe koriste njihove sportske objekte za trening i takmičenja. Da li će ti klubovi (rvački, boksački, atletski i dr.) i njihovi sportisti zadržati u primerenom obimu pravo korišćenja privatizovanog sportskog objekta i mogućnost treniranja, ili će budućem privatnom vlasniku biti ostavljeno na volju da ih po slobodnom opredeljenju izbaci sa stadiona, ostaje potpuna nepoznanica.

Usled svega navedenog, neophodno je prilikom privatizacije sportskih klubova poći od stava da osnovni sportski proizvod predstavljaju sportski rezultati, koji povećavaju vrednost pojedinog kluba kao brenda. Ta činjenica se u Srbiji poslednjih godina zanemaruje, a akcenat se stavlja na zemljište kojim sportski klubovi raspolažu kao resursom za potencijalnu izgradnju stambenih i poslovnih objekata.

Na vreme treba odbaciti ideje nekih „eksperata”, da privatizacioni prihodi koji se mogu ostvariti privatizacijom u sportu, treba da budu usmereni u pokrivanje tekućih budžetskih rashoda kao što su plate državnih službenika, penzije i izgradnja puteva i mostova. Umesto toga, prihode ostvarene privatizacijom državnih sportskih objekata i državnih sportskih preduzeća, treba uložiti u dalji razvoj sportskog sistema Srbije i izgradnju novih sportskih objekata. Sa druge strane, transformacija sportskih klubova iz forme udruženja građana u formu preduzeća (npr. otvorenih akcionarskih društava) treba da posluži prikupljanju i privlačenju zdravog kapitala i namirivanju dugova koje postojeći sportski klubovi imaju.

Osim problema sa nepreciznošću termina „*privatizacija u sportu*”, kao prethodno pitanje koje mora biti rešeno pre sprovođenja privatizacije u sportu, pojavljuje se pitanje denacionalizacije tj. restitucije oduzete imovine, pre svega zemljišta na kome se postojeći sportski objekti nalaze. Bilo bi nepošteno da se zemljište na kome se sportski objekti nalaze, kao i zemljište koje ih okružuje, a koje sportski klubovi koriste, proda nekom novom privatnom vlasniku, iako već postoje raniji privatni vlasnici i njihovi legitimni i legalni naslednici. Zbog toga je evidentiranje svih sportskih objekata u državnom i privatnom vlasništvu i rešavanje spornih imovinsko-pravnih odnosa preduslov za poštnu privatizaciju. Posle toga, trebalo bi da usledi donošenje strateške odluke države o tome koje će nepokretnosti (državne sportske objekte) i koja javna preduzeća iz oblasti sporta prodati, sa kojim ciljem i na koji način bi takvi privatizacioni prihodi države trebalo da pomognu sistemu sporta u Republici Srbiji.

Da bi se sva navedena pitanja povezana sa privatizacijom u sportu rešila, neophodno je da sama privatizacija u sportu bude uređena na sistemski način u

okviru normi nekog novog Zakona o sportu, ili u okviru posebnog zakona koji će urediti isključivo materiju svojinske transformacije u sportu. Uzimajući navedeno u obzir, nesporno je da neki budući zakon mora da predstavlja sistemski zakon iz oblasti pravnog regulisanja svojinske transformacije sportskih organizacija i privatizacije sportskih objekata bez čijeg postojanja i efikasne primene ne može doći do bitnijih promena u samom sportskom sistemu. Međutim, zanemaruje se činjenica, da i kada bude konačno izglasan u Narodnoj skupštini Republike Srbije, takav zakon neće biti čarobni štapić koji rešava sve probleme srpskog sporta. Pravilna i ujednačena primena takvog zakona i primena podzakonskih akata koji će ga pratiti biće složen zadatak, a još u fazi donošenja propisa. Ne treba gubiti iz vida da je propise lakše doneti, nego pravilno i uspešno primeniti. Pravilna i uspešna primena zakona koji bi uredio svojinsku transformaciju sportskih organizacija i privatizaciju sportskih objekata biće moguća ako konkretna rešenja koja on propiše budu celishodna, ekonomična i prilagođena specifičnim ekonomskim i političkim uslovima u kojima se Srbija nalazi. Takođe, uspešna primena takvog zakona pretpostavlja i prethodnu kadrovsku i materijalnu osposobljenost državnih organa i sportskih organizacija koje će ga primenjivati u svakodnevnom radu. Ako se odmah po donošenju takvog zakona ne sprovede adekvatno informisanje svih subjekata na koje se zakon odnosi i ako se ne pripremi i ne sprovede primerena obuka kadrova koji će primenjivati takav novi i jedinstven zakon u pravnom sistemu Republike Srbije, postoji velika opasnost da zakon ostane mrtvo slovo na papiru i ne doprinese transformaciji i modernizaciji sportskog sistema Srbije.

Zakon o svojinskoj transformaciji sportskih organizacija i privatizaciji sportskih objekata trebalo bi da omogući preduzimanje najosnovnijih mera transformacije sportskog sistema u Republici Srbiji i da pruži dovoljno jasan i siguran pravni osnov da se, bez žurbe, sistematično i planski, izradi program privatizacije dela državne imovine u sportu, koji bi zajedno sa drugim reformskim koracima trebalo da omogući suštinsku transformaciju sportskog sistema i dugoročnu primenu pravnih normi usaglašenih sa evropskim i svetskim standardima i Strategijom razvoja sporta u Republici Srbiji.

O svim prethodno navedenim argumentima i o tome da Srbija više od 20 godina propušta priliku da sprovede privatizaciju u oblasti sporta, redovno sam razgovarao sa pokojnim kolegom Ćirićem. O načinu za rešavanje većine problema u potpunosti smo se slagali i vremenom, kroz objavljivanje radova u tematskim zbornicima, pokušavali smo da pokrenemo temu privatizacije u sportu sa mrtve tačke. Bili smo svesni da protokom vremena, sportski sistem Srbije gubi brojne prilike da se privatizuje, a samim tim i modernizuje. Opravdanom se pokazala naša zajednička bojazan da će se protokom vremena, na svetskom nivou, ciklično javljati ekonomske krize, koje će uticati na dalje odlaganje privatizacije u oblasti srpskog sporta, a da će ekonomski stabilniji i mirniji periodi, kojih je bilo, ostati trajno propuštene prilike da se taj posao obavi na dobar način.

U delu teksta koji sledi, biće u kratkim crtama prikazana dva koncepta svojinjske transformacije u oblasti sporta, koji su svaki za sebe izrađeni i predstavljeni u različitom vremenskom periodu, a usled nastupanja svetske ekonomske krize 2008. godine i kasnije pandemije izazvane virusom SARS-COV2 tokom 2020. godine, ostali su u senci tih kriznih situacija kao mrtvo slovo na papiru.

3. Model zakona o sportu iz novembra 2008. godine

Činjenica da je Ministarstvo omladine i sporta krajem septembra 2008. godine obavestilo javnost da je u potpunosti odustalo od Predloga zakona o sportu iz novembra 2007. godine i da je potom pristupilo formiranju nove radne grupe za izradu još jedne verzije Nacrta zakona o sportu, što je značilo dalje odlaganje samog donošenja novog Zakona o sportu, navela je Udruženje za razvoj sportskog prava Srbije da predstavljanjem Modela zakona o sportu započne javnu raspravu o tom problemu i ukaže na jedan od mogućih modela budućeg pravnog uređivanja sporta u Republici Srbiji. Tom prilikom, pošlo se od stava da je važeći Zakon o sportu⁴ iz 1996. godine, po rešenjima koja predviđa, potpuno neprilagođen tadašnjem društvenom i ekonomskom sistemu koji predstavlja ambijent u kome se sprovode sportske aktivnosti i obavljaju sportske delatnosti.

Model zakona o sportu koji je predstavilo Udruženje za sportsko pravo Srbije zasnovan je na konceptu po kome Republika Srbija pripada grupi evropskih država koje su se opredelile za intervencionistički model zakonskog uređivanja sporta. Taj model vremenom je postao deo srpske pravne tradicije. Ocenjeno je da bi prelazak na neintervencionistički model bio nemoguć, pre svega zbog nasleđenih društvenih odnosa u sportu i činjenice da u Republici Srbiji sport predstavlja ustavnu kategoriju. Uvažavanje sporta kao ustavne kategorije značilo je da je i tada u Srbiji nedvosmisleno postojao pravni osnov za donošenje novog Zakona o sportu i razlog za uspostavljanje mehanizma pravne zaštite demokratskih vrednosti koje promovise sport.

Prilikom izrade teksta Modela zakona o sportu korišćena su iskustva zakonodavstava (zakona i podzakonskih propisa) sledećih država: Bugarske, Danske, Italije, Letonije, Litvanije, Hrvatske, Rumunije, Slovenije, Ukrajine, Finske i Češke. Posle izvršenih analiza, odlučeno je da se u najvećem meri, u prilagođenom obliku, za potrebe izrade Modela zakona o sportu preuzmu pojedina rešenja iz Zakona o sportu Republike Hrvatske (donet 2006. godine) i rešenja iz Predloga zakona o sportu Republike Srbije iz novembra 2007. godine.

Udruženje za razvoj sportskog prava Srbije je tekst Modela zakona o sportu zasnovalo na osnovnim načelima koja su sadržana u dokumentima Saveta Evrope, a tiču se pravnog uređivanja sporta. Osim toga, zauzet je načelan stav da je u novi Zakon o sportu, kao sistemski propis koji treba sveobuhvatno da uredi oblast društvenog života koja se naziva sport, neophodno uneti i odredbe o privatizaciji, tj. svojinjskoj i organizacionoj transformaciji sportskih organizacija.

⁴ Zakon o sportu, *Sl. glasnik RS*, br. 52/96.

Modelom zakona o sportu u osnovi je predloženo uređivanje strukture sistema sporta i sportskih delatnosti, kao i uslova za bavljenje sportskim delatnostima. Preciznije, zakonska materija bila je podeljena u četrnaest glava: 1) Uvodne odredbe; 2) Sistem sporta i sportske delatnosti; 3) Obavljanje sportske delatnosti učestvovanja u sportskom takmičenju; 4) Kategorizacije u oblasti sporta; 5) Sportske priredbe; 6) Školski sport; 7) Sportski objekti; 8) Stručni rad u oblasti sporta; 9) Evidencije; 10) Zdravstvena zaštita u oblasti sporta; 11) Opšti interes i potrebe u oblasti sporta; 12) Nadzor; 13) Kaznene odredbe; 14) Prelazne i završne odredbe.

Modelom zakona o sportu predloženo je uvođenje većeg broja novih pravnih instituta, kao i stvaranje pravnih pretpostavki za osnivanje i rad sportskih akcionarskih društava. Takođe, predložena su mnogobrojna pravna pravila kojima se štite prava sportista i drugih subjekata koji učestvuju u pripremi i realizaciji sportskih aktivnosti, kao i pravila kojima se štiti zdravlje osoba koje učestvuju u sportskim aktivnostima. Neka zakonska rešenja predstavljena Modelom zakona bila su potpuno nova i do tada ih nije bilo ni u našim, ni u inostranim propisima o sportu.

Primer potpuno novog zakonskog rešenja (pravnog pravila) bio je član 11. Modela zakona o sportu kojim se štite deca od prekomernog tj. neprilagođenog oblika angažovanja u sportskim takmičenjima, na taj način što je tim članom modela zakona određeno da: „Sportista koji nije navršio dvanaest godina života, ne može učestvovati na sportskim takmičenjima koja se održavaju van teritorije opštine ili grada u kome ima prebivalište, osim kada je reč o školskim sportskim takmičenjima”.

Novost je bila i tada predložena podela sportista na tri vrste (sportiste amatere, sportiste amatere-takmičare i profesionalne sportiste), kao i propisivanje sportskih delatnosti na drugačiji način u odnosu na dosadašnju praksu našeg zakonodavca.

Tako je članom 7. stavom 1. Modela predložena zakonska definicija sportiste amatera koja glasi: „Sportista amater jeste osoba koja, bilo samostalno, bilo u okviru nekog sportskog udruženja, trenira i takmiči se u nekoj sportskoj disciplini, a takvo bavljenje sportom ne predstavlja redovno zanimanje te osobe”, dok je stavom 2. istog člana precizirano da: „Sportista amater ne može od sportskog udruženja primati novčane naknade za bavljenje sportom, osim naknada troškova prouzrokovanih nabavkom i upotrebom sportske opreme, treningom, boravkom na pripremama ili takmičenjima”.

Zakonska definicija sportiste amatera-takmičara predložena je članom 8. stavom 1. Modela zakona u kome je navedeno da: „Sportista amater-takmičar jeste osoba koja, bilo samostalno, bilo u okviru nekog sportskog udruženja, trenira i takmiči se u nekoj sportskoj disciplini, a za takvo bavljenje sportom joj se obezbeđuje novčana naknada na osnovu ugovora zaključenog sa sportskim udruženjem”.

Članom 9. stavom 1. Modela zakona o sportu profesionalni sportista je definisan kao: „osoba koja se bavi sportskom aktivnošću kao jedinim ili osnovnim

zanimanjem na osnovu koga ostvaruje zaradu”, dok je stavom 2. istog člana precizirano da: „Profesionalni sportista može da se bavi sportskim aktivnostima isključivo kao lice koje je zasnovalo radni odnos sa sportskim udruženjem ili sportskim privrednim društvom zaključenjem ugovora o radu, osim u slučaju kada se profesionalni sportista bavi sportskim aktivnostima u individualnim sportovima kao privatni preduzetni”.

Kao razlika u odnosu na dotadašnje zakone koji su uređivali sport u Republici Srbiji, u zakonski tekst je dodata posebna glava o zdravstvenoj zaštiti u oblasti sporta i predloženo je osnivanje Komisije za profesionalne sportske klubove.

Modelom zakona je predloženo ukidanje dosadašnje podele na sportske stručnjake i stručnjake u sportu, a predloženo je i da se u budućnosti na osnivanje i rad sportskih udruženja u najvećoj mogućoj meri primenjuje Zakon o udruženjima koji se tada nalazio u skupštinskoj proceduri, a za koji se, vreme će pokazati sasvim opravdano, pretpostavljalo da će biti izglasan u Narodnoj Skupštini republike Srbije. Takvo rešenje sugerisano je s obzirom na činjenicu da je tadašnji Predlog zakona o udruženjima bio usklađen je sa svetskim i evropskim standardima, te da je usled toga poželjno da u predstojećem periodu bude primenjen i na sportska udruženja.

Model zakona o sportu je po obimu zakonskog teksta bio znatno manji nego Predlog zakona o sportu iz novembra 2007. godine. Predlog zakona o sportu imao je 193 člana, dok je predstavljani Model zakona, koji je za razliku od prethodnog predloga uključivao i odredbe o privatizaciji, sadržao samo 132 člana zakonskog teksta.

Prilikom pisanja teksta Modela zakona uvažena je realnost da je u budući Zakon o sportu neophodno uneti odredbe o privatizaciji tj. organizacionoj i svojinskoj transformaciji sportskih organizacija. U tekstu Modela zakona o sportu određeno je mesto odredbi o privatizaciji u odnosu na ostale članove Zakona i sugerisana je primena modela privatizacije sportskih klubova kakav je propisan Zakonom o sportu Republike Hrvatske iz 2006. godine. Autor modela zauzeo je načelan stav da umesto predlaganja celovitih normi u okviru sugerisanog modela privatizacije, Model zakona o sportu treba samo da ukaže na osnovnu sadržinu tih normi i navede pitanja koja predstavljaju osnovu za stručnu javnu raspravu koja treba da prethodi konačnom zauzimanju stava o načinu privatizacije sportskih organizacija u Srbiji.

U uvodnom tekstu koji prethodi Modelu zakona o sportu, objašnjeno je da se u vezi sa javnom raspravom koja je započeta predstavljanjem Modela zakona o sportu, a koja treba da pruži sliku o reakcijama stručne i sportske javnosti na predloženi model privatizacije i ukaže u kom pravcu ga treba dopuniti i usavršiti, mora naglasiti činjenica da bi automatsko preuzimanje bilo kog stranog modela i prosto prepisivanje sadržine pojedinih inostranih propisa, bez vođenja računa o specifičnostima Republike Srbije i stanja u njenom sportskom sistemu, moglo da dovede isključivo do stvaranja jednog idealnog teorijskog modela, koji neće imati velikog izgleda za uspeh u praksi. Na žalost, predstavljani Modela zakona o sportu

apsolutno je ignorisan od tadašnjeg Ministarstva omladine i sporta, a do dana današnjeg, materija privatizacije u oblasti sporta nije zakonski uređena.

U međuvremenu, mnogobrojne rasprave koje su se poslednjih godina vodile o tzv. privatizaciji u sportu, posle mnogo uloženog vremena i truda pokazale su da je najvažnije, a istovremeno i najosetljivije pitanje iz te oblasti, privatizacija sportskih objekata i građevinskog zemljišta na kome se ti objekti nalaze. Vrednost sportskih objekata (sportskih centara, sportskih dvorana i fudbalskih stadiona), a pogotovo vrednost gradskog građevinskog zemljišta na kome se sportski objekti nalaze, višestruko prevazilazi vrednost koju bi imali srpski sportski klubovi – u većini slučajeva korisnici postojećih sportskih objekata u državnoj i društvenoj svojini, kada bi se iz pravne forme udruženja građana, transformisali u otvorena akcionarska društva i izašli na berzu.⁵ To je posledica dugogodišnje stagnacije rezultata naših sportskih klubova na međunarodnoj, pre svega evropskoj sportskoj sceni. Sportski rezultati, kao osnovni sportski proizvod, u periodu od 2005. do 2014. godine bili su sve slabiji, a povremeni uspesi srpskih sportista na međunarodnoj sportskoj sceni, bili su više rezultat slučajnosti, prirodnog talenta i entuzijazma pojedinaca i porodica iz kojih potiču vrhunski sportisti, nego plod državnog finansiranja, sistematičnog rada i strateškog planiranja u okviru sportskog sistema Srbije. U već pomenutom periodu, odsustvo strateškog planiranja, racionalno postavljenih programa razvoja sportskog sistema i transparentnog ulaganja budžetskih sredstava u sport, a pre svega u nevladin sportski sektor, postali su osnovna karakteristika postupanja srpske države u oblasti sporta i doprneli su da se vrednost najtrofejnijih srpskih fudbalskih i košarkaških klubova, kao prepoznatljivog brenda, značajno umanji i postane neuporedivo manja u odnosu na vrednost sportskih objekata koje oni koriste, ili u odnosu na vrednost drugih objekata koji se nalaze u njihovom vlasništvu.

Pokazalo se da sportski sistem Srbije, uspostavljen i razvijen u epohi samoupravnog socijalizma, nije mogao sam od sebe da se transformiše i prilagodi novim društvenim i ekonomskim uslovima. Umesto toga, mane takvog sportskog sistema samo su se uvećale protokom vremena, a kao jedna od posledica dugogodišnje krize pojavila se prezaduženost sportskih klubova i oronulost sportskih objekata, čija rekonstrukcija i renoviranje nisu zamislivi bez nekog novog – najverovatnije privatnog vlasnika.

Tranzicioni problemi i svetska ekonomska kriza koja je započela u drugoj polovini 2008. godine i prenela se na srpsku ekonomiju početkom 2009. godine, stvorile su pritisak na državni budžet Republike Srbije, koji je već više od tri decenije hronično pritisnut prevelikom javnom potrošnjom čiji uzrok je nesprovođenje ozbiljnih strukturnih reformi javnog sektora. Usled nedostataka sredstava, država i neki politički lideri u tom trenutku, videli su u nekoj predstojećoj privatizaciji sporta – zapravo privatizaciji sportskih objekata - jednu od poslednjih šansi za sticanje novih budžetskih prihoda države kojima bi se popunio budžetski

⁵ D. Šuput, „Modaliteti vlasništva na sportskim objektima”, u: *Sport i privatizacija*, Institut za uporedno pravo i Sportski fond Zepter, Beograd 2009, 97.

deficit. Pretpostavljalo se da će u takvim okolnostima, najveći sportski objekti verovatno biti prodati, a kao jedna od osnovnih briga pojavilo se pitanje da li će tim objektima posle privatizacije biti promenjena namena, kao i da li će država izvršiti realnu selekciju pri odlučivanju koje objekte treba prodati, a koje treba zadržati u državnom vlasništvu kako bi se osigurao razvoj sporta kao društveno korisne delatnosti.

O dimenziji problema koji nastaje prilikom izbora onoga što bi trebalo da predstavlja objekat privatizacije sporta u Srbiji, govori i podatak da širom zemlje postoji oko 250 sportskih centara koji se nalaze u državnom i društvenom vlasništvu, a koji obuhvataju veliki broj nepokretnosti i značajnu sportsku opremu. Osim toga, postoji veliki broj otvorenih sportskih terena i stadiona, koji se nalaze u vlasništvu države ili vlasništvu pojedinih društvenih preduzeća koja su postala, ili postaju predmet opšteg procesa privatizacije društvenog kapitala, a poneka od njih se nalaze i u stečaju. Na svu sreću, do današnjeg dana, nije došlo do prodaje sportskih objekata u državnom vlasništvu, a koje bi dovelo do njihovog rušenja i promene namene. Poslednjih godina, država i jedinice lokalne samouprave, značajno su se zainteresovali za rekonstrukciju postojećih i izgradnju novih – modernih – sportskih objekata, što je samim tim smanjilo pritisak investitora na sportske objekte koje su želeli da kupe i da ih zatim transformišu u objekte drugačije namene (tržni centri, stanovi, skladišta, garaže i sl.).

U svakom slučaju, iako pravna rešenja predstavljena prethodno opisanim Modelom zakona o sportu nikada nisu suštinski razmatrana od nadležnih državnih organa Republike Srbije, ostaje do danas kao tačna konstatacija koja je izneta prilikom javnog predstavljanja tog modela zakona, a to je da pravni osnov za sprovođenje privatizacije u sportu predstavlja sadržina člana 86. stava 2. Ustava Republike Srbije⁶ kojim je propisano da se postojeća društvena svojina pretvara u privatnu svojinu pod uslovima, na način i u rokovima predviđenim zakonom. Međutim, ne treba zaboraviti da do današnjeg dana ostaje sporno pitanje šta predstavlja i obuhvata društvenu svojinu u oblasti sporta, a šta državnu svojinu. Kada je reč o sportskim objektima, situacija je izuzetno komplikovana iz više razloga. Kao prvo, ne postoji jedinstven i ažuriran registar sportskih objekata za celokupnu teritoriju Republike Srbije, a samim tim ne postoji ni registar o tome ko su vlasnici pojedinih sportskih objekata. Uopšteno posmatrano, sportski objekti izgrađeni tokom proteklih 50 godina na teritoriji Republike Srbije, nalaze se, ne samo u državnom vlasništvu, već i u privatnom vlasništvu pojedinih sportskih društava i sportskih klubova koji predstavljaju udruženja građana. Osim toga, postoji veliki broj sportskih objekata koji su u društvenoj svojini, a dati su na korišćenje sportskim društvima i sportskim klubovima, dok ima i slučajeva da su sportski objekti u svojini društvenih preduzeća koja se još uvek nisu privatizovala ili se nalaze u postupku stečaja.

Od predstavljanja Modela zakona o sportu 2008. godine, u Republici Srbiji su doneta dva Zakona o sportu. Prvi, tada novi Zakon o sportu⁷ donet je 2011.

⁶ Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/06.

⁷ Zakon o sportu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/11.

godine, da bi zatim 2016. godine ponovo bio donet novi Zakon o sportu⁸, ali opet bez odredbi koje bi uredile svojinsku transformaciju sportskih organizacija i privatizaciju sportskih objekata u društvenoj i državnoj svojini.

4. Prednacrt Zakona o transformaciji sportskih udruženja

Sve do 2020. godine srpskoj javnosti nije predstavljena bilo kakva nova pravna ideja o tome na koji način bi sportski klubovi, a pre svega fudbalski klubovi u Republici Srbiji, koji u 99% slučajeva postoje i rade u pravnoj formi sportskih udruženja, mogli da se transformišu i prerastu u moderne klubove sa jasnom vlasničkom strukturom koja bi omogućila savremen i efikasan način upravljanja tim klubovima.

Fudbalski savez Srbije (FSS) je još od 2016. godine nastojao da pripremi prednacrt zakona koji bi predstavljao početnu osnovu za izradu zakona čije odredbe bi trebalo pravno da uredе svojinsku transformaciju sportskih udruženja – pre svega transformaciju fudbalskih klubova. Od samog početka, FSS je polazio od ideje koja se uklapala u postojeći koncept i rešenja propisana Zakonom o sportu, a to je da će navedena materija biti uređena posebnim zakonom, a ne odredbama Zakona o sportu. Posle dosta rada i razmatranja različitih opcija, na inicijativu FSS, advokatska kancelarija Veljka Grkovića iz Beograda, pripremila je sveobuhvatan Prednacrt zakona o transformaciji sportskih udruženja. Reč je o do sada najboljem pravnom konceptu zakonskog teksta koji je 3. juna 2020. godine FSS uputio tadašnjem Ministarstvu omladine i sporta Vlade Republike Srbije na razmatranje. Međutim, ispostavilo se da i ta inicijativa za zakonsko uređivanje svojinske transformacije u oblasti sporta nije mogla srećno da prođe i to iz objektivnih razloga. Te godine razbuktala se pandemija izazvana virusom SARS-COV2, koja je kasnije bila praćena novom svetskom ekonomskom krizom, koja se intenzivirala 2022. godine nakon izbijanja rata između Rusije i Ukrajine. Takav, nesrećan splet okolnosti koji niko nije mogao da predvidi, doveo je do toga da Prednacrt zakona o transformaciji sportskih udruženja, nije do dana današnjeg ozbiljno razmatran, a verovatno i neće biti, pošto je investiciona klima za ulaganje u sportske organizacije, pre svega sportske klubove, postala nepovoljna usled navedenih svetskih kriza.

Članom 1. Prednacrt Zakona o transformaciji sportskih udruženja određeno je da se tim zakonom uređuju pojam, uslovi, način i postupak transformacije sportskih udruženja, pitanja vezana za pravni položaj i organizaciju sportskih privrednih društava nastalih u postupku transformacije, posledice sprovođenja postupka transformacije na prava, obaveze i status sportskih udruženja i sportsko privredno društvo nastalo u postupku transformacije, kao i druga pitanja od značaja za rad sportskih privrednih društava nastalih u postupku transformacije i daljeg rada sportskih udruženja. Posebno je dobro što su u članu 2. Prednacrt

⁸ Zakon o sportu, *Sl. glasnik RS*, br. 10/16.

određeni pojam i ciljevi transformacije sportskih udruženja. U tom članu je navedeno: „Transformacija sportskog udruženja podrazumeva osnivanje sportskog privrednog društva od strane sportskog udruženja i prenošenje na njega svih prava i obaveza sportskog udruženja koja se odnose na ili su u vezi sa učešćem u određenom profesionalnom sportskom takmičenju odnosno profesionalnoj ligi, prava i obaveza prema određenim sportskim i drugim angažovanim licima (uključujući prava i obaveze iz ugovora sa profesionalnim sportistima i sportskim stručnjacima i sl.), prava i obaveza prema sportskom društvu čiji je sportsko udruženje član, prava da u poslovnom imenu ima naziv udruženja, prava da koristi simbole vizuelnog identiteta sportskog udruženja kao svoje, kao i prenos drugih prava i obaveza od značaja za učešće u određenom profesionalnom sportskom takmičenju odnosno profesionalnoj ligi, u skladu sa zakonom i sportskim pravilima nadležnog nacionalnog granskog sportskog saveza, a sve kako bi u konačnici sportsko privredno društvo uzelo učešće u određenom profesionalnom sportskom takmičenju odnosno profesionalnoj ligi na mestu i umesto sportskog udruženja (u daljem tekstu: „transformacija”). Kao ciljevi transformacije navedeni su:

- obezbeđivanje uslova za stabilno odvijanje i razvoj sportskih aktivnosti i sportskih delatnosti;
- stvaranje povoljnih uslova za ulaganje u sportska privredna društva koja učestvuju u profesionalnim sportskim takmičenjima, odnosno u profesionalnim ligama uz očuvanje identiteta sportskih klubova;
- zaštita poverilaca sportskih udruženja koja su izvršila transformaciju za potraživanja nastala do pokretanja postupka transformacije u skladu sa tim zakonom i poverilaca čija potraživanja predstavljaju troškove transformacije u skladu sa tim zakonom;
- stvaranje povoljnih uslova za ulaganje u sportska privredna društva koja učestvuju u profesionalnim sportskim takmičenjima odnosno profesionalnim ligama i
- dalji razvoj sportskih profesionalnih liga.

Članovima 3. do 10. Prednacrt predloženo je propisivanje načela transformacije. Tako je članom 3. određeno načelo dobrovoljnosti u skladu sa kojim sportsko udruženje slobodno odlučuje o transformaciji. To znači da se sportskom udruženju ne može nametnuti obaveza da sprovede postupak transformacije, niti mu se može uskratiti pravo da sprovede postupak transformacije. Takvo zakonsko rešenje bilo bi izuzetno dobro i korisno u praksi, pošto bi omogućilo da sportski klubovi koji uspešno funkcionišu u pravnoj formi sportskog udruženja, ne moraju da izvrše transformaciju. Takođe, takvo zakonsko rešenje pogotovo bi odgovaralo sportskim udruženjima iz nekomercijalizovanih sportova, kao što su borilački sportovi, plivanje, atletika, gimnastika i mnogi drugi.

Izuzetno važno načelo očuvanja sporta predloženo je članom 4. Prednacrt, tako što je definisano sledeće: „Postupak transformacije sportskog udruženja

sprovodi se sa ciljem očuvanja i unapređenja sportskih aktivnosti i sportskih delatnosti u profesionalnom sportu, te i ostvarenja opšteg interesa u oblasti sporta kao delatnosti od posebnog značaja za Republiku Srbiju”. Na prethodno navedeno načelo, nadovezuje se i načelo održivosti udela sportskog udruženja koje je predviđeno članom 5, a prema kome sportsko udruženje mora imati udeo u sportskom privrednom društvu osnovanom u postupku transformacije najmanje u obimu propisanim ovim zakonom.

Ovom prilikom potrebno je još pomenuti da su članovima 6, 7, 8, 9. i 10. propisana sledeća načela:

- načelo ekonomičnosti,
- načelo ravnopravne zaštite interesa,
- načelo jednakog tretmana poverilaca sportskog udruženja,
- načelo kontinuiteta.

Načelo ekonomičnosti podrazumeva da su organi sportskog udruženja dužni da prodaju udela u sportskom privrednom društvu izvrše na način koji omogućava ostvarivanje najveće moguće vrednosti i uz stvaranje što manjih troškova za sportsko udruženje, dok načelo ravnopravne zaštite interesa garantuje da se postupak transformacije sprovodi na način na koji se obezbeđuje zaštita interesa sportskog udruženja, poverilaca sportskog udruženja za potraživanja nastala do pokretanja postupka transformacije i strateških partnera kao investitora sportskog privrednog društva koje nastaje u postupku transformacije. Preciznije rečeno, transformacija se sprovodi na način koji omogućava zaštitu svih prethodno navedenih lica, a uz istovremeno ostvarivanje zaštite interesa sporta kao delatnosti od posebnog značaja za Republiku Srbiju.

Načelo jednakog tretmana poverilaca sportskog udruženja određuje da se svim poveriocima sportskog udruženja u postupku transformacije obezbeđuje jednak tretman i ravnomerni položaj. U skladu sa tim načelom, postupak transformacije sportskog udruženja se ne može sprovoditi na način koji bi pojedine poverioce sportskog udruženja stavljao u povoljniji položaj u odnosu na druge poverioce, osim ukoliko je drugačije izričito propisano ovim zakonom.

Prema načelu kontinuiteta, sportsko privredno društvo nastalo u postupku transformacije preuzima od sportskog udruženja sva prava i obaveze koja su od značaja za učešće u određenom profesionalnom sportskom takmičenju odnosno profesionalnoj ligi, naročito uključujući prava i obaveze iz ugovora sa profesionalnim sportistima, sportskim stručnjacima i drugim angažovanim licima, kao i sva druga prava i obaveze koje su ili mogu biti od značaja za učešće u određenom profesionalnom sportskom takmičenju odnosno profesionalnoj ligi, te po uspešnom okončanju postupka transformacije sportsko privredno društvo uzima učešće u odgovarajućim profesionalnim takmičenjima, odnosno profesionalnoj ligi umesto sportskog udruženja.

Poslednje od Prednacrtom zakona predviđenih načela je načelo transparentnosti i informisanosti. U skladu sa njim, postupak transformacije se sprovodi

na način koji omogućava svim zainteresovanim licima uvid u podatke koji su od značaja za transformaciju sportskog udruženja. Isprave od značaja za sprovođenje postupka transformacije objavljuju se na internet stranici sportskog udruženja, a kada je to propisano ovim zakonom dostavljaju se odgovarajućem registru radi objavljivanja na internet stranici tog registra.

Postupak transformacije sportskog udruženja detaljno je uređen članovima 11. do 62. Prednacrta zakona. Opisivanje i komentarisanje predloženog postupka transformacije, po obimu nije primereno ovom tekstu, tako da je na ovom mestu dovoljno napomenuti da se postupak transformacije sportskog udruženja pokreće odlukom skupštine sportskog udruženja u skladu sa odredbama predloženog prednacrta zakona i odvija se u dve faze. Prva faza postupka transformacije podrazumeva osnivanje sportskog privrednog društva u skladu sa odredbama Prednacrta zakona. Danom osnivanja sportskog privrednog društva smatra se da je prva faza postupka transformacije izvršena.

U drugoj fazi postupka transformacije sportsko udruženje prenosi udeo u sportskom privrednom društvu na jednog ili više strateških partnera. Postupak transformacije se smatra uspešno okončanim okončanjem druge faze, odnosno momentom registracije uдела strateškog partnera u osnovnom kapitalu sportskog privrednog društva. Izuzetno u odnosu na prethodno opisani postupak, postupak transformacije može se sprovesti i bez druge faze pod uslovima predviđenim Prednactrom zakona u kom slučaju se postupak transformacije smatra uspešno okončanim danom osnivanja sportskog privrednog društva.

Članovi 11. do 62. Prednacrta zakona, osim navedenih pravila, uređuju još i sledeća pitanja:

- ograničenja sportskih udruženja u postupku transformacije,
- prenos kapitala u sportskom privrednom društvu na strateškog partnera,
- status sportskog privrednog društva osnovanog u postupku transformacije,
- skraćeni postupak transformacije.

Članovima 63. do 65. Prednacrta zakona, definisana su pravila o pravnim posledicama transformacije sportskih udruženja. Tako je predviđeno da se osnivanjem sportskog privrednog društva u skladu sa odredbama Prednacrta zakona obezbeđuje kontinuitet između sportskog udruženja koje osniva sportsko privredno društvo i sportskog privrednog društva osnovanog u postupku transformacije, te se u pogledu daljeg učešća u određenom profesionalnom sportskom takmičenju odnosno profesionalnoj ligi, sportsko privredno društvo u smislu zakona kojim se uređuje sport i sportskih pravila kojima se reguliše učešće u profesionalnom sportskom takmičenju smatra pravnim sledbenikom sportskog udruženja (sukcesija). Shodno prethodno navedenom, sportsko udruženje i sportsko privredno društvo su dužni da zaključe sve pravne poslove i preduzmu sve pravne i faktučke radnje u cilju što efikasnijeg sprovođenja sukcesije iz navedenog člana

Prednacrtu zakona i omogućavanja nesmetanog učešća sportskog privrednog društva u profesionalnim sportskim takmičenjima. Osim toga, prema predloženim zakonskim rešenjima, nadležni nacionalni granski sportski savez je dužan da izda sertifikat kojom se potvrđuje kontinuitet (sukcesija) iz navedenog člana Prednacrtu zakona. Predloženo je i da sportsko privredno društvo osnovano u skladu sa navedenim rešenjima iz Prednacrtu zakona, po sili zakona stiče članstvo u svim sportskim organizacijama u kojima sportsko udruženje ima svojstvo člana, kao i da je nakon osnivanja sportskog privrednog društva, sportsko udruženje dužno da donese odluku o izmenama i dopunama statuta i da svoje ciljeve kao i svoju organizaciju i delatnost prilagodi izmenama koje su nastale usled sprovođenja postupka transformacije, te da uredi sva pitanja od značaja za dalji rad sportskog udruženja uključujući tu i način predstavljanja sportskog udruženja u organima sportskog privrednog društva.

Članovima 66. do 68. Prednacrtu zakona, predložena su pravila kojima se uređuje odnos sportskog udruženja i novonastalog sportskog privrednog društva.

Osim svega prethodno navedenog, članovi Prednacrtu zakona sadrže pravila o nadzoru nad primenom budućeg zakona, kaznene odredbe i prelazne i završne odredbe. Sva navedena, nesporno kompleksna materija, uređena je u okviru ukupno 76 članova zakonskog teksta, iz čega se izvodi zaključak da je reč o ozbiljnom i sveobuhvatnom tekstu, koji bi lako mogao da se pretoči u Nacrt zakona o kome bi se vodila javna rasprava, koja bi trebalo da dovede do kasnijeg donošenja takvog zakona u Narodnoj skupštini Republike Srbije i kasnijeg (što skorijeg) sprovođenja postupka transformacije sportskih udruženja.

5. Epilog

Sagledavanjem svega prethodno navedenog, postaje očigledno da u Srbiji ima dovoljno dobrih ideja i pisanih predloga na koji način bi zakonski mogla da se uredi svojinska transformacija sportskih organizacija i eventualna privatizacija pojedinih sportskih objekata koji se trenutno nalaze u državnoj i društvenoj svojini, a takvi su da Republika Srbija, autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave nemaju interes da ih rekonstruišu i održavaju.

Dragoceno vreme je već odavno prošlo i dobre prilike za investicije u sport su propuštene, pa je sasvim opravdana ocena da su reforme sistema sporta Republike Srbije spore, te da predstavljaju primer beskonačne i nedovršene tranzicije. U sadašnjem trenutku, iako bi prethodno opisani Prednacrt zakona o svojinskoj transformaciji sportskih udruženja vrlo brzo mogao da bude pretočen u konačnu verziju zakonskog teksta, malo je verovatno da će se to dogoditi u skorijoj budućnosti i to usled niza objektivnih okolnosti. Svetska ekonomska kriza pogoršana ratom Rusije i Ukrajine se dalje zahuktava, što automatski remeti investicionu klimu i smanjuje zainteresovanost potencijalnih investitora za ulaganje novca u

sport i sportske objekte. Osim toga, u trenutku pisanja ovog rada počeo je i ratni sukob Izraela i Hamasa za koji se trenutno ne može proceniti kako će uticati na svetsku ekonomiju, a izvesno je da će u Republici Srbiji u decembru 2023. godine biti održani izbori, tako da je, kako pravno, tako i faktički, nemoguće očekivati da Ministarstvo sporta u dogledno vreme uputi Vladi Republike Srbije inicijativu za usvajanje Predloga zakona o svojinskoj transformaciji sportskih udruženja, koji bi bio upućen Narodnoj skupštini Republike Srbije na usvajanje.

U svakom slučaju, u nekom trenutku, svojinska transformacija sportskih organizacija doći će na red za pravno uređivanje i sprovođenje u praksi. Jedino se nameće pitanje, koliko će se do tog trenutka urušiti već zastareli i oronuli sportski sistem Srbije, njegovi sportski klubovi i sportski objekti koje sportisti koriste. Vreme je jedino što nepovratno teče i uvek će se žaliti za propuštenim prilikama, baš kao što se ja sada prisećam događaja koji se odigrao prvih dana decembra 2022. godine i propuštene prilike da sa svojim prijateljem i kolegom Ćirom odem na poslednju kafu na Terazijama. Tog toplog zimskog dana, negde oko podneva, tačno ispred ulaza u Fudbalski savez Srbije sreli smo se Ćira i ja. Ćira je odmah predložio da odemo da Kasine i popijemo kafu, što sam ja prihvatio uz reči da me u kancelariji čekaju dva policajca da preuzmu neku dokumentaciju, da moram da se popnem do kancelarije i da ću to završiti za minut i zatim doći na kafu. Ćira se odmah nasmejao i rekao: „Nemoj bre da te zadrže, pa da moram da ti šaljem cigare i pomorandže u Bačvansku”. Posao sa policijom zaista sam završio za dva minuta, ali me je u međuvremenu pozvao šef, koji me je zadržao i potrošio mi vreme na dogovore o poslovnim zadacima, koji su po mom mišljenju, inače morali da budu odloženi za neki drugi dan. Ja sam se u međuvremenu dva puta telefonom javio Ćiri, da se izvinim što kasnim. Kada je postalo očigledno da će me šef zadržati preko svake mere, izvinio sam se Ćiri i rekao mu da je besmisleno da me dalje čeka. Ćira je rekao da nema veze, da imamo vremena i da ćemo kafu popiti u narednih par dana, ili najkasnije na Kopaoniku, pošto će za manje od dve nedelje početi Kopaonička škola prirodnog prava na čija okupljanja smo godinama odlazili. Na žalost, ispostavilo se da vremena za tu kafu više nikada neće biti. Ja sam po tradiciji, kao i svake godine, 12. decembra ujutro krenuo na Kopaonik, a u putu me je zatekla tužna vest da je Ćira prethodne noći iznenada preminuo.

Dejan ŠUPUT

PhD, President of Football Association of Serbia Legal Commission

PROPERTY TRANSFORMATION OF SPORTS CLUBS IN SERBIA AN UNFINISHED TRANSITION –

Summary

This paper, which is dedicated to the memory of my late colleague and friend Jovan Ćirić, explores a topic that he and I have often discussed over the years. My main reason for choosing this particular topic is that the late Jovan Ćirić authored texts relating to sport in general, and football, in particular in all volumes of the Collection of Papers published by the Institute for Comparative Law over the past fifteen years. The text provides a detailed description and explanation of the need for modern legal regulation of sport and for the necessity of a reform of the whole legal framework which regulates sport in Serbia, as well as explaining the need for privatisation in the sphere of sport. It is pointed out that the issues addressed in the text have been the focus of debates in circles professionally involved with sport, as well as in the media ever since the dissolution of Yugoslavia. The paper outlines two concepts of property transformation in the sphere of sport, which emerged at different times, but remained a dead letter on paper, having been overshadowed by the economic crisis of 2008 and later in 2020 by the SARS-COV2 pandemic. The concluding part of the text presents the view that despite all the risks and shortcomings that a future framework for the property transformation of sports organizations and the privatization of sports facilities may have, it is necessary to implement the process of property transformation within the system of sport in Serbia as soon as possible, so that it can catch up the pace with the sports systems of modern European countries.

Key words: Sport. – Privatization. – Property transformation. – Law. – Football.

Literatura

- Šuput, D. (2009), „Reforma pravnog okvira koji uređuje sport u Republici Srbiji i privatizacija”, u: *Sport i privatizacija*, Institut za uporedno pravo i Sportski fond Zepter, Beograd.
- Šuput, D. (2009), „Modaliteti vlasništva na sportskim objektima”, u: *Sport i privatizacija*, Institut za uporedno pravo i Sportski fond Zepter, Beograd.

Eriksen, S., Solumsmoen, D. (2005), *Nedovršena tranzicija*, Top Career, Beograd.

Pravni izvori

Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/06.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(082)

СЕЋАЊЕ на др Јована Ћирића – путеви права / уредници
Јелена Ћеранић Перишић, Владимир Чоловић. - Београд : Институт за
упоредно право, 2024 (Београд : Службени гласник). - 433 стр. ; 24 cm

Тираж 100. - Стр. 7-9: Уводна реч / Јелена Ћеранић Перишић,
Владимир Чоловић. - Напомене и библиографске референце уз текст. -
Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-86-82582-11-3

1. Ћеранић, Јелена, 1979- [уредник] [аутор додатног текста]
а) Право -- Зборници б) Уставно право -- Зборници в) Кривично право
-- Зборници

COBISS.SR-ID 136407817